

La magie du droit

Du réalisme juridique scandinave au droit migratoire contemporain

Patricia Mindus*

*Res iudicata facit de albo nigrum, originem creat, aequat quadrata
rotundis, naturalia sanguinis vincula et falsum in verum mutat*

Abstract

Le réalisme juridique, famille de courants de pensée juridique plutôt vaste dont je me suis intéressée principalement dans la version scandinave, est souvent associé à l'idée que le droit est semblable à la magie. Cette analogie est ici explorée pour souligner comment la pensée juridique concerne ce que nous appelons aujourd'hui, dans l'ontologie sociale, des faits institutionnels. Dans ces faits une fonction est attribuée à quelque chose qu'elle n'a pas en raison de ses propriétés empiriques. Imaginez que nous établissions une règle selon laquelle, dans certains contextes, quelque chose devrait compter comme un point dans un jeu de société. Ce n'est pas la nature de la chose qui fait de celle-ci un point, mais la règle constitutive. Cela rappelle le fonctionnement de la norme juridique. Cette approche peut être importante pour notre compréhension du droit en général, mais elle joue aussi un rôle plus en particulier pour bien concevoir des notions juridiques liées au phénomène migratoire. En particulier, cela affecte notre compréhension de ce qu'est la migration, la citoyenneté, la population, avec des conséquences d'une part pour le juriste, et d'autre part pour ceux qui étudient les migrations d'autres points de vue.

1. De la magie dans l'air

Le réalisme juridique, famille de courants de pensée juridique plutôt vaste dont je me suis intéressée principalement dans la version scandinave,¹ est souvent associé à l'idée que le droit est semblable à la magie. Ce n'est pas la seule analogie fameuse associée à ce courant d'idée. Une autre est par exemple celle que le droit serait comme une machine.² Mais ici c'est bien la magie qui m'intrigue.

* IEA Paris & Uppsala Universitet

¹ Je me suis particulièrement intéressée à l'œuvre de Axel Hägerström (1868-1939) qui est habituellement présenté comme le père du réalisme juridique scandinave, dont les représentants les plus connus sont Karl Olivecrona (1897-1980) et Vilhelm Lundstedt (1882-1955) et, d'une façon plus périphérique le Danois Alf Ross (1899-1979) qui avait également d'autres références théoriques comme le normativisme kelsénien et l'empirisme logique. Cette paternité consiste certes dans une proximité d'esprit qui caractérisent ceux qui participent à 'l'École juridique d'Uppsala' plus qu'une doctrine positive soutenue à l'unisson, même si Olivecrona, et surtout Lundstedt, étaient personnellement très proches d'Hägerström (d'où une influence directe de Hägerström sur ces juristes). Cfr. *A Real Mind*, Springer, 2009.

² Je me suis occupée de cette métaphore dans mes travaux précédents : cfr. 'Social Tools and Legal Gears: Hägerström on the Nature of Law' in S. Eliaeson et al. (eds.), *Axel Hägerström and Modern Social Thought*, Bardwell Press 2014, 257-282. Étymologiquement magie et machine appartiennent à la même famille. Si on veut croire les linguistes, la magie est de la famille du pouvoir. Son étymologie remonte à la racine proto-indo-européenne (PIE)2 *magh-, être capable, puissant, avoir un pouvoir. On y fait remonter le sanskrit *mahan* 'grand', le grec *mēkhanē* 'appareil',

Comme la magie, ou l'art d'influencer le fonctionnement des choses grâce à des pouvoirs 'surnaturelles' ou inexplicables, le droit peut également, dans certaines conditions, 'influencer' le fonctionnement des choses. Je n'entends pas par-là me référer à l'idée banale que le droit puisse effectivement dicter les conditions au réel, songe de toute politique démesurée (pensez au dictateur libre de l'état de bananes qui impose le suédois comme langue officielle de son balcon du palais présidentielle à peine occupé) ; ni à l'idée nihiliste du droit comme volonté de puissance (pensez au régime totalitaire où sont niées les idées morales les fondamentaux et enracinées) ; ni encore à l'idée sophiste du droit comme maquillage de l'expérience, panacée à servir de l'heure de toute erreur politique que l'on croit passable sous le tapis (pensez au fameux 'I smoked, but didn't inhale' de Clinton) J'entends plutôt me référer à la capacité (légitime et incontournable) qu'a le droit d'établir, d'instituer, de créer, de former et de définir des concepts qui, hors du droit, nous prenons souvent pour de simples données de l'expérience. Pensez par exemple aux luttes sur ce qui compte comme 'famille'. Cette capacité jusgénérative dérive notamment du fait que celui du droit est un langage semi-formalisé : la notion juridique n'est point le calque des notions du langage courant. Comme la magie, du grec *magheia*, désignait initialement la caste des prêtres zoroastriens, gardiens d'un savoir mystérieux capables de dominer les forces de la nature, distincts de la plupart des gens qui ne le possèdent pas, le droit utilise un langage distinct maîtrisé par ses 'ministres' qui possèdent des connaissances ouvrant des portes inattendus et souvent difficilement explicables aux profanes.

De la centralité de la parole performative et du cérémoniale dans les deux contextes – magie et droit – nombreux sont ceux qui s'en sont rendu compte. On pourrait même dire que lorsque le père du réalisme juridique scandinave, Hägerström, commence à s'intéresser aux superstitions sociales³, il y avait de la magie dans l'air. Gurvitch écrit *La magie et le droit* dans ces mêmes années que Hägerström écrit *l'Obligationsbegriff* en deux volumes⁴. Et comment ne pas mentionner l'œuvre de George Dumézil de la même époque ? Le linguiste français était par ailleurs actif à Uppsala au début des années 30. Ou encore : comment ne pas rappeler Paul Huvelin, que Hägerström connaît, et qui s'efforce de démontrer que le droit individuel émerge à la faveur d'un détournement des rites religieux de leur but social régulier – détournement que Huvelin désigne comme de la magie ?⁵ Comme Carla Faralli l'a justement souligné,⁶ Hägerström connaissait bien les travaux d'auteurs tels que Fustel de Coulanges, Sumner Maine et l'école évolutionniste anglo-saxonne, dont il cite les travaux de Tylor sur l'animisme et *The Golden Bough* de James Frazer.

Plus en générale, on constate une attention ravivée pour la thématique dans cette période historique. Dès 1865, dans ses études sur la sorcellerie, Edward Burnett Tylor (1832-1917) avait souligné que la superposition du sujet et de l'objet en magie se produit en raison d'une association

'moyen' ou *mekhos*, *makhos* 'moyen', 'instrument' ; le slave *mošti*, le russe *moč*, 'pouvoir', 'être capable', le vieux anglais *mæg* 'je peux', donnant *may*, *might*, etc, ainsi que le gothique *mag* 'peut', 'est capable', le vieux haut allemand *magn* et le vieux norrois *magn*, 'puissance'.

³ Cfr. A. Hägerström, *Om sociala vidskepelse*, in *Tiden. Socialdemokratisk idé- och debattidskrift*, 1913, vol. 5, pp. 321–332, réédité dans *Socialfilosofiska uppsatser*, Bonniers, Stockholm 1939, pp. 93–120. L'article, intitulé *De la superstition sociale*, était basé sur une conférence tenue à l'association étudiante liberale *Verdandi* quelques semaines seulement après sa conférence inaugurale.

⁴ G. Gurvitch, *Essais de sociologie, les formes de la sociabilité, le problème de la conscience collective, la magie et le droit, la morale de Durkheim*, Librairie du Recueil Sirey, Paris 1938.

⁵ P. Huvelin, 'Magie et droit individuel', *L'Année sociologique*, 1907, 10, 1-47.

⁶ C. Faralli, *Diritto e magia. Saggio su Axel Hägerström*, Giuffrè, Milano 1982. Cfr. aussi F. Cordero, *Riti e sapienza del diritto*, Laterza, Bari 1981.

psychologique injustifiée, de laquelle se serait développée également la religion.⁷ En 1892, John H. King, dans *The Supernatural : Its Origin, Nature and Evolution* (1892), affirmait que la religion provenait de la magie puisque, dans notre réaction aux situations exceptionnelles ou incompréhensibles, nous faisons expérience de ‘pouvoirs impersonnels’ provoquant la peur et l'espoir bien avant que des pouvoirs personnels ne soient découverts. Robert Ranulph Marett (1866-1943), influencé par la théorie de l'animation de Wilhelm Wundt, soutiendra plus tard que l'idée de *mana*, sous-jacente à toute conception du sacré,⁸ était à l'origine de la pratique religieuse, et que les notions de force et de tabou étaient liées, et essentielles, aussi bien dans les phénomènes magiques que religieux. Aux études sur l'animisme, Marcel Mauss et Henri Hubert ajoutent la dimension sociale lorsqu'ils soutiennent, dans *Esquisse d'une théorie générale de la magie* de 1902, qu'il s'agit essentiellement un phénomène social, donc lié à la religion mais aussi à la science et à la technologie. Comme on le sait, la dimension sociale de la magie a ensuite été au centre des études de Bronislaw Kaspar Malinowski (1884-1942).

