

LA « CRISE DES MIGRATIONS », REGARDS EN DROIT INTERNATIONAL

Par Marion BLONDEL

Docteure en droit public, Université de Bordeaux, CRDEI, Centre d'excellence Jean Monnet

SOMMAIRE

- I. – LA « CRISE » DANS L'IDENTIFICATION DES MIGRANTS A PROTEGER**
 - A. – L'absence de franchissement d'une frontière internationale : le cas des personnes déplacées à l'intérieur de leur propre pays**
 - 1. – La lente construction d'une réponse normative à la « crise » du déplacement interne**
 - 2. – La recherche d'effectivité d'une réponse opérationnelle à la crise du déplacement interne**
 - B. – Des motifs de migration non reconnus**
 - 1. – Une inclusion pratiquement impossible dans la Convention de 1951**
 - 2. – Quelle protection pour ces migrants ?**
 - a. – Une approche catégorielle**
 - b. – Un dépassement de l'approche catégorielle**
- II. – CRISE D'EFFECTIVITE DE LA PROTECTION DES PERSONNES MIGRANTES**
 - A. – Le non-refoulement des réfugiés, un concept négatif**
 - B. – La répartition de la « charge » des migrations**

À l'occasion d'une conférence tenue à Genève en mars 2016, le Secrétaire général des Nations unies relevait que l'Union européenne connaît actuellement « la plus grande crise de réfugiés et de déplacés de notre temps »¹. L'expression « crise » est généralement comprise dans un sens négatif : c'est l'idée d'un moment périlleux, décisif. Elle peut aussi être appréhendée dans un sens plus constructif, qui implique une prise de décision qui peut être une réponse à ce moment périlleux. Cette expression ambivalente, largement véhiculée par le discours poli-

¹ Déclaration du Secrétaire général des Nations unies à l'occasion d'une conférence tenue à Genève en mars 2016. Cf. Nations unies, « À Genève, Ban KI-MOON demande aux pays d'accueillir davantage de réfugiés syriens », *Publication en ligne du Centre d'actualité des Nations unies*, 30 mars 2016.

tique et médiatique, investit massivement de nombreux domaines comme la politique, l'économie, l'écologie, et le droit². En effet, des sociologues observent que, depuis la fin des années 1970, la crise tend à conférer à la notion de risque une nouvelle dimension politique, « *se muant même en idéologie sécuritaire* »³. La sécurité devient progressivement « *une revendication majeure des populations* »⁴, une exigence collective⁵. Or l'emploi de cette expression pour désigner l'arrivée de personnes fuyant leur pays s'inscrit aujourd'hui dans ce type de discours sécuritaire. L'expression « crise des migrants » ou, comme l'énonce le Secrétaire général des Nations unies, « *crise de réfugiés et de déplacés* » semble donc d'ores et déjà teintée d'un biais axiologique.

Les réfugiés et les personnes déplacées désignent deux catégories de migrants. Terme générique, le migrant est un individu qui... migre. Plusieurs raisons peuvent motiver la migration, comme des considérations économiques, familiales, universitaires (ERASMUS), etc.. Ce terme peut être entendu au sens de « *migrant international* », qui implique le franchissement d'une frontière internationale⁶ (les personnes déplacées à l'intérieur de leur propre pays n'entrent alors plus dans cette catégorie⁷). Selon l'OCDE, l'appellation « migrant » désigne toute personne se déplaçant d'un État à un autre avec l'intention d'y rester un minimum de temps (définition qui exclut ainsi les touristes et les voyages d'affaires). Au sein de la catégorie générique des « migrants »⁸ (au sens large), le droit distingue différentes situations.

