

D'une gestion de crise à une gestion internationale concertée des migrations : la nécessaire évolution vers un droit international de la migration

Olivier Delas and Baptiste Jouzier

Volume 35, Number 2, 2022

URI: <https://id.erudit.org/iderudit/1113508ar>

DOI: <https://doi.org/10.7202/1113508ar>

[See table of contents](#)

Publisher(s)

Société québécoise de droit international

ISSN

0828-9999 (print)

2561-6994 (digital)

[Explore this journal](#)

Cite this article

Delas, O. & Jouzier, B. (2022). D'une gestion de crise à une gestion internationale concertée des migrations : la nécessaire évolution vers un droit international de la migration. *Revue québécoise de droit international / Quebec Journal of International Law / Revista quebequense de derecho internacional*, 35(2), 27–61. <https://doi.org/10.7202/1113508ar>

Article abstract

States analyze the international migratory phenomenon as a series of “crises”. They intend to find specific solutions to these “crises”, reinforcing international cooperation to this end. While proposing a response is in itself a step forward, the idea of “better managing” the various crises is, in our view, a misunderstanding of the phenomenon. If we take a step back, we can see that the phenomenon of “successive crises” can in fact be analyzed as a *global, ongoing crisis* in the international *management* of migration. Using the political science concept of *creeping crisis* and examining the migratory response to three crises (the COVID-19 crisis, the Syrian crisis and the Ukrainian crisis), this article sets out to demonstrate the existence of a creeping crisis resulting from the current approach to managing international migration. It is argued that the crisis can be explained in particular by the inertia of States and the international community in adopting a predictable, law-based framework for cooperation, the governance framework initiated in 2016 and 2018 being too limited. Against this backdrop, we offer a discussion on the role that international law should play in developing an international approach to migration management.

D'UNE GESTION DE CRISE À UNE GESTION INTERNATIONALE CONCERTÉE DES MIGRATIONS : LA NÉCESSAIRE ÉVOLUTION VERS UN DROIT INTERNATIONAL DE LA MIGRATION

Olivier Delas et Baptiste Jouzier***

Les États analysent le phénomène migratoire international comme traversé par une succession de « crises » et, face à ce constat, ils entendent trouver des réponses à ces dernières, renforçant pour cela la coopération internationale. Si la proposition d'une réponse est, en soi, un progrès, l'idée de « mieux gérer » les différentes crises correspond selon nous à une erreur de compréhension du phénomène. La prise d'un pas de recul permet de constater que le phénomène de « crises successives » peut en réalité être analysé comme une *crise globale, continue*, de la *gestion* internationale du phénomène migratoire. Par la mobilisation du concept de *creeping crisis*, issue des sciences politiques, et l'étude de la réponse migratoire apportée à trois crises (crise de la COVID-19, crise syrienne, crise ukrainienne), cet article entend démontrer l'existence d'une *creeping crisis*, résultant de l'approche actuelle de la gestion des migrations internationales. Il est avancé que la crise s'explique notamment par une inertie des États et de la communauté internationale à adopter un cadre de coopération prévisible et fondé sur le droit, le cadre de gouvernance amorcé en 2016 et 2018 demeurant encore trop limité. Dans ce contexte, une réflexion sur la place devant revenir au droit international dans l'élaboration d'une approche internationale de la gestion des migrations est proposée.

States analyze the international migratory phenomenon as a series of “crises”. They intend to find specific solutions to these “crises”, reinforcing international cooperation to this end. While proposing a response is in itself a step forward, the idea of “better managing” the various crises is, in our view, a misunderstanding of the phenomenon. If we take a step back, we can see that the phenomenon of “successive crises” can in fact be analyzed as a *global, ongoing crisis* in the international *management* of migration. Using the political science concept of *creeping crisis* and examining the migratory response to three crises (the COVID-19 crisis, the Syrian crisis and the Ukrainian crisis), this article sets out to demonstrate the existence of a *creeping crisis* resulting from the current approach to managing international migration. It is argued that the crisis can be explained in particular by the inertia of States and the international community in adopting a predictable, law-based framework for cooperation, the governance framework initiated in 2016 and 2018 being too limited. Against this backdrop, we offer a discussion on the role that international law should play in developing an international approach to migration management.

Los Estados analizan el fenómeno de la migración internacional afectado por una sucesión de “crisis” y, ante esta observación, pretenden encontrar respuestas a ellas, fortaleciendo así la cooperación internacional. Si la propuesta de respuesta es, en sí misma, un progreso, la idea de “gestionar mejor” las diferentes crisis corresponde, en nuestra opinión, a un error en la comprensión del fenómeno. Un paso atrás nos permite ver que el fenómeno de las “crisis sucesivas” puede en realidad analizarse como una crisis global y continua de la gestión internacional del fenómeno migratorio. Al movilizar el concepto de crisis progresiva, desde las ciencias políticas, y el estudio de la respuesta migratoria dada a tres crisis (crisis de COVID-19, crisis siria, crisis ucraniana), este artículo pretende demostrar la existencia de una crisis progresiva, resultante del enfoque actual de la gestión de la migración internacional. Se argumenta que la crisis se explica, en particular,

* Professeur titulaire de droit international et européen à la Faculté de droit de l'Université Laval, Titulaire de la Chaire Jean Monnet en intégration européenne de l'Université Laval, Directeur du Cercle Europe (Faculté de droit – ESEI), Membre régulier de l'École supérieure d'études internationales (ESEI), Avocat membre du Barreau du Québec à Montréal.

** Chercheur à la Chaire Jean Monnet en intégration européenne de l'Université Laval, Docteur en droit (Université Laval, Canada; Université Grenoble Alpes, France).

Les auteurs tiennent à remercier la Fondation du Barreau du Québec, dont le support financier a rendu cette étude possible.

por la inercia de los Estados y de la comunidad internacional al adoptar un marco de cooperación predecible y basado en el derecho, mientras que el marco de gobernanza iniciado en 2016 y 2018 sigue siendo limitado. En este contexto, se propone una reflexión sobre el lugar que debe darse al derecho internacional en el desarrollo de un enfoque internacional para la gestión de la migración.

Crise des réfugiés rohingyas¹, vénézuéliens², syriens³, ukrainiens⁴; crise migratoire en Libye⁵, au Mexique⁶, en Afghanistan⁷, à la frontière biélorusso-polonaise⁸, au Soudan⁹; crise des « déplacés climatiques »¹⁰, qui devrait bientôt dépasser toutes les autres : le récit découlant d'une brève revue de presse relative à la gestion des flux migratoires internationaux prend la forme d'une succession de crises, a priori déconnectées les unes des autres. L'appréhension du phénomène migratoire international est en effet aujourd'hui dominée par une approche assimilant les grands enjeux migratoires contemporains à une succession de « crises » nécessitant des réponses politiques et juridiques *ad hoc*¹¹. Malgré l'arsenal juridique et sécuritaire développé par les États, ces derniers ne parviennent pas à gérer de manière acceptable ces crises prises isolément. Dans une logique de réaction et non de prévention ou simplement d'anticipation, les réponses politiques et juridiques ne parviennent pas à éviter les drames humains et les insécurités politiques¹². Surtout, ces réponses *ad hoc* et isolées ne fournissent pas les éléments nécessaires pour prévenir la succession de crises.

Les États du Nord global ont de plus en plus de difficultés à contrôler leurs frontières et ont de plus en plus recours à des moyens coercitifs à l'efficacité discutée.

¹ « La crise des réfugiés rohingyas « ne doit pas tomber dans l'oubli », *ONU Info* (14 mai 2021), en ligne : <news.un.org/fr/story/2021/05/1095982>.

² « Crise des réfugiés et migrants vénézuéliens : l'ONU et ses partenaires promettent 133 millions de dollars », *ONU Info* (29 octobre 2019), en ligne : <news.un.org/fr/story/2019/10/1054981>.

³ HCR, « Crise des réfugiés syriens », en ligne : *HCR* <unhcr.ca/fr/notre-travail/situations-durgence/syrie/>.

⁴ Parlement européen, communiqué, « La réponse de l'UE à la crise des réfugiés en Ukraine » (29 mars 2022), en ligne : <europarl.europa.eu/news/fr/headlines/world/20220324STO26151/la-reponse-de-l-ue-a-la-crise-des-refugies-en-ukraine>.

⁵ Hala Kodmani, Nelly Didelot et Léa Masseguin, « Libye : la perpétuelle impasse de la crise migratoire », *Libération* (26 juillet 2019), en ligne : <liberation.fr/planete/2019/07/26/libye-la-perpetuelle-impasse-de-la-crise-migratoire_1742360/>.

⁶ Frédéric Saliba, « Au Mexique, la double crise migratoire tourne au casse-tête pour 'AMLO' », *Le Monde* (11 mai 2019), en ligne : <lemonde.fr/international/article/2019/05/11/au-mexique-la-double-crise-migratoire-tourne-au-casse-tete-pour-amlo_5460889_3210.html>.

⁷ Derek Perrotte, « Afghanistan : l'Europe veut s'épargner une crise migratoire », *Les Échos* (31 août 2021), en ligne : <lesechos.fr/monde/europe/afghanistan-leurope-veut-separgner-une-crise-migratoire-1342184>.

⁸ Jean-Pierre Stroobants et Benoît Vitkine, « Les Européens s'alarment de la crise migratoire organisée par la Biélorussie », *Le Monde* (12 novembre 2021) en ligne : <lemonde.fr/international/article/2021/11/12/les-europeens-s-alarment-de-la-crise-migratoire-orchestree-par-la-bielorussie_6101802_3210.html>.

⁹ David Rich, « Conflit au Soudan : vers une crise migratoire de grande ampleur ? », *France 24* (28 avril 2023) en ligne : <france24.com/fr/afrique/20230428-conflit-au-soudan-vers-une-crise-migratoire-de-grande-ampleur>.

¹⁰ Charlotte Meyer, « Migrants climatiques : ce tsunami qui touche aussi l'Europe », *Les Échos* (9 mai 2023), en ligne : <lesechos.fr/weekend/planete/migrants-climatiques-ce-tsunami-qui-touche-aussi-leurope-1941788>.

¹¹ Jean-Sylvestre Bergé, *Les situations en mouvement et le droit. Essai d'une épistémologie pragmatique*, Paris, Dalloz, 2021 aux pp 178 – 79.

¹² Voir entre autres, sur la crise syrienne : Arnaud Poitevin, « La forteresse Europe opte pour l'option sécuritaire au détriment des droits fondamentaux », *La Revue des droits de l'homme* (1 juin 2015), en ligne : <journals.openedition.org/revdh/1304>; Serge Weber, « L'Europe forteresse, à quel prix ? » (2013) 4:335 R Projet 6.

Ceux-ci suscitent beaucoup d'interrogations, tant du point de vue de leur coût économique que de leur mise en péril de la protection des droits de la personne¹³. La mise en place de ces réponses de crise et sécuritaires constitue par ailleurs un important facteur de tension entre États d'origine, de transit et de destination¹⁴, mais également entre les États de destination, qui se suspectent entre eux d'être trop laxistes¹⁵.

Le constat de l'échec des réponses successives aux « crises » migratoires a été entériné par les États, sans pour autant qu'une réflexion profonde sur la nature de ces crises ne soit menée. En 2016, dans le contexte de la « crise des réfugiés syriens »¹⁶, les États rassemblés au sein de l'Assemblée générale de l'Organisation des Nations unies consacrent cette approche « de crise » du phénomène migratoire¹⁷. Ils déclarent, dans la *Déclaration de New York pour les réfugiés et les migrants*, que « les crises de réfugiés prolongées sont désormais chose courante, avec des conséquences à long terme pour les personnes concernées, mais aussi pour les pays et les communautés d'accueil »¹⁸. S'en suit une forme d'expression de contrition. Se succèdent : une expression de « profonde solidarité avec les millions de personnes de différentes parties du monde qui, pour des raisons échappant à leur contrôle, sont contraintes de fuir leur

¹³ Gian Luigi Gatta, Valsamis Mitsilegas et Stefano Zirulia, dir, *Controlling Immigration Through Criminal Law : European and Comparative Perspectives on "Crimmigration"*, Oxford, Hart Publishing, 2020; Martin Deleixhe et al, « Securitized Borderlands » (2019) 34:5 *J Borderlands Studies* 639; Idil Atak et James C Simeon, *The Criminalization of Migration : Context and Consequences*, Montréal-Kingston, McGill-Queen's University Press, 2018; Thomas Gammeltoft-Hansen et Jens Vedsted-Hansen, dir, *Human Rights and the Dark Side of Globalisation : Transnational Law Enforcement and Migration Control*, Londres, Routledge, 2016; Valsamis Mitsilegas, *The Criminalisation of Migration in Europe : Challenges for Human Rights and the Rule of Law*, Cham, Springer, 2015.

¹⁴ Voir notamment, pour une dénonciation de l'approche « de crise » par l'Union africaine : Union africaine, *Cadre de politique migratoire pour l'Afrique révisé et plan d'Action (2018 – 2030)*, Addis Abeba, Commission de l'Union africaine, Département des Affaires sociales, 2018 à la p 18 : « la notion de 'crise' croissante et de terrorisme international a conduit à des politiques visant à dissuader les migrations et à mettre en péril la protection des droits des femmes et des hommes migrants ».

¹⁵ Voir, pour une illustration récente : « Crise diplomatique ouverte entre la France et l'Italie sur le dossier de l'immigration », *Le Monde* (4 mai 2023), en ligne : <lemonde.fr/politique/article/2023/05/04/brouille-franco-italienne-sur-l-immigration-apres-la-charge-de-darmanin-contre-meloni_6172089_823448.html>. Voir en ce sens Thibaut Fleury Graff, « L'appréhension juridique des migrations par le droit international, un enjeu pour la paix mondiale » dans Thibaut Fleury Graff et Patrick Jacob, dir, *Migrations et droit international : Colloque de Paris-Saclay*, Paris, Pédone, 2022, 13 aux pp 18-19.

¹⁶ Est ici utilisé le vocabulaire des États et de la presse, dans un but d'illustration de la perspective adoptée. L'assimilation de ces situations à des crises de migrants ou de réfugiés est toutefois hautement contestable et la doctrine a préféré utiliser les qualificatifs de « crise des politiques migratoires » ou de « crise de l'accueil », ce qui paraît plus correct. Voir, entre autres : Catherine Wihtol de Wenden, « L'Europe et la crise de l'accueil des réfugiés » (2016) 12 *R juristes Sciences Po* 41; Catherine Wihtol de Wenden, « Une crise de la solidarité » (2016) 3 :39 *Après-demain* 5; Karen Akoka, « Crise des réfugiés, ou des politiques d'asile ? » (31 mai 2016), en ligne (blogue) : *La Vie des idées* <laviedesidees.fr/Crise-des-refugies-ou-des-politiques-d-asile.html>.

¹⁷ La Déclaration a été adoptée par consensus par l'ensemble des membres de l'Assemblée générale des Nations Unies : *Réunion plénière de haut niveau sur la gestion des déplacements massifs de réfugiés et de migrants*, Rés AG 71/1, Doc off AG NU, 71^e sess, 3^e séance plén, points 13 et 117, Doc NU A/71/PV.3 (2016)1 à la p 3.

¹⁸ *Déclaration de New York pour les réfugiés et les migrants*, Rés AG 71/1, Doc off AG NU, 71^e sess, Doc NU A/RES/71/1 (2016) au para 7.

foyer avec leur famille »¹⁹; un exposé de la précarité de la situation des migrants et réfugiés « en proie à une situation désespérée » pris dans ces « déplacements massifs »²⁰; la réaffirmation de la responsabilité et de la nécessité d'engagements des États pour *répondre à ces crises*²¹. Comment ? Par « un renforcement de la coopération internationale », le phénomène migratoire étant un « phénomène mondial appelant des approches et des solutions mondiales »²².

Le constat de la nécessité d'une adaptation de la réponse internationale est fait par la communauté internationale, mais le diagnostic paraît incomplet, la « gestion de crise » n'étant pas écartée. Les États estiment, d'abord, devoir améliorer la gestion des « déplacements massifs de réfugiés et de migrants », « en ayant conscience que divers moyens et ressources peuvent être utilisés pour faire face à ces déplacements »²³. Ils estiment, ensuite, devoir agir sur les « causes profondes des déplacements massifs de réfugiés et de migrants, notamment en intensifiant les efforts de prévention des situations de crise »²⁴ — cette approche, qualifiée par la doctrine de « *root causes approach* » a pourtant été critiquée comme ineffective et limitante, analysant essentiellement le phénomène migratoire comme un problème à régler²⁵. Si les États entendent bien améliorer leur coopération dans la gestion des migrations internationales, ils envisagent de centrer leur effort sur la réponse aux « crises migratoires », phénomènes analysés comme dangereux, peu prévisibles et demandant des réactions rapides. Il est alors à craindre que la coopération amorcée demeure insuffisante : la réponse aux crises pourrait se structurer, mais elle se cantonnerait de nouveau à la réaction, à la poursuite d'un ordre sans cesse bouleversé dans la gestion des flux de personnes.