Hägerström entra lui aussi dans ce débat important et caractéristique de l'époque concernant les origines magiques de la religion. Les écoles de pensée qui ont étudié les croyances animistes avaient découvert des formes d'expériences émotionnelles et irrationnelles à l'origine des phénomènes magiques et religieux, tout comme Hägerström avait souligné l'élément émotionnel présent dans le jugement moral, forme d'association entre représentations et sentiments.

Dans la version scandinave du réalisme juridique le droit apparaît semblable comme une forme de magie pour trois motifs principaux : son origine (notamment dans le droit romain), son fonctionnement ou sa mécanique (l'effet suggestif ou son emprise sur les esprits) et son ontologie (sociale, avant l'heure). Premièrement, constate Hägerström, les notions centrales du droit – obligation, droit, etc. – ont une origine religieuse et animiste dans les sources romaines. L'histoire de l'utilisation de la main droite pour conclure le contrat, par où passe la *fides* romaine, la ‘force’ du contrat, en est un exemple⁹. Nombreuses sont les idées que le droit moderne hérite du droit romain ayant une origine ‘magique’, si l'on veut croire les travaux d'histoire du droit de Hägerström¹⁰ qui furent, de son vivant, ses œuvres majeures.¹¹ Donc l'origine du droit relève de la magie, mais son fonctionnement aussi. Hägerström s'efforce d'expliquer le sentiment d'obligation, et découvre qu'un *effet suggestif*, une forme d'association psychologique sédimentée par l'éducation et l'habitude – une forme de *conatus* socialement conditionnée – est nécessaire pour rendre compte de la mécanique du droit et du ‘mystère’ de l'obéissance.¹² Finalement, un troisième motif relève de l'ontologie du droit. C'est surtout sur cette dimension que je m'arrêterai ici. Hägerström est un moniste ontologique – il refuse l'idée qu'un autre monde au-delà du monde empirique soit possible. Mais il n'est pourtant pas empiriste ; il attaque à la fois l'idéalisme (ou ce

⁷ E.B. Tylor, *Researches into the Early History of Mankind and the Development of Civilisation* (1865), University of Chicago Press, Chicago 1964.

⁸ R. Marett, *Mana*, ad vocem, in J. Hastings, J. Selbie (eds.), *Encyclopedia of Religion and Ethics*, T.&T. Clark, Edinburgh 1915.

⁹ A. Hägerström, *Om handslagets ursprungliga innebörd* (Sur le sens originel de se serrer la main), in *Presens*, 1938, vol. 5, pp. 53–72.

¹⁰ A. Hägerström, *Der römische Obligationsbegriff im Lichte der allgemeinen römischen Rechtsanschauung*, vol. I, SKHVSU Almqvist & Wiksell, Uppsala-Leipzig 1927; et vol. II, *Über die Verbalobligation*, ed. K. Olivecrona, SKHVSU Almqvist & Wiksell, Uppsala 1941.

¹¹ Voir la reconstruction de la réception de ces œuvres dans Carla Faralli, *Diritto e Magia*, op. cit.

¹² Voir le chapitre 6 dans P. Mindus, *A Real Mind*, Springer 2009.

qu’il appelle le ‘transcendantalisme’) et les formes naïves d’empirisme où l’on a accès à l’objet de la connaissance à travers les données sensibles¹³.

Plutôt la ‘réalité’ (*realität*, non pas *verklighet* ou *Wirklichkeit*) forme le contexte ultime auquel tout est reconduit, caractérisée pas sa consistance ou son identité à soi (*Selbstidentität*). Notre accès à l’objet est médié, jamais immédiat, le sujet et l’objet étant tous deux placés dans un contexte plus vaste, le réel. C’est cette thèse sur la réalité qui donnera le nom ‘réaliste’ au mouvement scandinave¹⁴. Cette thèse, plutôt complexe, exposée dans son œuvre *Das Prinzip der Wissenschaft* en 1908 part du fait que toute tentative de démontrer quoi que ce soit implique que l’on assume la réalité ; et cela, à son tour, signifie qu’il serait incohérent de chercher de la nier.¹⁵ Hägerström n’est pas sceptique, mais il voit de nombreuses structures intermédiaires dans notre accès épistémologique au monde.

En l’occurrence, le droit est vu comme un mécanisme très complexe – une véritable pièce de haute horlogerie – constitué de croyances collectives, culturellement déterminées qui reposent en particulier sur la croyance commune dans la justification de la règle d’abord de caractère morale, et ensuite dans le sentiment intériorisé de la validité de la norme, qui donc s’allie à des attitudes, notamment des émotions. On fait généralement remonter cette vision réaliste du droit à la rébellion contre le formalisme et l’idéalisme qui a eu lieu au début du siècle dernier et qui prenait la forme du refus de la métaphysique, entendue comme une combinaison insensée de mots dont le statut épistémologique est nul. Hägerström est alors présenté comme ‘le fossoyeur de la métaphysique’. Et d’ailleurs sa devise – *Praeterea censeo metaphysicam esse delendam* – était bien une version retouchée de celle de Caton le vieux : « je considère encore qu’il faut détruire la métaphysique », tout comme le sénateur romain voulait démolir Carthage. Pour Hägerström, il n’y a aucune sphère supérieure, outre-monde des valeurs au-delà du monde de l’expérience. Pour le moniste ontologique, des phénomènes comme le droit sont compliqués à expliquer – d’où le vocabulaire oscillant et incertain de Hägerström. Pour lui, les termes du droit manquent de référent (par exemple, les droits subjectifs) ou bien font référence à des états psychologiques comme les attitudes émotives.

Ainsi les réalistes scandinaves comprennent au début du XXe siècle que la pensée juridique concerne des faits d’une toute autre nature que les faits empiriques ordinaires. Ils ont compris que la pensée juridique se réfère à des faits non-empiriques, des faits d’un autre type qui peuvent – cependant – être étudiés empiriquement, c’est-à-dire dans leur relation au contexte de la réalité spatio-temporellement située. Ce qu’il s’agit d’étudier, dès lors, n’est pas la ‘validité’ du droit, ses ‘droits’ et ses ‘devoirs’, mais plutôt la formation et le maintien des croyances collectives – ou ‘superstitions sociales’ pour parler avec Hägerström – à la base de ceux-ci. Comme dans l’origine magico-religieuse du droit, l’acte était appréhendé comme revêtu d’une signification surnaturelle

¹³ Dès lors Hägerström n’est pas, comme d’autres réalistes, associé au positivisme logique ; il aurait été d’accord avec la critique de Quine de celle-ci : il est impossible de réduire la connaissance aux données des sens. Sur ce thème, voir Jakob v. H. Holtermann, *Naturalizing Alf Ross’s Legal Realism. A Philosophical Reconstruction*, in *Revus – Le réalisme scandinave dans tous ses états* (eds.) Pierre Brunet, Eric Millard, Jérémy Mercier, 2014, 24, pp. 165–186.

¹⁴ S. Castignone, *Diritto, linguaggio, realtà. Saggi sul realismo giuridico*, Giappichelli, Torino 1995, p. 29; J. Bjarup, *Reason, Emotion and the Law, Reason, Emotion and the Law. Studies in the Philosophy of Axel Hägerström*, Press of the Faculty of Law, Aarhus 1982, p. 432. Jim Harris affirmait même que les réalistes scandinaves étaient plutôt des sceptiques (in ‘Olivecrona on Law and Language – The Search for Legal Culture’, in *Tidskrift for Rettsvitenskap*, 1981, 94, pp. 625–646).

¹⁵ A. Hägerström, *Das Prinzip der Wissenschaft. Eine logisch-erkenntnistheoretische Untersuchung*, SKHVSU Almqvist & Wiksell, Uppsala 1908. Une présentation de ces thèses en français, dans C. Faralli, *Droit comme fait*, dans in *Revus – Le réalisme scandinave dans tous ses états* (eds.) Pierre Brunet, Eric Millard, Jérémy Mercier, 2014, 24, pp. 45-56.

qui dépasse largement ce que la finalité pratique de l'acte ou du comportement en question était censée accomplir, de même façon le fait institutionnel du droit moderne représenterait des modèles de comportement – 'imaginaires' – exprimés par des 'termes vides' qui sont comme des panneaux de signalisation auxquels les individus apprennent à associer des idées concernant leur propre comportement et celui d'autrui.

Un siècle plus tard cette idée ne surprends plus personne. Selon une opinion majoritaire de philosophes contemporains le fondement de l'existence d'un fait institutionnel est bien la pratique d'une croyance concernant cet même fait institutionnel. Les croyances collectives d'une communauté expliquent ainsi les faits institutionnels.¹⁶

Le langage rhétorique d'Hägerström – il est vrai – fait d'analogies, de références à la magie, aux superstitions, etc. – est un tâtonnement dans l'obscurité afin de chercher d'annoncer en positif ce que plus tard prendra une terminologie plus établie en philosophie. En effet, Hägerström est parmi les premiers à comprendre que l'ontologie du droit est une ontologie sociale, mais pas pour autant outre-mondaine ou de nature axiologique, et que pour en rendre compte il faut une approche *meso*, faite ni de particuliers concrets, tels que les objets empiriques, ni d'idées abstraites de mémoire platonicienne, tels que les *abstracta* universelles des mathématiques.

