

# **MIGRATIONS, DROIT INTERNATIONAL, PUBLIC ET PRIVE, DROIT EUROPEEN : DU DROIT DES RICHES AU DROIT DES PAUVRES ?**

Jean-Yves CARLIER\*

– *Da dove viene questa accolta vestita in modo strano,  
con fasce e abiti barbarici?  
Donne, non siete di qui, sembrate più libiche  
– Lasciammo la Siria  
e fuggimmo esuli  
non perché condannate da pubblico voto  
per colpa di sangue  
ma perché ripudiamo il connubio*

Eschilo, Le Supplici

SOMMAIRE : 1. Introduction. – 2. Migrations. – 3. Droit international public. – 4. Droit international privé. – 5. Droit européen. – 6. Conclusion : le rôle important du juge.

## *1. Introduction*

Pour interroger la thématique générale du colloque de la SIDI, « Droit international et pauvreté », au regard des migrations, je ne peux m'empêcher de revenir à cette grande tragédie classique d'Eschyle : *Les Danaïdes*. Écrite au V<sup>e</sup> siècle avant Jésus-Christ, cette pièce pose des questions qui demeurent très contemporaines, autour des migrations, du droit d'asile et des droits des femmes. Selon cette légende, les Danaïdes, qui sont les 50 filles de Danaos, fuient les 50 fils d'Egyptos car ceux-ci veulent les prendre pour épouses contre leur gré. Refusant ce mariage forcé, ces femmes fuient la Syrie pour arriver, après un voyage en mer, à Argos, en Grèce. Dans le dialogue reproduit ci-dessus, elles répondent au roi d'Argos qui interroge ces étrangères qui ressemblent plus à des Libyennes qu'à des femmes d'ici. Elles expliquent fuir, non parce

\* Professeur émérite des universités de Louvain et de Liège (Belgique).

qu'elles auraient commis un crime de sang, mais parce qu'elles refusent un mariage forcé. Conformément au titre de la première partie de la trilogie des *Danaïdes*, ces femmes, *Les Suppliantes* (Supplici, Ikedides), vont demander protection au Roi d'Argos. Elles vont demander « asile ». Le mot grec « asulos » est utilisé dans la pièce. Le roi sait que la chose est risquée car, s'il accorde l'asile, il y aura la guerre avec les fils d'Egyptos. Aussi demande-t-il au peuple d'Argos de prendre la décision avec lui (« peuple, le cas est rude à trancher, ne me prends pas pour juge »). Toute cette première partie de la trilogie sera donc la discussion entre le roi et le peuple d'Argos pour savoir si l'asile doit être accordé à ces femmes. La réponse vous est donnée en fin de cet article.

Mais les questions abordées par cette pièce sont très contemporaines. À titre d'exemple, de nos jours, dans le dernier roman d'Erri De Luca, *Le regole dello Shangai*, un homme rencontre, dans les montagnes, une jeune Tzigane en fuite (« la Gitane ») qui vient de Slovénie en Italie et dit : « Scappo dalla famiglia per via di un matrimonio combinato con un vecchio di cinquant'anni »<sup>1</sup>.

Dans les deux cas, des femmes migrantes traversent, au risque de leur vie, des obstacles naturels (la mer ou la montagne), sont poursuivies par des hommes et demandent l'asile pour un motif particulier : le refus d'un mariage forcé. Certes, au regard de la thématique de la pauvreté, dans la pièce d'Eschyle, les filles de Danaos sont issues de bonne famille et ne paraissent pas pauvres. Mais on les sent démunies, vulnérables, *suppliantes*. Aujourd'hui, telle situation pourrait s'inscrire dans un cadre juridique. Mais ce cadre est complexe, à la fois national, européen et international, public et privé. Ce sont ces aspects que les organisateurs du colloque nous invitent à approfondir à partir du titre : *Migrations, droit international, public et privé, droit européen : du droit des riches au droit des pauvres ?* Faisons les choses simplement. Prenons les mots dans l'ordre.

## 2. Migrations

Une première question toute banale pourrait se poser au regard de la thématique de la pauvreté et des migrations. Est-ce que les migrations elles-mêmes ont évolué des riches vers les pauvres ? Les migrants sont-ils plus pauvres aujourd'hui qu'anciennement ? La réponse semble néga-

<sup>1</sup> DE LUCA, *Le regole dello Shangai*, Milan, 2023, 13. La suite du roman ne concerne pas les migrations. Il confirme la toute belle plume d'Erri de Luca et réserve, en fin, bien des surprises.

tive. D'une part, quantitativement, si les chiffres absolus de migrations ont évolué, en chiffres relatifs, leur pourcentage rapporté à l'évolution de la population mondiale demeure, de longue date, assez constant, de l'ordre de 3,5 % de la population. D'autre part, qualitativement, si l'on parle aujourd'hui de migrations mixtes, le phénomène n'est pas neuf. Les migrations ont toujours eu des causes multiples et variables, dont la pauvreté, la guerre et des évolutions climatiques et environnementales. Si l'on s'interroge sur les débuts de l'humanité, on peut considérer, selon l'anthropologue français Yves Coppens, découvreur du squelette « Lucy » en Éthiopie, que les migrations seraient à l'origine de l'espèce humaine. Nos ancêtres les australopithèques se seraient dressés sur les deux pattes arrières pour voir suffisamment loin et assurer leur subsistance par la chasse, après qu'une évolution climatique ait fait monter la savane. Que la migration soit à l'origine de l'espèce humaine ou l'inverse importe peu. L'histoire nous montre simplement que les deux sont consubstantielles, que les migrations sont variées, qu'elles ont toujours existé et continueront d'exister. Après tout, les migrations ne sont-elles pas aussi, pour partie, à l'origine du droit international ? N'est-ce pas à la suite de la découverte des Amériques et de la controverse de Valladolid, reconnaissant que les Indiens sont des humains qui ne peuvent être réduits en esclavage, que s'écrivent les bases du droit international contemporain autour du *ius communicationis* ? Vitoria, dans le *De Indis*, justifie l'usage de la violence proportionnée pour convertir les Indiens, mais aussi pour leur imposer des comptoirs commerciaux<sup>2</sup>. Plus qu'une évolution des migrations en tant que telle, dont l'existence et la variabilité sont une constante dans l'histoire de l'humanité, c'est donc bien vers l'examen de l'évolution du droit qu'il convient de se tourner.

