

Droit, vulnérabilité et parcours migratoires

Florian Aumond

Maître de conférences en droit public, Université de Poitiers, CECOJI-UP / Migrinter

RÉSUMÉ

La relation entre le Droit et la vulnérabilité est empreinte de paradoxes. D'une part, malgré des liens profonds et essentiels qui auraient pu laisser supposer une rencontre ancienne, ce n'est que récemment qu'elle a été organisée par la science juridique. Le droit des étrangers a été l'un des lieux privilégiés pour cette rencontre. Il a alors illustré un second paradoxe concernant les relations entre droit et vulnérabilité : le premier produit la seconde, en même temps qu'il peut contribuer à en prémunir. Ce phénomène est particulièrement manifeste si l'on considère le processus migratoire. S'observe en effet une certaine tendance du droit (international) à une prise en compte de la vulnérabilité (tout) au long du parcours. Mais il s'agit alors essentiellement d'appliquer au migrant en mobilité les mêmes droits qu'à tout migrant. En d'autres termes, si le droit international consacre la vulnérabilité du migrant en dépit de son mouvement, il n'y a pas de régime adapté en raison de son mouvement. Le droit international commence cependant à dévoiler les étapes et états successifs du parcours migratoire et met l'accent sur des abcès de fixation où la vulnérabilité des migrants est particulièrement manifeste. Ce, d'autant plus pour certaines catégories, dont les enfants.

ABSTRACT

The relationship between law and vulnerability is fraught with paradoxes. On the one hand, despite the deep and fundamental links that would have triggered a much earlier encounter, it is only recently that it has been organized by legal science. The right of foreigners has been one of the privileged sites for this encounter. It thus illustrated a second paradox regarding the relationship between law and vulnerability: the first produces the second, while it can, at the same time, contribute to prevent from it. This phenomenon is particularly evident if we consider the migration process. We do indeed observe a certain tendency in law (international) to take into account vulnerability (all) along the journey. But it essentially consist in applying to migrants on the move the same rights as to any migrant. In other words, if international law recognizes the vulnerability of the migrant, despite him/her being on the move, there is no regime adapted to the reason for this movement. It is nonetheless a beginning of unveiling the successive stages and states of the migratory journey. It further puts an emphasis on fixation abscesses where the vulnerability of migrants is peculiarly obvious. This, especially for some categories, including children.

INTRODUCTION

Dans sa thèse sur la vulnérabilité de la personne physique en droit privé, LYDIE DUTHEIL-WAROLIN, empruntant des considérations à GERARD CORNU, souligne que « le mot vulnérabilité se prononce lentement, pour ne pas inverser les syllabes, ne se crie pas, se dit, au contraire, d'une voix timide, presque hésitante »¹. Cette réserve, le droit l'a longtemps conservée à l'égard du mot avant, ces dernières années, de pleinement s'en saisir. Tout, du reste, l'y invitait.

Frédérique FIECHTER-BOULVARD, dans l'une des premières réflexions collectives en langue française consacrée à la vulnérabilité en droit, met en effet l'accent sur le double plan sur lequel se situe la relation entre droit et vulnérabilité². Elle est, tout d'abord, inhérente, ontologique : l'homme, mortel et inévitablement exposé à la souffrance, est de ce fait naturellement vulnérable ; il est alors attendu de la sociabilité qu'elle conjure ce mal individuel que tous partagent ; dans ce contexte le droit, fruit incontournable de l'entrée en état de société (*ubi societas, ibi jus*), apparaît comme un produit au moins indirect de la vulnérabilité : « c'est l'esprit tout entier de la matière qui est dominé par cet état ; la vulnérabilité de l'homme précède l'esprit des lois »³. Outre cette « vulnérabilité certaine »⁴, universelle, une « certaine vulnérabilité »⁵ peut affecter des groupes particuliers en raison de leur âge, sexe, choix ou lieux de vie, activités (*gens de mer*), etc. Ces facteurs, à certains égards naturels de vulnérabilité ont souvent partie liée, en tant qu'ils les induisent ou en découlent, avec d'autres de facture davantage artificielle, conséquences de la structure des relations économiques, mais également des dispositions et dispositifs juridiques.

C'est alors que se noue la relation paradoxale entre le droit et la vulnérabilité : face à la vulnérabilité naturelle l'on attendra du premier, entre autres, sinon qu'il prémunisse contre l'exposition au risque, du moins qu'il en atténue les effets dommageables ; par contraste, le droit pourra lui-même engendrer la vulnérabilité artificielle.

Et sous l'angle de la vulnérabilité certaine, la profondeur du lien entre droit et vulnérabilité se confirme. La science juridique s'en saisira toutefois différemment, selon les deux hypothèses. L'absence de droits, sinon cause de vulnérabilité, laissera à tout le moins démunies les personnes en situation de vulnérabilité dans un cas ; l'existence

de droits sera source de vulnérabilités dans un autre. C'est donc bien plutôt la première optique qui retiendra l'attention du juriste.

L'existence de dispositions visant à prémunir les individus contre les circonstances les exposant naturellement à des risques accrus n'est évidemment pas nouvelle. Cependant, si la chose était présente, ce n'est que depuis peu que le mot pénètre pleinement le vocabulaire juridique. Sa diffusion est alors d'autant plus remarquable qu'elle est générale. Elle s'observe, en premier lieu, au niveau national. En porte un net témoignage le choix de la Cour de cassation de consacrer en 2009 son étude annuelle à l'état de sa jurisprudence en la matière⁶. Se proposant d'examiner la question sous un angle rigoureusement juridique, ce rapport est intéressant à un double niveau. La Cour de cassation souligne tout d'abord que, puisque le droit s'attache par définition au « pathologique » et non au « normal », « pour le juriste, la vulnérabilité n'est pas le trait commun de l'humanité »⁷. La vulnérabilité certaine de l'Homme, quoique indéniable, ne saurait donc le retenir, contrairement aux vulnérabilités propres à certains. Dans ce contexte – et là est le second point d'intérêt – le rapport admet que la « vulnérabilité procure des droits ».