Il n'est pas du reste le seul de souffrir de cette difficulté d'exposition. Il est à noter que le vocabulaire qu'on retrouve dans la littérature contemporaine, surtout dans la théorie analytique du droit, bien que moins poétique de celle d'Hägerström, n'est pas toujours plus précise : on y parle, sans trop se soucier des différences, du droit comme quelque chose d'intangible (Marmor), non-observable (Amselek¹⁷), immatériel (Burazin, Roversi), non-physique (Himma), abstrait (Ehrenberg), invisible et intellectuel (Tuzet), etc. On parle également de caractère 'intersubjectif' dans un sens plutôt vague aux accents phénoménologiques. Cette variété terminologique permet d'ailleurs des critiques envers la théorie artéfactuelle du droit à la Thomasson ou à la Burazin, comme celle qui soutient que la théorie artéfactuelle conçoit mal le droit car elle le conçoit comme étant 'immatériel'¹⁸ – conception dans laquelle on accentue le contenu du droit aux dépenses de ses vecteurs matériels (codes, etc.). Quoi qu'il en soit du rôle de la matérialité dans les investigations contemporaines sur la nature du droit, il reste que, pour le réalisme scandinave, il ne subsiste aucun doute ni sur la capacité du droit de discipliner les corps à travers les croyances, ni sur la possibilité que le droit soit 'incarné' dans des objets mondains¹⁹ sans pour autant qu'il lui est nécessaire d'abandonner l'ancrage ontologique du droit dans nos croyances et nos attitudes – le monde deux pour le dire avec Popper.²⁰ Beaucoup se joue donc, pour les réalistes, dans l'imagination des choses.

¹⁶ J. Searle, *The Construction of Social Reality*. The Free Press, New York 1995; A. Thomasson, *Artifacts and Human Concepts*, in E. Margolis and S. Laurence (eds.) *Creations of the Mind: Theories of Artifacts and Their representation*, OUP, Oxford 2007; R. Tuomela, *The Philosophy of Social Practices. A Collective Acceptance View*, CUP 2002. In relation aux croyances collectives dans le droit, J. Crowe, 'Law as an Artifact Kind', *Monash University Law Review*, 2014, 40, 3, pp. 737-57; L. Burazin, 'Legal Artefacts as abstract artifacts', in L. Burazin, K.E. Himma, C. Roversi, P. Bana's (eds.), *The Artifactual Nature of Law*, Elgar, Cheltenham 2022, pp. 1-16; Adam Dyrda, 'The ethical dimension of institutional beliefs' in L. Burazin, K.E. Himma, C. Roversi, P. Bana's (eds.), *The Artifactual Nature of Law*, Elgar, Cheltenham 2022, pp. 66-87.

¹⁷ P. Amselek, *Law in the Mind. In Controversies about Law's Ontology*, ed. Paul Amselek and Neil MacCormick, Edinburgh University Press, Edinburgh 1991, pp. 13-29.

¹⁸ M. Dudek, 'Law without Matter? The Immateriality Thesis: A Critical Commentary' in *Revue Internationale de Sémiotique du Droit*, 2023, August, pp. 1-29.

¹⁹ L'exemple par excellence est-ce peut-être le feu pour régler le trafic chez Olivecrona.

²⁰ K. Popper, *La connaissance objective*, Flammarion, Paris, 2000.

2. Faits institutionnels

Imaginez par exemple qu’il existe une règle selon laquelle, dans certains contextes, quelque chose compte comme un point, par exemple, dans un jeu de société. Ce n’est pas la configuration empirique de la chose (qu’elle soit petite, rose et en plastique) qui explique qu’elle joue le rôle du point dans le jeu de société. Souvent, dans les jeux de société, pour jouer avec des points nous n’avons pas besoin d’objet. Le point peut être entièrement imaginé. À rendre le point tel, aucun objet empirique n’est nécessaire. Ce qui rend le point tel est la règle constitutive du jeu²¹. Cette explication du fonctionnement d’un point dans un jeu de société rappelle le fonctionnement de nombreuses règles juridiques. Notamment les règles d’attribution de statut.

Ontologiquement parlant, un statut juridique est un ‘fait institutionnel’²² et non pas un fait empirique. Rappelons-nous, avec Searle, c’est un fait dans lequel une fonction est attribuée à quelque chose qui ne possède pas cette fonction en raison de ses propriétés empiriques²³. Ce rappel concernant l’ontologie des faits institutionnels joue un rôle dans notre compréhension des concepts juridiques en général et plus particulièrement dans notre compréhension des règles de constitution et d’attribution de statut.

Du point de vue de l’ontologie sociale, le droit apparaît comme étant essentiellement *status generating*: il crée, ou constitue, différentes formes de statuts ou conditions. Un statut est comme un point dans un jeu de société : quelque chose que vous pouvez gagner ou perdre ; quelque chose qui peut valoir la peine d’être possédé, même si ce n’est pas quelque chose (le « point » ou les « points ») qui, en soi, correspond à un objet empirique dans le monde. En effet, il ne peut être converti, remplacé ou substitué par un objet empirique. Un statut juridique est un concept pour lequel une explication empirique peut être fournie, même s’il n’est pas lui-même un concept empirique. Les philosophes disent que nous exerçons notre ‘pouvoir déontique’ en créant et en donnant forme à différents statuts. Il ne faut pas offusquer que ce pouvoir déontique²⁴ peut être utilisé de multiples façons et peut être examiné d’un point de vue évaluatif. Cette capacité de donner forme à différents statuts et de respecter ces choix est une capacité spécifiquement humaine²⁵. Le droit peut donc être comparé à une technique que nous utilisons pour obtenir un certain ordre dans le monde ; une technologie pour organiser le monde, plutôt que de simplement

²¹ J. Searle, ‘Constitutive rules’, *Argumenta* 4,1 (2018): 51-54.

²² J. Searle, *The Construction of Social Reality* (Free Press 1995); Seumas Miller, ‘Social Institutions’, *The Stanford Encyclopedia of Philosophy* (Summer edn, 2019) <https://plato.stanford.edu/archives/sum2019/entries/social-institutions/>

²³ Institutional facts arise when we collectively impose a status function on a phenomenon the empirical properties of which “is insufficient to guarantee the performance of the function”: J. Searle, *The Construction of Social Reality*, The Free Press, New York, 1995, p. 44.

²⁴ J. Searle, ‘Power: Deontic, Background, Political, and Other’, *Making the Social World: The Structure of Human Civilization* (2010; online edn, Oxford Academic, 27 May 2015), p. 148-50: “deontic powers (...) involve getting people to do things without using force (...). The power wielder gets people to see only certain options as available and gets them to want things they would not otherwise have wanted if they had been aware of other options. This is a special case of getting subjects to do something whether the subjects want to do it or not, by getting them to want to do something they would not otherwise have wanted to do”

²⁵ J. Searle, ‘Power: Deontic, Background, Political, and Other’, cit., p. 167: “a unique characteristic of human beings that they can create and act on desire-independent reasons for action. (...) [T]he entire system of status functions is a system of providing desire-independent reasons for action. The recognition by the agent, that is to say by the citizen of a political community, of a status function as valid gives the agent a desire-independent reason for action. Without such a recognition, there is no such thing as organized political or institutional reality”.

le décrire. Un moyen fondamental par lequel le droit ordonne et régule consiste justement à constituer et à réglementer différentes formes de statut²⁶.

Notons que, épistémologiquement parlant, un statut est une sorte de *vox media*. En soi, il n'est ni vrai ni faux. En tant qu'artefact de l'esprit humain, il n'est ni bon, ni mauvais. Cependant, il peut devenir bon ou mauvais : il peut fonctionner mieux (ou pire) selon la façon dont il remplit bien (ou mal) sa fonction au sein de l'écosystème dans lequel il se trouve par rapport à d'autres statuts et positions juridiques.

S'il est impossible de démontrer qu'un statut permet une corrélation fonctionnelle entre ce en quoi consiste le statut (droits, devoirs particuliers attribués à celles et ceux qui versent dans une condition juridique déterminée) et les critères d'obtention et de déchéance de cette même condition, le statut juridique devient un outil arbitraire pour attribuer des droits et/ou des devoirs à certains individus et en priver d'autres. Les conditions juridiques mal conçues, ne participent pas à fournir, pour le dire avec Searle, un système de génération de raisons pour agir indépendantes des désirs de chacun et chacune. Il nous est nécessaire de croire en certaines choses, même si elles sont 'imaginaires' – comme le point dans le jeu de société – pour que soient générés ces 'raisons d'action indépendantes de nos désirs' : pour que je reconnaisse et j'observe les règles du jeu. Les pratiques justificatives donnent ainsi corps à la motivation humaine de se conformer à une règle : elles sont essentielles pour créer l'effet suggestif du droit, pour parler avec Hägerström.