### 3. Droit international public

Dans le prolongement des écrits de Vitoria, les premières interrogations du droit international public en lien avec les migrations, dont celle de Grotius, ont principalement concerné des migrations de conquêtes et le questionnement des « conquérants » pour justifier leur domination, par exemple sur les mers, au regard du *ius communicationis* comme élément

<sup>2</sup> VITORIA, *Relectio de Indis*, 1539, édition en fac-similé du manuscrit premier (*Corpus Hispanorum de Pace*, hors-série), Madrid, 1899, spéc. III, 2 ; voy. aussi RIGAUX (dir.), *Actualité de la pensée juridique de Francisco de Vitoria*, Bruxelles, 1988, VIII.

du *ius gentium*<sup>3</sup>. Ce même point de vue « souverain » se développera, lorsqu'il s'agira d'aborder non plus seulement des phénomènes d'émigration, mais aussi des phénomènes d'immigration. Le souverain est en droit de contrôler l'accès à son territoire et de le refuser, sauf en cas de danger pour la vie de la personne. Un peu plus tard, au XVIII<sup>e</sup> siècle, le juriste et diplomate suisse Emer de Vattel fait une sorte de synthèse, entre la souveraineté de « toute nation [qui] est en droit de refuser à un étranger l'entrée dans son pays » et les droits fondamentaux de tout exilé d'« habiter quelque part sur terre »<sup>4</sup>. Cette recherche d'équilibre entre, d'une part, la souveraineté territoriale et, d'autre part, les droits fondamentaux des personnes migrantes continuera à nourrir toute l'évolution du droit international des migrations. Cet équilibre est délicat. Il évolue selon les époques et les circonstances. Dans un premier temps, la balance des intérêts en présence accorde à la souveraineté un poids prépondérant sinon exclusif. La prise en compte des intérêts de la personne est une rare exception, fondée, comme l'évoquait Grotius, sur la seule prise en considération du danger pour la vie de la personne. De même, Vattel, déjà cité, abordant la question des étrangers, écrit, dans son ouvrage principal, que « le Souverain peut défendre l'entrée de son territoire, soit en général à tout étranger, soit en certains cas ou à certaines personnes, ou pour quelques affaires en particulier, selon qu'il le trouve convenable au bien de l'État. Il n'y a rien là qui ne découle des droits de domaine et d'empire »<sup>5</sup>. D'une certaine manière, chez Vattel, la souveraineté nationale (« droit de domaine et d'empire ») est le prolongement, en droit public, du droit privé de propriété. Comme Grotius, il reconnaît toutefois déjà des exceptions à ce pouvoir de contrôle pour des motifs de « nécessité ». Il donne l'exemple de la tempête.

Au XX<sup>e</sup> siècle, le développement des textes de protection internationale des droits de l'homme pourrait marquer une évolution vers l'atténuation, sinon l'abandon, de la prépondérance de la souveraineté. Le principe demeure bien celui du contrôle souverain des migrations. Ainsi, une différence radicale existe entre l'approche de l'émigration et celle de l'immigration. Si, selon plusieurs textes, toute personne est libre

<sup>3</sup> GROTIUS, *Mare liberum* [Les Mers Libres], 1609 ; *De jure belli ac pacis*, 1625, spéc. liv. II, chap. II, § XVI (le tout accessible notamment sur la bibliothèque diplomatique numérique).

<sup>4</sup> VATTEL, *Le droit des Gens ou Principes de la loi naturelle, appliqués à la conduite et aux affaires des Nations et des Souverains*, 1758, spéc. tome I, liv. II, chap. VIII, par. 94 et 100 et s.

<sup>5</sup> VATTEL, *Principes de la loi naturelle appliquée à la conduite et aux affaires des Nations et des Souverains*, 1758, liv. II, chap. VII, par. 94.

de quitter n'importe quel pays, y compris le sien, c'est-à-dire dispose d'un droit à l'émigration, le droit d'entrée sur le territoire est limité à « son propre pays »<sup>6</sup>. Je qualifie ce droit de quitter sans droit d'entrée, de paradoxe du « pas suspendu de la cigogne ». L'expression reprend le titre d'un film du cinéaste grec Theo Angelopoulos. L'image illustre bien l'état du droit international au regard des migrations, symbolisé par la cigogne : celle-ci peut lever le pied au-dessus d'une ligne-frontière (sortir), mais ne peut le déposer de l'autre côté (entrer).

La doctrine confirme cette prépondérance de la souveraineté. À titre d'exemple, voici ce qu'en dit Charles De Visscher, professeur de droit international dans mon université, l'université catholique de Louvain, dans son ouvrage *Théories et réalités en droit international public* (1953 pour la 1<sup>ère</sup> édition). Dans ce livre, De Visscher montre, à propos des migrations, comme à propos d'autres « réalités », l'influence des faits sur la construction du droit international public. Par exemple, il montre très clairement l'influence de la politique migratoire des États-Unis, en vue de favoriser la venue de nouveaux migrants, sur le droit de la nationalité et sur l'évolution de la doctrine de l'allégeance perpétuelle (envers le pays de sa nationalité), vers la doctrine du droit d'expatriation qui doit permettre à toute personne de quitter son pays et donc d'émigrer. Ainsi, à propos de la résolution conjointe du Congrès américain de 1868, affirmant que « le droit d'expatriation est un droit naturel inhérent à l'homme », De Visscher souligne qu'elle « fut moins l'expression d'une conception particulièrement haute de la liberté individuelle que la manifestation d'une politique d'assimilation imposée par l'intensité croissante du mouvement migratoire ». C'est ici un État d'immigration (les USA) qui impose les intérêts de sa souveraineté, non seulement dans le contrôle de l'accès à son territoire mais aussi dans l'obligation faite aux États d'origine de laisser leurs nationaux quitter leur territoire. À l'inverse, il advient aussi que l'État d'origine négociera avec l'État d'immigration les conditions et les « paiements » en échange de l'organisation de l'émigration de ses nationaux. C'est ce que l'Italie a fait avec la Belgique. En d'autres termes, même quand, pour des raisons économiques, l'époque est favorable aux migrations, les États, tant d'origine que d'accueil, entendent contrôler le phénomène migratoire et asseoir leur souveraineté, négociant les intérêts divers par voie de traités. En conséquence, Charles De Visscher peut confirmer que :