Il y a là un nœud dans la compréhension de la vulnérabilité : « sous l'angle du droit, la personne vulnérable est celle qui n'est pas en mesure d'exercer les attributs de la personnalité juridique »⁸; n'étant pas en mesure « d'exercer correctement ses droits et libertés », on peut dire qu'elle évoque ce « non-sujet de droit » du Doyen CARBONNIER, i.e. de la personne ayant vocation à être titulaire de droits mais qui est empêchée de l'être en fait⁹.

Cette idée, cardinale, renvoie à la question de l'effectivité des droits et au rôle du juge dans ce contexte¹⁰. Le rapport entre droit et vulnérabilité se densifie : outre l'absence de droit, c'est également l'incapacité à user de ces droits qui est source en même temps que marqueur de vulnérabilité.

L'évolution constatée au niveau du droit national n'est pas étrangère à l'impulsion donnée par le droit européen, droit de l'Union européenne et surtout du Conseil de l'Europe¹¹. Et ce mouvement n'est pas propre au vieux continent, qui s'observe également dans la jurisprudence de la Cour interaméricaine de San José¹². La tendance est donc bien internationale, comme le prouve au

demeurant le fait que ce thème ait précisément été choisi, en 2014, par l'organe administratif en charge au sein du Programme des Nations unies pour le développement (PNUD) de rédiger le Rapport mondial sur le développement humain. Ce document est, pour ce qui nous concerne, révélateur à un double titre. Il l'est d'abord par le lien qu'il dessine entre vulnérabilité et résilience. Dans le Rapport la première, qui s'exprime également en terme de difficultés ou d'incapacité à agir pour des raisons tenant à la personne ou à son milieu, n'est pas pour autant une fatalité face à laquelle la seule réponse serait l'apitoiement ou un « assistanat » aux relents paternalistes. Bien au contraire, il s'agit de redonner à ceux qui y sont spécialement exposés les moyens d'y faire face (empowerment). Ce document est ensuite significatif en ce qu'il reprend la distinction entre une vulnérabilité inhérente à la condition humaine et des vulnérabilités particulières touchant certaines catégories. Dont les étrangers.

Ici se situe un autre point de convergence entre les trois niveaux d'ordres juridiques : pour tous, les non-nationaux constituent les personnes parmi les plus vulnérables¹³. Leur situation est par voie de conséquence inmanquablement traitée dans les monographies qui, s'attachant à la vulnérabilité en/dans le droit, n'ont eu de cesse de se multiplier ces dernières années¹⁴. Reste qu'elles appréhendent alors la question sous un angle principalement statique, sans la projeter dans le processus migratoire. Ce qui se comprend aisément : le droit, qui a horreur du vide, est également mal à l'aise avec le fluide. Lui correspond un monde organisé en Etats dont la souveraineté est essentiellement à base territoriale.

En revanche, il s'avère à bien des égards mal adapté face à la multiplication des mouvements qui se jouent des frontières, lesquelles délimitent des compétences en principe exclusives.

Débordés par les flux de biens et les réseaux immatériels les Etats s'essayent à garder la main sur les mouvements de personnes. Et d'adopter, au niveau national, des mesures juridiques confortant sinon approfondissant la distinction – au détriment bien évidemment du second – entre le national et l'étranger. Cette vulnérabilité créée par le droit pourra être atténuée pour celui qui, par sa présence prolongée dans l'Etat prolongée, aura pu nouer un lien territorial (résidence) avec ce dernier, infléchissant l'absence du lien personnel de nationalité. C'est voir les risques auxquels le droit

titulaire de moins de droits (conséquence de son extranéité et de sa présence temporaire), il sera le plus souvent moins à même d'exercer ceux qu'il possédera (de les connaître, de les revendiquer), que ce soit par volonté (de crainte que cela ne le rende vulnérable à d'autres risques) ou incapacité (faute de disposer des moyens d'y accéder).

Dès lors, source de cette vulnérabilité, le droit a-t-il surmonté les réticences à l'endroit d'un phénomène ainsi mouvant en prévoyant des moyens à même, sinon de les faire disparaître, du moins de les résorber ? Au-delà, a-t-il consacré, ou du moins jeté les bases d'un statut du migrant en mouvement ?

L'observation de l'état du droit international, assurément le mieux à même de se confronter à un mouvement car non confiné dans le territoire d'un Etat, amène à donner une réponse nuancée. Certes, l'on constate une certaine évolution dans l'appréhension de l'ensemble du parcours. Précisément, est affirmée avec une insistance accrue la nécessité de garantir le respect des droits du migrant, fondée essentiellement sur leur vulnérabilité, au niveau tant des Etats d'origine et de destination, que de l'Etat de transit¹⁵. Le droit s'ouvre désormais à la prise en compte de la vulnérabilité (tout) au long du parcours (I).