Ce que je viens de soutenir à l'égard des faits institutionnels et de la nature ontologique des statuts juridiques – et sur ce que cela implique concernant l'évaluation de ceux-ci – joue un rôle pour le débat actuel sur les migrations et leur discipline juridique. Dès l'instant où nous réalisons que les statuts juridiques sont des faits institutionnels, nous sommes mieux placés pour comprendre comment le droit constitue les statuts de choses qui, dans le langage ordinaire, sont conçues comme étant des faits empiriques, comme des 'données', auxquelles nous pensons avoir un accès épistémologique immédiat ou directe. Ainsi est-il important de distinguer la dimension indéniablement empirique, pourrait-on dire, de la simple présence sur le territoire (concept empirique) de ses cousins normatifs 'entrée', 'domicile', 'séjour', 'résidence', etc. Aucun de ces termes, employés dans le droit, ne se réfèrent à des faits empiriques, mais à des faits institutionnels déterminés par des règles constitutives particulières, instituées par le droit, qui auraient pu être différentes, puisque la création d'une règle constitutive relève d'une dimension conventionnelle et non pas d'une nécessité empirique. Ne pas apprécier la différence entre les deux dimensions revient à confondre fait et norme ; confondre le langage du droit avec son objet de régulation – un péché mortel pour un juriste.

Suivant cette lecture des statuts juridiques comme faits institutionnels, il se peut que nous discutons de migration d'une façon problématique, en assumant des préconditions qui s'avèrent injustifiées. En effet, contrairement aux géographes, aux démographes, aux biologistes et aux médecins, le juriste n'étudie pas la migration en tant que phénomène empirique – même si les flux humains et l'évolution d'une population peuvent être pertinents pour comprendre (l'évolution de) faits institutionnels. Peut-être, pour commencer, le droit des étrangers ne concerne-t-il pas tant le déplacement des corps dans l'espace, mais plutôt des opérations, dans l'espace abstrait du calcul juridique ? Pour y voir plus clair, je propose d'introduire une distinction entre mobilité et migration.

²⁶ Selon Searle, la 'déclaration' à double *direction of fit* est la forme principale par laquelle le droit constitue des statuts ou attribue des *status functions*. Une telle reconstruction est centrée sur le rôle important des règles constitutives dans le droit et l'importance du langage pour le processus de reconnaissance de la fonction attribué à quelque chose.

3. Distinguer migration et mobilité

Commençons par distinguer migration et mobilité. Cette distinction est nécessaire parce que le droit est la technologie que nous employons pour déterminer qui est considéré comme migrant et qui, par contre, est considéré comme citoyen, dans quelles conditions et pendant combien de temps cela est le cas, ainsi que ce qui est nécessaire pour que cela change. On ne peut rien dire de pareil à propos de la mobilité en général.

Par ‘mobilité’, j’entends le mouvement d’un corps dans l’espace. Un tel mouvement peut se produire à travers une frontière entre deux États ou une frontière inter-étatique. Cela peut également avoir lieu là où il n’y a pas de frontières ou dans une zone frontalière ou *Grenzland*. La mobilité est un phénomène empirique qui se produit dans le monde ; il est préférable de l’étudier en utilisant des méthodes empiriques. La mobilité peut également soulever des questions normatives intéressantes, mais qui ne coïncident pas nécessairement avec les questions normatives soulevées par la migration. La mobilité peut faire de nous des voyageurs, des navigateurs, des explorateurs, des nouveau-venus, des nomades et son absence peut nous rendre sédentaires etc. mais elle ne fera jamais de nous pas des exilés, des émigrants, des étrangers, et encore moins des réfugiés, des ressortissants de pays tiers ou des immigrés irréguliers ; pas plus que l’absence de mobilité peut rendre quelqu’un citoyen.

Le droit traite souvent de la mobilité ; le droit tente, et y réussit souvent, de la régler d’une façon ou d’une autre. Pensons au code de la route, aux servitudes de passages, aux règles du droit de la mer, celui de l’espace etc. La liberté de mouvement fait partie de ce grand ensemble de règles juridiques qui concernent la mobilité. Bien que la mobilité soit une caractéristique fondamentale des animaux, ce ne sont pas seulement les êtres vivants qui se déplacent. Récemment des juristes comme Thomas Gammeltoft-Hansen parlent justement de l’importance d’étudier l’ensemble des règles juridiques qui façonnent la mobilité : c’est ainsi qu’on vient de fonder un centre de *mobility law* à Copenhague (Mobile). Mais il est clair que mobiles sont aussi les virus, les gènes, les capitaux et les biens. Exprimé en termes quantitatifs, et référé qu’aux êtres humains, des dizaines de millions d’individus passent quotidiennement les frontières et on compte annuellement environ trois milliards de passages de frontières internationales. Mais les mobilités de quelque façon liées à ce qu’on appelle dans le langage courant des médias les migrations ne représentent qu’une portion exigüe de ce chiffre. Notamment, dans le discours médiatique, on ne considère pas comme migrants, les touristes, les déplacés internes, les corps décédés des ‘immigrés’ ‘rapatriés’ etc., et pourtant ils se déplacent ou sont déplacés. Ainsi, Adrian Favell par exemple soupçonne que « nous avons encore grande difficulté de développer une science sociale autonome qui n’est pas presque entièrement façonnée par le langage et la perception du monde des médias populaires et la politique quotidienne » et c’est ainsi que « la littérature critique sur les migrations reste encore centrée sur la figure du ‘migrant’ abject, souffrant, exclu et sous pression, alors que nous ne prêtons pas ou presque pas d’intérêt au 99% des autres mobilités internationales ou des mouvements de population qui constituent un monde de flux »²⁷.

²⁷ A. Favell, ‘The State of Migration Theory’, in C. Brettell, J.F. Hollifield, *Migration Theory: Talking Across Disciplines*, Routledge 2023⁴, p. 343 & p. 351: “we still find it o difficult to develop autonomous, social science that isn’t almost entirely shaped in its language and perception of the world by popular media and everyday politics” (...) « critical migration literature, still remains focused on the figure of the abject, suffering, excluded or pressurized ‘migrant’, while having little or no interest in the 99% of the other international mobilities and population movements that make up a world of flows ».

Par ‘migration’ – par manque d’un terme préférable – j’entends une modification de la situation juridique d’une personne vis-à-vis d’un ou plusieurs États, ou organisations supranationales²⁸. La migration concerne plus souvent les positions juridiques qui régissent le droit de l’individu de rester dans un pays, d’être protégé contre l’expulsion, l’obligation de quitter le territoire, la reconduite à la frontière, l’extradition, ou d’autres mesures d’éloignement, ainsi que demander le regroupement familial, pour ne citer que quelques-unes des nombreuses positions juridiques qui déterminent le statut ‘migratoire’ d’un individu. D’autres positions juridiques concernent sa vie professionnelle, sa vie sociale socio-économique en général, ou encore ses droits de caractère politique. Selon cette définition, le *statut civitatis* – ou citoyenneté – est conçu comme un cas particulier d’un ‘statut migratoire’. En effet, la citoyenneté est un statut qui positionne une personne vis-à-vis d’une ou plusieurs communautés politiques et peut contenir de nombreux droits et devoirs différents. Ce statut protège généralement également en matière de droit de séjour.

Bien qu’inhabituel et un peu alambiqué par rapport à la façon dont nous parlons ordinairement de ‘migration’, cette définition repose sur l’origine étymologique du terme. Il convient ici de rappeler que, étymologiquement, le mot *migration* ne signifie pas déplacement dans l’espace, mais changement de statut. Ce que l’on appelle dans le langage courant aujourd’hui ‘migration’ dans le sens de passage frontalier n’est pas, en latin, *migratio*, *migrare*. Se déplacer, voyager, vagabonder correspond à un verbe différent : *peregrinari*. Or, pourrait-on objecter, la racine étymologique qui donne *migratio* en latin donne aussi *ameibein* en grec, et donc le verbe grec pour ‘changer’. Mais il serait erroné d’en déduire que la migration fait référence à un quelque ‘changement’ en général. Il s’agit plutôt d’un changement de *statut juridique*, comme le droit de certains individus (les *Latini*) qui jouissaient du droit de devenir citoyens romains grâce à l’institut du *ius migrandi*. Le *ius migrandi* n’a jamais été un droit à la libre circulation, mais le droit pour certains de se naturaliser Romains²⁹. Ce n’est que dans la modernité que le verbe latin *migrare* a

²⁸ Ces dernières sont incluses pour ne pas exclure de la définition d’emblée la relation entre l’Union européenne et ses citoyens.