<sup>6</sup> Pacte international relatif aux droits civils et politiques, art. 12 ; Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, Protocole No. 4, art. 2 ; Charte africaine des droits de l'homme et des peuples, art. 12.

la réglementation des migrations est une matière que le droit international laisse en principe à la décision de chaque État ; elle relève de sa compétence nationale... Le droit pour tout État de refuser aux immigrants l'établissement sur son territoire, sous réserve des traités qui réglementent ces matières, est certain et jusqu'à présent la pratique internationale ne fait pas d'exception à ce principe, même quand ce droit est exercé de façon discriminatoire contre les ressortissants de certains États<sup>7</sup>.

C'est précisément sur ce point – le caractère discriminatoire du traitement – que la jurisprudence s'adossera pour attribuer un poids progressivement plus important aux droits fondamentaux. L'arrêt *Abdulaziz, Cabales et Balkandali c. Royaume-Uni* de la Cour européenne des droits de l'homme (1985) en est un bon exemple. La Cour était saisie de la conformité de la législation du Royaume-Uni sur l'immigration, avec l'article 8 CEDH protégeant la vie privée et familiale. La législation du Royaume-Uni permettait de refuser le droit de séjour aux maris étrangers de femmes qui, soit étaient anglaises, soit bénéficiaient d'un droit de séjour en Angleterre. Avant tout, la Cour réaffirme le principe de souveraineté en soulignant que cette affaire « a trait, non seulement à la vie familiale, mais aussi à l'immigration, et que d'après un principe de droit international bien établi, les États ont le droit, sans préjudice des engagements découlant pour eux des traités, de contrôler l'entrée des non-nationaux sur leur sol »<sup>8</sup>. Cette phrase, confirmant le principe du contrôle souverain de l'accès au territoire, sera ensuite reprise, comme un mantra, dans de nombreuses jurisprudences de la Cour relatives aux questions liées aux migrations. Toutefois, dans cette affaire *Abdulaziz e.a.*, la Cour va aussi relever l'existence d'une discrimination, non au regard de la nationalité, mais au regard du sexe. En effet, la même limite au regroupement familial ne frappait pas les épouses étrangères d'hommes anglais ou étrangers ayant un droit de séjour. La Cour va considérer que cette inégalité entre hommes et femmes constitue une violation des articles 8 et 14 combinés de la CEDH. La Cour souligne que « seules des raisons très fortes pourraient amener à estimer compatible avec la Convention une distinction fondée sur le sexe »<sup>9</sup>. Il est intéressant de constater que c'est par une formulation similaire que la Cour, plus de dix ans plus tard, condamnera certaines discriminations en raison de la nationalité à

<sup>7</sup> DE VISSCHER, *Théories et réalités en droit international public*, Paris, 1955, 2<sup>e</sup> éd., 217 et ss., spéc. 226 et 227.

<sup>8</sup> Cour européenne des droits de l'homme, *Abdulaziz, Cabales et Balkandali c. Royaume-Uni*, requête n<sup>os</sup> 9214/80, 9473/81 et 9474/81, arrêt du 28 mai 1985, par. 67.

<sup>9</sup> *Ibidem*, par. 78.

l'égard d'étrangers en séjour régulier. Ainsi, dans l'arrêt *Gaygusuz*, la Cour a condamné l'Autriche dont la législation sur l'assurance chômage excluait les étrangers du droit aux allocations de chômage d'urgence, sur la base du seul critère de leur nationalité étrangère. Cela est jugé contraire à l'article 1<sup>er</sup> du Protocole n° 1 CEDH (droit de propriété), combiné avec l'article 14 CEDH (non-discrimination). La Cour juge que « seules des considérations très fortes peuvent [l']amener... à estimer compatible avec la Convention une différence de traitement exclusivement fondée sur la nationalité »<sup>10</sup>. Certes, tel raisonnement ne s'étendra pas aux étrangers en séjour irrégulier, ni aux conditions d'accès ou de séjour sur le territoire, considérées comme des traitements différenciés reposant sur un critère objectif, la nationalité de la personne. Toutefois dans ce cas, un contrôle de plus en plus approfondi sera exercé au regard de l'interdiction des traitements inhumains ou dégradants, élargissant en quelque sorte la vieille exception de Grotius et Vattel liée au danger pour la vie de la personne. Fréquemment aussi, un contrôle sera exercé au regard du respect de la vie privée et familiale de la personne. En un mot, si la souveraineté demeure le principe, ce principe est de plus en plus grignoté par l'exception du respect des droits fondamentaux de la personne migrante ; au point qu'une partie de la doctrine peut s'interroger si les temps ne sont pas venus d'inverser le principe et l'exception. S'il ne s'agit pas de l'évolution d'un droit des riches vers un droit des pauvres, il semble qu'il s'agisse à tout le moins d'une prise en considération plus forte de la vulnérabilité de la personne migrante au regard du respect de ses droits fondamentaux. Une évolution similaire, d'une plus grande prise en considération de la vulnérabilité de la personne migrante, se dégage-t-elle des disciplines du droit international privé et du droit européen ?