Mais il s'agit alors essentiellement d'appliquer aux migrants en mobilité les mêmes droits qu'à tout migrant, de sorte qu'il est difficile d'identifier des dispositions spécifiques fondées sur la vulnérabilité propre au migrant en mobilité. En d'autres termes, si le droit international consacre la vulnérabilité du migrant en dépit de son mouvement, il n'y a pas de régime adapté en raison de son mouvement. Ceci posé, il commence cependant à dévoiler les étapes et états successifs du parcours migratoire et met l'accent sur des abcès de fixation où la vulnérabilité des migrants est particulièrement manifeste. Ce, d'autant plus pour certaines catégories, dont les femmes et les enfants (II).

I. UNE VULNÉRABILITÉ DES MIGRANTS PRISE EN COMPTE POUR L'ENSEMBLE DU PARCOURS

I/ 1. La question des migrants est demeurée dans un premier temps à l'écart de l'agenda des Nations Unies. Hormis la question spécifique des réfugiés puis celle des travailleurs migrants, il faut attendre les années 1980 et, surtout, 1990, pour voir l'Organisation mondiale se saisir de la question dans sa globalité. Une double considération préside alors à cette évolution.

Elle s'appuie en premier lieu sur le lien, mis en évidence dans le cadre de la Conférence mondiale sur le développement et la population du Caire (1994), entre migration et développement, la première étant un facteur du second. En résulte depuis lors l'adoption rituelle, soit à chaque session ordinaire (annuelle) de l'Assemblée générale des Nations Unies (Assemblée générale des NU), de résolutions portant sur « Les migrations internationales et le développement »¹⁶. Puis, sous l'impulsion de la Commission des droits de l'homme, la question des migrations est projetée dans le contexte général du droit international des droits de l'homme. S'en suit l'adoption, également rituelle et annuelle, de résolutions sur la « Protection des migrants »¹⁷.

Ces dernières résolutions reprennent en substance les conclusions du rapport établi chaque année par le Représentant spécial (RS) sur les droits de l'homme des migrants, mis en place par la Commission des droits de l'homme en 1999¹⁸. Dès sa première production Mme Gabriella Rodriguez-Pizarro, premier titulaire de ce poste, insiste sur l'importance de la question de la vulnérabilité dans ce contexte¹⁹. Elle souligne en outre que cette fragilité s'appuie essentiellement sur les difficultés dans l'accès et la mise en œuvre des droits – et l'on retrouve l'idée de non-sujet de droit évoquée plus haut – bien plutôt que sur l'étendue des droits. Sur ce dernier point, l'optique est inverse, puisqu'il s'agit de rappeler qu'ils doivent bénéficier des droits que possède tout Homme ; en d'autres termes, c'est l'effectivité des droits universellement reconnus qui est recherchée.

Cette approche globale de la situation des migrants n'exclut pas l'identification de différences au sein de la catégorie. Pour autant, il demeure essentiel de poser, au préalable, que les migrants partagent une vulnérabilité justifiant qu'ils

soient considérés en tant que groupe particulier. Sur ce point, le Rapport de la Représentante spéciale se situe à un moment charnière.

I/ 2. A bien des égards, la Convention sur les droits des travailleurs migrants et des membres de leur famille est novatrice. Elle l'est notamment par l'universalité des droits qu'elle consacre.

En effet, tout en identifiant des droits supplémentaires à ceux qui sont pourvus de documents ou se trouvent en situation régulière, elle constitue la première consécration conventionnelle de droits communs à toute personne n'ayant pas la nationalité de l'État dans lequel elle se situe²⁰. En d'autres termes, elle exprime le fait que l'irrégularité de la situation ne saurait justifier une exclusion du bénéfice des droits universels, i.e. que tout Homme possède précisément en tant qu'il est Homme. La « Déclaration sur les droits des personnes qui ne possèdent pas la nationalité du pays dans lequel elles vivent », annexée à la résolution 44/144 du 13 décembre 1985 de l'Assemblée générale des NU, en propose une première réaffirmation solennelle. Elle est reprise par le chapelet de résolutions adoptées par l'Assemblée générale à compter des années 1990, dans lesquelles il est rappelé que les États se doivent de respecter les droits de l'homme de tous les migrants, « quelle que soit leur situation légale ».

Cette dernière expression est en réalité plus large que la seule question de la régularité : l'indifférence quant à la « situation légale » sous-entend ici que sont concernés les résidents comme les non-résidents. Ce que la Déclaration de 1985 pouvait, il est vrai, suggérer : l'ambiguïté de la référence, dans son intitulé, au pays dans lequel « vit » le migrant était de fait dissipée par la mention dans la suite, beaucoup plus compréhensive, au pays où l'étranger se « situe ». Il reste que l'Assemblée générale des NU se montre désormais plus univoque, en faisant expressément référence aux trois catégories d'États traversés par le migrant au cours de son parcours : État d'origine, État de transit, État de destination.

La 69^{ème} session ordinaire de l'Assemblée générale des NU (2014) tient à cet égard lieu de rupture. En premier lieu, l'Assemblée générale rappelle pour la première fois expressément, dans la résolution portant sur la « protection des migrants », les « obligations que le droit international des droits de l'homme met à la charge des pays d'origine, de

transit et de destination »²¹. De même, elle insiste pour la première fois, dans celle relative à la « Migration internationale et développement », sur l'importance de défendre ces droits « en tenant compte du rôle et des responsabilités des pays d'origine, de transit et de destination dans la promotion et la défense des droits de l'homme de tous les migrants »²². Par-delà les mots, l'on a ainsi une illustration patente de ce que la protection minimale due à tout migrant, conséquence d'une vulnérabilité commune, doit l'être tout au long de son parcours migratoire : la situation en mouvement ne saurait justifier l'exclusion d'un ensemble de droits reconnus à tous.