²⁹ Le *ius migrandi* est souvent présenté ainsi : “reconnu depuis des siècles comme droit naturel universelle et contemplée parmi les plus importants principes du droit international” comme on peut lire sur la quatrième de couverture du livre du même titre récemment publié par l’association des juristes italiens du droit des étrangers, ASGI (<https://series.francoangeli.it/index.php/oa/catalog/book/553>). La formule apparaît souvent dans le débat contemporain sur les droits des étrangers: Luigi Ferrajoli en a fait un cheval de bataille pour soutenir que le droit de laisser son propre pays, ex art. 13 de la Déclaration Universelle des droits de l’homme, n’est pas suivi par un droit d’entrer autre part, un fait qu’il stigmatise comme asymétrique et injustifié (Luigi Ferrajoli, ‘La Questione migranti: Italia Incivile, Europa Incivile’, *Critica Marxista*, 2018, p. 4.) Parallèlement, on rappelle que le *ius migrandi* est un institut du droit romain et que l’argumentation à faveur de ce ‘droit’ est de Francisco de Vitoria, qui en 1539, cherche à légitimer la Conquête espagnole des Amériques. À vrai dire ce terme est bien plus récent : le terme est inventé par le grand historien du droit romain Pietro Bonfante en 1900. Encore en 1896, dans ses *Istituzioni di diritto romano*, le terme n’apparaît pas: dans son traitement de la citoyenneté des Latins, Bonfante mentionne *ius commercii, connubium, ius suffragii et honorum*, mais pas de *ius migrandi*. Selon Franco Vallocchia, il « traduisit ainsi (en latin) la formule qu’auparavant Theodor Mommsen avait créé (en allemand) pour décrire la migration des Latins vers Rome: ‘Recht des Uebersiedelnden’, à la lettre le droit de déménager. En effet, Theodor Mommensen définit ce qui plus tard sera connu comme *ius migrandi* ainsi : ‘Uebersiedelung des Latiner nach Rom under Aufgabe seines Heimathrechts’ » : [https://www.dirittoestoria.it/17/memorie/romaterzaroma/Vallocchia-Ius-migrandi-migrazioni-latine-cittadinanza-romana-\[2016\].htm#_ftn20](https://www.dirittoestoria.it/17/memorie/romaterzaroma/Vallocchia-Ius-migrandi-migrazioni-latine-cittadinanza-romana-[2016].htm#_ftn20). La formule de Mommensen date de 1893. Dans la traduction française de son *Römisches Staatsrecht*, on parle de «droit d’émigration» (T. Mommsen, *Römisches Staatsrecht* III.1, Leipzig 1887, 637; trad. fr. *Le droit public romain* VI. 2, Paris 1889, 260: «droit d’émigration»). Cette formule plu à Bonfante, qui d’ailleurs soutenait l’importance du droit romain pour comprendre le monde contemporain et qui vivait à l’heure des grandes émigrations italiennes pour l’Amérique. Il dirige la traduction de Mommsen en 1904: dans *Disegno del diritto pubblico romano*, l’expression allemande «die latinische Freizügigkeit» fut rendu (librement) en italien par ‘il diritto latino di migrazione’. Il s’agissait de la faculté des Latins de se naturaliser Romains, (probablement) avec

commencé à être utilisé pour décrire le mouvement dans l'espace. Souvent, le terme migration nous fait penser aux oiseaux migrateurs. Mais avant le XIXe siècle, ce terme n'était pas utilisé pour décrire les déplacements d'animaux sur de grandes surfaces. Les premières occurrences du verbe *migrer* compris dans notre sens moderne de simple déplacement dans l'espace remontent aux années 1640, mais pas en référence aux animaux. Les premiers 'migrants' au sens moderne du terme étaient les personnes qui émigraient de l'Europe au Nouveau Monde. Auparavant, le verbe *migrer* n'avait jamais été utilisé pour décrire un mouvement de cette manière. Et il ne pouvait en être autrement, car au début de l'ère moderne, on ignorait où se cachaient les oiseaux migrateurs : le docteur Johnson – pour donner juste un exemple – croyait que les hirondelles dormaient sous les lacs en hiver³⁰.

Aussi conviendra-t-il de rappeler que l'idée de qualifier la citoyenneté de 'statut migratoire' n'est pas si déraisonnable qu'il pourrait le paraître au premier abord. En effet, une fois que l'on ne confond plus la nationalité au sens de l'identité nationale et la nationalité au sens juridique³¹, il est clair que 'nationalité' dans le droit n'est autre que le nom moderne d'un concept ancien : le statut civique. Le *status civitatis* remonte au droit romain où il indique l'ensemble de positions juridiques qui qualifient une personne dans son rapport à l'autorité politique. Ce n'est pas en soi l'indication d'une appartenance particulière. Ce n'est pas comme être suisse ou suédois, ni comme être surinois ou savoyard. Le *status civitatis* n'est pas un gentilé, ni un ethnonyme. Il est vrai que j'aurais pu parler de 'statut civique' au lieu de 'statut migratoire', mais j'ai choisi de m'éloigner de ce terme car il nous rappelle immédiatement l'état civil³². Bien que historiquement apparentés, l'état civil représente d'abord l'ensemble de la situation de la personne dans son rapport à la famille et à la société, dans sa qualité de sujet *privé*, et seulement secondairement sa relation à l'État, dans sa qualité de sujet *publique*; en outre, par ce terme on se réfère non pas au seul fait institutionnel d'avoir d'un certain statut, mais plutôt au mode de constatation des événements vitaux des personnes (*res facti*) et l'institution publique chargée d'en tenir les registres³³.

déclaration au censor, déménagement à Rome et (probablement, vue l'intolérance romaine pour la nationalité multiple) après renonciation à la citoyenneté d'origine. Jacques Marquardt, dans ces mêmes années, décrit ainsi l'institut en termes à mon avis plus précis : "les latins (...) avaient le droit de s'établir à Rome et d'y exercer un *droit de cité*" (J. Marquardt, *L'administration romaine*, Paris 1889, p. 74, mon italique).

³⁰ Cfr. F.O. Morris, *A History of British Birds*, London, 1870.

³¹ La nationalité au sens social concerne des processus d'identification sociale, et d'auto-identification, à un groupe social (ethnique, culturel, linguistique etc.). Les philosophes distinguent l'identification intransitive et l'identification transitive, *identification as* et *identification with* – ou l'*idem* de l'*ipse* pour le dire avec Ricoeur: le sentiment national concerne un processus d'identification à l'autre – je *m*'identifie avec ce groupe, je *me* perçoit comme un membre de ce groupe etc. Éminemment subjectif, toujours social, occasionnellement éphémère, partout construit, ces processus d'identification sociale sont importants et ils sont au centre de ce qu'on appelle dans les sciences sociales l'identité nationale. De toute autre nature est la nationalité dans le droit. Le droit ne s'occupe que de l'*idem*, d'identifier quelqu'un comme quelque chose : de le classer. La perception que cette personne peut avoir de soi n'est pas ce qui compte. L'identité nationale – le fait (empirique) de s'identifier comme français, finlandais ou florentin, ne reste qu'un sentiment aux yeux du droit. Dans le droit, les processus d'(auto)identification au groupe sociale – le sentiment national – peut être complètement dépourvu d'importance pour l'attribution de la 'nationalité' au sens juridique. Je me suis efforcée à tracer cette distinction dans un cours récent au Collège de France, disponible sur <https://www.youtube.com/watch?v=vsRiX2KTtLc>.

³² La proximité conceptuelle et historique est plus évidente en italien où l'état civil est appelé *status civico*.

³³ Ces événements vitaux varient mais incluent souvent naissance, mariage, et mort. L'obligation d'enregistrer les nouveau-nés existe déjà dans la Rome ancienne : elle est nécessaire pour prouver la qualité d'homme libre et de citoyen. L'enregistrement légal des mariages n'exista par contre pas avant Justinien. Le Moyen Âge ignora

Ainsi je pense qu'il est plus correct de penser que nos systèmes juridiques actuels reconnaissent une multiplicité de formes de statut civique, dont une seule porte encore le nom de cette particulière forme de *status civitatis* qu'est la citoyenneté (ou, pour le dire avec les suisses, le droit de cité). Au-delà du statut de *national*, nos systèmes reconnaissent toute une série de statuts civiques ou 'statuts migratoires', dont nombreux sont ceux qui sont traités dans les manuels de *migration law*.

Avoir un statut civique, au sens dont il est question dans le droit romain, n'est pas la même chose que d'avoir un certain nombre de droits et de devoirs. Bien sûr chaque statut civique est associé à un contenu – exprimé en droits et devoirs – donc un ensemble de positions juridiques. Et ce genre d'ensemble est souvent appelé par les théoriciens du droit 'bundle-rights'³⁴: c'est comme un faisceau, un pack, un ensemble de droits et de devoirs. En contrôlant le *status civitatis*, on ne contrôle pas seulement les droits et les devoirs des citoyens: bien mieux, on contrôle un levier par lequel tout l'ensemble de ces droits et devoirs peut être attribué ou enlevé aux individus. Ce qu'on appelle le droit de la nationalité ce sont bien les règles qui concernent la transmission, l'obtention et la déchéance de la citoyenneté, et non pas des droits et des devoirs associées à celle-ci. De même le droit des étrangers ne permet pas seulement d'attribuer ou moins certains droits et devoirs, mais de contrôler le levier par lequel l'obtention et la déchéance d'ensembles entiers de droits et devoirs sont reconnus/imposés aux individus. Les droits et les devoirs relatives aux catégories particulières d'étrangers sont souvent éparpillés à travers les branches du droit, notamment dans le droit du travail, le droit de famille, le droit social etc. comme d'ailleurs les droits et les devoirs des citoyens ne sont pas concentrés dans une seule discipline juridique unifiée *ex ratione personae*.

Discuter de l'attribution d'un 'statut migratoire' quelconque n'est rien d'autre que de discuter de l'utilisation de ce genre de levier, d'une force extraordinaire permettant d'un coup de changer entièrement la position d'une personne devant la cité ; une force qui n'est pas disponible pour celui qui espérerait obtenir le même résultat en modifiant un par un chaque droit et chaque devoir. Le droit constitue premièrement le statut de l'individu ; ensuite il lui *attribue* des droits et des devoirs qui permettent (ou non) d'engager une certaine activité (ou lui oblige de s'en abstenir) lorsque certaines conditions sont réunies ; activité qui peut être, mais ne l'est pas nécessairement, liée à la mobilité.