#### 4. *Droit international privé*

Du droit des princes, le droit international privé serait-il devenu un droit des pauvres ? Une lecture rapide de certains noms de jurisprudences relatives au droit international privé des personnes pourrait laisser croire qu'il fut une époque où les personnes se déplaçant étaient des personnes fortunées, issues de la bonne société, comme madame

<sup>10</sup> Cour européenne des droits de l'homme, *Gaygusuz c. Autriche*, requête n° 17371/90, arrêt du 16 septembre 1996, par. 42 ; répété dans Cour européenne des droits de l'homme, *Koua Poirrez c. France*, requête n° 40892/98, arrêt du 30 septembre 2003, par. 47.

de Beaufremont, princesse Bibesco ; alors que, aujourd'hui, il s'agirait de migrants plus pauvres venus de loin et rattachés à une autre culture, comme la famille Sahyouni<sup>11</sup>. Rien n'est moins sûr. D'une part, les cas d'espèce, comme ceux cités, révèlent que la décision ne protège pas nécessairement la partie la plus faible du point de vue des droits requis. Par exemple, pour la femme concernée dans ces espèces, le droit au divorce ou l'application d'une exception à la reconnaissance d'un divorce religieux pour discrimination. D'autre part, comme déjà indiqué, à toute époque, les migrations ont été variées, composées de riches et de pauvres. C'est plus l'accès à la justice pour toute personne, notamment par l'aide juridictionnelle, qui a évolué tout en posant encore question. Nous y reviendrons en conclusion, à propos du rôle important du juge. Du point de vue du droit international privé, l'évolution est ailleurs et relève plus d'une évolution dans les techniques utilisées par le droit international privé pour résoudre au mieux les questions soulevées par la présence d'éléments d'extranéité dans les relations privées internationales. Ces questions sont abordées de façon plus détaillée et contrastée dans les contributions de Cristina González Beilfuss et de Sara Tonolo au présent volume. On retiendra ici seulement deux constats en matière de droit international privé du statut personnel et de la famille.

Premièrement, en termes de conflits de lois, le facteur de rattachement s'est éloigné fortement du seul critère de la nationalité (facteur de rattachement du migrant à son pays d'origine) pour y préférer le critère de la résidence habituelle (facteur de rattachement du migrant à son pays d'accueil). Le rattachement à la nationalité s'expliquait aussi, comme le montrait la doctrine de Mancini, par la nécessité de sauvegarder la souveraineté et l'identité des jeunes nations en construction, tout en accueillant l'étranger dans le respect de son identité. Le rattachement à la résidence habituelle s'explique plus par le souhait d'intégrer ou d'assimiler, selon les points de vue, l'étranger dans son lieu de vie. Depuis, des voies se sont développées pour allier les deux. C'est le rattachement conditionnel en cascade, sur la base de critères objectifs, à l'image de l'échelle de Kegel (nationalité en cas de nationalité commune, à défaut résidence habituelle commune, à défaut dernière résidence habituelle commune...). C'est aussi le rattachement subjectif choisi par la personne, par l'expression de l'autonomie de la volonté en la forme d'une option de droit entre la loi nationale et la loi de résidence habituelle. C'est encore la combinaison des deux rattachements en la forme d'une échelle de Ke-

<sup>11</sup> Cassation, France, 18 mars 1878, *de Beaufremont* ; CJUE, *Sahyouni*, affaire C-281/15, ordonnance du 12 mai 2016 et affaire C-372/16, arrêt du 20 décembre 2017.

gel inversée : option de droit, à défaut loi de la résidence habituelle commune, à défaut loi de la dernière résidence habituelle commune, à défaut loi nationale commune, et cetera<sup>12</sup>. Ainsi, en matière de divorce, dans le droit international privé européen, même si c'est dans le cadre d'une coopération renforcée, le « choix du droit applicable par les parties » s'est imposé comme première règle de conflit de lois<sup>13</sup>. Une évolution similaire, accentuant le critère de proximité et la prise en considération du choix des acteurs privés, s'est imposée dans l'autre grande branche du droit international privé : les conflits de juridiction. Ainsi, toujours en matière de divorce, les rattachements alternatifs permettent un large choix de différentes juridictions compétentes, au risque d'un certain *forum shopping*, mais avec la volonté de favoriser l'accès au divorce<sup>14</sup>. Au-delà du droit international privé du statut personnel et de la famille, qui concerne particulièrement le migrant, les mêmes préoccupations, qui peuvent avoir pour conséquence, même indirecte, un renforcement de la protection de la partie faible, se retrouvent dans les autres domaines matériels du droit international privé. Ainsi en matière contractuelle, diverses techniques ont pour objectif de rééquilibrer les rapports de force au sein de la relation contractuelle en offrant une protection renforcée à la partie considérée *a priori* « faible » au contrat afin de favoriser une égalité réelle. Il s'agit notamment de la protection du travailleur et du consommateur, tant dans les règles de conflit de juridictions (Bruxelles I, depuis la convention en 1968)<sup>15</sup> que dans les règles de conflit de lois (Rome I, en 1980)<sup>16</sup>. Même en matière délictuelle, pour la

<sup>12</sup> CARLIER, *Autonomie de la volonté et statut personnel*, Bruxelles, 1992 ; CARELLA, *Autonomia della volontà e scelta di legge nel diritto internazionale privato*, Bari, 1999. Pour une présentation générale plus récente, voy. PANET, FULCHIRON et WAUTELET (dir.), *L'autonomie de la volonté dans les relations familiales internationales*, Bruxelles, 2017.

<sup>13</sup> Règlement (UE) 1259/2010 du 20 décembre 2010 dans le domaine de la loi applicable au divorce et à la séparation de corps, art. 5.

<sup>14</sup> Aujourd'hui, règlement (UE) n. 2019/1111 du Conseil du 25 juin 2019 relatif à la compétence, la reconnaissance et l'exécution des décisions en matière matrimoniale et en matière de responsabilité parentale ainsi qu'à l'enlèvement international d'enfants, art. 3 (Bruxelles 2ter).

<sup>15</sup> Aujourd'hui, règlement (UE) 1215/2012 du Parlement européen et du Conseil du 12 décembre 2012 concernant la compétence judiciaire, la reconnaissance et l'exécution des décisions en matière civile et commerciale, art. 17 à 23. Voy. FRANZINA, *Introduzione al diritto internazionale privato*, Torino, 2<sup>e</sup> éd., 2023, 243 : « Anche qui, come sotto il Regolamento Bruxelles I bis il legislatore dell'Unione ha inteso assicurare alla parte debole del rapporto – il consumatore, appunto – una protezione speciale » (*forum actoris*).