La thèse développée dans cet article est celle d'un diagnostic incomplet menant à une proposition de réponse incomplète. Les États analysent le phénomène migratoire international comme traversé par une succession de « crises » et, face à ce constat, ils entendent trouver des réponses à ces dernières, renforçant pour cela la coopération internationale. Si la proposition d'une réponse est, en soi, un progrès, l'idée de « mieux gérer » les différentes crises et de tenter de les prévenir correspond selon nous à une erreur de compréhension du phénomène. La prise d'un pas de recul permet de constater que le phénomène de « crises successives » peut en réalité être analysé comme une *crise globale, continue*, de la *gestion* internationale du phénomène migratoire. Par une ignorance de l'importance de l'enjeu migratoire et de la nécessité d'y porter une réponse internationale, les États ont amené une véritable perte de contrôle sur le phénomène²⁶. Un constat préliminaire permet d'avancer cette

¹⁹ *Ibid* au para 8.

²⁰ *Ibid* au para 9.

²¹ *Ibid* aux para 10-12.1.

²² *Ibid* au para 7.

²³ *Ibid* au para 11.

²⁴ *Ibid* au para 12.

²⁵ Voir notamment Vincent Chetail, « Paradigm and Paradox of the Migration-Development Nexus : The New Border for North-South Dialogue » (2008) 52 *German YB Intl L* 183 aux pp 187-99.

²⁶ La notion de « circulation totale au-delà du contrôle » est proposée par Jean-Sylvestre Bergé. Elle correspond à une situation dans laquelle les acteurs de la régulation d'un phénomène de circulation — ici, les États à titre principal, les Organisations internationales à titre secondaire — voient leur capacité à

hypothèse : le phénomène migratoire a longtemps été, malgré son importance évidente, l'un des seuls phénomènes mondialisés ignoré par la « gouvernance mondiale ». Si la problématique d'une régulation de la gestion des migrations internationales, dans un souci de préservation de la bonne entente internationale et des droits des migrants, a depuis longtemps alerté les théoriciens du droit international public²⁷, force est de constater que la communauté internationale est longtemps restée sourde à toute tentative de développement d'une véritable coopération en la matière²⁸. La spécificité de la question de la gestion des flux migratoires, essentielle pour les États, a en effet empêché pendant longtemps toute progression internationale en la matière²⁹, faisant de la migration internationale une véritable exception parmi les autres phénomènes transfrontières. Pendant longtemps, la migration internationale s'est distinguée par la faiblesse de la réponse internationale apportée pour tenter de la réguler³⁰. L'importance de l'enjeu, pour les États et la communauté internationale, est pourtant difficilement ignorable³¹. Comment expliquer, dès lors, cette absence de réponse internationale à un phénomène échappant progressivement au contrôle étatique³² ? Le constat d'une perte de contrôle en dépit de la multiplication des mesures sécuritaires déployées par les États du Nord global est aujourd'hui difficilement contestable³³, pourtant l'approche du phénomène migratoire peine à évoluer.

Afin de démontrer que le phénomène des migrations internationales contemporaines et les politiques qu'il entraîne doivent être appréhendés comme une

« mesurer, provoquer, orienter, stopper ou renverser le flux » mise en péril, laissant la place à la génération, au sein du phénomène de circulation, de « circuits positifs et négatifs, légaux et illégaux, interdisant à l'action conjuguée des acteurs de la contenir ». Voir Jean-Sylvestre Bergé, *Les situations en mouvement et le droit : Essai d'une épistémologie pragmatique*, Paris, Dalloz, 2021 aux pp 66-69.

²⁷ Baptiste Jouzier, « Enjeux migratoires : l'inéluctable renforcement de l'approche multilatérale » dans Olivier Delas, Olivier Bichsel et Baptiste Jouzier, dir, *L'après Covid-19 : quel multilatéralisme face aux enjeux globaux ?*, Bruxelles, Bruylant, 2021, 185 aux pp 187-90.

²⁸ L'amorce d'un véritable intérêt de la communauté internationale pour la question est souvent fixée au milieu des années 1990. Voir par ex Alexandra Castro, *La gouvernance des migrations : de la gestion migratoire à la protection des migrants*, thèse de doctorat en droit, Université Panthéon-Assas, 2014 à la p 62; François Crépeau, « L'émergence d'une conversation globale sur les politiques migratoires : retour sur un mandat de Rapporteur Spécial des Nations Unies sur les droits de l'homme des migrants (2011- 2017) » (2019) 17 CRDH aux pp 4-6.

²⁹ Voir notamment Baptiste Jouzier, « Une analyse critique du Pacte mondial pour des migrations sûres, ordonnées et régulières » (2020) no 17 R Droits Homme aux pp 90-92 [Jouzier, « Une analyse critique »]; Crépeau, *supra* note 28 aux pp 1-3.

³⁰ Voir notamment Alexander Betts, « Introduction : Global Migration Governance » dans Alexander Betts, dir, *Global migration governance*, Oxford, Oxford University Press, 2010, 1 aux pp 1-4.

³¹ Christophe Jaffrelot et Christian Lequesne estiment ainsi que « [l]e phénomène migratoire a pris au fil des décennies – et même des siècles – une ampleur telle que l'on peut y voir un phénomène social global » : Christophe Jaffrelot et Christian Lequesne, « Introduction » dans Christophe Jaffrelot et Christian Lequesne, dir, *L'enjeu mondial : les migrations*, Paris, Presses de Sciences Po, 2009, 11 à la p 11. Voir aussi Bertrand Badie et al, *Pour un autre regard sur les migrations : construire une gouvernance mondiale*, Paris, Découverte, 2008 à la p 19; Fred Constant, « Conclusion » dans Christophe Jaffrelot et Christian Lequesne, dir, *L'enjeu mondial : les migrations*, Paris, Presses de Sciences Po, 2009, 291 aux pp 291-93.

³² Catherine Wihtol de Wenden, *Migrations : une nouvelle donne*, Paris, Maison des sciences de l'Homme, 2016 aux pp 9-10; Constant, *supra* note 31 à la p 293 [Wihtol de Wenden, *Migrations*].

³³ Bergé, *supra* note 11 à la p 180; Catherine Dauvergne, « Sovereignty, Migration and the Rule of Law in Global Times » (2004) 67:4 Mod L Rev 588 aux pp 599-600.

crise globale et continue, et non comme une succession de crises appelant des réponses *ad hoc*, mais également de comprendre l'absence de réaction des États à la succession de crises migratoires, sera utilisé le concept de *creeping crisis*, issu des sciences politiques. Ce dernier a été conceptualisé en 2020 par Arjen Boin, Magnus Ekengren et Mark Rhinard, sur la base de la distinction traditionnelle entre « *fast-burning crisis* » et « *slow-burning crisis* »³⁴. Le concept a déjà été mobilisé en matière migratoire, dans une analyse de la réponse suédoise à la « crise des réfugiés syriens » de 2015, par Yrsa Landström et Magnus Ekengren³⁵. Il a également été utilisé pour étudier, au niveau international, le manque d'attention politique portée à la problématique du changement climatique et de la migration³⁶. Il est ici avancé qu'il peut être mobilisé plus largement pour étudier le cadre juridique international applicable aux migrations.

Le concept est défini comme

une menace pour des valeurs sociétales largement partagées ou des systèmes essentiels à la vie, évoluant dans le temps et l'espace, qui est annoncée par des événements précurseurs et fait l'objet d'une attention politique et/ou sociétale variable, étant traitée de manière partielle ou insuffisante par les autorités³⁷.

La mobilisation de la notion permet de dépasser le cadre d'analyse d'une succession de crises, tel que nous le connaissons en matière de migrations internationales et tel qu'appliqué par les États, pour le cadre d'analyse d'une crise globale. Là où les « praticiens » ne peuvent voir que des crises successives, apportant des réponses tardives et souvent ineffectives, le concept de *creeping crisis* permet d'analyser ces crises comme les « explosions » ou les « étincelles » d'une crise « à combustion lente »³⁸. Ce constat fait, les crises ne sont plus perçues comme des maladies *per se* auxquelles la communauté internationale doit répondre, mais comme de simples symptômes, qu'il est certes nécessaire de traiter, mais qui doivent avant tout amener à l'établissement d'un diagnostic permettant de déceler la maladie responsable de ceux-ci³⁹. Ici, la maladie résulterait d'une inadéquation du cadre international de gestion des flux migratoires avec la réalité du phénomène, constat largement partagé par les juristes et les politistes⁴⁰. Les « crises migratoires » successives ne seraient que les symptômes de cette maladie plus profonde. Après avoir illustré, au travers de crises

³⁴ Arjen Boin, Magnus Ekengren et Mark Rhinard, « Hiding in Plain Sight : Conceptualizing the Creeping Crisis » (2020) 11:2 Risk, Hazards & Crisis in Public Policy 116 aux pp 119-20 [Boin, Ekengren et Rhinard, « Hiding in Plain Sight »]

³⁵ Yrsa Landström et Magnus Ekengren, « Migration, Borders, and Society » dans Arjen Boin, Magnus Ekengren et Mark Rhinard, dir, *Understanding the Creeping Crisis*, Palgrave Macmillan Cham, 87.

³⁶ Elin Jakobsson, « Political Attention in a Creeping Crisis : The Case of Climate Change and Migration » dans Arjen Boin, Magnus Ekengren et Mark Rhinard, dir, *Understanding the Creeping Crisis*, Palgrave Macmillan Cham, 131.

³⁷ *Ibid* à la p 122 [notre traduction].

³⁸ *Ibid* à la p 120 [notre traduction].

³⁹ *Ibid* aux pp 119, 122.

⁴⁰ Fleury Graff, *supra* note 15 aux pp 18-20; Wihtol de Wenden, *Migrations, supra* note 32 à la p 10; Vincent Chetail, « Droit international des migrations : fondements et limites du multilatéralisme » dans Habib Gherari et Rostane Mehdi, dir, *La société internationale face aux défis migratoires : colloque des 13 et 14 janvier 2011*, Paris, Pedone, 2012, 23 à la p 23.

choisies, la réalité d'une situation de *creeping crisis* qui appelle à un changement de paradigme, il sera proposé une voie de réponse à la « maladie » et non plus aux « symptômes », à travers le renforcement du recours au droit international pour structurer le cadre international, émergent, de gestion des flux migratoires.

Trois crises seront spécialement analysées. D'abord, la réponse apportée à la crise de la COVID-19, en matière de gestion des flux migratoires, fera l'objet d'une étude particulière. Elle a, en effet, mis en évidence la faiblesse du système international de gestion des flux migratoires, tant au niveau de la protection des personnes vulnérables que de la protection des économies nationales, soulignant la nécessité de dépasser l'approche de gestion de crise aujourd'hui dominante. Ensuite, les réponses européennes apportées à deux afflux massifs de personnes en demande de protection — l'afflux de personnes en provenance, notamment, de Syrie en 2015 et l'afflux de personnes en provenance d'Ukraine en 2022, seront successivement analysées. Si d'autres réponses de crise avaient pu également faire l'objet de recherches spécifiques, la proximité des cadres temporel et géographique de ces crises permet de proposer une étude comparative. Une telle étude permet de souligner la place de la réponse des États dans la constitution d'une crise migratoire. Là où la faiblesse de la réponse apportée au premier afflux massif de personnes en demande de protection a entraîné une défaillance du système européen, la réponse apportée en 2022, plus coopérative et plus solidaire, a permis de faire face à l'afflux massif sans réelle difficulté.

Les conséquences tirées de l'analyse de ces crises permettront de démontrer l'existence d'une *creeping crisis*, résultant de l'approche actuelle de la gestion des migrations internationales. Il sera démontré que la crise s'explique notamment par une inertie des États et de la communauté internationale à adopter un cadre de coopération prévisible et fondé sur le droit, le cadre de gouvernance amorcé en 2016 et 2018 demeurant encore trop limité. Dans ce contexte, une réflexion sur la place devant revenir au droit international dans l'élaboration d'une approche internationale de la gestion des migrations sera proposée⁴¹. En effet, l'analyse de la crise de la gestion internationale des flux migratoires comme *creeping crisis* permet d'identifier certains des freins au dépassement de la gestion de crise, et d'avancer la pertinence du droit international de la migration pour dépasser l'immobilisme existant en la matière⁴².

L'article suivra une structure en trois temps. Seront d'abord présentés les résultats tirés de l'analyse des réponses apportées, en matière de gestion des flux

⁴¹ Il ne s'agit pas, ici, de réfléchir sur les modalités particulières que devrait adopter le cadre juridique, mais à affirmer la nécessité du véhicule du droit pour renforcer la gestion internationale des migrations et dépasser la situation de *creeping crisis*. Les auteurs du présent article sont à l'heure actuelle en train de mener un projet de recherche pluriannuel sur la détermination des modalités précises de renforcement du cadre juridique.

⁴² Le droit international de la migration peut être défini, suivant le dernier *Glossary on Migration* de l'OIM, comme « [l]e cadre juridique international régissant les migrations, découlant de diverses sources du droit international qui s'appliquent au mouvement des personnes, à l'intérieur des États ou entre eux, et régissant la compétence et les obligations des États, le statut, les droits et les devoirs des migrants, ainsi que la coopération internationale » [Notre traduction]. Voir Alice Sironi, Céline Bauloz et Milen Emmanuel, « International Migration Law : Glossary on Migration », *International Migration Law*, no 34, Genève, International Organization for Migration, 2019 à la p 113.

migratoires et de protection, à la crise de la COVID-19 (I), puis aux crises européennes des réfugiés syriens et ukrainiens (II). Ces résultats seront ensuite exploités pour démontrer l'existence d'une situation de *creeping crisis* et avancer la pertinence du recours au droit international pour dépasser cette situation (III).

I. La « crise » de la COVID-19 : le périlleux enfermement des États dans une gestion de crise des flux migratoires internationaux

L'approche du phénomène migratoire international est aujourd'hui dominée par une perspective sécuritaire et réactive, assimilant les grands enjeux migratoires contemporains à une succession de « crises » distinctes demandant des réponses *ad hoc*, souvent désorganisées et ineffectives. L'impact de la crise de la COVID-19 sur les flux migratoires internationaux a d'ores et déjà fait l'objet d'un certain nombre de recherches. Les premières réponses nationales ont consisté en une fermeture plus ou moins absolue des frontières, visant à une réduction complète ou partielle des flux internationaux de personnes⁴³. Ces fermetures ont entraîné une réduction drastique des flux migratoires internationaux⁴⁴, soulignant les faiblesses du cadre international de protection des migrants (A) et la dépendance économique des États envers les flux de main-d'œuvre (B). Plus largement, les difficultés migratoires entraînées par la crise de la COVID-19 ont donc révélé les limites inhérentes à l'absence d'un cadre structuré de gestion internationale des flux migratoires.

A. La fermeture désordonnée des frontières et la remise en cause frontale des droits des migrants

La crise de la COVID-19 a eu un impact conséquent sur la gestion des flux migratoires. Toutes les catégories de migrants ont été touchées par les réponses nationales et régionales apportées à la crise de la COVID-19. Le premier *Rapport mondial sur la santé des réfugiés et des migrants* de l'Organisation mondiale de la santé

⁴³ Pour une approche vulgarisée, voir notamment Mary A Shiraef, « Closed borders, travel bans and halted immigration : 5 ways COVID-19 changed how – and where – people move around the world », *The Conversation* (18 mars 2021), en ligne : [The Conversation <theconversation.com/closed-borders-travel-bans-and-halted-immigration-5-ways-covid-19-changed-how-and-where-people-move-around-the-world-157040?mscl-kid=43dafd57a6a011ecad7dcb5f4369ba12>](https://theconversation.com/closed-borders-travel-bans-and-halted-immigration-5-ways-covid-19-changed-how-and-where-people-move-around-the-world-157040?mscl-kid=43dafd57a6a011ecad7dcb5f4369ba12) [Shiraef, « Closed borders »]. L'article est fondé sur le COVID Border Accountability Project : COVID Border Accountability Project, « Map », en ligne : [<covidborderaccountability.org/>](https://covidborderaccountability.org/); Mary A Shiraef et al, « COVID Border Accountability Project, a hand-coded global database of border closures introduced during 2020 » (2021) 8:253 *Scientific Data* 1. Voir aussi UNHCR, « COVID-19 : The impact of closing borders around the world » (10 novembre 2020), en ligne : [UNHCR <data.unhcr.org/en/dataviz/143#>](https://data.unhcr.org/en/dataviz/143#>).