Aussi faut-il se rendre à l'évidence que, dans les dernières décennies, nous avons vu augmenter le nombre de 'statuts migratoires'. Pourquoi ? Ce qui est évident c'est que cela n'est pas un simple reflet d'une augmentation quantitative des passages frontaliers en tant que tels, un reflet d'une plus grande mobilité. La catégorisation juridique fonctionne comme un type³⁵ et, dans la théorie des ensembles, la quantité et qualité des types ne varient pas avec le nombre de jetons par type. La mobilité peut tout au plus faire augmenter les instances individuelles dans chaque classe de statut migratoire, mais elle ne peut pas articuler ces mêmes classes. Daniel Thym est sur la bonne voie lorsqu'il suggère que « the distinction of ever more migrant statuses in recent decades need not be interpreted as an extension of state control or even xenophobia. Alternatively, it can be described as the increasing legislation of status acquisition, with earlier notions of largely unfettered administrative discretion giving way to detailed rules comprising legal guarantees for

l'institution. L'origine des registres paroissiaux reste obscure. Les registres de baptêmes les plus anciens sont italiens et datent de la seconde moitié du XIV^e siècle. Cfr. Alfred Perrenoud, « État civil » [[archive](#)], sur *HLS-DHS-DSS.CH*

³⁴ L. Lindahl, 'Deduction and Justification in the Law. The Role of Legal Terms and Concepts' (2004) 17 *Ratio Juris* 182.

³⁵ La distinction entre 'type' & 'token' est de C.S. Peirce, 'Prolegomena to an apology for pragmatism', *Monist*, vol. 16 (1906), pp. 492–546.

migrants »³⁶. Quoi qu'il en soit de l'interprétation offerte, la *donnée* à expliquer reste la multiplication des status migratoires, et non pas l'augmentation des 'flux'.

4. Une métaphore réaliste

Afin d'expliquer la relation entre mobilité et migration, le recours à une métaphore, parfois utilisée par les réalistes juridiques scandinaves eux-mêmes, peut servir : la métaphore de l'argent.³⁷ La relation entre mobilité et migration est similaire à celle entre le papier et l'argent : il existe du papier qui a valeur d'argent, mais tout papier ne l'a certainement pas, et l'argent n'est pas que du papier. De même, certains mouvements comptent comme des formes de migration, mais pas tous. Pour le droit, la différence est manifeste entre le mouvement de la personne qui quitte son domicile le matin pour se rendre au travail et celui de celle qui saute la clôture dans l'enclave espagnole de Melilla au Nord de l'Afrique. Empiriquement, cependant, il agit toujours de mouvement : deux corps se déplacent dans l'espace. Certaines formes de mouvement, dans certaines conditions, produisent une modification du 'statut migratoire', de la condition juridique d'un individu, vis-à-vis d'un ou plusieurs États.

Mais il ne faut pas pour autant croire que cette condition juridique de l'individu se fonde nécessairement sur la mobilité. Parfois, le mouvement des personnes n'a juridiquement aucune pertinence. Un 'migrant' n'est pas nécessairement quelqu'un qui s'est déplacé en passant la frontière. Une personne peut rester parfaitement immobile et pourtant devenir un 'migrant', c'est-à-dire subir un changement du statut migratoire, de sa position vis-à-vis de la communauté de référence. Il est important de comprendre que le mouvement *peut* déclencher un changement de statut migratoire, mais n'est pas *essentielle* pour qu'un tel changement se produise. Cela signifie que, quoi qu'il en soit, la migration ne dépend pas d'un mouvement, car celui-ci ne suffit pas à l'expliquer. Il semble ainsi qu'il y a des cas où le mouvement se produit en raison d'un changement de statut juridique, et des autres cas où un changement de statut juridique semble se produire en raison d'un mouvement. Cela est insatisfaisant du point de vue d'une théorie explicative. Il reste peu clair quels faits sociaux et institutionnels fondent les faits juridiques concernant la migration. Cela rend obscure la génération des faits institutionnels en question, la règle constitutive s'efface et il devient moins aisé d'identifier les processus de création de significations par lesquels les notions ont transité. Le fait qu'une règle constitutive n'est pas explicitée empêche son examen critique.

Parfois, l'emplacement physique d'un individu est sans pertinence afin de déterminer son statut 'migratoire'. La migration – à différence de la mobilité – ne doit donc pas nécessairement avoir lieu dans l'espace. Un passage de frontière peut, dans certains cas, déclencher un changement de statut, mais cela n'est qu'un parmi nombreux facteurs d'activation reconnus par le droit. La migration peut aussi résulter (i) d'un changement de statut personnel (mariage, divorce, naissance, adoption, etc.) ; (ii) un changement du droit en vigueur (par exemple, l'introduction d'un nouveau critère de déchéance de la nationalité); (iii) des changements dans la validité territoriale de la juridiction (par exemple, le Brexit) ; et parfois (iv) en raison du passage du temps (par exemple à dix-huit ans, après cinq ans, après le 24 novembre 2015...).

Pour le juriste qui s'intéresse aux migrations, l'objet d'étude n'est pas constitué par des individus qui passent les frontières, mais l'ensemble (ou les ensembles) de positions juridiques

³⁶ D. Thym, *European Migration Law*, OUP, Oxford 2022, p. 111.

³⁷ K. Olivecrona, *The Problem of the Monetary Unit*, Almqvist & Wiksell, Stockholm 1957.

(droits, devoirs) attribué(s) à certains groupes d'individus, relatifs à ce que l'État peuvent légitimement leur faire ou que l'État admet que d'autres leur font dans le cadre du droit en vigueur.

5. Les études sur la migration

Il est évident que la distinction suggérée ici est radicalement différente par rapport à la façon dont les études sur la citoyenneté et la migration conçoivent habituellement ces concepts. Pensez à la définition canonique de la migration internationale comme le « mouvement de personnes passant les frontières ».³⁸

Une première conséquence de la distinction opérée ci-dessus est que nos discours manquent souvent de clarté. En tant que spécialistes des sciences sociales, nous sommes souvent en proie d'une confusion entre fait empirique et fait institutionnel : nous parlons comme si la résidence, le séjour, l'entrée, l'appartenance à une famille etc., seraient des faits bruts ; une confusion qui surgit parce que nous supposons, à tort, avoir un accès épistémique direct à l'entité en question. Nous présumons que notre conception pré-juridique, par exemple, d'entrée' détermine nos utilisations juridiques du terme qui pourtant ne sont identiques qu'en apparence. Nous brouillons malheureusement les dimensions empiriques et institutionnelles. Ce manque de clarté nous pousse à des affirmations discutables. Nombreux sont ceux qui ont affirmé que le droit n'aurait pas réussi à conditionner les flux et que l'État (libéral et démocratique) serait incapable, dans un monde globalisé, de gérer les flux migratoires. Quelle que soit le fondement empirique de ces affirmations, il reste que l'observation de passages frontaliers soutenus n'implique aucun échec dans l'exercice de la capacité de former des statuts migratoires, et ainsi d'attribuer ou nier droits ou devoirs. Le droit ne façonne peut-être pas efficacement les mouvements, mais il reste capable de restreindre (ou engendrer) des statuts juridiques. Aussi, lorsqu'on affirme que les demandeurs d'asile ne peuvent pas partir et les possibilités de fuite sont de plus en plus limitées, nous occultons le fait crucial qu'*un choix* est à la base de l'interdiction des voyages sans visa en combinaison avec l'irrecevabilité de demandes d'asile auprès d'ambassade. Garder à l'esprit la distinction entre mouvement et migration sert à se souvenir que ce n'est pas le coût des billets d'avion ou le manque d'accès routier à l'aéroport qui empêche les demandeurs d'asile potentiels de déposer leur demande.

Il semble que ce qu'on appelle 'migration' en sciences sociales est souvent un méli-mélo de faits empiriques liée à la mobilité, de faits institutionnels liée à la fois à la reconnaissance de faits liées à la mobilité et de faits liées au statut migratoire de la personne. Les études sur les migrations sont truffées d'exemples de catégories 'faussement empiriques' où on recourt à des catégories juridiques (qui soulèvent des questions *de droit*) entremêlées à des catégories empiriques (qui soulèvent des questions *de fait*). François Héran constate qu'une 'population' est, au sens de la démographie, toutes les personnes résidentes de façon permanente sur un territoire

³⁸ E.g. Vincent Chetail, 'The transnational movement of persons under general international law – Mapping the customary law foundations of international migration law' in Vincent Chetail and Céline Bauhoz (eds), *Research Handbook on International Law and Migration* (Elgar, 2014) 2: 'international migration law may be broadly defined as the set of international rules and principles governing the movement of persons between States and the legal status of migrants within host States'.

déterminé³⁹, utilisant ainsi pas moins de trois concepts juridiques : *résidence*, *permanence* de la résidence, et *territoire*. Il faut ainsi comprendre à chaque fois *ce qui compte comme* ‘résidence permanente sur le territoire’, ainsi que le sens de ces trois notions sont susceptibles de changer d’un pays à un autre et, dans un même lieu, d’un moment à l’autre.