<sup>16</sup> Règlement (UE) 593/2008 du Parlement européen et du Conseil du 17 juin 2008 sur la loi applicable aux obligations contractuelles, art. 6 et 8.

détermination de la compétence internationale, sur la base « du lieu où le fait dommageable s'est produit »<sup>17</sup>, la Cour a développé depuis l'arrêt *Mines de potasse d'Alsace*, en 1976, une longue ligne de jurisprudence développant la théorie de l'ubiquité qui permet au demandeur de choisir entre le lieu d'origine, où le fait source du dommage s'est produit (généralement la résidence de l'auteur du dommage), et le lieu de résultat, où le dommage a été subi (généralement le lieu de résidence de la victime), et qui peut, en matière informatique par exemple, être le lieu où la victime a ses intérêts prépondérants. Certes, à l'origine, la Cour n'a pas formulé cette théorie de l'ubiquité comme étant une protection particulière de la victime, supposée plus vulnérable et plus pauvre, mais comme un moyen d'« organisation utile du procès » par l'existence d'un « rattachement particulièrement étroit entre une contestation et la juridiction qui peut être appelée à en connaître »<sup>18</sup>. On notera toutefois que, dans ses conclusions, l'avocat général Francesco Capototi proposait la seule compétence des juridictions du lieu où le dommage s'est produit, car il entendait « protéger la partie la plus faible d'un rapport juridique »<sup>19</sup>. Il est permis d'en déduire que, même si la Cour ne le dit pas expressément, la partie plus faible au rapport juridique est, *a fortiori*, protégée par la solution plus souple qu'elle a retenue, en laissant à cette partie le choix du for compétent, au mieux de ses intérêts<sup>20</sup>.

Deuxièmement, au-delà des deux branches classiques du droit international privé que sont les conflits de juridictions et les conflits de lois, une évolution notable s'est faite progressivement dans le troisième domaine de la reconnaissance des jugements et des actes étrangers, avec l'attribution d'un rôle de plus en plus important au respect des droits fondamentaux, enrôlés sous la bannière de l'exception d'ordre public international. Plus fondamentalement encore, entre ces trois grandes branches du droit international privé, une importance plus forte a pro-

<sup>17</sup> Règlement (UE) 1215/2012 (Bruxelles 1bis, précité), art. 7, par. 2.

<sup>18</sup> CJUE, *Mines de potasse d'Alsace*, affaire 21-76, arrêt du 30 novembre 1976, par. 11.

<sup>19</sup> Conclusions de l'avocat général Capototi, présentées le 10 novembre 1976, EU:C:1976:147, par. 9.

<sup>20</sup> Pour une synthèse, à partir de l'arrêt CJUE, *edate advertising*, affaire C-509/09 et C-161/10, du 25 octobre 2021, voir FRANZINA, *Introduzione al diritto internazionale privato*, cit., p. 98, « Ricapitolando: nello Stato membro in cui si trova il centro dei suoi interessi la vittima può chiedere tutto... in altri Stati membri può chiedere solo il risarcimento del danno patito localmente ». Sur la question de l'égalité en droit international privé, voy. TONOLO, *Il principio di uguaglianza nei conflitti di leggi e di giurisdizioni*, Milano, 2011, et « Equality, Conflict of Laws and Human Rights », in AMOROSO, MARROTTI, ROSSI, SPAGNOLO et ZARRA (eds.), *More Equal than Others ? Perspectives on the principle of equality from International and EU Law*, Berlin, 2023.

gressivement été accordée à la technique de reconnaissance, sous l'influence du droit européen de la libre circulation et du principe de reconnaissance mutuelle. Ainsi, à titre d'exemple, on peut lire dans les considérants du règlement Bruxelles 2<sup>ter</sup> précité, relatif à la compétence internationale en matière matrimoniale :

il conviendrait de renforcer davantage encore la confiance mutuelle dans les systèmes judiciaires respectifs [car l']Union s'est donné pour objectif de créer, de maintenir et de développer un espace de liberté, de sécurité et de justice au sein duquel la libre circulation des personnes et l'accès à la justice sont assurés. Afin de réaliser cet objectif, il conviendrait de renforcer les droits des personnes, et notamment des enfants, dans les procédures judiciaires, dans le but de faciliter, d'une part, la coopération entre les autorités judiciaires et administratives et, d'autre part, l'exécution des décisions en matière familiale ayant une incidence transfrontière. Il conviendrait d'améliorer la reconnaissance mutuelle des décisions en matière civile, de simplifier l'accès à la justice et de perfectionner les échanges d'informations entre les autorités des États membres<sup>21</sup>.

La technique de la reconnaissance a doublement évolué. D'une part, dans ses modalités, elle est passée d'une lourde procédure judiciaire d'*exequatur* à une procédure simplifiée de reconnaissance de plein droit par toute autorité, notamment pour favoriser la circulation de l'identité des personnes<sup>22</sup>. D'autre part, dans l'objet de la reconnaissance, la technique évolue encore actuellement, d'une reconnaissance des jugements et des actes authentiques vers une reconnaissance de tout acte, public ou privé, voire vers la « reconnaissance des situations », prônée depuis plusieurs années dans les écrits de Paul Lagarde<sup>23</sup>. Ces évolutions des tech-

<sup>21</sup> Règlement (UE) 2019/1111 du 25 juin 2019 (Bruxelles 2<sup>ter</sup>), précité, considérant 3.

<sup>22</sup> Voy. notamment ROSSOLILLO, *Identità personale e diritto internazionale privato*, Padova, 2009.