Le réfugié, au sens de l'article premier – section A – paragraphe 2 de la Convention de Genève de 1951, est « *toute personne qui [...] craignant avec raison d'être persécutée du fait de sa race, de sa religion, de sa nationalité, de son appartenance à un certain groupe social ou de ses opinions politiques, se trouve hors du pays dont elle a la nationalité et qui ne peut ou, du fait de cette crainte, ne veut se réclamer de la protection de ce pays* »⁹. Le réfugié se distingue du demandeur d'asile, qui désigne un individu qui a déposé ou va déposer une demande pour bénéficier du statut de

² M. FOUCAULT, *Naissance de la biopolitique*, Cours au Collège de France (1978-1979), Paris, Gallimard-Seuil, Hautes études, 2004.

³ D. LE BRETON, *Sociologie du risque*, Paris, PUF, coll. « Que sais-je ? », n° 3016, 2012, p. 57.

⁴ F. FUREDI, *The Culture of Fear: Risk Taking and the Morality of Low Expectation*, London, Cassel, 2002.

⁵ Ce phénomène, entretenu par la permanence des menaces, notamment terroristes, s'observe d'ailleurs essentiellement dans les sociétés industrialisées, centrées sur l'acquisition et la jouissance de biens matériels et qui, parallèlement, promeuvent les valeurs de l'individualité : E. GLEYZE, *Peurs et risques contemporains, Une approche pluridisciplinaire*, Conférences universitaires de Nîmes, Paris, L'Harmattan, 2006, p. 13.

⁶ J. SALMON (dir.), *Dictionnaire de droit international public*, Bruxelles, AUF, Bruylant, 2001, v. « Migration ».

⁷ Cf. *infra*.

⁸ Le terme recouvre donc, selon les définitions, les migrations temporaires et permanentes, que ces dernières s'effectuent à l'aide d'un document légal de voyage (visa, titre de séjour, statut de réfugié) ou de manière illégale (étranger en situation irrégulière). Le terme « migrant » peut également être utilisé dans les situations de flux migratoires mixtes (migrants volontaires et forcés empruntant les mêmes routes migratoires).

⁹ Convention relative au statut des réfugiés, signée à Genève le 28 juillet 1951, entrée en vigueur le 22 avril 1954, article premier, section A, § 2.

réfugié. Malgré l'assimilation fréquente de ces deux termes, le demandeur d'asile n'est pas, à ce stade, formellement reconnu comme réfugié.

La « personne déplacée » renvoie à différentes catégories de migrants selon les définitions, en pratique plus nombreuses et souvent moins bien protégées par le droit. Le principal trait commun à ces définitions se caractérise par la fuite du lieu de résidence habituelle, mais sans que la personne puisse prétendre au statut de réfugié¹⁰.

À l'issue de ces premières précisions terminologiques, l'expression « *crise des réfugiés et des déplacés* » peut laisser perplexe : il semble que l'expression « crise » désigne plus la situation de migration – dans ses causes (conflits armés, raisons économiques...), les moyens mis en œuvre (passeurs, traites d'individus...) et ses conséquences (instauration de « jungles », délit de solidarité...) – que les personnes en elles-mêmes. La « crise » peut également renvoyer au statut juridique qui s'attache à ces individus.

Selon le rapport annuel du Haut Commissariat pour les réfugiés, le nombre de personnes déracinées (réfugiés, demandeurs d'asile, déplacés internes) dans le monde en 2015 a atteint le seuil historique de 65,3 millions de personnes¹¹ (soit l'équivalent de la population française). Tout en conservant une méfiance de mise vis-à-vis des chiffres, il est cependant possible de constater que la tendance au déracinement s'accroît. Cette tendance, relevée sur plusieurs années, pose la question des instruments juridiques prévus afin de répondre à ce phénomène, mais aussi de la protection concrète et actuelle de ces personnes. La recherche de prévision et, en parallèle, la réponse juridique immédiate en termes de protection constituent deux urgences à gérer *pour* et *par* le droit international, qui révèlent (ou qui créent) la « crise » du droit des réfugiés et des déplacés. En réalité, ce droit est par essence un droit de « crise ». À titre d'illustration, au lendemain de la Seconde Guerre mondiale, la communauté internationale fut confrontée à la présence sur le sol européen de plus de quarante millions de déplacés, et imaginait alors que cette « crise » serait rapidement réglée...