Se trouve ainsi prolongée l'affirmation de l'universalité des droits des migrants : tandis qu'il s'était agi dans un premier temps de rappeler qu'ils doivent bénéficier y compris au migrant en situation irrégulière, nécessité est ensuite apparue de réaffirmer qu'il en va de même pour le migrant en transit. Il s'agit ainsi d'enregistrer les mutations dans des parcours migratoires de nos jours beaucoup moins linéaires et plus longs qu'ils ne l'étaient jusqu'alors. Les problèmes qui en résultent sont d'autant plus délicats à résoudre que l'allongement de ses durées et la complication de ses itinéraires s'imposent aux migrants ne pouvant se prévaloir de voies légales. Sans précisément recouvrir la catégorie des migrants dépourvus de documents ou en situation irrégulière, celle des migrants en transit la recouvre assez largement, ainsi du reste que le soulignent les différents instruments y étant consacrés.

Il est dans ce contexte significatif que les migrants en transit aient fait l'objet d'une résolution spécifique du Conseil des droits de l'homme (DH)²³ puis, sur invitation de ce dernier, d'un rapport du Haut-Commissariat des Nations unies aux droits de l'homme (HCDH)²⁴. Ces deux documents se retrouvent sur plusieurs points. Déjà, l'un comme l'autre insistent sur les difficultés dans l'accès aux droits auxquels font fréquemment face les migrants en transit, conséquences de dispositifs juridiques les excluant, d'obstacles d'ordre administratif ou de volontés politiques. En d'autres termes, il s'agit essentiellement d'énoncer de nouveau, qu'en dépit du caractère « temporaire » de la situation d'un étranger sur le territoire d'un Etat, le migrant en transit peut se prévaloir d'un minimum de droits universels et doit pouvoir en revendiquer effectivement le respect.

En revanche, n'apparaît pas l'affirmation de droits spécifiques à cette catégorie prise en tant que telle. L'on peine alors à déceler l'émergence d'un groupe disposant d'un statut juridique propre et clairement identifié. D'autant – et là est un second point qui ressort tant de la résolution du Conseil des DH que du Rapport du HCDH – qu'apparaissent nettement au sein de cet ensemble des migrants compromettent l'unité : les femmes et les enfants. Lesquelles se trouvent particulièrement exposées à certains niveaux de leur parcours.

I/3. Les résolutions 69/167 (« Protection des migrants ») et 69/229 (« Migrations internationales et développement ») sont ici également novatrices par l'évocation de la vulnérabilité particulière des migrants au niveau du franchissement des « frontières internationales »²⁵. Elles s'inscrivent ce faisant dans une réflexion initiée par le HCDH, avec l'adoption des « Principes et directives sur les droits de l'homme aux frontières internationales » (juillet 2014)²⁶, avant d'être relayée par le Secrétaire général dans un rapport rédigé en août 2014 dans lequel il s'attache à son tour aux « droits de l'homme aux frontières internationales »²⁷. Il s'appuie alors expressément sur des « Principes et directives » dont prend également note « avec satisfaction » l'Assemblée générale dans la Résolution 69/167²⁸.

Cette double référence n'a certes pas d'incidence sur la valeur des « Principes et directives », instrument juridiquement non contraignant. Tel n'est du reste pas l'objectif qu'ils poursuivent, étant bien plutôt pensés comme visant à « aider [les Etats] à remplir leurs obligations de gouvernance des frontières conformément à la législation internationale des droits de l'homme et aux autres normes pertinentes »²⁹. Ils s'inscrivent ainsi à droit constant : il ne s'agit aucunement d'ajouter à la liste des droits déjà existants.

Là n'est toutefois pas l'essentiel. Il est, déjà, salubre de compiler l'ensemble des règles applicables en la matière. Il est, surtout, important de les réunir autour de quelques principes essentiels, puis de les décliner dans un ensemble de directives. Et tous sont sous-tendus par l'idée que « les frontières internationales ne sont pas des zones d'exclusion ou d'exception pour les obligations relatives aux droits de l'homme »³⁰.

Ceci posé, le document innove par la définition particulièrement large qu'il retient de ces « frontières internationales », puisqu'elles regroupent tant les « frontières politiquement définies séparant un territoire ou une zone maritime entre différentes entités politiques » que les « zones où ces entités politiques exercent des fonctions de gouvernance frontalière sur leur territoire ou au niveau extraterritorial (comme les postes de contrôle terrestres; les postes frontières dans les gares, les ports et les aéroports; les zones d'immigration et de transit; la haute mer; les 'no man's lands' entre les postes frontières; ainsi que les ambassades et consulats) »³¹. Il est évident que ces dernières zones sont spécialement visées par les « Principes et directives ». Pour cause, et comme le relèvera le Secrétaire général dans son rapport d'août 2014, de nombreux États ne s'estiment toujours pas liés, dans ces espaces ainsi placés hors du droit, par leurs obligations en matière de droits de l'homme³². C'est oublier que « les zones d'exclusion où l'état de droit et les obligations internationales en matière de droits de l'homme aux frontières internationales ne sont pas respectés n'ont aucune justification en droit. Les États sont tenus par le droit international des droits de l'homme d'appliquer ce cadre à tous les êtres humains se trouvant dans toutes les zones placées sous leur autorité ou contrôle effectif, y compris les migrants »³³.