<sup>23</sup> LAGARDE, *La méthode de la reconnaissance est-elle l'avenir du droit international privé ?*, in *Recueil des Cours de l'Académie de de Droit International de la Haye*, 2015, t. 371, 9 ss.; LAGARDE (dir.), *La reconnaissance des situations en droit international privé*, Paris, 2013. Voy. aussi les travaux précurseurs de BARATTA, *La reconnaissance internationale des situations juridiques personnelles et familiales*, in *Recueil des Cours de l'Académie de de Droit International de la Haye*, 2010, t. 348, 253 ss. Adde, D'AVOUT, *La reconnaissance dans le champ des conflits de lois*, in *Droit international privé (Travaux du Comité Français de Droit International Privé)*, 2014-2018, 215 ; PFEIFF, *La portabilité du statut personnel dans l'espace européen*, Bruxelles, 2017 ; FULLI-LEMAIRE, *Le droit international privé de la famille à l'épreuve de l'impératif de reconnaissance des situations*, Paris, 2022.

niques du droit international privé ne sont pas la traduction d'une particulière attention à la pauvreté, mais sont le reflet d'une attention généralement plus forte aux réalités de vie des personnes en situations internationales, dont les migrants, et d'une recherche de solutions plus substantielles, attentives à la justice matérielle. La conséquence peut en être une plus grande protection de la partie faible à la relation privée internationale sans que cela soit le reflet d'une volonté délibérée de prise en considération de la pauvreté.

### 5. Droit européen

Les exemples et extraits de textes donnés ci-dessus montrent déjà le rôle important joué par le droit européen dans l'évolution du droit international privé. En outre, c'est dans le même titre V du TFUE, *L'espace de liberté, de sécurité et de justice* » (ELSJ) que se trouvent les dispositions relatives au droit international privé (chapitre 3, *Coopération judiciaire en matière civile*) et les dispositions relatives aux migrations (chapitre 2, *Politiques relatives aux contrôles aux frontières, à l'asile et à l'immigration*). Le point de départ du rôle croissant du droit européen dans les politiques migratoires est, bien sûr, la question des frontières<sup>24</sup>. Comme l'indique l'article 3 du TUE :

L'Union offre à ses citoyens un espace de liberté, de sécurité et de justice sans frontières intérieures, au sein duquel est assurée la libre circulation des personnes, en liaison avec des mesures appropriées en matière de contrôle des frontières extérieures, d'asile, d'immigration ainsi que de prévention de la criminalité et de lutte contre ce phénomène.

La disposition est reprise en d'autres termes à l'article 67 § 2 du TFUE, premier article du Titre V sur l'ELSJ. C'est ce que j'appellerais la logique de la maison commune. Dès l'instant où les personnes peuvent circuler librement, sans contrôles aux frontières intérieures de la maison commune, il est logique que la porte d'entrée dans la maison, c'est-à-dire les frontières extérieures, devienne une préoccupation commune, sujette à une politique commune. De nombreuses jurisprudences de la Cour de justice ont également montré ce lien entre la libre circulation des per-

<sup>24</sup> Sur ces questions, voy. diverses contributions dans MEEUSEN, PERTEGÁS, STRAETMANS, SWENNEN (dir.), *International Family Law for the European Union*, Antwerpen-Oxford, 2007.

sonnes dans l'Union et la politique migratoire<sup>25</sup>. Aujourd'hui, nul ne peut affirmer que l'arrivée de migrants à Lampedusa soit une question exclusivement italienne. C'est aussi une question européenne. Certes, il reste de délicats arbitrages à faire entre les compétences des États membres, dans l'exercice de leur souveraineté et les compétences de l'Union, mais aussi au sein même des institutions de l'Union<sup>26</sup>. Quoiqu'il en soit, la question des migrations devrait, selon l'article 67 § 2 TFUE, être gérée dans le cadre d'une « politique commune... fondée sur la solidarité entre les États membres et qui est équitable à l'égard des ressortissants de pays tiers ». Tel est, du reste, l'objectif affiché du nouveau pacte européen sur la migration et l'asile adopté par le Parlement européen en avril 2024, dont les dix instruments de droit dérivé seront mis en application en 2026<sup>27</sup>. Ce n'est pas le lieu ici d'analyser ces textes. L'avenir dira si les résultats correspondent aux ambitions affichées et à quel prix, au regard du traitement « équitable » des migrants requis par le droit primaire, notamment au regard du contrôle et du filtrage aux frontières extérieures de l'Union, en ce compris en mer, et au regard de l'externalisation par les contrôles en amont du territoire de l'Union, sur la base d'accords avec des États tiers<sup>28</sup>. La question qui nous intéresse ici est de voir dans quelle mesure le droit européen prend

<sup>25</sup> Sur l'ensemble, voy. CARLIER, *Libre circulation des personnes et politique migratoire dans l'Union européenne – Trente ans de jurisprudence commentée*, Bruxelles, 2024.

<sup>26</sup> STARITA, *Competenze d'esecuzione normativa reali e apparenti in materia di visti e controlli alle frontiere esterne: a margine di una recente sentenza della Corte comunitaria*, in *Il Diritto dell'Unione europea*, 2005, 817 ss.

<sup>27</sup> Pour de premières analyses, voy. la série de commentaires sur *EU Migration Law Blog* sous les plumes de DE BRUYCKER, VEDSTEDT-HANSEN, CHETAIL, MIKOLAICZYK, ĪNELI CIGER, MAIANI, JAKULEVICIENE, THYM, MORENO-LAX, TSOURDI, <<https://eumigrationlawblog.eu>> (au 12 août 2024). Adde : PEERS, *Taking Rights Half-Seriously : The New EU Asylum Laws*, in *Yearbook of European Law*, 2024, 1 ss.; VI-TIELLO, *L'ultimo atto : il nuovo Patto sulla migrazione e l'asilo è (quasi) legge*, in *ADiM Blog*, décembre 2023, disponible en ligne <https://www.adim.blog>; MOUZOURAKIS, COSTELLO, *Human Rights Violations to Deflect Refugees : The EU Council Agreement on Asylum Reform as an Intensification of Policies Tried and Failed*, in *VerfBlog*, 25 juin 2023, disponible en ligne <https://verfassungdblog.de>; DI PASCALE, *Verso l'adozione del nuovo Patto sulla migrazione e l'asilo ?*, in *Eurojus*, 16 janvier 2024, disponible en ligne <https://rivista.eurojus.it>; LECLERCQ, *Nouveau pacte européen pour la migration et l'asile : accès à la protection internationale en péril, la réinstallation comme contre-poids au durcissement des mesures aux frontières ?*, in *Cahiers de l'EDEM*, janvier 2024, disponible en ligne <https://uclouvain.be/fr/instituts-recherche/juri/cedie>; DE BROUWER, MILAZZO, *A Pact : So What ?*, Egmont Institute, 29 janvier 2024, disponible en ligne <https://www.egmontinstitute.be>; BARBOU DES PLACES, *Chronique Droit d'asile et de l'immigration*, in *Revue trimestrielle de droit européen*, 2024, 193 ss.