L'expression de « crise des migrants », reprise en droit international, illustre en réalité un choc de paradigmes entre d'un côté, la protection des droits humains – notamment la prohibition du renvoi vers un État où l'individu risque la torture ou un traitement inhumain ou dégradant – et, de l'autre, la compétence souveraine des États en matière de protection de leur population et d'accès à leur territoire, d'autant plus lorsqu'il est question d'enjeux sécuritaires¹².

L'objectif de cette étude est la présentation sommaire de quelques problématiques d'actualité concernant la notion de « crise » des migrations en droit international. Sans pouvoir prétendre ici à l'exhaustivité des questions, ni au traitement de celles sélectionnées, cette analyse démontre que, plus qu'une « crise des réfugiés », on constate une « crise du droit des réfugiés » et de sa mise en application. Deux

¹⁰ Cf. *infra*.

¹¹ HCR, Rapport statistique annuel, *Global trends, Forced displacement in 2015*, 20 juin 2016.

¹² O. DELAS, *Le principe de non-refoulement dans la jurisprudence internationale des droits de l'homme : De la consécration à la contestation*, Bruxelles, Bruylant, coll. « Mondialisation et droit international », 2011.

domaines sont particulièrement en tension : l'identification du réfugié (I) et l'effectivité du droit des réfugiés (II).

I. – LA « CRISE » DANS L'IDENTIFICATION DES MIGRANTS A PROTEGER

Face à une multiplication des facteurs de migrations forcées, la question de l'obsolescence de la Convention de Genève de 1951 est aujourd'hui largement traitée¹³. L'octroi du statut protecteur prévu par ce texte est en effet subordonné à la réunion de plusieurs éléments : il faut d'abord franchir une frontière internationale (A), et correspondre aux motifs de migration limitativement énoncés par le texte (B).

A. – *L'absence de franchissement d'une frontière internationale : le cas des personnes déplacées à l'intérieur de leur propre pays*

Les « *personnes déplacées à l'intérieur de leur pays* », plus couramment appelées « *personnes déplacées* » ou « *déplacés internes* » sont « *des personnes ou des groupes de personnes qui ont été forcés ou contraints à fuir ou à quitter leur foyer ou leur lieu de résidence habituel, notamment en raison d'un conflit armé, de situations de violence généralisée, de violations des droits de l'homme ou de catastrophes naturelles ou provoquées par l'homme ou pour en éviter les effets, et qui n'ont pas franchi les frontières internationalement reconnues d'un État* »¹⁴. Leur protection juridique internationale s'est construite lentement (1) – en dehors de la Convention de 1951 qui ne les inclut pas dans son champ d'application – et de manière largement opérationnelle (2).

1. – *La lente construction d'une réponse normative à la « crise » du déplacement interne*

Les causes du déplacement interne – souvent similaires à celles de la fuite hors de l'État – sont nombreuses : conflit armé, violations des droits de l'homme, catastrophe naturelle, etc.¹⁵. Le déplacement implique de graves conséquences. Pour les populations en fuite, il amène souvent la destruction des structures sociales et familiales, de manière non discriminée. Mais le déplacement déstabilise également les populations des régions vers lesquelles il s'opère¹⁶. L'installation de migrants peut constituer un élément perturbateur puisque les camps s'implantent sur le territoire de la population locale, dérangée dans son environnement habituel. Les structures sociales deviennent inadaptées, comme notamment les écoles ou l'accès à emploi.

¹³ Cf. A.-M. TOURNEPICHE (dir.), *La Convention de Genève du 28 juillet 1951 relative au statut des réfugiés à l'épreuve du temps*, Paris, Pedone, coll. « Droits européens », 2014.

¹⁴ Principes directeurs relatifs au déplacement de personnes à l'intérieur de leur propre pays, E/CN.4/1998/53/Add.2, 11 février 1998, « Introduction », § 2.