Les « Principes et directives » vont plus loin : outre qu'ils doivent être respectés, promus et mis en œuvre par les États dans ces espaces³⁴, les droits de l'homme doivent surtout prévaloir dans la gouvernance migratoire. Ce Principe de primauté se trouve en outre prolongé par ceux de non-discrimination puis de protection et d'assistance. Le second implique de moduler une application sans nuance du premier, notamment en invitant les États à « accorder une attention appropriée aux migrants susceptibles de courir un risque particulier aux frontières internationales, qui auront droit à une protection spécifique et une assistance personnalisée intégrant leurs droits et besoins »³⁵. C'est, en d'autres termes, évoquer la vulnérabilité de certaines catégories de migrants, aux premiers rangs desquels l'on trouve les femmes et les enfants.

II. LA VULNÉRABILITÉ PROPRE À CERTAINES CATÉGORIES PRISE EN COMPTE SUR L'ENSEMBLE DU PARCOURS : LA SITUATION DES FEMMES ET ENFANTS

II/1. Les migrants sont appréhendés de façon globale et ciblés en tant que groupe particulièrement vulnérable. En son sein, des sous-ensembles ont cependant été caractérisés en se fondant sur les fragilités propres à certains. Ainsi des travailleurs migrants, premiers à retenir l'attention de l'Assemblée générale des NU³⁶. Ils ont d'ailleurs nourri une réflexion particulièrement féconde dans le développement de l'appréhension du phénomène migratoire dans sa globalité, en lien avec la prise en considération de vulnérabilités particulières.

Répondant expressément à la « la situation de vulnérabilité dans laquelle se trouvent fréquemment les travailleurs migrants et les membres de leur famille du fait, entre autres, de leur éloignement de l'Etat d'origine et d'éventuelles difficultés tenant à leur présence dans l'Etat d'emploi », la Convention sur les droits des travailleurs migrants et les membres de leur famille s'applique, aux termes de son article premier, « à tout le processus de migration des travailleurs migrants et des membres de leur famille, qui comprend les préparatifs de la migration, le départ, le transit et toute la durée du séjour ». La prise en compte de l'ensemble du processus migratoire et la référence à un Etat de transit est ici une première dans le droit international conventionnel. La Convention innove également en tant qu'elle est la première à consacrer expressément les droits des migrants irréguliers³⁷.

Leur intégration dans l'ensemble de la catégorie des travailleurs migrants n'empêche pas une identification en son sein d'autres sous-groupes. Les risques accrus auxquels sont confrontées les femmes est pointée dès les premières résolutions de l'Assemblée générale des NU relatives aux migrants et l'est inlassablement par la suite. Elle justifie surtout le vote, depuis 1992, de résolutions portant spécifiquement sur la « violence à l'égard des travailleuses migrantes »³⁸. Elles illustrent alors les deux idées inscrites au cœur de nos développements : la double vulnérabilité, en raison de leur sexe et de leur qualité d'étrangère, fonde l'adoption de ce texte – s'attachant ici spécialement à l'atteinte à leur intégrité physique ; l'ensemble du parcours migratoire est considéré, de manière de plus en plus manifeste³⁹.

Particulièrement exposées aux violences dans le cadre de leurs relations de travail, les femmes le sont également selon le Secrétaire général des NU lors du franchissement des frontières internationales⁴⁰. Elles partagent cette vulnérabilité avec les enfants. Dans ses résolutions 69/167 et 69/229 l'Assemblée générale des NU exprime à cet égard son inquiétude face au « nombre important et croissant de migrants, en particulier de femmes et d'enfants, notamment ceux qui ne sont pas accompagnés ou sont séparés de leurs parents, qui se mettent en situation de vulnérabilité en tentant de franchir les frontières internationales ». Cette vulnérabilité est encore soulignée par une autre résolution de l'Assemblée générale des Nations Unies, sur les « Enfants et adolescents migrants »⁴¹.

II/ 2. Les enfants sont immanquablement mentionnés au titre des catégories particulièrement vulnérables, qu'il s'agisse d'instruments généraux ou d'autres portant précisément sur les migrants. La Convention internationale des droits de l'enfant du 20 novembre 1989 découle de cette nécessité d'assurer une « protection spéciale » aux enfants. Cette protection doit être exercée par les Etats « à tout enfant relevant de leur juridiction, sans distinction aucune, indépendamment de toute considération de race, de couleur, de sexe, de langue, de religion, d'opinion politique ou autre de l'enfant » (art. 1er). Le principe de non-discrimination occupe une place centrale, y compris dans l'étendue des droits concernés. De fait, au-delà de la nationalité, la situation légale (régularité ou irrégularité de la situation), la résidence ou le simple passage sur le territoire de l'Etat n'ont ici aucune influence⁴².

On en trouve une claire confirmation dans l'Observation générale n°6 (2005) – dont l'élaboration avait été commandée par la « vulnérabilité particulière » des enfants non accompagnés ou séparés se situant en dehors de leur pays d'origine : « les obligations qui incombent à un État en vertu de la Convention s'appliquent à l'intérieur de ses frontières, y compris à l'égard des enfants qui passent sous sa juridiction en tentant de pénétrer sur son territoire. La jouissance des droits énoncés dans la Convention n'est donc pas limitée aux enfants de l'État partie et doit dès lors impérativement, sauf indication contraire expresse de la Convention, être accessible à tous les enfants – y compris les enfants demandeurs d'asile, réfugiés ou migrants –, sans considération de leur nationalité, de leur statut au regard de l'immigration ou de leur apatridie »⁴³.