<sup>28</sup> Voy., dans ce volume, la contribution de RICCARDI.

en considération la pauvreté dans cette politique. Si l'on repart du lien entre la circulation interne à l'Union européenne et la politique migratoire, on peut constater, peut-être paradoxalement, une attention faible à ce point dans la libre circulation (interne à l'Union) des personnes. Cette libre circulation a évolué de la libre circulation des travailleurs vers la libre circulation de tout citoyen européen, c'est-à-dire ressortissant d'un État membre<sup>29</sup>. Mais, lorsque ce citoyen européen n'est pas un agent économique actif, qu'il ne dispose pas de moyens de subsistance suffisants, il peut être considéré comme une charge disproportionnée pour le système d'assistance sociale du pays d'accueil et se voir refuser ou retirer le séjour, lorsqu'il ne dispose pas encore du droit de séjour permanent obtenu après cinq ans de résidence<sup>30</sup>. En revanche, le droit européen de la libre circulation des personnes, ou plus exactement la jurisprudence de la Cour de justice, s'est révélé attentif, sinon aux pauvres, à tout le moins aux personnes vulnérables et, en particulier, aux enfants-citoyens en bas âge. Ce fut au point d'intervenir, même dans des situations purement internes, échappant en principe, par hypothèse, au droit de la libre circulation, et ce afin de sauvegarder « la jouissance effective de l'essentiel des droits » du citoyen européen qui serait forcé, avec son parent ressortissant d'État tiers, de quitter le territoire de l'Union, c'est-à-dire qui serait en quelque sorte forcé d'émigrer, voire dont le parent, ressortissant d'État tiers, se verrait refuser l'accès au territoire de l'État européen dont l'enfant a la nationalité<sup>31</sup>. Si l'on se tourne vers la politique

<sup>29</sup> Ce qui pose déjà la question du lien entre nationalité et citoyenneté et de l'évolution possible vers une citoyenneté de résidence, voy. NASCIMBENE, *Nationality law and the law of regional integration organisation. Towards new residence status ?*, Leiden/Boston, 2022.

<sup>30</sup> Voy., dans ce volume, les contributions de DI PASCALE et GRECO. Sur ces jurisprudences, COSTAMAGNA, 'Chi non lavora...': Alcune considerazioni su cittadinanza europea, solidarietà e accesso ai benefici sociali a margine della sentenza *Dano* », in *SIDBlog*, 25 novembre 2014, disponible en ligne <https://www.sidiblog.org>.

<sup>31</sup> Voy. comme dernière affaire de cette ligne de jurisprudence : CJUE, *Staatssecretaris van Justitie en Veiligheid (Mère thaïlandaise d'un enfant mineur néerlandais)*, affaire C-459/20, arrêt du 22 juin 2023, EU:C:2023:499, obs. CARLIER, FRASCA, *Chronique de jurisprudence libre circulation des personnes*, in *Journal de droit européen*, 2024, 197; FRASCA, No assessment of the best interests of the child when the EU citizen, who is a minor child, exercises the right to enter and reside in the EU Member State of their nationality, in *Cahiers de l'EDEM*, août 2023, <<https://uclouvain.be/fr/instituts-recherche/juri/cedie>>; VAN EIJKEN, *Dependency without borders ? : Judgment in Staatssecretaris van Justitie en Veiligheid (Mère thaïlandaise d'un enfant mineur néerlandais)*, in *EU Law Live*, 25 septembre 2023 <<https://eulawlive.com>>; RISTUCCIA, *Di addii e benvenuti: l'applicazione della giurisprudenza Ruiz Zambrano alla residenza del familiare non UE di un cittadino UE che non ha mai vissuto nell'Unione*, in *BlogDUE*, 3 octobre 2023, <<https://www.aisdue.eu>>; RIGAUX, *Citoyenneté européenne – Regrou-*

migratoire, le traitement « équitable » requis par le droit primaire pourrait certes conduire à une attention particulière envers la pauvreté, mais cela ne semble pas ressortir en particulier des textes de droit dérivé. À titre d'exemple, dans les quelque 500 pages que comporte le nouveau Pacte sur la migration et l'asile, le terme pauvreté n'apparaît pas une seule fois. En revanche, les termes « vulnérabilité » ou « personne vulnérable » apparaissent plus de 80 fois<sup>32</sup>. Il y a certes un effet de mode autour de la vulnérabilité et le risque de voir se développer une concurrence des vulnérabilités<sup>33</sup>. Il reste que, inscrite de plus en plus souvent dans les textes, cette attention à la vulnérabilité ne peut être ignorée et est, peut-être, une des évolutions importantes du droit international et européen des migrations le plus en lien avec la question de la pauvreté. La question principale est alors le contrôle de l'attention à porter aux vulnérabilités. Si ce contrôle doit se faire par tous les acteurs et à tous les niveaux, de la première administration au dernier juge, c'est certainement le juge qui joue, en ce domaine de la migration, un rôle central pour divers motifs.

*pement familial*, in *Europe*, n<sup>os</sup> 8 et 9, août-septembre 2023, comm. 274. Voy. aussi, RISTUCCIA, *Ties that bind and ties that compel : Dependency and the Ruiz Zambrano doctrine*, in *Common Market Law Review*, 2023, 1227. Sur les liens avec le droit international privé, voy. CARLIER, *La jouissance effective de l'essentiel des droits, du toc ou du roc ? Réflexions sur un principe de sauvegarde en droit international privé de la famille*, in *Droit international privé (Travaux du Comité Français de Droit International Privé, 2020-2022)*, Paris, 2023, 325 ss.