¹⁵ J. KELLENBERGER, *Déclaration relative aux activités menées par le CICR en faveur des personnes déplacées en Colombie*, 5 septembre 2007 : « *Les menaces de mort, les affrontements armés, le décès de proches et l'enrôlement forcé de mineurs sont à l'origine du déplacement constant de la population civile dans différentes régions du pays.* »

¹⁶ Les Nations unies relèvent la vulnérabilité de la population d'accueil en 2007, lors de discussions au sein du Comité des droits de l'homme et de la Brookings Institution.

Bien que les déplacements forcés à l'intérieur d'un pays aient fait partie intégrante de l'émergence de l'État-nation et de ses frontières, le sort des personnes déplacées n'est abordé dans une réglementation spécifique qu'à partir des années 1990. En effet le principe de non-ingérence dans les affaires d'un État a longtemps fait de la souveraineté un rempart contre les interventions externes pour venir en aide à ces personnes. À l'abri des yeux du monde extérieur, elles étaient souvent dénuées de protection et d'assistance fondamentales¹⁷, soit que l'État soit incapable de les protéger, soit qu'il soit lui-même leur persécuteur. L'issue de la Guerre froide marque le début de l'intervention de la communauté internationale, laquelle admet progressivement que le franchissement d'une frontière n'est plus un critère déterminant la nécessité d'une protection. La fonction de Représentant du Secrétaire général pour les déplacés internes et le Bureau de la coordination des affaires humanitaires des Nations unies sont créés en 1992¹⁸ en relais des premières initiatives envers les civils déplacés, qui se trouvent dans l'engagement de terrain : le Comité International de la Croix-Rouge (CICR), le Haut Commissariat des Nations unies pour les réfugiés (HCR), le Fonds des Nations unies pour l'enfance (UNICEF), parfois l'Organisation du traité de l'Atlantique nord (OTAN) ou d'autres groupements militaires, sont les premiers acteurs de la protection de ces personnes. « *Le concept de personne déplacée a donc été forgé dans un contexte où la pratique et l'urgence dominaient* ». ¹⁹

La véritable avancée juridique est incarnée par les principes directeurs relatifs aux personnes déplacées à l'intérieur de leur propre pays²⁰, présentés en 1998. Instrument de *soft law*, ils compilent des règles applicables pour assurer les droits et garanties des personnes déplacées dans toutes les phases de leur déplacement. Si, contrairement aux réfugiés, les personnes déplacées ne font pas l'objet d'une convention internationale spécifique, elles sont cependant protégées par diverses branches du droit : droit international humanitaire, droits de l'homme, droit national de l'État concerné trouvent notamment application à leur situation. Les principes directeurs ne construisent pas de régime juridique novateur, ni de véritable statut juridique de la personne déplacée. Ils constituent des lignes de conduite qui visent à orienter l'action des acteurs de la protection, notamment les gouvernements, les organisations internationales, voire toute autre partie concernée par la fourniture d'aide aux personnes déplacées²¹. Cependant, la normativité des principes exposés dans ce texte est en construction. D'abord, les États ayant ratifié les documents relatifs aux droits de l'homme et au droit humanitaire sur lesquels reposent les principes directeurs se trouvent engagés par les principes correspondants.

¹⁷ K. HAKATA, « Vers une protection plus effective des personnes déplacées à l'intérieur de leur propre pays », *RGDIP*, n° 3, 2002.

¹⁸ United Nations Office for the Coordination of Humanitarian Affairs (UNOCHA) depuis 1997.

¹⁹ C. DUBERNET, « Du terrain au droit, du droit sur le terrain ? Origines et trajectoires du label "déplacé interne" », TERRA-Ed., septembre 2007, <http://terra.rezo.net/article670.html>.

²⁰ Principes directeurs relatifs aux personnes déplacées à l'intérieur de leur propre pays, E/CN.4/1998/53/Add.2, 11 février 1998.

²¹ *Ibid.*, Introduction, § 3.