L'idée d'une protection assurée aux enfants tout au long de leur parcours migratoire a été réaffirmée dans des travaux plus récents. Tout d'abord dans le Rapport annuel rédigé en 2009 par le Rapporteur spécial sur les droits de l'homme des migrants, précisément consacré à la protection des enfants dans le contexte de la migration⁴⁴. Jorge BUSTAMANTE insiste dans ce contexte sur la nécessité de considérer l'ensemble du processus migratoire, tout en proposant de distinguer différentes situations. Les « enfants abandonnés » (« children left behind »), en premier lieu, demeurent dans leur Etat d'origine ou de résidence, que leurs parents ou responsables ont pour leur part quitté. Ils peuvent dès lors être confrontés à un ensemble de problèmes qu'il revient à l'État sur le territoire duquel ils se situent de pleinement prendre en considération⁴⁵. Les « enfants en mobilité » (« children on the move »)⁴⁶, pour ce qui les concerne, prennent une part « active » dans le processus de migration. Les configurations sont alors diverses, puisqu'ils pourront avoir migré en famille ou seuls (mineurs non accompagnés et séparés), volontairement ou à la suite de contraintes (traite, exploitation, etc.). Tous doivent cependant bénéficier, quoique selon des modalités distinctes, des garanties dans les deux domaines sur lesquels s'arrête particulièrement le rapporteur spécial : mesures d'éloignement et privation de liberté⁴⁷. Jorge BUSTAMANTE évoque, enfin, le cas des enfants dans les Etats d'accueil. Il identifie ici une double source de préoccupation : la première concerne le sort des enfants victimes du crime transnational organisé ; la seconde, celui réservé aux enfants qui possèdent un passé (« background ») migratoire, qu'ils aient du reste eux-mêmes participé ou non à un processus migratoire⁴⁸.

Ce Rapport de 2009 a initié une séquence au niveau de l'Organisation universelle qui ne s'est refermée depuis lors⁴⁹. Invité en ce sens par le Conseil des DH, le HCDH a ainsi diligenté dans la foulée une étude sur l'application des dispositions relatives aux droits des enfants dans le contexte de la migration (2010). Le Comité des droits de l'enfant s'est par la suite saisi de cette initiative pour entamer une discussion (2012) sur la question, avant que ne soit déposée puis adoptée par l'Assemblée générale des Nations Unies une résolution relative aux « Enfants et adolescents migrants »⁵⁰. La première sur la matière.

L'identité des porteurs de ce texte et le contexte renseignent clairement sur les ambitions qu'il poursuit⁵¹ : il émane d'États d'Amérique latine, lesquels font face à une multiplication des départs à destination du Nord du continent, touchant dynamique est alors clairement reflétée par la résolution. En particulier, l'Assemblée générale des NU exprime sa préoccupation quant au « fait que pendant le trajet, les enfants migrants, y compris les adolescents, en particulier ceux qui sont en situation irrégulière, risquent de faire l'objet, dans le pays d'origine, de transit et de destination, de violations graves des droits de l'homme pouvant menacer leur bien-être physique, émotionnel et psychologique »⁵². D'où, l'application des principales dispositions indifféremment à l'État d'origine, de destination comme de transit⁵³. D'où, ensuite, le rappel des « rôles » et « responsabilités » spécifiques de chacun de ces États⁵⁴. D'où, enfin, l'accent mis sur la situation de vulnérabilité dans laquelle enfants et adolescents migrants se situent « lorsqu'ils tentent de franchir les frontières internationales sans être munis des documents de voyage requis »⁵⁵.

Le lien entre les problématiques des droits des enfants (et adolescents) migrants, d'une part, des migrants aux frontières internationales, d'autre part, s'établit nettement si l'on considère qu'elles sont toutes deux traitées dans le Rapport déjà cité du Secrétaire général des NU. Celui-ci porte ainsi témoignage des évolutions dans les migrations internationales, qu'il s'agisse des personnes qui y sont impliquées ou de la nature du parcours. Pour les unes ou les autres, se pose la question de la vulnérabilité.