⁴⁴ Voir notamment, pour une présentation synthétique de l'évolution des flux migratoires dans les pays de l'Organisation de coopération et de développement économiques (OCDE) : OCDE, *Perspectives des migrations internationales 2020*, Paris, Éditions OCDE, 2020 aux pp 17-19; OCDE, *Perspectives des migrations internationales 2021*, vol 2021, no 2, Paris, Éditions OCDE, 2021 à la p 16 [OCDE, *Perspectives 2021*].

(OMS) est sans équivoque : « [s]elon les données disponibles, les réfugiés et les migrants ont été touchés de manière disproportionnée par la pandémie de COVID-19 : elle a accru la charge de morbidité qui pèse sur eux, réduit leurs revenus, eu des conséquences sur leur bien-être social et mental, et limité leur mobilité en raison des restrictions de voyage »⁴⁵. La fermeture des frontières a, logiquement, particulièrement impacté le quotidien des migrants. Les étudiants internationaux⁴⁶, les travailleurs temporaires de courte durée⁴⁷, les migrants en situation d'irrégularité⁴⁸ ont été touchés, voyant leur situation précarisée et la protection de leurs droits revus à la baisse. Pour reprendre la formule évocatrice de Mary A. Shiraef dressant le bilan de cette première réponse de fermeture désorganisée : « *Trips canceled : 2.93 billion. International border closures : 1,299. Lives interrupted : Countless* »⁴⁹.

Certaines catégories de migrants ont toutefois été particulièrement touchées. L'Organisation internationale pour les migrations (OIM) a pu déplorer, en 2021, que « [I]es fermetures de frontières ont [...] empêché les personnes déplacées de chercher refuge [...] mais pas les voyageurs d'affaires, qui 'ont continué à se déplacer assez librement' »⁵⁰. Si les migrants en situation de vulnérabilité ou possédant un statut précaire ont en général plus subi la gestion de la crise de la COVID-19⁵¹, la catégorie des migrants fuyant les persécutions et souhaitant demander l'asile semble avoir été la plus directement touchée par les mesures juridiques de fermeture⁵². L'atteinte la plus

⁴⁵ OMS, *Rapport mondial sur la santé des réfugiés et des migrants : Résumé*, Genève, OMS, 2022 à la p 13. Voir aussi OMS, *ApartTogether survey : preliminary overview of refugees and migrants self-reported impact of COVID-19*, Genève, OMS, 2020 [OMS, ApartTogether survey] (nos italiques).

⁴⁶ Les étudiants internationaux ont particulièrement subi les restrictions juridiques apportées à la libre circulation. Voir Ndeye Dieyanba Ndiaye, « Ne partira pas qui veut : les étudiants étrangers non vaccinés ne pourront pas retourner dans leur pays », *The Conversation* (25 novembre 2021), en ligne : <theconversation.com/ne-partira-pas-qui-veut-les-etudiants-etrangers-non-vaccines-ne-pourront-pas-retourner-dans-leur-pays-171085>; Marion Côté, *La mobilité internationale étudiante postsecondaire et la COVID-19 : quelles sont les incidences de la pandémie sur les étudiants internationaux et leur environnement*, mémoire de maîtrise en relations industrielles, Université de Montréal, 2021 aux pp 41-42.

⁴⁷ Tesseltje de Lange, Sandra Mantu et Paul Minderhoud, « Into the Unknown : COVID-19 and the Global Mobility of Migrant Workers » (2020) 114 *AJIL Unbound* 332; Alison Reid, Elena Rhonda-Perez et Marc B Schenker, « Migrant workers, essential work, and COVID-19 » (2021) 64:2 *American Journal of Industrial Medicine* 73.

⁴⁸ Gisela P Zapata, Flavia R Castro et Marcia Vera Espinoza, « Closing borders, limiting protection - mobility in times of COVID-19 in Brazil » (22 avril 2021), en ligne (blogue) : <qmul.ac.uk/gpi/projects/migpanbrin/blog/items/closing-borders-limiting-protection---mobility-in-times-of-covid-19-in-brazil.html>

⁴⁹ Shiraef, « Closed borders », *supra* note 43.

⁵⁰ Organisation des Nations Unies, « Les migrants laissés en rade et sans assistance par les restrictions liées à la Covid-19 » (8 avril 2021), en ligne : *ONU Info*, en ligne : <news.un.org/fr/story/2021/04/1093482>.

⁵¹ Cela ressort notamment de l'étude de l'OMS ApartTogether, dans laquelle les migrants ayant un statut plus précaire ou un niveau de formation inférieur ont exprimé avoir été plus affectés par la pandémie (peur d'aller consulter un professionnel de santé, conditions de vie précaires dans les centres ou en situation d'itinérance, discours discriminatoires plus prégnants, difficultés à remplir ses besoins essentiels pour les migrants en situation d'irrégularité, etc.) : OMS, *ApartTogether survey*, *supra* note 45 aux pp 12, 16, 18, 21.

⁵² Amnesty international, *La situation des droits humains dans le monde*, Londres, Amnesty international, 2021 (« [I]e COVID-19 a par ailleurs aggravé la situation déjà précaire des réfugiés et des migrants, enfermés dans des camps ou des centres de détention insalubres ou bloqués devant des frontières fermées.

flagrante aux droits habituellement protégés semble ainsi s'être dessinée sous la forme d'une remise en cause des droits des demandeurs d'asile et notamment du droit de rechercher l'asile et de voir sa situation examinée individuellement sans craindre un refoulement, conformément à la *Convention de Genève* de 1951⁵³. En Amérique du Nord, et plus particulièrement aux États-Unis et au Canada, cela s'est traduit par une exclusion pure et simple de la possibilité de demander l'asile. Au Canada, la *Loi sur la mise en quarantaine* a constitué la base légale pour l'adoption d'une série de décrets suspendant la possibilité de demander l'asile à la frontière terrestre en dehors des points d'entrée terrestres⁵⁴, alors qu'en application de l'Entente sur les tiers pays sûrs *Entente sur les tiers pays sûrs* (ETPS) avec les États-Unis⁵⁵ il était déjà impossible de déposer des demandes d'asile aux points d'entrée officiels après avoir transité par les États-Unis, en dehors de certaines exceptions⁵⁶.

Aux États-Unis, la mise en place d'une politique de refoulement systématique

Des 'refoulements' de réfugié·e·s et de migrant·e·s ont été signalés dans 42 des 149 pays suivis par Amnesty International » à la p 17).

⁵³ *Convention relative au statut des réfugiés*, 28 juillet 1951, 189 RTNU 137 (entrée en vigueur : 22 avril 1954); *Protocole relatif au statut des réfugiés*, 31 janvier 1967, 606 RTNU 267 art 33 (entrée en vigueur : 4 octobre 1967).

⁵⁴ *Loi sur la mise en quarantaine*, LC 2005, c 20; *Décret visant la réduction du risque d'exposition à la COVID-19 au Canada (interdiction d'entrée au Canada en provenance des États-Unis)*, CP 2020-0161, art 4(1); *Décret visant la réduction du risque d'exposition à la COVID-19 au Canada (interdiction d'entrée au Canada en provenance des États-Unis)*, CP 2020-0185, art 5(1); *Décret visant la réduction du risque d'exposition à la COVID-19 au Canada (interdiction d'entrée au Canada en provenance des États-Unis)*, CP 2020-0263, art 5(1); *Décret visant la réduction du risque d'exposition à la COVID-19 au Canada (interdiction d'entrée au Canada en provenance des États-Unis)*, CP 2020-0370, art 5(1); *Décret visant la réduction du risque d'exposition à la COVID-19 au Canada (interdiction d'entrée au Canada en provenance des États-Unis)*, CP 2020-0442, art 5(1); *Décret visant la réduction du risque d'exposition à la COVID-19 au Canada (interdiction d'entrée au Canada en provenance des États-Unis)*, CP 2020-0469, art 5(1); *Décret visant la réduction du risque d'exposition à la COVID-19 au Canada (interdiction d'entrée au Canada en provenance des États-Unis)*, CP 2020-0538, art 5(1); *Décret visant la réduction du risque d'exposition à la COVID-19 au Canada (interdiction d'entrée au Canada en provenance des États-Unis)*, CP 2020-0565, art 5(1); *Décret visant la réduction du risque d'exposition à la COVID-19 au Canada (interdiction d'entrée au Canada en provenance des États-Unis)*, CP 2020-0672, art 5(1); *Décret visant la réduction du risque d'exposition à la COVID-19 au Canada (interdiction d'entrée au Canada en provenance des États-Unis)*, CP 2020-0838, art 5(1); *Décret visant la réduction du risque d'exposition à la COVID-19 au Canada (interdiction d'entrée au Canada en provenance des États-Unis)*, CP 2020-0886, art 5(1); *Décret visant la réduction du risque d'exposition à la COVID-19 au Canada (interdiction d'entrée au Canada en provenance des États-Unis)*, CP 2020-0968, art 5(1); CP 2020-1128, art 5(1); CP 2021-0009, art 5(1); *Décret visant la réduction du risque d'exposition à la COVID-19 au Canada (interdiction d'entrée au Canada en provenance des États-Unis)*, CP 2021-0314, art 5(1); *Décret visant la réduction du risque d'exposition à la COVID-19 au Canada (interdiction d'entrée au Canada en provenance des États-Unis)*, CP 2021-0419, art 5(1); *Décret visant la réduction du risque d'exposition à la COVID-19 au Canada (interdiction d'entrée au Canada en provenance des États-Unis)*, CP 2021-0613, art 5(1); *Décret visant la réduction du risque d'exposition à la COVID-19 au Canada (interdiction d'entrée au Canada en provenance des États-Unis)*, CP 2021-0730, art 5(1); *Décret visant la réduction du risque d'exposition à la COVID-19 au Canada (interdiction d'entrée au Canada en provenance des États-Unis)*, CP 2021-0823, art 5(1); CP 2021-0902, art 5(1).

⁵⁵ *Accord entre le Gouvernement du Canada et le Gouvernement des États-Unis d'Amérique pour la coopération en matière d'examen des demandes de statut de réfugiés présentées par des ressortissants de pays tiers*, Canada et États-Unis, 5 décembre 2002 (entrée en vigueur : 29 décembre 2004).

⁵⁶ *Loi sur l'immigration et la protection des réfugiés*, LC 2001, c 27, art 101(1); *Règlement sur l'immigration et la protection des réfugiés*, DORS/2002-227, arts 159.3-159.6.

sur la base du « *Title 42* », et plus spécifiquement de sa section 265⁵⁷, a entraîné une importante vague de critiques doctrinales⁵⁸. Sur le fondement d'une obscure disposition datant de 1944⁵⁹, les *Centers for Disease Control and Prevention* (CDC), « Centres pour le contrôle et la prévention des maladies » en français, ont adopté le 26 mars 2020 un « décret » suspendant l'entrée aux États-Unis des personnes transitant par le Canada ou le Mexique et « qui seraient autrement présentés à un point d'entrée terrestre ou à un poste de patrouille frontalier aux frontières des États-Unis avec le Canada et le Mexique, ou à proximité de celles-ci »⁶⁰. En d'autres termes, l'entrée des non-nationaux sans documents de voyage valides⁶¹, et donc l'entrée de la quasi-totalité des demandeurs d'asile⁶², a été suspendue. Dans sa formulation désuète datant de 1944, la disposition formule en effet une autorisation de suspension générale de l'« introduction » de biens ou de personnes en provenance d'un pays donné, dans lequel il existe une maladie contagieuse⁶³.

Le décret toujours en vigueur en 2023, a « mis fin au régime d'asile américain » et entraîné le refoulement d'un grand nombre de demandeurs d'asile en situation de vulnérabilité⁶⁴. D'une précision chirurgicale, et malgré la contravention évidente aux obligations internationales souscrites par les États-Unis⁶⁵, le *U.S. Customs and Border Protection* rapporte chaque expulsion opérée sur le fondement du « *Title 42* », à l'individu prêt. Bilan : 206 783 expulsions sur le fondement du *Titre 42* pour l'année fiscale 2020 (mars à septembre 2020)⁶⁶; 1 071 075 pour l'année

⁵⁷ *Suspension of entries and imports from designated places to prevent spread of communicable diseases*, 42 USC, section 265.

⁵⁸ Voir, entre autres : Ashley Binetti Armstrong, « Co-Opting Coronavirus, Assailing Asylum » (2021) 35 *Geo Immigr LJ* 361; Evan J. Criddle et Evan Fox-Decent, « The Authority of International Refugee Law » (2021) 62:4 *Wm & Mary L Rev* 1067 aux pp 1121-27; Marta Crebelli, « Covid-19 and its Impact in the United States and European Union : A Tool to Circumvent Refugee Protection? » (2020) 27 *ILSA Journal of International and Comparative Law* 28 aux pp 39-43; Karen Musalo, « The Legal and Moral Responsibility to Protect » (2022) 45:5 *Fordham Intl LJ* 751 aux pp 758-59.

⁵⁹ Armstrong, *supra* note 58 à la p 363.

⁶⁰ *Notice of Order Under Sections 362 and 365 of the Public Health Service Act Suspending Introduction of Certain Persons from Countries Where a Communicable Disease Exists*, 85 Fed Reg 17060 (2020) à la p 17061 [notre traduction].

⁶¹ Crebelli, *supra* note 58 à la p 39.

⁶² Armstrong, *supra* note 58 à la p 363.

⁶³ *Suspension of entries and imports from designated places to prevent spread of communicable diseases*, *supra* note 57 : « [I]orsque le chirurgien général détermine qu'en raison de l'existence d'une maladie contagieuse dans un pays étranger il existe un danger sérieux d'introduction de cette maladie aux États-Unis, et que ce danger est tellement accru par l'introduction de personnes ou de biens en provenance de ce pays qu'une suspension du droit d'introduire ces personnes et ces biens est nécessaire dans l'intérêt de la santé publique, le chirurgien général, conformément aux règlements approuvés par le Président, aura le pouvoir d'interdire, en tout ou en partie, l'introduction de personnes et de biens en provenance des pays ou des lieux qu'il désignera afin d'écarter ce danger, et pour la période de temps qu'il jugera nécessaire à cette fin » [notre traduction].

⁶⁴ Armstrong, *supra* note 58 à la p 363.

⁶⁵ *Ibid* aux pp 395-96; Musalo, *supra* note 58 aux pp 752-53.

⁶⁶ US Customs and Border Protection, « Nationwide Enforcement Encounters : Title 8 Enforcement Actions and Title 42 Expulsions Fiscal Year 2020 », en ligne : <cbp.gov/newsroom/stats/cbp-enforcement-statistics/title-8-and-title-42-statistics-fy2020>.

fiscale 2021 (octobre 2020 à septembre 2021)⁶⁷; 1 103 961 pour l'année fiscale 2022 (octobre 2021 à septembre 2022)⁶⁸; 1 158 168 pour l'année fiscale 2023 (octobre 2022 à septembre 2023)⁶⁹. Soit, entre mars 2020 et septembre 2023, 3 539 987 expulsions sur le fondement du *Titre 42*. Les chiffres sont évocateurs. La mesure a été extrêmement critiquée, tant par les milieux juridiques que médicaux⁷⁰. Les doutes sur sa légalité, par sa remise en cause du principe de non-refoulement et son instrumentalisation d'une mesure sanitaire à des fins de politique migratoire, ont entraîné une injonction de levée du décret par la Cour de district des États-Unis pour le district de Columbia⁷¹. Cette injonction a finalement été suspendue par la Cour suprême⁷², et l'affaire pourrait ne pas être tranchée en justice puisque la haute juridiction a décidé de repousser les auditions et que le Président a annoncé quant à lui la fin de l'utilisation (ou du recours) au *Titre 42* en mai 2023⁷³.