Progressivement, les principes directeurs sont intégrés tant au niveau des textes des organisations internationales²² et régionales²³ que dans ceux au niveau national²⁴. En 2007, l'Assemblée générale des Nations unies accueille avec satisfaction non seulement « *le fait qu'un nombre croissant d'États, d'organismes des Nations unies, d'institutions régionales et d'organisations non gouvernementales les appliquent en tant que norme* », mais encourage également « *tous les acteurs concernés à faire usage des principes directeurs lorsqu'ils traitent de déplacement interne* »²⁵. Enfin, les principes directeurs inspirent largement la Convention de l'Union africaine sur la protection et l'assistance aux déplacés internes en Afrique (Convention de Kampala) de 2009, entrée en vigueur en 2012²⁶.

²² En 2000, une résolution du Conseil de sécurité des Nations unies signale que « *les agences des Nations unies, les organisations régionales et non gouvernementales, en coopération avec les gouvernements des pays d'accueil, ont recours aux principes directeurs relatifs au déplacement de personnes à l'intérieur de leur propre pays, notamment en Afrique* » : Résolution 1286 du Conseil de sécurité, relative au Burundi, du 19 janvier 2000. En 2005, la Commission des droits de l'homme exprime « *son intérêt pour les principes directeurs relatifs au déplacement de personnes à l'intérieur de leur propre pays en tant qu'outil important pour traiter des situations de déplacement interne* ». Elle s'est également félicitée de « *la diffusion, la promotion et l'application des principes directeurs* » et a encouragé « *la poursuite de la diffusion et de la promotion des principes directeurs* » : Commission des droits de l'homme du 31 décembre 2004, 2004/55, E/CN.4/2005/84.

²³ On trouve notamment des références aux principes directeurs dans les résolutions, les recommandations et les rapports adoptés par les organisations suivantes : la Communauté économique des États d'Afrique de l'Ouest, qui a invité ses États membres à les appliquer et à les diffuser ; l'Autorité intergouvernementale pour le développement (Corne de l'Afrique), qualifiant, dans une déclaration ministérielle, les principes directeurs d'« *outil utile* » dans le développement des politiques nationales sur les déplacements internes. L'Organisation des États américains reconnaît elle aussi les principes directeurs, et l'Organisation pour la sécurité et la coopération en Europe et le Conseil de l'Europe les considère comme « *un cadre utile pour le travail de l'OSCE* » pour faire face aux déplacements internes. L'Assemblée parlementaire du Conseil de l'Europe, de même que le Comité des ministres ont insisté pour que les États membres intègrent les principes directeurs dans leur législation nationale.

²⁴ En Angola, le Gouvernement a transposé les principes directeurs dans sa loi relative à la réinstallation afin de guider les retours des personnes déplacées après la guerre civile. La Cour constitutionnelle colombienne a cité les principes directeurs comme base de certains jugements relatifs aux personnes déplacées. Au Pérou, en 2004, le Congrès a adopté une loi fondée sur les principes directeurs qui prévoit des prestations en nature pour les personnes déplacées. Aux États-Unis, l'agence américaine pour l'aide extérieure (USAID), a publié un document destiné à guider sa politique d'assistance envers les personnes déplacées, en faisant référence aux principes directeurs comme « *cadre de réponse* ».

²⁵ Résolution de l'Assemblée générale des Nations unies du 18 décembre 2007, A/RES/62/153, § 10.

²⁶ La Convention de Kampala a été adoptée en octobre 2009, 37 des 54 États membres de cette organisation régionale y ayant adhéré depuis. Pour entrer en vigueur, ce traité devait être ratifié par au moins 15 d'entre eux. Le 6 novembre 2012, le Swaziland est devenu le 15^e pays africain à présenter officiellement sa ratification au président de la Commission de l'Union africaine (UA), permettant ainsi à la Convention d'entrer en vigueur.