NOTES

1. La notion de vulnérabilité de la personne physique en droit privé, thèse dactylographiée, Limoges, oct. 2004, p. 4.
2. La notion de vulnérabilité et sa consécration par le droit (2000), in F. COHET-CORDAY, *Vulnérabilité et droit. Le développement de la vulnérabilité et ses enjeux en droit*, Grenoble, PUG, pp. 13-32.
3. *Ibid.*, p. 16.
4. *Idem.*
5. *Idem.*
6. Cour de Cassation (2009) *Les personnes vulnérables dans la jurisprudence de la Cour de cassation*, Rapport annuel 2009, Paris La Documentation française, 584 pages.
7. *Ibid.*, p. 59.
8. *Idem.*
9. Ici, le vulnérable rejoint la personne en situation d'extrême pauvreté (F. AUMOND (2016) *La précarité saisie par le droit international. Le mot et la chose*, in C. LAGEOT et N. MARTIN-PAPINEAU, *Approches franco-britanniques de la précarité : principe(s) – droit(s) – pratique(s)*, Actes du Colloque de Poitiers des 4 et 5 décembre 2014, Paris, LGDJ, Coll. de la Faculté de droit et des sciences sociales de Poitiers, pp. 39-59).
10. E. PAILLET et P. RICHARD (2014) *Effectivité des droits et vulnérabilité de la personne*, Bruxelles Bruylant, 2014 ; V. DONAT et B. LEPEROU-SCHENEIDER (2016), *L'accès à la justice de la personne vulnérable en droit interne*, Paris, Éditions L'épilogue - Lextenso.
11. Parmi de très nombreux articles et monographies, voy. : L. BURGORGUE-LARSEN (2014), *La vulnérabilité saisie par les juges en Europe*, Cahiers Européens, Paris, Pedone.
12. R. ESTUPINAN-SILVA (2014) *La vulnérabilité dans la jurisprudence de la Cour interaméricaine des droits de l'homme*, in L. BURGORGUE-LARSEN, *op. cit.*, pp. 31-57.
13. Le droit des étrangers a ainsi été le lieu d'un infléchissement par le juge administratif d'une pusillanimité dans l'utilisation de l'expression le démarquant, jusqu'à peu, de son homologue de l'ordre judiciaire. Une tentative ambitieuse avait tout d'abord été le fait du juge des référés du tribunal administratif de Lille. Saisi de la situation dans ladite « jungle » de Calais, il avait en effet innové en faisant référence à une « obligation de moyen renforcée » des autorités publiques en matière d'hébergement des personnes confrontées à des situations « d'extrême vulnérabilité » (TA Lille, ord. 2 nov. 2015, n°1508747). Elle ne sera pas reprise par le Conseil d'État, saisi en appel de l'ordonnance (ord. 23 novembre 2015 : JCP A, 2016, n°17, p. 17, note P. LE BOT ; RDSS, 2016, n°1, pp. 90-106, note D. ROMAN et S. SLAMA). En revanche, « la situation de précarité et de vulnérabilité extrêmes » dans laquelle se trouvaient des mineurs isolés étrangers est au nombre des éléments ayant motivé la reconnaissance d'une « carence caractérisée » de la part des autorités départementales, de sorte à admettre quatre recours présentés au nom de ces mineurs (CE, ord. 27 juill. 2016, n°400055, 400056, 400057, 400058 : AJDA, 2016, p. 1543).
14. Outre les références déjà citées, voy. : P. MBONGO (2015) *Migrants vulnérables et droits fondamentaux*, Paris, Berger-Levrault.
15. Le parcours migratoire était dans une certaine mesure déjà pris en considération sous l'angle de la lutte contre la traite et le trafic (Convention des Nations unies contre la criminalité transnationale organisée adoptée à Palerme le 15 nov. 2000 et ses deux protocoles additionnels, l'un contre le trafic illicite de migrants par terre, air, mer, l'autre visant à prévenir, réprimer et punir la traite des personnes, en particulier des femmes et des enfants). L'approche est cependant dans ce contexte essentiellement pénale, bien plutôt que tournée vers la protection des droits des migrants.
16. La première l'a été lors de la 49^{ème} session : A/RES/49/127, 7 fév. 1995.
17. Pour la première : A/RES/54/166, 17 déc. 1999.

18. La création de cette fonction est concomitante de l'inscription de la question à l'agenda de la Commission des droits de l'homme (Rés. 1999/44, 27 avril 1999). En charge de veiller au respect, par les Etats, de leurs obligations dans le domaine des droits de l'homme, cette dernière a été créée et est alors rattachée au Conseil économique et social des Nations. Elle sera remplacée en 2005 par le Conseil des droits de l'homme, organe ici subsidiaire de l'Assemblée générale.

19. Doc. NU E/CN.4/2000/82, janv. 2000, sp. §§70-74.

20. La reconnaissance conventionnelle des droits des migrants dépourvus de documents ou en situation irrégulière est l'une des causes du faible nombre de ratifications de la Convention de 1990 ainsi que du fait qu'il s'agisse pour l'essentiel d'Etats d'origine.

21. A/RES/69/167, 18 déc. 2014 (italiques ajoutés).

22. A/RES/69/229, 19 déc. 2014 (italiques ajoutés). Le souhait de considérer l'ensemble du mouvement se traduit également par l'appel à ce que soient renforcées les connaissances sur les « circuits migratoires », notamment inter et intra régionaux.

23. Résolution 29/2, « Protection des droits de l'homme : migrants en transit », Doc. NU A/HRC/29/L.3, juin 2015.

24. « Situation des migrants en transit », Doc. NU A/HRC/31/35, janv. 2016.

25. Voy. resp. : préambule, al. 25 ; al. 8. Sur l'ensemble de la question, voy. : F. AUMOND, « De l'enclave à l'entrave. Les droits des migrants aux frontières internationales », *Revue de la Recherche Juridique*, 2015-4, pp. 1807-1829.

26. Ci-après : « Principes et directives ».

27. « Promotion et protection des droits de l'homme, y compris les moyens de promouvoir les droits de l'homme des migrants. Rapport du Secrétaire général », Doc. NU A/69/277, août 2014. Ci-après Rapport SGNU, 2014.

28. Op. cit., préambule.

29. Ibid., p. 3.

30. Ibid., p. 1 (italiques ajoutés).

31. Ibid., p. 4. Le Secrétaire général des Nations unies fait siennes cette définition (Rapport SGNU, 2014, op. cit., note 34 sous §56).

32. Ibid., §57.

33. Ibid., §57.

34. « Principes et directives », op. cit., p. 7.

35. Ibid., p. 9.

36. La première résolution sur les travailleurs migrants remonte à 1974 (A/RES/3224, 6 nov. 1974).

37. Les travailleurs migrants en situation irrégulière ont fait l'objet de la seconde observation générale adoptée par le Comité pour la protection des droits de tous les travailleurs migrants et des membres de leur famille (Observation générale n°2 (2013) sur les droits des travailleurs migrants en situation irrégulière et des membres de leur famille). Le Rapport annuel de 2014 du Représentant spécial des droits de l'homme des migrants consacré à l'« Exploitation des migrants au travail » s'en fait l'écho, dans lequel il souligne la vulnérabilité particulière que rencontrent certaines catégories de travailleurs migrants, à l'instar de ceux qui possèdent un statut de résidence précaire, dont les migrants temporaires, ou des migrants en situation irrégulière (Doc. NU A/HRC/26/35, resp. §49 et §§57-58). Il insiste également sur la situation des travailleuses migrantes et des enfants (Ibid., resp. §§53-54 et §§55-56).