En Europe, les réponses juridiques ou matérielles, en matière d'asile, ont été variables. En 2020, dans sa communication *COVID-19 : orientations relatives à la mise en œuvre des dispositions pertinentes de l'UE régissant les procédures d'asile et de retour et à la réinstallation*, la Commission européenne constate que « plusieurs États membres ont signalé que des administrations compétentes en matière d'asile avaient fermé ou qu'il n'était possible de s'y rendre que sur notification préalable par téléphone ou par voie électronique », que « [d]es États membres ont également signalé des restrictions de service en matière d'enregistrement des demandes de protection internationale »⁷⁴. Par ailleurs elle mentionne que « [c]ertains États membres ont précisé que l'enregistrement des demandes était globalement suspendu ou autorisé

⁶⁷ US Customs and Border Protection, « Nationwide Enforcement Encounters : Title 8 Enforcement Actions and Title 42 Expulsions Fiscal Year 2021 », en ligne : <cbp.gov/newsroom/stats/cbp-enforcement-statistics/title-8-and-title-42-statistics-fy2021>.

⁶⁸ US Customs and Border Protection, « Nationwide Enforcement Encounters : Title 8 Enforcement Actions and Title 42 Expulsions Fiscal Year 2022 », en ligne : <cbp.gov/newsroom/stats/cbp-enforcement-statistics/title-8-and-title-42-statistics-fy22>.

⁶⁹ US Customs and Border Protection, « Nationwide Enforcement Encounters : Title 8 Enforcement Actions and Title 42 Expulsions Fiscal Year 2023 », en ligne : <cbp.gov/newsroom/stats/cbp-enforcement-statistics/title-8-and-title-42-statistics>. Le tableau n'est plus actualisé à partir de l'année fiscale 2024.

⁷⁰ Voir par ex Center for Gender and Refugee Studies, « Title 42 Challenges », en ligne : <cgrs.uchastings.edu/our-work/title-42-challenges>. Le mémo de Harold Hongju Koh, juriste réputé démissionnaire de l'administration Biden à la suite du maintien du Titre 42 et du refoulement massif de demandeurs d'asile en provenance d'Haïti est, à ce titre, particulièrement évocateur : Harold Hongju Koh, « Re : Ending Title 42 return flights to countries of origin, particularly Haiti » (2 octobre 2021), en ligne : <borderoversight.org/files/2021-10-02_koh.pdf>.

⁷¹ *Order of the United States District Court for the District of Columbia*, case No. 1:21-cv-00100 (15 novembre 2022).

⁷² *Arizona, et al c Alejandro Mayorkas, Secretary of Homeland Security, On Application For Stay*, 598 US 1 (États-Unis Cour suprême 2022).

⁷³ Supreme Court of the United States, « No. 22-592. *Arizona, et al., Petitioners v Alejandro Mayorkas, Secretary of Homeland Security* », en ligne : <supremecourt.gov/search.aspx?filename=/docket/docketfiles/html/public/22-592.html>; Adam Liptak, « Supreme Court Cancels Arguments in Title 42 Immigration Case », *The New York Times* (16 février 2023), en ligne : <nytimes.com/2023/02/16/us/politics/supreme-court-title-42-immigration.html>.

⁷⁴ Union européenne, communiqué, C 126/02, *Communication de la Commission COVID-19 : orientations relatives à la mise en œuvre des dispositions pertinentes de l'UE régissant les procédures d'asile et de retour et à la réinstallation* (2020) à la p 14.

uniquement dans les cas exceptionnels et/ou dans le cas des personnes vulnérables »⁷⁵. Ainsi, si certains États ont simplement dû faire face aux difficultés matérielles d'enregistrement liées à la situation sanitaire, d'autres États ont suspendu purement et simplement les possibilités de déposer des demandes d'asile⁷⁶.

Cela est en opposition directe avec le rappel des obligations européennes et internationales des États, explicitées par la Commission européenne dans sa communication. Cette dernière expose clairement la nécessité d'un respect du principe de proportionnalité dans la mise en balance des mesures sanitaires et des procédures d'asile, ainsi que l'impossibilité catégorique d'une suspension générale du droit de demander l'asile⁷⁷. Ces réponses nationales apparaissent également en contradiction avec le droit international des réfugiés, contrevenant directement aux recommandations émises par le Haut-Commissariat des Nations unies pour les réfugiés (HCR). Dans un document d'orientation spécialement dédié à la problématique de l'accès au territoire pour les personnes ayant besoin d'une protection internationale, le HCR rappelle ainsi la responsabilité des États de permettre aux individus se présentant à leurs frontières de demander l'asile, et l'interdiction expresse du droit international des réfugiés d'imposer « une mesure générale visant à empêcher l'admission de réfugiés ou de demandeurs d'asile »⁷⁸.

Comment est-il possible que la crise de la COVID-19 ait conduit à une dérogation généralisée à l'un des droits les plus importants de la protection internationale de la personne, le droit de demander l'asile ? Cette faillite du système international pour assurer la protection des personnes les plus vulnérables invite nécessairement à s'interroger sur les limites de l'approche de gestion de crise des flux migratoires internationaux, en termes de protection des droits des migrants. Il faut constater l'incapacité du système international d'assurer la protection des migrants les plus vulnérables tout en assurant la régulation des flux migratoires : dans une situation de perte de contrôle sur ces flux, seule une fermeture indifférenciée est envisageable, mettant en péril un système de protection des droits déjà fragile. Cette réalité ressort également de l'analyse des entraves difficilement dépassables à la migration de main-d'œuvre amenées par la gestion de la crise de la COVID-19, mettant en péril le fonctionnement de plusieurs économies nationales, notamment dans certains secteurs clés.

⁷⁵ *Ibid.*

⁷⁶ Louis de Meulemeester en livre une première synthèse intéressante des suspensions au niveau national, notant les restrictions ou suspensions apportées par le Portugal, la France, Chypre, la Slovénie et les Pays-Bas : Louis de Meulemeester, *L'asile en Europe et en Belgique à l'épreuve d'une pandémie : conséquences et perspectives à travers les firewalls*, mémoire de maîtrise en droit, Université catholique de Louvain, 2021 aux pp 21-23.

⁷⁷ *Communication de la Commission COVID-19, supra note 74 à la p 13.*

⁷⁸ UNHCR, « Key Legal Considerations on access to territory for persons in need of international protection in the context of the COVID-19 response » (16 mars 2020), aux para 3 et 6, en ligne : [UNHCR <data.unhcr.org/en/documents/details/75349>](https://data.unhcr.org/en/documents/details/75349).

B. La fermeture désordonnée des frontières et la mise en péril des intérêts économiques des États

Les premières conséquences de la réponse désordonnée et sécuritaire à la crise de la COVID-19, en matière de gestion des flux migratoires, sont évidemment humaines : le nombre de « vies interrompues » est incalculable⁷⁹, de même que les atteintes aux droits des migrants, parfois en violation directe des obligations internationales des États. La faiblesse de la réponse de crise adoptée est toutefois également décelable dans une perspective centrée, non plus sur les droits des personnes, mais sur les intérêts étatiques. En effet, le caractère court-termiste et unilatéral des réponses étatiques a amené une certaine désorganisation dans celles-ci. La fermeture générale et rapide a mis en péril le fonctionnement des économies nationales, nécessitant par la suite l'adoption de mesures *ad hoc* et réactives pour pallier ces dysfonctionnements. Cette gestion de la crise a tout au moins mis clairement en lumière la dépendance des États du Nord global envers la migration de main-d'œuvre, et la nécessité de prévoir un système de circulation des flux migratoires plus solides.

La dépendance des États du Nord global à la migration de main-d'œuvre est un phénomène déjà connu, ayant fait l'objet, en 2014, d'un rapport de référence par l'OCDE et l'UE⁸⁰. Depuis, la Commission européenne rappelle régulièrement la nécessité d'un renforcement des voies légales de migration vers l'Europe, pour « contribuer à attirer les compétences et les talents dont [les] économies ont besoin, étant donné le vieillissement de la population et les déficits de compétences auxquels il est urgent de s'attaquer »⁸¹. Toutefois, la crise de la COVID-19 et la fermeture soudaine des frontières a éclairé de façon crue, auprès du grand public, ce besoin de main-d'œuvre et l'importance pour le Nord global d'organiser et de sécuriser des voies de migration légale : L'organisation de vol *charter* en urgence, pour faire venir des travailleurs migrants saisonniers bloqués par la fermeture complète des frontières, a rapidement fait le tour des grands médias nationaux⁸². Plus évocateur, encore, la place des travailleurs migrants en situation irrégulière⁸³, dans le secteur de la santé a été mise

⁷⁹ Nous empruntons cette formule à Mary A. Shiraef : Shiraef, « Closed borders », *supra* note 43.

⁸⁰ OCDE et UE, *Matching Economic Migration with Labour Market Needs*, Éditions OCDE, Paris, 2014.

⁸¹ Voir, pour le document le plus récent, le dernier *Rapport sur la migration et l'asile de la Commission européenne* : Commission européenne, communiqué, *Communication de la Commission au Parlement européen, au Conseil, au Comité économique et social européen et au Comité des régions : rapport sur la migration et l'asile*, COM (2022) 740 final à la p 27.

⁸² Voir, entre autres : Antoine Albertini, « Pour sauver la récolte de clémentines de Corse, rien de moins qu'un pont aérien », *Le Monde* (7 octobre 2020), en ligne : <lemonde.fr/planete/article/2020/10/07/un-pont-aerien-pour-sauver-la-recolte-de-clementines-de-corse_6055101_3244.html>; Sarah Corker, « Eastern Europeans to be flown in to pick fruit and veg », BBC News (15 avril 2020), en ligne : <bbc.com/news/business-52293061>; Hanna Ziady, « Farmers are chartering planes to bring in workers and save their crops », *CNN Business* (16 avril 2020), en ligne : <edition.cnn.com/2020/04/16/business/farmers-fly-in-workers-to-beat-coronavirus/index.html>. Pour une approche critique, voir Raluca Bejan, « COVID-19 and Disposable Migrant Workers » (16 avril 2020), *Verfassungsblog*, en ligne (blogue) : <verfassungsblog.de/covid-19-and-disposable-migrant-workers/?msclkid=d36a6e09b0d011eca3238b7f5b0cd245>.

⁸³ Parfois des demandeurs d'asile déboutés, encore présents sur le territoire.

en lumière, entraînant notamment au Québec un débat sur la régularisation de ces « anges gardiens »⁸⁴.

Des études de fond ont révélé l'impact de la gestion de la pandémie sur la migration de main-d'œuvre et les économies nationales, illustrant les besoins d'une meilleure gestion des flux migratoires. Au niveau de l'UE, Francesco Fasani et Jacopo Mazza ont étudié la place des travailleurs migrants dans les métiers « essentiels » ou « de première ligne » — « *key workers* » en anglais — révélant la place prépondérante de ceux-ci dans certains corps de métier⁸⁵. Au niveau du Canada, le Groupe de travail de la Société royale du Canada sur la COVID-19 a consacré un rapport à la problématique de la sécurisation des voies légales de migration dans le cadre de la réponse à la COVID-19, intitulé « Soutenir la résilience et la relance du Canada face à la COVID-19 grâce à des politiques et programmes d'immigration solides »⁸⁶, insistant avec force sur la dépendance du Canada vis-à-vis de la migration de main-d'œuvre. Cette dépendance concerne tant les travailleurs étrangers temporaires, dans les domaines de la santé et de l'agriculture, que les étudiants internationaux, et même les demandeurs d'asile⁸⁷. Abordant les conditions difficiles de ces travailleurs pourtant essentiels, le rapport prend même, par moment, la forme d'un repentir, illustrant bien le fossé existant entre la protection des droits des travailleurs migrants et leur importance dans l'économie nationale canadienne : « [n]ous avons appris qui étaient les travailleurs essentiels du Canada, combien parmi eux étaient des travailleurs étrangers temporaires, et à quel point sous-valorisés et vulnérables ils étaient malgré notre dépendance vis-à-vis d'eux »⁸⁸. À un niveau plus global, l'OCDE a également pu constater les limites à la reprise constituées par les pénuries de main-d'œuvre, en partie liées à la réduction des flux de migration temporaire⁸⁹. La crise de la COVID-19 et la diminution drastique des flux migratoires qu'elle a entraînée a envoyé un message fort au Nord global : la dépendance de leurs économies à une migration de main-d'œuvre précaire, notamment dans les secteurs indispensables du quotidien, constitue une importante faiblesse, soulignant la nécessité d'adopter un cadre de gestion des migrations plus structuré, plus fiable et plus durable.

La crise de la COVID-19, et plus particulièrement les faiblesses de la gestion des flux migratoires dans le contexte de la pandémie, se traduisant par une ignorance des enjeux en termes de protection des droits des migrants et de maintien d'un bassin suffisant de main-d'œuvre pour assurer la continuité du fonctionnement économique, a révélé les limites d'une approche réactive du phénomène migratoire. Les rapports pointent la faiblesse d'une stratégie uniquement sécuritaire et réactive, au regard de

⁸⁴ Lise-Marie Gervais, « Le programme de régularisation des anges gardiens et ses exclus », *Le Devoir* (13 février 2021), en ligne : <ledevoir.com/societe/595168/un-programme-et-des-exclus>.

⁸⁵ Ils relèvent ainsi que dans les métiers de l'aide à domicile, du nettoyage, ou de la construction, jusqu'à un tiers des travailleurs sont des travailleurs migrants. Voir Francesco Fasani et Jacopo Mazza, « Immigrant Key Workers : Their Contribution to Europe's COVID-19 Response », Bonn, IZA Institute of Labor Economics, 2020.

⁸⁶ Victoria Esses et al, *Soutenir la résilience et la relance du Canada face à la COVID-19 grâce à des politiques et programmes d'immigration solides*, Société royale du Canada, 2021.

⁸⁷ *Ibid* aux pp 31, 44-46, 60, 77.

⁸⁸ *Ibid* à la p 31.

⁸⁹ OCDE, *Perspectives 2021*, *supra* note 44 aux pp 21-22.

l'importance de l'enjeu migratoire, en termes humains et économiques. Cette faiblesse est d'autant plus importante que les pénuries de main-d'œuvre liées à la crise de la COVID-19 ont perduré après la réouverture des frontières, freinant la reprise. L'existence d'une situation sous tension, demandant une réponse de long terme, a bien été soulignée. L'étude de deux autres crises, européennes cette fois, permet d'aller plus loin dans l'analyse de la défaillance de la gestion des migrations internationales, pour illustrer la faiblesse de la réponse sécuritaire et le potentiel d'une réponse coopérative, programmatique et de long terme.

II. Les « crises » des réfugiés syriens et ukrainiens : le poids de la réponse étatique dans la constitution ou l'évitement des « crises migratoires »

La comparaison des réponses de l'UE à deux afflux majeurs de demandeurs d'une protection internationale, en provenance de Syrie en 2015 et d'Ukraine en 2022, est particulièrement pertinente pour illustrer l'importance de la réponse des États pour créer, ou non, une « crise migratoire »⁹⁰. Il est en effet possible de constater une véritable différence dans la réponse apportée par l'UE et ses États membres aux deux afflux massifs de personnes fuyant des conflits, qui traduit une influence bien différente sur la perception de l'afflux comme une crise, ou non. Dans le cas de l'afflux de demandeurs de protection syriens, la désorganisation et le choix de la fermeture adopté par l'UE ont conduit à une implosion des cadres juridiques existants et à un bilan humain déplorable (A). Au contraire, la mobilisation des outils juridiques existants et l'adoption d'une approche plus ouverte, dans le cadre des demandeurs de protection ukrainiens, ont permis de préserver le système européen et d'alléger le bilan humain (B).

A. La réponse de l'Union européenne à la crise des réfugiés syriens et les défaillances d'une réaction désordonnée s'affranchissant des cadres juridiques

Il est difficile de proposer un commencement objectif à ce qui est désormais appelé la « crise des migrants » ou la « crise des réfugiés » de 2015. D'un point de vue purement factuel, le pic de l'afflux de personnes en demande de protection peut être positionné autour de l'année 2015, où Eurostat a enregistré plus d'un million de demandes d'asile⁹¹. D'un point de vue médiatique, l'ampleur de la crise et de la défaillance de la réponse européenne connaît également son paroxysme en 2015. À la

⁹⁰ Rappelons que la *réponse* des autorités publiques est l'un des éléments de définition de la crise rampante, proposée par Arjen Boin, Magnus Ekengren et Mark Rhinard, une crise rampante étant « traitée de manière impartiale ou insuffisante par les autorités » : Boin, Ekengren et Rhinard, *supra* note 34 à la p 122.