2. – La recherche d'effectivité d'une réponse opérationnelle à la crise du déplacement interne

L'assurance d'une protection effective passe aussi, au-delà d'une formulation des règles applicables, par une recherche d'efficacité dans l'application concrète de ces règles. Ainsi, sur le plan institutionnel, l'accent est mis sur la recherche d'efficacité de l'intervention des différents acteurs de la protection. Le premier acteur de la protection est l'État concerné par le déplacement, mais en cas de défaillance de celui-ci, et conformément au principe de responsabilité de protéger, la communauté internationale doit intervenir pour combler les lacunes dans la protection.

Au niveau international, aucune agence des Nations unies, ni aucune organisation intergouvernementale ou non gouvernementale ne sont seules responsables de la protection des personnes déplacées. L'approche concertée (*collaborative approach*) constituait la réponse institutionnelle classique au déplacement interne. Celle-ci comprend des agences onusiennes et non onusiennes, gouvernementales et non gouvernementales, qui travaillent de manière coopérative afin de faire face aux besoins des personnes déplacées. Cependant, les responsabilités étaient floues et la collégialité est inexistante. Suite à la crise du Darfour et au tsunami en Asie du Sud-Est, une réforme humanitaire, lancée en 2005 par le Coordonnateur des Secours d'urgence, vise à accroître la prévisibilité, la rapidité et l'efficacité des interventions en cas de crise humanitaire, en insistant sur la responsabilité, et avec un partenariat renforcé entre les Nations unies et les organisations non gouvernementales. En effet, cette réforme cherche à apporter une réponse globale au problème de financement humanitaire et à celui de la capacité d'intervention, tout en assurant une meilleure coordination des actions humanitaires. Elle cherche à atteindre plus de bénéficiaires avec une réponse compréhensible, efficace, rapide et basée sur les besoins. Elle prévoit notamment une approche sectorielle, qui consiste en une division du travail (*cluster approach*) au sein des Nations unies et entre les autres agences humanitaires. L'approche de responsabilité sectorielle suppose, dans les situations résultant d'un conflit ou de catastrophes naturelles, d'identifier clairement le leadership pour différents secteurs ou « groupes », et de désigner un organisme responsable pour chacun d'entre eux dans lequel des lacunes systémiques existent. Depuis 2005 et dans le cadre de l'approche de responsabilité sectorielle, le HCR joue le rôle de chef de file²⁷ relativement à la protection des déplacés internes victimes d'un conflit armé, mais aussi relativement à l'hébergement d'urgence et à la gestion des camps.

B. – Des motifs de migration non reconnus

Le bénéfice de la protection prévue par la Convention de 1951 est subordonné à la réunion de plusieurs éléments : il faut une crainte fondée de persécution, laquelle doit se baser sur les motifs limitativement énumérés par l'article 1^{er}. La « crise »

²⁷ La notion de chef de file désigne une organisation qui, dans une situation humanitaire, mobilise toutes les compétences, définit les tâches et distribue les responsabilités pour une gestion ordonnée et efficace. Celle-ci doit disposer de qualités de leader, de dialogue et de mobilisation, notamment en termes de ressources. Le chef de file est responsable devant le Coordinateur humanitaire, lui-même responsable devant le Coordinateur des secours d'urgence.

économique et la « crise » climatique ne constituaient pas des préoccupations contemporaines aux rédacteurs de la Convention à l'issue de la Seconde Guerre mondiale. C'est pourquoi le texte ne contient aucune référence aux migrants économiques et aux migrants environnementaux. Si les expressions « réfugié économique » et « réfugié climatique » sont largement utilisées dans certains discours médiatiques et politiques, c'est par abus de langage²⁸, qui entretiennent la confusion entre demande d'asile et immigration illégale²⁹. En effet, ces notions n'existent pas en droit des réfugiés³⁰. La « crise » de l'identification du réfugié interroge sur la protection des migrants pour raisons économiques et pour raisons environnementales (2), lesquels ne sont pas inclus dans le champ de la Convention de 1951 (1).