Même lorsqu’on cherche de se tenir loin du droit on n’y réussit pas toujours. Pour l’IOM, migrant est « an umbrella term (...) reflecting the common lay understanding of a person who moves away from his or her place of usual residence, whether within a country or across an international border, temporarily or permanently, and for a variety of reasons. The term includes a number of well-defined legal categories of people, such as migrant workers; persons whose particular types of movements are legally-defined, such as smuggled migrants; as well as those whose status or means of movement are not specifically defined under international law, such as international students »⁴⁰. Selon cette définition n’importe quel mouvement d’une personne hors de sa résidence habituelle compte, et alors que ‘migrant’ n’est pas défini en droit, ‘résidence habituel’, par exemple, l’est⁴¹.

Si déjà, en biologie, il n’est pas évident de déterminer ce qu’est la migration et en quoi elle se distingue d’autres espèces de mouvement⁴², il ne surprendra pas qu’il le soit *a fortiori* en sciences sociales. En effet, « migration is not a singular and irreversible event with a biological basis »⁴³. En d’autres termes, ce que les sciences sociales appelle ‘migration’ n’est pas un fait brut à la Anscombe ; et ce n’est pas un fait qui, comme les faits empiriques, sont susceptibles d’être ‘enregistrés’. D’où la difficulté de ‘constater’ une ‘migration’. Peut-être qu’a différence d’autres événements vitaux, une ‘migration’ n’est pas une *res facti* ?

Cela n’aide pas à affronter les difficultés épistémologiques pèsent sur les *migration studies*. Au-delà des problématiques ‘internes’, dont elles sont bien conscientes – comme le *destination biais*, le paradigme homéostatique en démographie, le nationalisme méthodologique, l’idée que les mouvements de populations soient dirigés vers le *global North*, que les trajectoires soient linéaires, etc. – il y a dans l’approche, il me semble, une confusion catégoriale qui n’aide pas la compréhension. Ceux qui s’occupent des études sur la migration ont souligné ces difficultés épistémologiques. Un géant de ces études comme David Massey constatait déjà dans les années 90 que « social scientists do not approach the study of immigration from a shared paradigm, but

³⁹ F. Héran, ‘Demography and Migration. The Wildcard in Population Dynamics’, in C. Brettell & J.F. Hollifield, *Migration Theory: Talking across Disciplines*, Routledge 2023⁴, p. 79: “What is a population? It is all the permanent, residents of a given territory”.

⁴⁰ International Organization for Migration, *Glossary on migration*, IML Series No. 34, 2019.

⁴¹ Art. 2(1)a of Regulation (EC) No 862/2007 (Migration Statistics Regulation). Cette définition n’est pas à confondre avec celle recommandé par l’ONU de ‘migrant international de longue durée’ : ‘Une personne qui se déplace vers un pays autre que celui de sa résidence habituelle pour une période d’au moins un an (12 mois), de sorte que le pays de destination devient effectivement son nouveau pays de résidence habituelle’ (Cfr. https://unstats.un.org/unsd/publication/SeriesM/SeriesM_58rev1e.pdf). Cette définition, il a été noté, « is at odds with the administrative or police practice, generally centred around the threshold of 3 months, which is the maximum duration of the tourist visa imposed by western countries on most nationals coming from less-developed countries (...). There is thus, between 3 months and 12 months thresholds, a vaste gray area of temporary migration » (F. Héran, ‘Demography and migration’, cit., p. 83)

⁴² Hugh Dingle & Alistair Drake, ‘What is Migration?’, *BioScience*, February 2007, vol. 57, n. 2, p. 116 : « the distinctions between foraging/commuting, ranging, and migration are most easily recognised when a home range is easily identifiable. When an animal is nomadic, home ranges and breeding areas and times are unpredictable, the trajectories of the three types of mouvement may overlap ».

⁴³ F. Héran, ‘Demography and Migration. The Wildcard in Population Dynamics’, in C. Brettell, J. F. Hollifield, *Migration Theory: Talking Across Disciplines*, Routledge 2023⁴, p. 78.

from a variety of competing theoretical viewpoints (...). As a result, research on the topic tends to be narrow, often inefficient, and characterized by duplication, miscommunication, reinvention, and bickering about fundamentals and terminology»⁴⁴. Caroline Brettell et James Hollifield, auteurs d'un des ouvrages plus connus sur la théorie de la migration⁴⁵, constatent que « despite the volume of research (...), only rarely are there conversations across the disciplines about shared theoretical perspectives and common analytical concepts»⁴⁶, à un tel point qu'on parle même de 'post-disciplinarité' de ces études, sauf peut-être en ce qui concerne les deux approches dominantes, à savoir l'économie et la sociologie. Cette condition déplorable est peut-être dû, entre autres, au fait que l'on ne considère pas assez le risque que l'on projette sur le monde ce qu'on essaye d'en cueillir. Les catégories par lesquelles on aspire à étudier le phénomène des mouvements des personnes et des populations sont elles-mêmes 'coloriées' par le droit. Adrian Favell a ainsi tout à fait raison de souligner que « migration and mobilities questions are playing out against very different legal, political, economic and cultural backdrop », voilà pourquoi nous avons besoin de « rethink the normative bases ».⁴⁷ Cette forme de coloration reste souvent à l'arrière-plan, simple *backdrop*, alors qu'il s'agit plus souvent de la définition même de l'objet d'étude : on considère souvent le droit comme une source d'information secondaire, ou on utilise des concepts ayant cours également en droit. Il n'est pas surprenant que les anthropologues et les historiens insistent sur le fait que les facteurs économiques et démographiques ne peuvent pas expliquer les mouvements de population sans prise en compte des contextes socio-culturels – et politico-juridique ajoutera-t-on. Ainsi, pour Brettell et Hollifield, le plus grand défi des études sur la migration serait « to bring the state back in »⁴⁸.

Je ne saurai répondre à ce défi, mais quelle que soit la réponse, elle devra prendre en compte le fait que la mobilité n'est pas condition nécessaire pour que le 'statut migratoire' change. Et cela pour cause car il n'y a, comme on l'a vu, pas de relation de *causalité* entre les propriétés empiriques (par exemple, le mouvement) et la qualification juridique (*status*).

Il convient de rappeler que nous sommes à la fois producteurs et consommateurs de nos propres faits institutionnels. Si le droit est un instrument, une technologie que nous utilisons pour déterminer les statuts, les agences nationales de migration identifient les migrants d'un certain type une fois qu'elles se lancent à leur recherche. S'il est difficile d'obtenir un visa, *ceteris paribus*, il y aura plus de probabilité que l'entrée dans le pays sera non-autorisée. Ainsi, le 'stock' de migrants irréguliers d'un pays dépend de sa politique en matière de visas. La migration irrégulière augmentera avec des visas d'une plus difficile obtention. Lorsqu'un État rend la migration légale plus difficile, il y aura (*ceteris paribus*) davantage de présence irrégulière. C'est pourquoi certains pensent que l'immigration clandestine est comme une souffrance d'un membre fantôme : c'est le produit des lois qui la combattent⁴⁹. Dans les termes de Ngai qui a étudié l'histoire des migrants

⁴⁴ D. Massey, An Evaluation of International Migration Theory: The North American Case, in *Population and development Review*, 1994, 20, pp. 699-751, at pp. 700-1.

⁴⁵ C. Brettell, J. F. Hollifield, *Migration Theory: Talking Across Disciplines*, Routledge, 1ère édition 2000; 4ème éd. 2023.

⁴⁶ C. Brettell, J. F. Hollifield, 'Introduction'; in Id. (eds) *Migration Theory: Talking Across Disciplines*, Routledge, 1ère édition 2000; 4ème éd. 2023, pp. 2-4.

⁴⁷ A. Favell, 'The State of Migration Theory', in C. Brettell & J.F. Hollifield, *Migration Theory: Talking across Disciplines*, Routledge 2023⁴, p. 350.

⁴⁸ C. Brettell & J.F. Hollifield, 'Introduction', in Id. (eds.) *Migration Theory: Talking across Disciplines*, Routledge 2023⁴, p. 28

⁴⁹ Mae M. Ngai, *Impossible Subjects: Illegal Aliens and the making of Modern America*, Princeton University Press 2014.

aux États-Unis, « illegal alienage is not a natural or fixed condition but the product of positive law : it is contingent and at times it is unstable. The line between legal and illegal status can be crossed in both directions. An illegal alien can, under certain conditions, adjust his or her status and become legal and hence eligible for citizenship. And legal aliens who violate certain laws can become illegal and hence expelled and, in some cases, forever barred from reentry and the possibility of citizenship »⁵⁰.