⁹¹ Eurostat, Communiqué, « Nombre record de plus de 1,2 million primo-demandeurs d'asile enregistrés en 2015 » (4 mars 2016), en ligne : <ec.europa.eu/eurostat/documents/2995521/7203842/3-04032016-AP-FR.pdf/078f4e14-8bb7-45d2-bdbf-8bb3881270b2?t=1457019749000>.

mi-mars 2015, d'abord, deux naufrages intervenus en moins d'une semaine entraînent la mort de plus de 1200 migrants, discréditant l'action de l'UE, qui n'avait pas réellement pris la mesure de la situation⁹². Ensuite, en septembre 2015, la « crise des réfugiés » s'incarne, dans l'opinion publique, autour de la personne du petit Alan Kurdi, retrouvé mort sur une plage et dont la photo fait le tour des médias internationaux, montrant aux yeux du monde l'insoutenabilité d'une situation perdurant depuis plusieurs années aux portes de l'Europe⁹³. Pourtant, la « crise » ne débute pas en 2015; l'afflux massif était hautement prévisible. Emmanuel Blanchard et Claire Rodier rappellent que

dès le mois d'octobre 2012, le HCR, constatant que la plupart des réfugiés fuyant la Syrie (345 000 à l'époque) étaient accueillis dans les pays limitrophes (Irak, Jordanie, Liban et Turquie), exhortait déjà les pays de l'UE à « assurer l'accès [à leur] territoire et aux procédures de demande d'asile », et à « offrir un soutien mutuel entre les États membres »⁹⁴.

« Crise » en réalité prévisible et attendue, donc, symptomatique des « étincelles » des crises « à combustion lente », dont l'ampleur et la difficulté répondent à une inertie des autorités publiques.

C'est bien l'« inertie collective », pour reprendre la formule d'Emmanuel Blanchard et Claire Rodier⁹⁵, qui va présider la réponse européenne, entraînant l'inactivation de mécanismes juridiques adaptés, la défaillance du système européen de l'asile et de la libre circulation, puis l'adoption, *in fine*, de réponses *ad hoc* à l'efficacité hautement contestable. Alors même qu'une procédure visant à faire face à un afflux massif de personnes en demande de protection avait été prévue par l'UE, en la Directive « protection temporaire »⁹⁶, les États membres ont finalement décidé de ne pas l'activer, malgré l'urgence de la situation. La raison d'être de la directive semblait pourtant correspondre parfaitement à la situation à laquelle l'UE devait faire face. Son

⁹² Maryline Baumard, « Au moins 400 migrants disparus dans un naufrage en Méditerranée », *Le Monde* (15 avril 2015), en ligne : <lemonde.fr/international/article/2015/04/14/plus-de-morts-ce-week-end-en-mediterranee-que-dans-le-naufrage-de-lampedusa-de-2013_4615897_3210.html>; « Le naufrage d'un bateau de migrants fait craindre 700 morts en Méditerranée », *Le Monde*, (19 avril 2015), en ligne : <lemonde.fr/societe/article/2015/04/19/le-naufrage-d-un-bateau-de-migrants-fait-craindre-700-morts-en-mediterranee_4618758_3224.html>; Eugénie Bastié, « Un an de crise migratoire en 10 événements clés », *Le Figaro* (23 septembre 2015), en ligne : <lefigaro.fr/international/2015/09/23/01003-20150923ARTFIG00010-un-an-de-crise-migratoire-en-10-evenements-cles.php>.

⁹³ « Photo d'Aylan Kurdi un an après : ce qu'ils ont dit, ce qu'ils ont fait », *L'Obs* (2 septembre 2016), en ligne : <nouvelobs.com/monde/20160902.OBS7348/photo-d-aylan-kurdi-un-an-apres-ce-qu-ils-ont-dit-ce-qu-ils-ont-fait.html>; Charlotte Cieslinski, « Aylan échoué sur la plage : la photo qui a bouleversé le monde... mais que la France a occultée », *L'Obs* (9 août 2017), en ligne : <nouvelobs.com/photo/20170809.OBS3166/aylan-echoue-sur-la-plage-la-photo-qui-a-bouleverse-le-monde-mais-que-la-france-a-occulte.html>.

⁹⁴ Emmanuel Blanchard et Claire Rodier, « “Crise migratoire” : ce que cachent les mots » (2016) 4:111 *Plein Dr* 3 au para 10.

⁹⁵ *Ibid* au para 13.

⁹⁶ Conseil de l'Europe, *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*, JO, L 212/12 (2001) [UE, Directive protection temporaire].

article 2, a), prévoit en effet que la directive permet d'activer une :

procédure de caractère exceptionnel assurant, en cas d'afflux massif ou d'afflux massif imminent de personnes déplacées en provenance de pays tiers qui ne peuvent rentrer dans leur pays d'origine, une protection immédiate et temporaire à ces personnes, notamment si le système d'asile risque également de ne pouvoir traiter cet afflux sans provoquer d'effets contraires à son bon fonctionnement⁹⁷.

Malgré le déni des États membres, l'afflux massif va bien provoquer des « effets contraires » au bon fonctionnement du système européen de l'asile, entraînant en cascade une remise en cause du système de libre circulation par la réintroduction de contrôle aux frontières internes.

Le régime d'asile européen commun (RAEC) est doté d'une faiblesse structurelle dans la répartition de l'accueil : la règle de principe est celle, très inégalitaire, du pays de première entrée : l'État membre qui reçoit le premier le demandeur d'asile sur son territoire doit traiter la demande d'asile⁹⁸. Le RAEC a deux limites principales. D'abord, il n'est pas égalitaire, la règle du pays de première entrée étant seulement liée à l'aléa géographique. Les États membres possédant des frontières extérieures de l'UE, particulièrement au Sud, sont presque seuls responsables de l'accueil. Ensuite, il n'organise pas de solidarité entre États membres dans l'accueil des demandeurs d'asile, aucune règle de répartition n'étant prévue. Comme le résumait justement Emmanuel Blanchard et Claire Rodier : « [d]ans ce contexte, tout 'afflux', même minime, ne pouvait que mettre en péril ce mécanisme en asphyxiant les pays dits de premier accueil incapables de le gérer dans des conditions acceptables pour les arrivants »⁹⁹. L'inactivation de la Directive « protection temporaire » a interdit l'application d'un système dérogatoire conçu justement pour éviter l'asphyxie qu'a alors connu le RAEC. La Grèce et l'Italie, face à la charge trop importante et à l'absence de solidarité européenne, ont alors adopté la politique du « laissez-faire, laissez-passer », laissant les demandeurs d'asile transiter librement par leur territoire, sans les contraindre à déposer leur demande d'asile dans le pays de première entrée¹⁰⁰. À l'opposé du spectre, la Chancelière allemande Angela Merkel va également déroger au *Règlement Dublin* en lançant un appel à rejoindre directement le territoire allemand pour y déposer une demande d'asile¹⁰¹. Le cadre du RAEC a bien implosé. Dans un

⁹⁷ *Ibid* art 2(a) [nos italiques].

⁹⁸ Règlement (UE) n° 604/2013 du Parlement européen et du Conseil du 26 juin 2013 établissant les critères et mécanismes de détermination de l'État membre responsable de l'examen d'une demande de protection internationale introduite dans l'un des États membres pour un ressortissant de pays tiers ou un apatride [2013] JO L 180/31 (refonte), arts 7-15 [*Règlement Dublin*].

⁹⁹ Blanchard et Rodier, *supra* note 94 au para 12.

¹⁰⁰ Dominique Ritleng, « La nouvelle Frontex : évolution plutôt que révolution » (2017) 3 RTD eur 437.

¹⁰¹ Voir par ex Jean-Baptiste François, « Le 31 août 2015, Angela Merkel ouvre les frontières allemandes aux réfugiés », *La Croix* (12 avril 2019), en ligne : <la-croix.com/Monde/Europe/Le-31-aout-2015-Angela-Merkel-ouvre-frontieres-allemandes-refugies-2019-04-12-1201015262>. Si le *Règlement Dublin* prévoit bien une « clause de souveraineté » (art 17(1)), permettant de déroger de façon discrétionnaire à la règle du pays de première entrée pour autoriser une demande d'asile sur ton territoire, la suspension systématique de la règle du pays de première entrée ne semble toutefois pas pouvoir rentrer dans le cadre de cette exception, remettant en cause l'économie générale du règlement.

phénomène prévisible de « défaillances en cascade », la politique du « laissez-faire, laissez-passer », comme réponse à l'absence de coopération et de solidarité quant à l'accueil des demandeurs d'asile, va entraîner une réaction des autres États européens, qui vont remettre en cause le principe de libre circulation sur le territoire de l'UE et d'absence de contrôle aux frontières intérieures, pour se prémunir de l'afflux de demandeurs d'asile sur leur propre territoire¹⁰². C'est, alors, le cadre juridique de l'Espace Schengen qui est remis en cause, le système européen ayant été balayé par l'inertie européenne.

Face à ce constat de défaillance généralisée, en l'absence de mobilisation des solutions de coopération existantes, la voie de la réponse d'exception va être choisie. D'abord, va être mise en place l'approche *hotspot*, visant à contenir les demandeurs d'asile aux portes de la Grèce et de l'Italie, dans des centres « d'enregistrement » fermés¹⁰³. Ensuite, vont être adoptées deux décisions *ad hoc* visant à organiser une certaine solidarité européenne, en prévoyant la relocalisation de 160 000 demandeurs d'asile¹⁰⁴. Cette réaction hors de tout cadre préexistant, court-termiste¹⁰⁵, va rapidement démontrer ses limites, tant en termes de protection des droits des migrants que d'efficacité dans sa mise en œuvre. L'approche *hotspots* va être quasi unanimement critiquée pour son atteinte aux droits de l'Homme, étant épinglée par des rapports d'organisations internationales et d'organisations non gouvernementales¹⁰⁶. Les décisions visant à la relocalisation vont, quant à elle, demeurer inappliquées, en raison de la mauvaise volonté des États membres étant enjoins à la solidarité¹⁰⁷. Choissant alors la voie de la délocalisation du contrôle par la conclusion d'une entente avec la

¹⁰² Céline Bauloz, « Le règlement Dublin à l'épreuve du principe de non-refoulement : chronique d'une crise annoncée » (2017) 27:2 RSDIE 139; Dominique Ritleng, « La nouvelle Frontex : évolution plutôt que révolution » (2017) 3 RTD eur 437.

¹⁰³ Claire Rodier, « Le faux semblant des hotspots » (2018) 13 *Revue des droits de l'homme* 1 à la p 1; Blanchard et Rodier, *supra* note 94 au para 14.

¹⁰⁴ Conseil européen, *Décision (UE) 2015/1523 du Conseil du 14 septembre 2015 instituant des mesures provisoires en matière de protection internationale au profit de l'Italie et de la Grèce*, JO, L 239/146 (2015); Conseil européen, *Décision (UE) 2015/1601 du Conseil du 22 septembre 2015 instituant des mesures provisoires en matière de protection internationale au profit de l'Italie et de la Grèce*, JO, L 248/80 (2015).

¹⁰⁵ Emmanuel Blanchard et Claire Rodier évoquent ainsi, à propos de l'évitement du cadre existant pour adopter des mesures d'exception, « [u]ne façon de nier le caractère durable de la déstabilisation de régions entières qui amène – et amènera encore longtemps – des centaines de milliers de personnes à prendre la route de l'Europe » : Blanchard et Rodier, *supra* note 94 au para 13.

¹⁰⁶ Voir, entre autres : Haut-Commissariat des Nations Unies aux droits de l'homme, « Les centres pour migrants (hotspots) en Italie soulèvent des questions juridiques » (2 août 2016), en ligne : <ohchr.org/fr/stories/2016/08/italys-migrant-hotspot-centres-raise-legal-questions>; Human Rights Watch, *Grèce : insécurité et insalubrité dans les « hotspots » pour réfugiés*, New York, Human Rights Watch, 2016; Amnistie internationale Luxembourg, *Grèce : des réfugiés détenus dans des conditions déplorables, sur fond de course à la mise en œuvre de l'accord UE-Turquie*, Luxembourg, Amnistie internationale, 2016; GISTI, *Accord UE-Turquie, la grande imposture : Rapport de mission dans les hotspots grecs de Chios et Lesbos*, 2016, en ligne : <gisti.org/spip.php?article5454>.

¹⁰⁷ Serge Slama, « La gestion européenne de la 'crise des réfugiés', un révélateur de la crise des droits fondamentaux en Europe » dans Myriam Benlolo-Carobot, dir, *Union européenne et migrations*, Bruxelles, Bruylant, 2020, 204 aux pp 215-22.

Turquie et l'adoption de la fameuse « Déclaration UE-Turquie »¹⁰⁸, l'UE va renforcer sa dépendance structurelle à la bonne volonté de la Turquie pour gérer l'afflux de personnes en demande de protection¹⁰⁹. En effet, la Déclaration prévoit le renvoi automatique des migrants en situation irrégulière, en provenance de Turquie, ne demandant pas l'asile ou dont la demande d'asile a été rejetée, et met en place le système du « 1 pour 1 »¹¹⁰. Le président Recep Tayyip Erdoğan n'hésitera pas à user de ce levier pour faire pression sur l'UE et ses États membres¹¹¹.

Quelle conclusion tirer de la réponse européenne à l'afflux massif de personnes en demande de protection en provenance, notamment, de Syrie ? La volonté de l'UE et de ses États membres de s'affranchir des cadres prévus malgré l'ampleur de la défaillance du système européen et le recours à des solutions *ad hoc* court-termistes ont mis en péril les droits des migrants et se sont révélés peu efficaces. Face à l'afflux, pourtant tout autant important, de personnes en demande de protection en provenance d'Ukraine, l'UE va adopter une réponse radicalement différente, ouvrant des perspectives quant à la mise en place d'une gestion des flux migratoires dépassant la gestion de crise et l'embourbement dans une situation de crise rampante.

B. La réponse de l'Union européenne à la crise des réfugiés ukrainiens et le bénéfice d'une réaction coordonnée dans un cadre juridique préexistant

Le 24 février 2022, la Russie a entamé une guerre d'agression armée contre l'Ukraine¹¹², poussant des millions d'Ukrainiens et de résidents temporaires sur les routes. Au 21 février 2023, le HCR a relevé plus de huit millions de « réfugiés » ayant gagné d'autres pays d'Europe depuis l'Ukraine¹¹³. Si ce nombre classe assurément la « crise ukrainienne » comme l'une des crises de réfugiés les plus importantes de

¹⁰⁸ Conseil européen, communiqué, « Déclaration UE-Turquie, 18 mars 2016 » (18 mars 2016), en ligne : [<consilium.europa.eu/fr/press/press-releases/2016/03/18/eu-turkey-statement/>](https://consilium.europa.eu/fr/press/press-releases/2016/03/18/eu-turkey-statement/).

¹⁰⁹ Henri Labayle et Philippe De Bruycker, « La Marche turque : quand l'Union sous-traite le respect de ses valeurs à un État tiers », *GDR-ELSJ* (9 mars 2016), en ligne : [<gdr-elsj.eu/2016/03/09/asile/la-marche-turque-quand-lunion-sous-traite-le-respect-de-ses-valeurs-a-un-etat-tiers/>](https://gdr-elsj.eu/2016/03/09/asile/la-marche-turque-quand-lunion-sous-traite-le-respect-de-ses-valeurs-a-un-etat-tiers/); Henri Oberdorff, « La Commission européenne face au défi de la crise des réfugiés » dans Auvret-Finck et Millet-Devalle, dir, *Crise des réfugiés, crise de l'Union européenne ? Colloque, Nice, 9 et 10 juin 2016*, Paris, Editions Pedone, 2017, 39 à la p 51.

¹¹⁰ *Ibid* : « [p]our chaque Syrien renvoyé en Turquie au départ des îles grecques, un autre Syrien sera réinstallé de la Turquie vers l'UE ».

¹¹¹ Nelly Didelot, « La Turquie rouvre les frontières européennes aux réfugiés, l'UE dos au mur », *Libération* (28 février 2020), en ligne : [<liberation.fr/planete/2020/02/28/la-turquie-rouvre-les-frontieres-europeennes-aux-refugies-l-ue-dos-au-mur_1779990/>](https://liberation.fr/planete/2020/02/28/la-turquie-rouvre-les-frontieres-europeennes-aux-refugies-l-ue-dos-au-mur_1779990/); Cécile Bertrand, « Migrants : les raisons de la crise entre la Turquie et l'Union européenne », *Libération* (3 mars 2020), en ligne : [<liberation.fr/planete/2020/03/03/migrants-les-raisons-de-la-crise-entre-la-turquie-et-l-union-europeenne_1780385/>](https://liberation.fr/planete/2020/03/03/migrants-les-raisons-de-la-crise-entre-la-turquie-et-l-union-europeenne_1780385/).