1. – Une inclusion pratiquement impossible dans la Convention de 1951

S'il n'y a pas de définition universellement acceptée de la persécution³¹, il est en revanche certain que le demandeur d'asile doit craindre avec raison d'être persécuté « du fait » de l'un des cinq motifs énumérés par la Convention (soit la race, la religion, la nationalité, l'appartenance à un groupe social et les opinions politiques). Un lien doit être établi entre la crainte de persécution et l'un de ces cinq motifs.

²⁸ Cf. dans ce sens : F. GEMENNE, *Géopolitique du changement climatique*, Paris, Armand Colin, 2009, p. 83.

²⁹ Par exemple, certains partis politiques suisses alertent sur l'existence de « faux réfugié » qui demandent l'asile pour profiter d'avantages fiscaux. Cf. en ce sens : Colloque Amnesty International, *Y-a-t-il de « faux » réfugiés ? La réalité de l'exil, la responsabilité des Etats*, Paris, 6 avril 2012 ; L. PARINI, « “La Suisse terre d'asile” : un mythe ébranlé par l'histoire », *Revue européenne de migrations internationales*, vol. 13, n°13-1, 1997, p. 62.

³⁰ La notion de « réfugié économique » constitue simplement une erreur juridique. Celle de « réfugié environnemental », officiellement apparue dans un rapport pour le Programme des Nations unies pour l'environnement de 1985, décrit « ceux qui sont forcés de quitter leur lieu de vie temporairement ou de façon permanente à cause d'une rupture environnementale (d'origine naturelle ou humaine) qui a mis en péril leur existence ou sérieusement affecté leurs conditions de vie » : il ne s'agit pas de réfugiés au sens de la Convention de 1951.

³¹ Les diverses tentatives de définition universelle ont rencontré peu de succès. Cf. en ce sens : Guide des procédures et critères à appliquer pour déterminer le statut de réfugié au regard de la Convention de 1951 et du Protocole de 1967 relatifs au statut des réfugiés, HCR/1P/4/FRE/REV.1, UNHCR 1979 Réédité, Genève, janvier 1992, § 51. Au niveau européen, l'article 9.1 de la Directive 2011/95/UE du Parlement européen et du Conseil du 13 décembre 2011 concernant les normes relatives aux conditions que doivent remplir les ressortissants des pays tiers ou les apatrides pour pouvoir bénéficier d'une protection internationale, à un statut uniforme pour les réfugiés ou les personnes pouvant bénéficier de la protection subsidiaire, et au contenu de cette protection (Directive qualification) référence les actes de persécution pris en considération pour obtenir le statut de réfugié : « Les actes considérés comme une persécution au sens de l'article 1A de la convention de Genève doivent: a) être suffisamment graves du fait de leur nature ou de leur caractère répété pour constituer une violation grave des droits fondamentaux de l'homme, en particulier des droits auxquels aucune dérogation n'est possible en vertu de l'article 15, paragraphe 2, de la convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, ou b) être une accumulation de diverses mesures, y compris des violations des droits de l'homme, qui soit suffisamment grave pour affecter un individu d'une manière comparable à ce qui est indiqué au point a) ».

La « persécution économique » et la « persécution climatique » n'étant pas explicitement prévues, on peut s'orienter vers la persécution en raison de « *l'appartenance à un certain groupe social* », motif le plus susceptible d'accueillir ces types de requérants. Cette extension du statut conféré par la Convention n'est théoriquement pas aberrante si l'on considère que la qualité de réfugié dépend moins de la définition qui en est donnée par l'article premier que de la procédure de « *détermination d'éligibilité* »³². En effet, comme l'a reconnu l'Assemblée parlementaire du Conseil de l'Europe en 1976, « *l'éligibilité à ce statut dans tel ou tel cas est déterminée selon des modalités très différentes d'un État à l'autre* »³³. Par exemple, en France, l'Office français de protection des réfugiés et apatrides (OFPRA) est seul compétent pour instruire les demandes d'asile, ses décisions étant susceptibles de recours devant la Cour nationale du droit d'asile. Ce constat de la dissémination des autorités se prononçant chacune isolément sur l'éligibilité au statut de réfugié a d'ailleurs conduit à des processus d'harmonisation. Au niveau européen, l'objectif d'un régime d'asile européen commun vise la mise en place d'une procédure d'asile commune et un statut uniforme valable dans toute l'Union, servi par un ensemble de textes³⁴.