<sup>32</sup> Voy. aussi, publié par l'Agence européenne pour l'asile, *Guidance on Vulnerability in Asylum and Reception Operational standards and indicators*, mai 2024.

<sup>33</sup> Outre la contribution de MARCHEGANI, *Donne in movimento e vulnerabilità intersezionale*, dans le présent volume, voy. sur ces questions la recherche VULNER, Horizon 2020, dirigée par LEBOEUF, disponible en ligne <https://www.vulner.eu>, et LEBOEUF, *The juridification of 'vulnerability' through EU asylum law : The quest for bridging the gap between the law and asylum applicants' experience*, in *Laws*, 2022, 1 ss. Voy. aussi GIAMMARINARO, PALUMBO, *Vulnerabilità situazionale, genere e diritti umani. Analisi della normativa e della giurisprudenza italiana e sovranazionale sullo sfruttamento lavorativo*, in GIOFFREDI, LORUBBIO, PISANO, *Diritti umani in crisi ? Emergenze, disuguaglianze, esclusioni*, Pisa, 2021, 45 ss.; JAKULEVIČIENĖ, *Vulnerable persons in EU asylum legislation : Central feature or necessity on the outskirts ?*, in TSOURDI, DE BRUYCKER (dit.), *Research Handbook on EU Migration and Asylum Law*, Cheltenham, 2022, 225 ss.; CARLIER, *Des droits de l'homme vulnérable à la vulnérabilité des droits de l'homme, la fragilité des équilibres*, *Revue interdisciplinaire d'études juridiques*, 2017, 175 ss. accessible en ligne sur <<https://droit.cairn.info>>.

## 6. Conclusion : le rôle important du juge

L'analyse des migrations dans le droit international (public et privé) ou le droit européen au regard de la notion de pauvreté impose un constat : en tant que telle, la pauvreté n'est pas un facteur clé, ni dans l'évolution des migrations elles-mêmes ni dans l'évolution des droits. Toutefois, il est certain que l'attention portée aux situations de vulnérabilité, dont celle des migrants, s'est accentuée. Cette évolution est, pour l'essentiel, la conséquence du rôle accru des droits fondamentaux dans ces trois branches du droit. On peut, en quelque sorte considérer que le migrant est passé du statut d'*outlaw*, de sans-droits, selon le mot utilisé par Hannah Arendt dans ses écrits, à un statut de « personne migrante », sujette de droits, une personne qui a le droit d'avoir des droits. Reste la question centrale de l'accès à ces droits qui, pour le migrant, passe généralement par l'accès préalable au territoire d'un État. Si, selon l'expression, les migrants votent avec leurs pieds, ils n'ont pas de droit tant qu'un sol nouveau n'est pas sous leurs pieds. En dehors de ce vote des pieds, les migrants, qui ne sont pas les étrangers installés de longue durée, ne votent pas. À la différence des citoyens, ils n'ont pas de droit de vote et ne peuvent participer, en amont, à l'élaboration de la loi, en se constituant en groupe d'influence sur les choix politiques, comme ont pu le faire progressivement d'autres groupes marginalisés, les femmes, les minorités ethniques, les LGBTIQ+, les personnes handicapées... En conséquence, pour les migrants, la seule garantie des droits est, en aval, le contrôle juridictionnel. Si ce rôle du juge pour assurer la garantie des droits est important en tous domaines<sup>34</sup>, il l'est en particulier dans le domaine des droits fondamentaux<sup>35</sup> et plus encore dans le domaine des migrations, compte tenu de la volatilité territoriale et de l'exclusion politique qui frappent les sujets de droit concernés que sont les migrants. Cela vaut et vaudra pour toute forme de migrations, dont les migrations internationales pour motifs environnementaux qui se développeront<sup>36</sup>.

<sup>34</sup> RIGAUX, *La loi des juges*, Paris, 1997, voit le juge comme un « ministre du sens » qui, selon le mot « sens » en français, donne à la loi à la fois sa signification et sa direction.

<sup>35</sup> DE SENA, STARITA, *Corso di diritto internazionale*, Bologna, 2023, 130 : « la formulazione delle norme (di diritti umani) in termini di principio e la presenza di organismi internazionali competenti a interpretare tali norme sono alla base di un diritto di matrice essenzialmente giurisprudenziale ».

<sup>36</sup> DI FILIPPO, *La protezione dei migranti ambientali nel dialogo tra diritto internazionale e ordinamento italiano*, in *Diritti umani e diritto internazionale*, 2023, 313 ss.; CANTOR, BURSON, AYCOCK, FEITH TAN, ANASTASIOU, ARNOLD-FERNANDEZ, FIELD, HANSEN-LOHREY, KÄLIN, KANE, MIRON, RAO, SÁNCHEZ, SCISSA, WEERASINGHE, WOOD,

Au V<sup>e</sup> siècle avant Jésus Christ, dans la pièce d'Eschyle, les Danaïdes obtiennent finalement protection du roi et du peuple d'Argos, par « droit d'asile », selon les mots utilisés dans la pièce. Plus tard, selon la suite de cette trilogie, dans un deuxième temps, les fils d'Egyptos feront la guerre contre Argos, la gagneront et célébreront leur mariage forcé avec les Danaïdes. Ensuite, dans un troisième temps, lors de la nuit de noces, les Danaïdes tueront leurs époux et seront, pour ce motif, selon la légende, condamnées à perpétuité aux enfers à remplir des tonneaux sans fond, les tonneaux des Danaïdes. Une seule femme, Hypermnestre, ne tuera pas son mari. Une légende affirmerait que d'Hypermnestre serait née Europe. Soit l'Europe née d'un respect du droit d'asile, mais d'un viol du droit des femmes. Ces paradoxes nourrissent encore la gestion contemporaine des migrations internationales, de façon presque inversée, dans l'effritement contemporain de la solidarité et de l'accueil, compensé par la reconnaissance de droits. Ces paradoxes sont l'expression de la fragilité des équilibres humains.