¹¹² Élie Tenenbaum, « Guerre en Ukraine : leçon de grammaire stratégique », *Briefings de l'Ifri* (24 février 2022), *Briefings*, en ligne : [en ligne : <ifri.org/sites/default/files/atoms/files/tenenbaum_guerre_ukraine_russie_2022.pdf>](https://ifri.org/sites/default/files/atoms/files/tenenbaum_guerre_ukraine_russie_2022.pdf)

¹¹³ UNHCR, « Ukraine Refugee Situation », *Operational Data Portal*, en ligne : [UNHCR <data.unhcr.org/en/situations/ukraine#_ga=2.223780178.851415305.167715876-117924392.1669220929>](https://data.unhcr.org/en/situations/ukraine#_ga=2.223780178.851415305.167715876-117924392.1669220929).

l'histoire récente, elle demeure toutefois d'une ampleur similaire à plusieurs autres déplacements de population : « 6,5 millions de personnes ont quitté l'Afghanistan depuis les années 1980; 6,5 millions de Syriens ont fui leur pays entre 2011 et 2015; et l'exode des Vénézuéliens s'élève à plus de 7,1 millions de personnes en 2022 »¹¹⁴. C'est, surtout, la réponse juridique et politique apportée par l'UE qui fait la spécificité de ce mouvement massif de population¹¹⁵. Catherine Wihtol de Wenden relève ainsi trois spécificités de la réponse européenne, « singularisant » l'accueil des réfugiés ukrainiens et pouvant annoncer une « nouvelle donne européenne »¹¹⁶ : l'importance de la solidarité manifestée à l'égard des Ukrainiens en demande de protection; « la rapidité avec laquelle les institutions nationales et européennes ont offert un statut aux nouveaux arrivants » et la création inédite d'« un partenariat citoyen 'multi-niveaux', national et local [...] créé entre les citoyens et les pouvoirs publics »¹¹⁷. La réponse politique a marqué une vraie rupture au regard de la solidarité affichée par l'UE, celle-ci ayant été depuis longtemps abandonnée en la matière¹¹⁸. La réponse juridique a également marqué un changement d'approche intéressant, ressuscitant la Directive « protection temporaire » dont le statut d'instrument mort-né était pourtant annoncé.

En effet, comme il a été précédemment mentionné, la Directive « protection temporaire », pourtant bâtie pour faire face aux afflux massifs de personnes en demande de protection¹¹⁹, n'avait pas été activée dans le cadre de l'afflux de réfugiés syriens. Emmanuel Blanchard et Claire Rodier évoquaient alors un instrument « adopté pour ne jamais servir »¹²⁰. Le décret d'exécution de ce texte d'apparat était déjà signé, puisque la *Proposition de règlement visant à faire face aux situations de crise et aux cas de force majeure dans le domaine de la migration et de l'asile* prévoyait l'abrogation de la Directive « protection temporaire »¹²¹. Le nouveau règlement devrait substituer la « protection immédiate » à la « protection temporaire » et, surtout, donner à la

¹¹⁴ Alexandra Castro, « La protection temporaire dans le monde : une réponse ordinaire à des situations d'exil exceptionnelles » (février 2023), *Notes de l'Ifri*, en ligne : <ifri.org/sites/default/files/atoms/files/note_castro_protectiontemporaire_2023.pdf> à la p 10; Catherine Wihtol de Wenden, « Réfugiés ukrainiens : la nouvelle donne européenne » (avril 2022), en ligne : Centre de recherches internationales de Sciences Po Paris <sciencespo.fr/ceri/fr/content/dossiersduceri/refugiés-ukrainiens-la-nouvelle-donne-europeenne> [Wihtol de Wenden, « Réfugiés ukrainiens »].

¹¹⁵ Ayelet Shchar, « Instruments of Evasion : The Global Dispersion of Rights-Restricting Migration Policies » (2022) 110 *Cal L Rev* 967 à la p 1006.

¹¹⁶ Wihtol de Wenden, « Réfugiés ukrainiens », *supra* note 114.

¹¹⁷ *Ibid.*

¹¹⁸ Martin Deleixhe, « Avec les migrants : la solidarité dans la politique européenne d'asile » (2022) 492 *Esprit* 61 (« [i]ndiscutablement, l'Union ne peut prétendre pratiquer une forme de solidarité avec les personnes exilées. Sa politique migratoire n'envisage plus l'accueil que sous le paradigme de la répression et de la dissuasion, aux dépens de la protection des droits fondamentaux des ressortissants étrangers » à la p 64).

¹¹⁹ La directive a en effet été spécialement adoptée, en 2001, à la suite de l'afflux massif de personnes en demande de protection lors de la guerre en ex-Yougoslavie, pour faire face à de telles difficultés : Castro, *supra* note 114 aux pp 12-13.

¹²⁰ Blanchard et Rodier, *supra* note 94 au para 13.

¹²¹ Commission européenne, *Proposition de Règlement du Parlement européen et du Conseil visant à faire face aux situations de crise et aux cas de force majeure dans le domaine de la migration et de l'asile*, COM (2020) 613 final, art 14.

Commission et non plus au Conseil la clé de l'activation de ce mécanisme¹²², la leçon ayant été apprise de l'immobilisme des États membres pendant l'afflux massif de 2015.

L'invasion de l'Ukraine va cependant pleinement changer la donne : pour reprendre la formule de Ségolène Barbou des Places, le texte « promis à la disparition » est « exhumé » par les institutions de l'UE¹²³. Il va alors pleinement déployer son potentiel, démontrant bien que la limite était ici politique et non juridique, que le mécanisme d'anticipation était fonctionnel mais seulement inappliqué du fait d'une inertie des États membres de l'UE. La réponse juridique de l'UE est extrêmement rapide. Le 2 mars 2022, soit moins d'une semaine après le début des hostilités, la Commission propose au Conseil une décision d'exécution activant la Directive « protection temporaire »¹²⁴. Le 4 mars 2022, deux jours plus tard, le Conseil adopte la décision d'exécution, activant la protection temporaire au bénéfice des Ukrainiens et des résidents permanents en Ukraine¹²⁵. Le 21 mars 2022, la Commission adopte une communication établissant les lignes directrices opérationnelles pour la mise en œuvre de la protection temporaire, orientant les États dans la mise en œuvre concrète de la protection temporaire¹²⁶.

Le principe de la protection temporaire est simple : plutôt que de mettre en œuvre la procédure habituelle d'évaluation individuelle du besoin de protection, est créé un statut de protection temporaire particulier, bénéficiant à certaines catégories de personnes bien déterminées. Le cadre de la protection temporaire est limité dans le temps et dans l'espace : en l'espèce, elle s'applique à certaines catégories de personnes « déplacées d'Ukraine le 24 février 2022 ou après cette date »¹²⁷. La protection, temporaire, ne remplace pas le statut plus durable et protecteur de l'asile, et le fait d'en bénéficier n'interdit pas d'introduire une demande d'asile¹²⁸. Les considérants de la décision d'exécution du Conseil livrent un exposé clair des motivations des États membres à activer la protection temporaire. D'abord, est pointé le risque d'une atteinte au bon fonctionnement des régimes d'asile des États membres au regard de

¹²² *Ibid*, art 10(1)(4); Ségolène Barbou Des Places, « Chronique Droit de l'asile et de l'immigration - La résurgence de la « directive protection temporaire » : cas d'espèce ou réorientation annoncée de la politique d'asile ? » (2022) 2 RTD eur 239 à la p 240.

¹²³ Barbou des Places, *supra* note 122 à la p 240.

¹²⁴ Conseil de l'Europe, *Proposition de Décision d'exécution du Conseil constatant l'existence d'un afflux massif de personnes déplacées en provenance d'Ukraine, au sens de l'article 5 de la directive 2001/55/CE du Conseil du 20 juillet 2001, et ayant pour effet d'introduire une protection temporaire*, COM (2022) 91 final.

¹²⁵ Conseil de l'Europe, *Décision d'exécution (UE) 2022/382 du Conseil du 4 mars 2022 constatant l'existence d'un afflux massif de personnes déplacées en provenance d'Ukraine, au sens de l'article 5 de la directive 2001/55/CE, et ayant pour effet d'introduire une protection temporaire*, JO L 71/1 (2022) [UE, Conseil, *Décision d'exécution (UE) 2022/382*].

¹²⁶ Commission européenne, communiqué, *Communication de la Commission relative aux lignes directrices opérationnelles pour la mise en œuvre de la décision d'exécution 2022/ 382 du Conseil constatant l'existence d'un afflux massif de personnes déplacées en provenance d'Ukraine, au sens de l'article 5 de la directive 2001/55/CE, et ayant pour effet d'introduire une protection temporaire*, JO C 126 I/1 (2020) [UE, Commission, *Lignes directrices*].

¹²⁷ UE, Conseil, *Décision d'exécution (UE) 2022/382*, *supra* note 125, art 2.

¹²⁸ UE, *Directive protection temporaire*, *supra* note 96, arts 17-19.

l'importance de l'afflux prévu¹²⁹. Ensuite, sont longuement présentés les bénéfices attendus de l'activation de la protection temporaire, pour les personnes en demande de protection, mais aussi pour les États membres :

L'introduction d'une protection temporaire devrait servir également les intérêts des États membres puisque, jouissant des droits associés à la protection temporaire, les personnes déplacées ont moins besoin de demander immédiatement une protection internationale, ce qui limite le risque de submerger leurs régimes d'asile, les formalités étant réduites au minimum en raison de l'urgence de la situation. En outre, les ressortissants ukrainiens, en tant que voyageurs exemptés de l'obligation de visa, ont le droit de circuler librement dans l'Union pendant une période de 90 jours après avoir été admis sur le territoire. Sur cette base, ils peuvent choisir l'État membre dans lequel ils souhaitent bénéficier des droits attachés à la protection temporaire et rejoindre leur famille et leurs amis au sein des vastes réseaux de diaspora qui existent actuellement dans l'ensemble de l'Union. Dans la pratique, cela facilitera l'équilibre des efforts entre États membres, réduisant ainsi la pression sur les systèmes nationaux d'accueil¹³⁰.

Deux avantages centraux pour les États, donc : le bénéfice de la protection temporaire permettra de limiter le risque d'asphyxie des systèmes nationaux d'asile, réduisant l'urgence du besoin de demander l'asile; une répartition « de fait » de la charge de l'accueil sera mise en place, les demandeurs de protection en provenance d'Ukraine pouvant librement choisir le pays dans lequel ils demandent la protection. À défaut de pouvoir assurer une solidarité pérenne sur la question de l'accueil¹³¹, l'UE a estimé que la solution la plus efficiente consistait en la suspension temporaire de la règle du pays de première entrée, laissant le libre choix du pays d'accueil. Ce qui n'était qu'une possibilité offerte par la Directive « protection temporaire » a été en effet activé par les États membres, sous la forme d'une déclaration conjointe¹³². À la protection temporaire est également attaché un ensemble de droits garantis¹³³. L'accès à la protection est quant à lui d'une grande simplicité : d'après des lignes directrices de la Commission, les titres de séjours accordés par les États membres en application de la Directive « sont de nature uniquement déclarative » : « c'est la décision elle-même qui est constitutive de droits »¹³⁴.

L'activation de la protection temporaire correspond donc tout à la fois à la

¹²⁹ UE, Conseil, *Décision d'exécution (UE) 2022/382*, *supra* note 125, considérant 7.

¹³⁰ *Ibid.*, considérant 16.

¹³¹ Les discussions visant à la réforme du RAEC sont en effet figées depuis 2016, sur fond de désaccords *a priori* indépassables entre groupes d'États. Voir notamment France, Assemblée nationale, Commission des affaires européennes, *Rapport d'information sur la réforme européenne du droit d'asile*, par Ludovic Mendes et Marietta Karamanli, rapport n° 2342 (17 octobre 2019) aux pp 30-32; France, Sénat, Commission des affaires européennes, *Rapport d'information sur le nouveau Pacte sur la migration et l'asile*, par André Reichardt et Jean-Yves Leconte, rapport n° 871 (29 septembre 2021) aux pp 17-19.

¹³² UE, *Directive protection temporaire*, *supra* note 96, art 11; Conseil, *Décision d'exécution (UE) 2022/382*, *supra* note 125, considérant 15; Barbou des Places, *supra* note 122 aux pp 243-44.

¹³³ Un ensemble harmonisé de droits est attaché à la protection temporaire : UE, *Directive protection temporaire*, *supra* note 96, arts 8-16.

¹³⁴ UE, Commission, *Lignes directrices*, *supra* note 126 à la p 10; Barbou des Places, *supra* note 122 à la p 242

garantie d'un niveau élevé de protection pour les personnes protégées, accordé collectivement, et à la mise en place d'une procédure visant à épargner les systèmes nationaux de l'asile. Comme le constate Martin Deleixhe, le « cas ukrainien » fournit « un paradigme inédit de l'accueil », « il s'agit de faire de la solidarité avec les migrants le ressort d'une meilleure solidarité entre États membres »¹³⁵.

La protection temporaire comporte, toutefois, un certain nombre de limites invitant à la prudence avant d'annoncer une « nouvelle donne européenne »¹³⁶. D'abord, la protection accordée est « à géométrie variable »¹³⁷. Ségolène Barbou des Places propose une présentation de cette « géométrie » sous la forme de trois « cercles concentriques »¹³⁸. Dans un premier cercle, sont inclus les Ukrainiens (résidant habituellement en Ukraine avant le 24 février), les bénéficiaires d'une protection internationale en Ukraine (avant le 24 février 2022) et les membres de leur famille. Les États sont obligés, à leur égard, à la protection temporaire¹³⁹. Dans un deuxième cercle, sont intégrés les apatrides et les ressortissants de pays tiers qui peuvent établir qu'ils étaient en séjour régulier en Ukraine avant le 24 février 2022 sur la base d'un titre de séjour permanent, et qui ne sont pas en mesure de rentrer dans leur pays ou leur région d'origine dans des conditions sûres et durables. Les États doivent leur accorder la protection temporaire ou une protection nationale adéquate¹⁴⁰. Dans un troisième cercle, rentrent les résidents en séjour régulier *temporaire* ne pouvant pas rentrer dans leur pays d'origine dans des conditions sûres et durables. Pour eux, pas de droit à la protection, les États membres *peuvent* leur appliquer la protection temporaire¹⁴¹. Cette exclusion des résidents temporaires du bénéfice automatique de la protection temporaire a été critiquée¹⁴². Elle a amené à des situations particulièrement difficiles, notamment pour les nombreux étudiants étrangers présents en Ukraine¹⁴³. Par ailleurs, le bénéfice de la protection est, par définition, temporaire. Il est prévu pour une durée maximum de trois ans, en sachant que l'extension de la protection à une troisième année est soumise à une nouvelle décision du Conseil, sur proposition de la Commission¹⁴⁴.

¹³⁵ Deleixhe, *supra* note 118 à la p 70.

¹³⁶ Wihtol de Wenden, « Réfugiés ukrainiens », *supra* note 114.

¹³⁷ Gaëlle Marti, « L'hospitalité à géométrie variable. La politique européenne d'asile à l'égard des personnes déplacées d'Ukraine » (2022) 492 *Esprit* 71.

¹³⁸ Barbou des Places, *supra* note 122 aux pp 240-41.

¹³⁹ UE, Conseil, *Décision d'exécution (UE) 2022/382*, *supra* note 125, art 2(1).

¹⁴⁰ *Ibid*, art 2 au para 2.

¹⁴¹ *Ibid*, art 2 au para 3.

¹⁴² Voir notamment Marti, *supra* note 137 aux pp 79-81. Pour Gaëlle Marti, ce « traitement différencié des personnes déplacées d'Ukraine [...] semble difficile à justifier au regard du principe de non-discrimination ».

¹⁴³ Voir notamment, concernant la situation de ces étudiants étrangers réfugiés en France : Coumba Kane, « Un an après, les trajectoires brisées des jeunes Africains qui ont fui l'Ukraine pour la France », *Le Monde Afrique* (22 février 2023), en ligne : <lemonde.fr/afrique/article/2023/02/22/un-an-apres-les-trajectoires-brisees-des-jeunes-africains-qui-ont-fui-l-ukraine-pour-la-france_6162860_3212.html#xtor=AL-32280270>; Coumba Kane, « Le désespoir des jeunes Africains ayant quitté l'Ukraine : 'Je ne demande pas grand-chose, juste le droit d'étudier' », *Le Monde Afrique* (9 décembre 2022), en ligne : <lemonde.fr/campus/article/2022/12/09/le-desespoir-des-jeunes-africains-ayant-quitte-l-ukraine-je-ne-demande-pas-grand-chose-juste-le-droit-d-etudier_6153608_4401467.html>.