Dans cette perspective, une crise migratoire peut être provoquée ou fabriquée. La mobilité ne crée pas en soi une crise migratoire⁵¹. Il en est ainsi pour une raison plus profonde que les raisons habituellement invoquées lorsque nous discutons d'urgences fabriquées, comme celles mentionnées par Thomas Spijkerboer par exemple, à savoir que les crises peuvent être causées par des choix politiques internes sous-optimaux et non par des forces exogènes ou des événements externes⁵². La raison la plus profonde qui sous-tend une crise migratoire est plutôt le droit qui maintient les personnes hors de portée de certaines structures institutionnelles. Un exemple de crise provoquée pourrait être le cas où ceux qui bénéficient actuellement de la directive de la protection temporaire dans l'Union Européenne et qui, à l'expiration des termes – vue l'absence de possibilité de renouvellement, l'absence d'accès à l'asile pour cette catégorie, ainsi que l'absence de possibilité de s'avaloir du temps passé protégé par la directive 2013/32/UE pour demander un ajustement de statut – verront leur présence automatiquement irrégularisée. Ceci n'est pas vraiment l'effet de choix discutable en matière de politique interne, et cette production en masse d'illégaux n'est pas non plus un produit de la guerre en Ukraine (la preuve en est que lorsque ces personnes sont venues, à l'heure de la 'crise hexogène', leur présence a bien été régularisée). C'est l'effet du fonctionnement même du droit, en combinaison avec le temps qui passe. Le fait institutionnel de la protection temporaire est ainsi constitué afin de créer une massive présence irrégulière.

Parce que les statuts juridiques sont des faits institutionnels, nous pouvons modifier le nombre, et l'identité sociale, des individus que nous traitons comme citoyens ou non, comme résidents ou non, comme autorisés ou non, comme par magie. Les citoyens de l'Union ont récemment découvert leur possibilité de devenir ressortissants de pays tiers grâce à ce type d'expédient. L'Union a perdu environ 66 millions de 'ses' citoyens le jour du Brexit en janvier 2020. Bien entendu, cette solution miracle ne fera pas disparaître les corps des personnes. Après tout, ce n'est pas de la vraie magie. Et ce n'est pas en légiférant leur absence que les corps de celles et ceux présents quelque part disparaissent, mais ce coup de magie modifie bien le fait institutionnel de la 'population', ainsi que souvent les statistiques utilisées, et surtout les relations qu'il est considéré légitime maintenir avec ceux-ci. Le statut juridique apparaît, disparaît et varie au rythme de l'évolution du droit. À mesure que le statut juridique se transforme, à chaque nouvelle loi,

⁵⁰ Mae M. Ngai, *Impossible Subjects: Illegal Aliens and the making of Modern America*, Princeton University Press 2014, Introduction, p. 6. Cfr. R. Hamlin, (2022). Migrants'? 'Refugees'? Terminology Is Contested, Powerful, and Evolving. *Migrationpolicy.org*, March, 18.

⁵¹ A. Desmond, 'From Migration Crisis to Migrants' Rights Crisis: The Centrality of Sovereignty in the EU Approach to the Protection of Migrants' Rights, in *Leiden Journal of International Law* (2023), 36, pp. 313-334. Sur la notion de crise, J. D'Aspremont, 'International Law as a Crisis Discourse: The Peril of Wordlessness' in M. Mbengue, J. D'Aspremont (eds.) *Crisis Narratives in International Law* (2021), 69.

⁵² T. Spijkerboer, Coloniality and Recent European Migration Case Law, in V. Stoyanova, S. Smet (eds.) *Migrants' Rights, Populism and Legal Resilience in Europe*, Cambridge University Press, pp. 117-138.

réglementation ou revirement doctrinal, le fait institutionnel de la ‘population’ change, ainsi que ce que nous pouvons faire à certains individus ou groupes. Ce que nous pouvons faire aux individus a également un impact sur les personnes avec lesquelles ils vivront (par exemple, les membres de leur famille) et les enfants qu’ils engendreront. Il s’ensuit que non seulement le *design* des statuts juridiques a des effets sur le fait institutionnel de ceux qui comptent comme faisant parti de la ‘population’, mais également sur le volume et la composition sociale de l’ensemble de ceux qui, de fait, se trouve à vivre dans un pays.

Être à la fois producteurs et consommateurs de nos propres faits institutionnels, tout en l’oubliant, est une combinaison de facteurs sensible d’un point de vue constitutionnaliste. Les politiques de migration et de citoyenneté déterminent, directement ou indirectement, l’extension et la composition sociale de la ‘population’ (entendu comme fait institutionnel) dans une communauté politique ; ils attribuent à l’individu un ensemble important de droits et de devoirs qui co-déterminent sa position au sein de la société et dans le cadre constitutionnel. En ce sens, ces politiques contribuent à la construction de la position qu’occupe un individu vis-à-vis des autres et de leurs efforts collectifs. Étant donné que le droit des étrangers détermine généralement l’accès droit de séjour et de résidence, nécessaires à la naturalisation qui, elle, est souvent nécessaire pour l’exercice des droits politiques sous la forme de droits électoraux, ce droit, en combinaison avec la politique de citoyenneté, de naturalisation, les lois électorales et les réglementations constitutionnelles sur le rôle des citoyens dans l’ordre politique déterminent *qui* compte comme membre du ‘peuple’ (dans le sens constitutionnel, à la Kelsen). La manière dont nous réglons l’accès à, et le contenu de, la citoyenneté détermine la façon dont le *demós*, ou l’ensemble des citoyens, est composé. En d’autres termes, les positions juridiques réservées aux citoyens déterminent la part du pouvoir politique dont ils bénéficient. La composition du peuple (c’est-à-dire qui compte comme citoyen) et le rôle du citoyen dans l’ordre constitutionnel (quels droits et devoirs sont réservés aux citoyens) déterminent l’identité constitutionnelle de l’État. Ce n’est pas un hasard si Adrian Favell conclut que « migration and mobility studies can be reconceived as the study of ‘political demography’ »⁵³. Ainsi, il ne faut pas concevoir ces études comme l’étude d’autrui, mais de l’étude des règles qui constituent nos rapports socio-politiques.

6. Conclusion

L’ancien brocard sur l’autorité de la chose jugée qui transforme le blanc en noir posé en incipit à ce texte représente d’une manière plastique la raison pour laquelle il nous convient de nous intéresser davantage à la magie du droit. Cette magie, cette capacité transformative, il me semble, est tout souvent oubliée lorsque nous parlons notamment des migrations, des flux migratoires, des statuts migratoires. Ce texte a traité de cet oubli. J’ai tâché de problématiser la relation entre migration et mobilité, droit et fait en relation au discours sur les migrations en sciences sociales. J’en conclus qu’il est urgent aujourd’hui, à propos de mobilité et migration, faire un travail d’analyse. Il faut, pour le dire avec Hägerström, « traverser le brouillard des mots qui naissent des sentiments et

⁵³ A. Favell, *The State of Migration Theory*, in C. Brettell, J.F. Hollifield, *Migration Theory: Talking across disciplines*, Routledge 2023⁴, p. 342. Sur cette notion, voir les travaux de M. Weiner & M. Teitelbaum, *Political Demography. Demographic Engineering*, Berghahn, Oxford 2001, J. Goldstone, E. Kaufmann, M. Duffy Toft, *Political Demography: How Population Changes are Reshaping International Security and National Politics*, Paradigm, Boulder 2011.

associations d'idées et vont ainsi des sons aux choses »⁵⁴. Pour le faire, je propose enfin, d'imaginer recevoir, en matière de migration, la leçon de Christie. La célébrité du criminologue norvégien Nils Christie est dû à son slogan 'crime does not exist'. Plus précisément, il affirmait que « crime does not exist. Only acts exist, acts often given different meanings within various social frameworks. Acts, and the meaning given them, are our data [for the criminologist]. Our challenge is to follow the destiny of acts through the universe of meanings. Particularly, what are the social conditions that encourage or prevent giving the acts the meaning of being crime ? »⁵⁵ Une approche semblable peut être utile ici. Dans un certain sens on peut dire qu'en nature la migration n'existe pas ; la mobilité existe. La migration n'existe qu'en tant que fait institutionnel ; et comme tout fait institutionnel, sa forme est conventionnelle. Un cadre social particulier en a fait ce qu'il est : ce cadre est le droit. Ces faits institutionnels et le sens qu'on leur attribue sont les données avec lesquels le juriste travail. Le défi est de suivre le destin des faits institutionnels à travers l'univers des significations et des actes du système juridique. Il conviendra de se demander dès lors : quelles sont les conditions juridiques qui encouragent ou empêchent de donner aux actes de mobilité une signification telle qu'elles sont considérées pertinentes pour déclencher un changement de statut migratoire ? Or, pour Christie, « l'institution pénale est une situation analogue au roi Midas » et « les fonctionnaires produisent du crime par leur existence »⁵⁶. Mais quelles institutions produisent la « migration » ? Le droit national, supranational, et international, dans une certaine combinaison ? Les médias ? Les scientifiques ? Les statisticiens ? Que signifie cette production pour la mobilité ? et pour la mobilité de qui ? Et qu'est-ce que cela signifie pour les relations sociales et juridiques entre les citoyens ? Quel est impact sur l'architecture constitutionnelle entre personnes dans la communauté ?

⁵⁴ A. Hägerström, *Die Philosophie der Gegenwart in Selbstdarstellungen*, Meiner, Leipzig 1929, vol. VII, p. 48.

⁵⁵ Nils Christie, *A Suitable Amount of Crime*, Routledge, 2004, p. 3.

⁵⁶ Nils Christie, op cit., p. 5.