38. Elles le sont selon un rythme désormais en principe bi-annuel (voy. : A/RES/68/137, 18 déc. 2013 ; A/RES/70/130, 17 déc. 2015). Ces résolutions ont d'ailleurs survécu à l'absorption de la disparition de celles concernant les travailleurs migrants en général.

39. Trois temps peuvent ici être distingués. Dans un premier, seuls sont considérés les pays d'accueil et d'origine, d'abord distingués (A/RES/47/96, 16 déc. 1992, préambule) puis appréhendés conjointement (Voy. p.e. A/RES/61/55, 12 déc. 1996). Par la suite, apparaissent les Etats de transit dont la situation est cependant alors nettement séparée (A/RES/53/138, 17 déc. 1999). Une atténuation de cette différence se lit cependant à compter de 2007 (A/RES/62/132, 18 déc. 2007) : l'Assemblée générale souligne la particulière

vulnérabilité des femmes (et leurs enfants) « à toutes les étapes du processus migratoire, dès le moment où est prise la décision de migrer puis pendant le transit, dans le cadre de l'emploi, que ce soit dans le secteur structuré ou non structuré, et à l'occasion de l'intégration dans la société hôte, ainsi que lors du retour dans le pays d'origine ».

40. « Rapport du Secrétaire général, 2014 », op. cit., §62.

41. A/RES/69/187, 18 déc. 2014.

42. Ce, du reste, qu'il s'agisse de l'enfant ou de ses parents ou représentants légaux (art. 2). Sur la question, voy. : F. AUMOND (2017) *L'enfant étranger*, in *L'enfant*, Paris, LGDJ, Presses juridiques universitaires de Poitiers, pp. 59-76.

43. Observation générale n°6, « Traitement des enfants non accompagnés et des enfants séparés en dehors de leur pays d'origine », sept. 2005, §12.

44. Doc. NU A/HRC/11/7, mai 2009.

45. Ibid., §§45-51.

46. Ibid., resp. §§45-51, §§66-80 et §§52-65.

47. Ibid., §§57-59 et §§60-65. Le Rapporteur précise fort opportunément qu'ils ne sauraient, dans la négative, être rigoureusement qualifiés de migrants. Il s'attache ainsi à rappeler les obligations de l'État d'accueil et de dénoncer la tendance à les assigner à cette précarité évoquée plus haut dans laquelle est précisément susceptible de leur enfermer la qualification de migrants.

48. Ibid., §§71-80.

49. En atteste le projet d'une observation générale conjointe du Comité des droits de l'enfant et du Comité des droits des travailleurs migrants et des membres de leur famille sur les droits de l'enfant dans le contexte des migrations.

50. A/RES/69/187, 18 déc. 2014. L'évocation ici de l'enfant et de l'adolescent n'est pas sans interroger (voy. F. AUMOND (2017) *L'adolescent migrant* : de l'identification d'un groupe social à la consécration d'une nouvelle catégorie juridique ?, *Revue droits fondamentaux*, 31 p.).

51. Le projet a été présenté en novembre 2014 par El Salvador, l'Equateur, le Guatemala, le Honduras et le Paraguay (Doc. NU A/C3/69/L.52). Il fait suite au Rapport du Secrétaire général d'août 2014, lui-même initié par la résolution 68/179 de l'Assemblée générale du 18 décembre 2013 déjà présentée par des Etats d'Amérique Latine

52. L'attachement de ces Etats s'est traduit par la saisine de la Cour Interaméricaine des droits de l'homme pour avis sur la question des droits des enfants migrants et/ou ayant besoin d'une protection internationale (Avis OC-21/14, 19 août 2014). Dans la structuration de sa réponse, la Cour considère successivement les différentes étapes du parcours.

53. Symptomatique est ici l'invitation à ce que, tous, fassent « de la facilitation du regroupement familial un objectif important afin de promouvoir l'intérêt supérieur de l'enfant » (§2).

54. Ibid., §9. L'on retrouve cette différenciation posée, sans plus de précision ici, pour la catégorie des migrants et davantage développée pour les travailleuses migrantes.

55. Ibid., préambule.

RÉFÉRENCES

ORGANISATION DES NATIONS UNIES, ASSEMBLEE GENERALE (2014), Résolution 69/167 : Protection des migrants

ORGANISATION DES NATIONS UNIES, ASSEMBLEE GENERALE (2014), Résolution 69/229 : Migration internationale et développement

ORGANISATION DES NATIONS UNIES, HAUT-COMMISSARIAT AUX DROITS DE L'HOMME (2014), Principes et directives sur les droits de l'homme aux frontières internationales

ORGANISATION DES NATIONS UNIES, RAPPORTEUR SPECIAL SUR LES DROITS DE L'HOMME DES MIGRANTS (2009), Report of the Special Rapporteur on the human rights of migrants, Jorge Bustamante

ORGANISATION DES NATIONS UNIES, SECRETAIRE GENERAL (2014), Promotion et protection des droits de l'homme, y compris les moyens de promouvoir les droits de l'homme des migrants. Rapport du Secrétaire général