¹⁴⁴ UE, *Directive protection temporaire*, *supra* note 96, art 4.

Surtout, il peut être mis fin à la protection temporaire « à tout moment, par une décision du Conseil adoptée à la majorité qualifiée sur proposition de la Commission »¹⁴⁵. La situation des « protégés temporaires » demeure donc très précaire.

Le mécanisme de la protection temporaire n'est donc pas la panacée¹⁴⁶. Quel bilan tirer donc de son activation ? Quel bilan tirer de l'importante différence de réponse juridique apportée à un afflux massif de personnes en demande de protection entre 2015 et 2022 ? Sans nécessairement se prononcer sur l'importance de cette activation pour la politique européenne de l'asile, sujet débattu¹⁴⁷, il faut d'abord constater qu'en présence d'une véritable volonté politique, il est possible pour l'UE d'accueillir un grand nombre de personnes ayant besoin de protection, sans mise en péril des systèmes nationaux d'asile et des cadres juridiques européens. Si l'invasion de l'Ukraine est bien une « crise » en soi, elle n'a pas entraîné de « crise des réfugiés ukrainiens » : l'afflux de réfugiés ukrainiens n'a pas entraîné de défaillance des systèmes nationaux de traitement et d'accueil des demandeurs d'asile, contrairement à l'afflux de réfugiés syriens, et ce alors qu'ils étaient moins nombreux. Ensuite, la comparaison des réponses apportées aux afflux massifs de personnes en demande de protection, en 2015 et en 2022, permet de confirmer les constats faits à l'issue de l'étude de la crise de la COVID-19 : d'une part, ce sont bien les réponses, et notamment l'inertie des autorités publiques, qui déterminent la gravité des « crises migratoires », voire leur simple existence; d'autre part, l'adoption d'une réponse protectrice, coopérative et fondée sur des cadres juridiques préexistants permet de répondre avec efficacité et humanité à l'afflux massif de personnes¹⁴⁸, alors qu'une réponse uniquement sécuritaire et de fermeture se révèle contre-productive.

L'étude des différentes « crises migratoires » semble confirmer l'hypothèse d'une *creeping crisis* de la gestion internationale des flux migratoires, à savoir un déficit criant de gestion qui entraîne des réponses systématiquement déficientes aux crises successives. Partant de ces constats, il convient désormais de dresser un diagnostic dépassant l'analyse parcellaire des États et de proposer une réponse plus adaptée et efficiente. Dès lors, seront envisagés, d'une part, les obstacles à la mise en œuvre d'une telle réponse et, d'autre part, l'intérêt du recours au droit international pour dépasser ces obstacles.

¹⁴⁵ *Ibid*, art 6(2).

¹⁴⁶ Voir notamment Castro, *supra* note 114 aux pp 20-24.

¹⁴⁷ Comparer : Marti, *supra* note 137 à la p 77; Barbou des Places, *supra* note 122 aux pp 245-46; Deleixhe, *supra* note 118 à la p 70.

¹⁴⁸ À ce titre, Ayelet Shachar estime que « l'UE a offert une réponse coordonnée qui pourrait servir de modèle pour les futurs incidents d'afflux massifs » : Shachar, *supra* note 115 à la p 1006.

III. La crise rampante de la gestion des flux migratoires : la nécessité d'un changement de paradigme fondé sur le droit international de la migration

L'étude des différentes réponses étatiques « de crise » adoptées en matière migratoire permet de dépasser l'analyse de l'existence de simples crises successives indépendantes les unes des autres. Il est alors possible de démontrer que de telles réponses conduisent à un enfermement de la gestion des flux migratoires internationaux dans une situation de *creeping crisis*, que l'amorce de la nouvelle gouvernance des migrations n'a pas encore permis de dépasser (A). Partant, la réflexion sur les « œillères » limitant l'action des autorités étatiques pour mettre en place une meilleure gestion des flux migratoires internationaux permet d'affirmer la pertinence d'un recours grandissant au droit international en la matière, pour limiter le caractère « passionné » et l'importance des enjeux électoraux dans la gestion de ce phénomène global (B).

A. L'enfermement des États dans une logique de gestion de crise des migrations internationales : la gestion du phénomène migratoire comme « crise rampante »

L'analyse des trois « crises » précédemment examinées en matière de gestion des flux migratoires ou ayant des conséquences migratoires permet d'établir un constat intéressant. Si la nature de l'enjeu peut changer, ainsi que la pertinence de la réponse apportée, c'est toujours de façon plus ou moins réactive et court-termiste qu'une solution est trouvée. Les États ne dépassent pas l'idée fortement ancrée de crises successives auxquelles ils doivent faire face, refusant d'entériner la réalité d'un phénomène plus global, aujourd'hui hors de contrôle, et dont la défaillance de gestion constitue une *creeping crisis* au niveau international, se reflétant par une telle succession de crises.

La crise de la COVID-19 a mis en avant deux failles importantes de l'approche internationale de la gestion des flux migratoires. D'abord, la faiblesse du système de protection internationale des personnes en situation de vulnérabilité a été révélée au grand jour, le principe cardinal du non-refoulement ayant été battu en brèche par les États du Nord global, sur le fondement de mesures sanitaires parfois obscures. Aux États-Unis, la crise sanitaire a été exploitée à des fins de politiques migratoires, permettant une dérogation au principe de non-refoulement, pourtant contraire au droit international. En février 2023, la mesure de « suspension du droit d'asile » est toujours en vigueur et les expulsions sur le fondement du Titre 42 se poursuivent. La faiblesse du système international de protection des personnes vulnérables avait déjà été constatée. Avaient pu être pointées, notamment, les politiques des États du Nord global visant à empêcher l'accès effectif à l'asile par l'externalisation des politiques

migratoires¹⁴⁹, ainsi que l'inadaptation de la définition de 1951 pour protéger toutes les personnes en situation de vulnérabilité demandeuses de protection¹⁵⁰. L'absence de la répartition de l'accueil, non prévue par la Convention de 1951 ou le Protocole de 1967, a également entraîné une faiblesse matérielle de la protection, laissant les pays « de première ligne » assumer la majorité des coûts¹⁵¹. Pourtant, la crise de la COVID-19 a accentué encore le constat d'une protection fragile soumise à la bonne volonté politique des États : aujourd'hui, le cadre juridique de protection, même limité dans son étendue, ne permet plus d'assurer une protection minimale au regard de la « gestion de crise » adoptée par les États. Par ailleurs, la crise de la COVID-19 a souligné la dépendance des économies du Nord global à la migration de main-d'œuvre et, partant, à la sécurisation des flux légaux de migration¹⁵². Encore une fois, le constat avait déjà été fait, notamment par l'OCDE et l'UE. Toutefois, la crise de la COVID-19 a révélé de façon éclatante cette dépendance, la fermeture brutale des frontières entraînant la nécessité de mesures *ad hoc* pour organiser la venue de travailleurs migrants. Faisant face aux « étincelles » d'une crise à combustion lente, seules des mesures d'exception, *ad hoc*, ont pu être adoptées, en urgence.

Une analyse similaire peut être faite quant aux réponses aux afflux massifs de personnes en demande de protection vers l'UE, en 2015 puis en 2022. En 2015, les cadres de réponse d'exception ont été purement et simplement ignorés, entraînant une vraie faiblesse de la réponse apportée. En 2022, une réponse plus efficace a été apportée, fondée sur l'activation du mécanisme d'exception prévu et la mise en place d'une importante solidarité de fait. L'arbre ne doit, toutefois, pas cacher la forêt. Gaëlle Marti dresse un constat sans appel :

À la question de savoir si la politique d'asile européenne a amorcé le virage

¹⁴⁹ Voir, entre autres : James C Hathaway et R Alexander Neve, « Making International Refugee Law Relevant Again : A Proposal for Collectivized and Solution-Oriented Protection » (1997) 10 *Harv Hum Rts J* 115 aux pp 119-37; Catherine Dauvergne, « Making asylum illegal » dir, *Making People Illegal : What Globalisation Means for Migration and Law*, Cambridge, Cambridge University Press, 2008, 50 aux pp 55-60; Catherine Teitgen-Colly, « Le défi international des migrations forcées » dans Christophe Jaffrelot et Christian Lequesne, dir, *L'enjeu Mondial-les migrations*, Paris, Presses de Sciences Po, 2009, 123 aux pp 126-31; Jürgen Bast, Frederik von Harbou et Janna Wessels, *Human Rights Challenges to European Migration Policy : the REMAP Study*, Baden-Baden, Nomos, 2022 aux pp 29-41; Javier A. Paulo Garcia Gonzalez Vega, « Non-refoulement at risk? Asylum's disconnection mechanisms in recent EU practice » dans Sergio Carrera, Juan Santos Vara et Tineke Strik, dir, *Constitutionalising the External Dimensions of EU Migration Policies in Times of Crisis : Legality, Rule of Law and Fundamental Rights Reconsidered*, Cheltenham, Edward Elgar, 2019, 75.

¹⁵⁰ Voir, entre autres : François Crépeau et Idil Atak, « Global Migration Governance : Avoiding Commitments on Human Rights, Yet Tracing a Course for Cooperation » (2016) 34:2 *Nethl QHR* 110 à la p 120; Jacqueline Bhabha, « Internationalist Gatekeepers : The Tension between Asylum Advocacy and Human Rights » (2002) 15 *Harv Hum Rts J* 155 à la p 167.

¹⁵¹ Le *Pacte mondial sur les réfugiés*, non juridiquement contraignant, part justement de ce constat pour essayer d'avancer une politique internationale plus ambitieuse de « *burden sharing* » : *Rapport du Haut-Commissaire des Nations Unies pour les réfugiés : deuxième partie : Pacte mondial sur les réfugiés*, Doc off AG NU, 73^e sess, supp n°10 Doc NU A/73/12 (2018) aux para 1-4.

¹⁵² Anderson, Bridget, Friedrich Poeschel et Martin Ruhs, « COVID-19 and systemic resilience : What role for migrant workers? » (10 août 2020), *IOM Publications Platform*, en ligne : <iom.int/resources/covid-19-and-systemic-resilience-what-role-migrant-workers-bridget-anderson-friedrich-poeschel-and-martin-ruhs>.

que certains ont pu voir dans le déclenchement de la protection temporaire, la réponse est assurément négative, au vu des mesures que prend par ailleurs l'Union européenne pour se prémunir de nouvelles crises migratoires. Qu'on songe ainsi au financement de hotspots en Grèce, à la criminalisation du sauvetage en mer ou encore au renforcement des pouvoirs de l'agence Frontex, dont l'activité est pour l'heure insuffisamment contrôlée. L'hospitalité européenne demeure en effet une valeur à géométrie variable, dont la plus ou moins grande ouverture est soumise à des facteurs dont on peine à comprendre la logique¹⁵³.

L'autrice pointe le maintien du développement de politiques européennes de gestion de crise en matière migratoire, centrées sur une approche répressive. Surtout, elle insiste sur le caractère discrétionnaire et imprévisible de l'activation d'une réponse cohérente et efficace. Il faut en effet constater que la voie d'une réponse durable, fondée sur la réforme du *Règlement Dublin* pour en faire un instrument de protection et de solidarité plutôt que de dissuasion, semble aujourd'hui bloquée¹⁵⁴. L'UE, ayant acté cet état de fait, entend renforcer la voie de la réponse « de crise ». L'adoption du Règlement « visant à faire face aux situations de crise et aux cas de force majeure dans le domaine de la migration et de l'asile », proposé par la Commission, permettrait de limiter le caractère « politique » de l'activation du mécanisme de crise, laissant celle-ci aux experts de la Commission¹⁵⁵. Si cette voie semble être, déjà, un progrès au regard de l'inertie politique constatée en 2015, elle ne doit pas cacher le caractère précaire de la solution. Plutôt que de s'attaquer au problème de fond, plus précisément celui d'une impossible gestion anticipatrice et solidaire de l'accueil des personnes ayant besoin de protection¹⁵⁶, l'approche demeure de renforcer les mécanismes de gestion crise. Ce n'est pas faute, pour la Commission, d'avoir renouvelé les appels à un dépassement des solutions précaires pour aborder le fond du problème.

Les États membres de l'UE semblent, aujourd'hui, complètement paralysés sur la question de la réforme de l'asile. La Commission a, en mai 2016, tiré le bilan de l'échec de gestion de 2015, offrant des pistes de solutions ambitieuses dans une première Communication « Vers une réforme du Régime d'asile européen commun et une amélioration des voies d'entrée légale en Europe », allant jusqu'à suggérer la possibilité de mutualiser l'accueil européen au sein d'une administration européenne¹⁵⁷.

¹⁵³ Marti, *supra* note 137 à la p 81.

¹⁵⁴ France, Sénat, Commission des affaires européennes, *Rapport d'information sur le nouveau Pacte sur la migration et l'asile*, par MM. André Reichardt et Jean-Yves Leconte, sénateurs, rapport n° 871 (29 septembre 2021) aux pp 17-19.

¹⁵⁵ Commission européenne, *Proposition de règlement visant à faire face aux situations de crise et aux cas de force majeure dans le domaine de la migration et de l'asile*, COM (2020) 613 final.

¹⁵⁶ Deleixhe, *supra* note 118 à la p 65.

¹⁵⁷ Commission européenne, communiqué, *Communication de la Commission au Parlement européen et au Conseil. Vers une réforme du Régime d'asile européen commun et une amélioration des voies d'entrée légale en Europe*, COM (2016) 197 final. La proposait alors trois solutions, de la moins ambitieuse à la plus ambitieuse. La première option consistait en la mise en place d'un mécanisme d'équité correcteur automatique : la règle du pays de première était conservée, mais une règle de solidarité dans la répartition de l'accueil était prévue. La deuxième option correspondait à l'abandon pur et simple de la règle du pays de première entrée, pour un nouveau système d'attribution des demandes d'asile dans l'UE fondé sur une clé de répartition : la règle de répartition aurait donc suivi un système de répartition équitable. La troisième option, la plus ambitieuse, qualifiée de « perspective à long terme », prévoyait directement le

Considérant le contexte politique, il n'est pas surprenant que la Commission ait dû opter pour la solution la moins ambitieuse, proposant finalement une réforme du *Règlement Dublin* ne remettant pas en cause la règle du pays de première entrée mais mettant en place un mécanisme d'équité correcteur automatique¹⁵⁸. L'insertion de ce mécanisme, lui-même sujet à débat entre États membres, a contribué à l'échec des négociations sur cette voie de réforme¹⁵⁹. La Commission a alors retiré sa proposition pour proposer une nouvelle réforme de Dublin, encore moins ambitieuse. Selon cette nouvelle proposition, le mécanisme d'équité correcteur n'est plus activé de façon automatique, il doit désormais faire l'objet d'une activation par la Commission, déclarant un état de « pression migratoire »¹⁶⁰. Les négociations sur la réforme semblent, toutefois, de nouveau bloquées, ce qui atteste d'une paralysie totale de la réforme de l'asile vers une meilleure coopération et solidarité entre États membres. Seule la voie du renforcement des solutions « de crise » semble possible au niveau européen, qui se limite donc à une coopération dans la répression.

Comment expliquer cette inertie généralisée ? Cette impossibilité pour les États du Nord global d'aller de l'avant et de s'engager véritablement dans le diagnostic d'une gestion par crise défailante et d'une évolution nécessaire ? Les réponses apportées par les États aux enjeux migratoires contemporains sont partielles, partiales, souvent incohérentes. Au niveau européen, pourtant, la différence de gestion entre la « crise » de 2015 et l'afflux de 2022 a révélé que l'accompagnement et non la fermeture, la coopération et non l'égoïsme national, pouvaient amener une réponse efficiente à des situations de mouvements massifs. Les modèles juridiques développés, bien que perfectibles, fonctionnent. La frilosité des dirigeants politiques paraît faire de la gestion des migrations internationales une *creeping crisis*. Sans surprise, la « crise des réfugiés » de 2015 est l'une des « crises » prises comme illustration du phénomène de *creeping crisis*, développé par Arjen Boin, Magnus Ekengren et Mark Rhinard¹⁶¹. L'afflux massif de réfugiés syriens est analysé comme la simple « explosion » de la crise à combustion lente de la gestion des flux migratoires internationaux¹⁶². Yrsa Landström et Magnus Ekengren ont développé l'hypothèse dans un texte spécialement consacré à ce thème¹⁶³, permettant une application du concept de *creeping crisis* à l'approche « de crise » du phénomène migratoire ici exposée. Les auteurs partent d'un double constat que « [c]es dernières années, il a été découvert que la migration forcée

transfert de la responsabilité du traitement des demandes d'asile du niveau national au niveau de l'Union, déplaçant la compétence de l'accueil au niveau de l'Union.

¹⁵⁸ Commission européenne, *Proposition de règlement du Parlement européen et du Conseil établissant les critères et mécanismes de détermination de l'État membre responsable de l'examen d'une demande de protection internationale introduite dans l'un des États membres par un ressortissant de pays tiers ou un apatride (refonte)*, COM (2016) 270 final aux pp 19-21.

¹⁵⁹ Voir notamment France, Sénat, Commission des affaires européennes, *Rapport d'information sur le nouveau Pacte sur la migration et l'asile*, *supra* note 154 aux pp 17-19.

¹⁶⁰ Commission européenne, *Proposition de règlement du Parlement européen et du Conseil relatif à la gestion de l'asile et de la migration et modifiant la Directive 2003/109/CE du Conseil et la Proposition de règlement (UE) XXX/XXX [établissant le Fonds « Asile et migration »]*, COM (2020) 610 final aux pp 21-23.

¹⁶¹ Boin, Ekengren et Rhinard, « Hiding in Plain Sight », *supra* note 34.

¹⁶² Boin, Ekengren et Rhinard, *Understanding the Creeping Crisis*, *supra* note 35 à la p 15.

¹⁶³ Landström et Ekengren, *supra* note 35.

internationale constitue une menace sérieuse pour la paix internationale et les valeurs sociétales » et que « [m]algré les nombreuses alertes et crises de réfugiés dans le monde, la plupart des gouvernements nationaux n'ont pas suffisamment pris en compte cette menace »¹⁶⁴. Ils illustrent ainsi le fossé existant entre la visibilité de la crise et la réponse apportée, à travers l'exemple suédois¹⁶⁵, puis tentent d'identifier les raisons ayant poussé le gouvernement suédois à l'inaction¹⁶⁶. Ici se situe l'un des apports principaux de l'application de la notion : celle-ci permet, par une analyse globale des réponses aux « symptômes » de la crise rampante, de rechercher les « blinders » — que nous traduirons ici par « œillères » — ayant conduit à l'adoption d'un « état d'esprit de déni » d'un phénomène plus profond qui, pourtant, appelle une réponse¹⁶⁷.

Si l'on dépasse la perspective nationale adoptée par Yrsa Landström et Magnus Ekengren pour l'adoption d'une perspective globale, il est possible de conceptualiser la perte de contrôle des États et de la société internationale sur les flux migratoires internationaux comme une situation de crise rampante. Il existe donc un fossé entre les conséquences prévisibles de l'absence de contrôle international sur le phénomène migratoire international et la réponse apportée par les États, notamment au regard des normes juridiques adoptées. La transformation de la nature des flux migratoires internationaux, dans le contexte de la mondialisation et du changement climatique, est un phénomène connu et anticipé¹⁶⁸. Cette transformation n'appelle pas, en soi, d'analyse juridique. La faiblesse générale de la réponse des États et de la communauté internationale à cette transformation peut en revanche appeler une analyse particulière : la gestion internationale contemporaine des migrations correspond donc bien à une situation de *creeping crisis*. Comment dépasser, dès lors, l'immobilisme des États ? Des initiatives récentes laissent entrevoir des perspectives intéressantes, bien que limitées. En effet, la communauté internationale est récemment venue, par l'adoption de la *Déclaration de New York pour les réfugiés et les migrants*, du *Pacte mondial pour des migrations sûres, ordonnées et régulières (PMM)*¹⁶⁹, et du *Pacte mondial pour les réfugiés* poser les bases d'une « gouvernance mondiale des migrations »¹⁷⁰. La tenue du premier Forum d'examen des migrations internationales en mai 2022, dans le cadre du processus de suivi du *PMM*, a acté une orientation résolue

¹⁶⁴ *Ibid* à la p 87 [notre traduction].

¹⁶⁵ *Ibid* aux pp 89-98.

¹⁶⁶ *Ibid* aux pp 98-100.

¹⁶⁷ *Ibid* à la p 100 [notre traduction].

¹⁶⁸ Ainsi, dès 2008, Anne Gazeau-Secret, Directeur général de la Coopération internationale et du développement au sein du ministère français des Affaires étrangères et européennes, affirmait la nécessité d'une adaptation de la réponse internationale à l'évolution du phénomène migratoire : Anne Gazeau-Secret, « Préface » dans Badie et al. *supra* note 31,5 (« [L]e climat ou la santé, l'alimentation ou les migrations sont autant de sujets pour lesquels une approche strictement nationale est, nous le savons, aussi vaine qu'illusoire. La coopération multilatérale est désormais absolument indispensable. Elle doit s'accompagner de la recherche de voies novatrices pour l'appréhension d'éléments qui échappent aux outils, aux échelles et aux compétences traditionnels des États et posent la question, selon l'expression consacrée, de la gouvernance mondiale » à la p 5).

¹⁶⁹ *Pacte mondial pour des migrations sûres, ordonnées et régulières*, Rés AG 73/195, Doc off AG NU, 73^e sess, Doc NU A/Rés 73/195 (2019) 1. Pour une analyse détaillée du *PMM*, voir Jouzier, « Une analyse critique », *supra* note 29.

¹⁷⁰ Kathleen Newland, « The Global Compact for Safe, Orderly and Regular Migration : An Unlikely Achievement » (2018) 30:4 Int J Refugee L 657; Jouzier, « Une analyse critique », *supra* note 29.

de la communauté internationale vers une gestion concertée des migrations¹⁷¹. Pourtant, force est de constater que la donne n'a pour l'instant guère changé, au regard de la réponse apportée à la crise de la COVID-19 et de la paralysie de la réforme européenne de l'asile. Certes, un consensus, tant scientifique que politique, semble s'être dessiné autour de la nécessité de renforcer la « gouvernance des migrations »¹⁷². Cependant, la mise en œuvre effective d'une réponse programmatique, qui s'attaquerait directement à la problématique de la gestion des flux migratoires, ne semble pas près de voir le jour. Face à ce constat d'enfermement dans un « état de déni », est-il possible d'envisager un apport du droit international de la migration afin d'ôter les « œillères » des États en matière migratoire ?

B. Le potentiel du droit international de la migration pour dépasser la crise rampante de la gestion des migrations internationales

Si les États ont reconnu un besoin de coopération internationale pour répondre aux « crises successives » de plus en plus nombreuses en matière migratoire¹⁷³, le débat sur une véritable régulation internationale du phénomène migratoire n'a pas été réellement entamé. Si le *PMM* amène des perspectives intéressantes pour renforcer la coopération internationale, il réaffirme également une très large marge de manœuvre des États et des blocs régionaux dans leur gestion des flux migratoires. Cela se traduit d'abord par l'affirmation du caractère non juridiquement contraignant du *Pacte*¹⁷⁴ — ce qui découlait déjà de sa nature de résolution de l'Assemblée générale des Nations unies. Par ailleurs, au-delà de la nature et de la portée du véhicule juridique choisi, cela ressort également de l'affirmation de la souveraineté nationale comme l'un des principes directeurs du *PMM*, au titre duquel :

[l]e Pacte mondial réaffirme le droit souverain des États de définir leurs politiques migratoires nationales et leur droit de gérer les migrations relevant de leur compétence, dans le respect du droit international. Compte tenu de la diversité des situations, des politiques, des priorités et des conditions d'entrée, de séjour et de travail des pays, les États peuvent, dans les limites de leur juridiction souveraine, opérer la distinction entre migrations régulières et irrégulières, notamment lorsqu'ils élaborent des mesures législatives et des politiques aux fins de l'application du Pacte mondial,

¹⁷¹ Baptiste Jouzier et Ophélie Marrel, « Quatre ans de (non) mise en œuvre du *Pacte mondial pour des migrations sûres, ordonnées et régulières* : le réveil de la France par l'attribution d'un mandat à la CNCNDH ? » (25 septembre 2022), R Droits Homme, en ligne : <journals.openedition.org/revdh/15800>.

¹⁷² La « gouvernance des migrations » est définie par l'OIM comme l'ensemble des « cadres combinés des normes juridiques, lois et règlements, politiques et traditions, des structures organisationnelles (infranationales, nationales, régionales et internationales) et des processus pertinents, qui façonnent et régulent les approches des États à l'égard de la migration sous toutes ses formes, abordant les droits et les responsabilités et promouvant la coopération internationale » [notre traduction]. Alice Sironi, Céline Bauloz et Milen Emmanuel, dir, *Glossary on Migration*, 3^e éd, Genève, OIM, 2019, *sub verbo* « migration governance ».

¹⁷³ *Déclaration de New York pour les réfugiés et les migrants*, *supra* note 18 au para 7.

¹⁷⁴ *Pacte mondial pour des migrations sûres, ordonnées et régulières*, *supra* note 169 au para 15 b).

conformément au droit international¹⁷⁵.

Plus largement, le *PMM* pose une large marge de manœuvre nationale et régionale dans la mise en œuvre du *Pacte*, proposant une liste d'actions à accomplir sans priorisation particulière et sans fixation d'un objectif général à atteindre¹⁷⁶. À ce titre, l'investissement des États demeure indispensable pour une véritable évolution dans l'approche des migrations internationales¹⁷⁷. Or, cet investissement demeure réellement incertain, au regard de contextes internationaux, régionaux et nationaux particulièrement tendus¹⁷⁸. Se trouve ici, probablement, l'un des éléments de l'inaction des gouvernements en matière migratoire.

Déjà en 1927, Louis Varlez, professeur de droit public alors conseiller technique dirigeant le Service des migrations au Bureau international du travail, constatait qu'en étudiant les réglementations migratoires l'on voyait, « dans les considérations sereines du droit, apparaître les traces de toutes les passions humaines »¹⁷⁹. Le *PMM* fait le constat de cet état indépassable, proposant des outils pour renforcer l'adoption de politiques migratoires de long terme, fondées sur des données objectives et moins sujettes aux échéances électorales. Trois volets distincts peuvent ainsi être repérés : l'amélioration des perceptions de la migration¹⁸⁰; la rationalisation des politiques publiques¹⁸¹; la rationalisation des débats publics¹⁸². Il est, par exemple, intéressant de constater que le paragraphe 33g), du *PMM* vise particulièrement le temps des « campagnes électorales », lorsqu'il demande aux États d'« [i]nviter les migrants, les responsables politiques, religieux et locaux, ainsi que le personnel enseignant et les prestataires de services, à constater et prévenir les actes d'intolérance, de racisme, de xénophobie et de toute autre forme de discrimination contre les migrants et les diasporas, et appuyer les activités menées à l'échelon local pour promouvoir le respect mutuel »¹⁸³. La tolérance et le respect mutuel doivent être réaffirmés, encore plus, en période électorale : le frein à l'action posé par les contextes nationaux est largement identifié par le *PMM*. Encore une fois, dès 1927, Louis Varlez relevait que :

peu de questions où les susceptibilités nationales soient aussi vives et aussi

¹⁷⁵ *Ibid* au para 15, c).

¹⁷⁶ Voir notamment Jouzier, « Une analyse critique », *supra* note 29 aux pp 123-29.

¹⁷⁷ Voir, entre autres : Nicholas R. Micinski, *Implementing the Global Compact for Migration : the Role of States, UN Agencies, and Civil Society*, Berlin, Friedrich-Ebert-Stiftung, 2018; Jouzier, « Une analyse critique », *supra* note 29 aux pp 140-41.

¹⁷⁸ Kathleen Newland et Jane McAdam, livrant une première analyse du *Pacte* en 2018, considéraient ainsi toutes deux que la simple adoption du *Pacte*, dans un contexte particulièrement difficile, était déjà « remarquable » : Newland, *supra* note 170 à la p 657; Jane McAdam, « The Global Compacts on Refugees and Migration : A New Era for International Protection ? » (2018) 30:4 Intl J Refugee L 571 à la p 572. Sur les contextes nationaux, voir Jouzier, « Une analyse critique », *supra* note 29 aux pp 123-29.

¹⁷⁹ Louis Varlez, « Les migrations internationales et leur réglementation » (1927) 20 Recueil des cours 165 à la p 170.

¹⁸⁰ Voir notamment *Pacte mondial pour des migrations sûres, ordonnées et régulières*, *supra* note 169 aux para 32-33.

¹⁸¹ Voir notamment *ibid* aux para 17, 21, 35.

¹⁸² Voir notamment *ibid* au para 33.

¹⁸³ *Ibid* au para 33, g).

facilement excitées, où les préjugés soient aussi ancrés et où il soit plus difficile aux gouvernements, attachés à des politiques traditionnelles, et dépendant d'un corps électoral souvent mal éclairé, de commencer des discussions ou de prendre des engagements, qui ne seraient pas ratifiés par des populations passionnées. C'est de là que provient en grande partie la crainte de tant de gouvernements d'aborder le problème, et des refus, parfois des subterfuges, auxquels ils ont recours pour éviter des discussions approfondies et des décisions formelles¹⁸⁴.

La proposition de l'adoption d'un cadre visant au renforcement du débat public et des réponses nationales est un élément intéressant, d'ores et déjà adopté, pour amorcer un dépassement des inhibiteurs nationaux et la progression vers une sortie de la situation de *creeping crisis*. Comment, toutefois, dépasser la simple invitation et fournir de réels outils, notamment juridiques, pour les décideurs ?

La proposition qui vient ici d'être exposée est que seul l'établissement d'un cadre juridique international solide et bien établi, régissant à la fois la protection des droits des migrants et la gestion des flux migratoires, permettra de donner aux États les outils juridiques permettant d'avancer les politiques migratoires nationales et régionales pour dépasser l'approche sécuritaire et de crise, inefficente. Pour cela, le développement progressif d'un droit international de la migration étoffé et cohérent apparaît indispensable. Une collaboration internationale fondée sur le droit permettra aux États de dépasser la situation de *creeping crisis* en s'attachant à définir une réponse adéquate et globale aux mobilités contemporaines des personnes, dans le cadre d'une négociation aboutissant à un accord juridique ciblant la régulation des flux migratoires et dépassant ainsi les réticences étatiques et les inhibiteurs nationaux. Reconnaître que l'approche internationale contemporaine de la gestion des flux migratoires constitue, en soi, une situation de *creeping crisis* invite à dépasser les propositions de renforcement ponctuelles, pour amorcer un véritable changement de paradigme conduisant à placer la gestion des flux migratoires dans un cadre international juridiquement contraignant. Le véhicule du droit apparaît indispensable pour établir, aujourd'hui, un cadre international de coopération et de gestion à même de dépasser la situation de *creeping crisis*.

Une étude sélective de récentes crises internationales ayant confronté les États, de part et d'autre de l'Atlantique, à un défi de gestion des flux migratoires a permis de souligner l'inadéquation des réponses étatiques. Au lieu de reconnaître que la faiblesse du cadre international de gestion est une raison majeure de la multiplication de ces crises ponctuelles et de l'intégrer dans leur schéma décisionnel, les États tentent de réagir de façon *ad hoc* à chaque nouvelle crise. Que le défi soit présenté par un afflux massif de personnes en besoin de protection ou, au contraire, par une diminution

¹⁸⁴ Varlez, *supra* note 179 à la p 338.

soudaine de la migration de travail, une même faiblesse dans la capacité de réponse internationale ne peut être qu'identifiée.

L'apport de la présente recherche est de démontrer que la faiblesse du cadre international de gestion des flux migratoires constitue une situation de *creeping crisis*, autrement dit une situation de crise continue perçue par les acteurs internationaux mais dont la conjonction d'inhibiteurs nationaux limite la réponse. Il est donc ici suggéré que pour dépasser cette situation il convient de renforcer le recours au droit international dans la gouvernance mondiale des migrations amorcée. La création d'un cadre juridique solide de gestion des migrations internationales, fondé sur le droit international, paraît être le seul à même de dépasser un cadre de réponse unilatéral et réactif pour amorcer une gestion prévisible et rationnelle des flux migratoires permettant d'intégrer les évolutions fréquentes des flux, quels qu'en soient le moment et la cause.