« *L'appartenance à un certain groupe social* » est le motif le moins explicite de l'article 1 A (2) de la Convention. En effet, le texte ne définit pas la notion et ne contient pas de liste spécifique de groupes sociaux. Sans doute du fait de son impré-

³² R. GOY, « La jurisprudence française sur la qualité de réfugié », *AFDI*, vol. 7, 1961, p. 943.

³³ Recommandation 787 (1976), *Harmonisation de la pratique en matière d'éligibilité, conformément à la Convention de Genève de 1951 relative au statut des réfugiés, et au Protocole de 1967*, Doc. 3831, Rapport de la Commission de la population et des réfugiés, cons. 1.

³⁴ Voir par exemple : Directive 2001/55/CE du Conseil du 20 juillet 2001 relative à des normes minimales pour l'octroi d'une protection temporaire en cas d'afflux massif de personnes déplacées et à des mesures tendant à assurer un équilibre entre les efforts consentis par les États membres pour accueillir ces personnes et supporter les conséquences de cet accueil ; Règlement (CE) no343/2003 du Conseil du 18 février 2003 établissant les critères et mécanismes de détermination de l'État membre responsable de l'examen d'une demande d'asile présentée dans l'un des États membres par un ressortissant d'un pays tiers ; Directive 2003/9/CE du Conseil du 27 janvier 2003 relative à des normes minimales pour l'accueil des demandeurs d'asile dans les États membres ; Directive 2004/83/CE du Conseil du 29 avril 2004 concernant les normes minimales relatives aux conditions que doivent remplir les ressortissants des pays tiers ou les apatrides pour pouvoir prétendre au statut de réfugié ou les personnes qui, pour d'autres raisons, ont besoin d'une protection internationale, et relatives au contenu de ces statuts ; et sa refonte par la Directive 2011/95/UE du Parlement européen et du Conseil du 13 décembre 2011 concernant les normes relatives aux conditions que doivent remplir les ressortissants des pays tiers ou les apatrides pour pouvoir bénéficier d'une protection internationale, à un statut uniforme pour les réfugiés ou les personnes pouvant bénéficier de la protection subsidiaire, et au contenu de cette protection. Voir : J.-Y. CARLIER, « Réfugiés : Identification et statut des personnes à protéger, la directive de "qualification" », in F. JULIEN-LAFFERIERE, H. LABAYLE, Ö. EDSTRÖM (dir.), *La politique européenne d'immigration et d'asile : bilan critique cinq ans après le traité d'Amsterdam*, Bruxelles, Bruylant, 2005, p. 289-322.

cision, ce motif est invoqué de plus en plus fréquemment par les requérants prétendant au statut de réfugié³⁵. Si la notion « *fait progresser la compréhension de la définition du réfugié dans son ensemble* », elle ne doit pas non plus être considérée comme une catégorie « *fourre-tout* »³⁶. Par « *un certain groupe social* », on entend généralement des personnes appartenant à un groupe ayant la même origine et le même mode de vie ou le même statut social. Selon le HCR, « *le terme "appartenance à un certain groupe social" devrait plutôt être compris dans un sens évolutif, ouvert à la diversité et aux changements de nature des groupes dans différentes sociétés, ainsi qu'à l'évolution des normes internationales des droits de l'Homme* »³⁷. Cette exigence d'interprétation évolutive peut faire espérer l'inclusion des migrants économiques et environnementaux dans la notion de groupe social.

Le HCR propose de comprendre « *un certain groupe social* » comme « *un groupe de personnes qui partagent une caractéristique commune autre que le risque d'être persécutées, ou qui sont perçues comme un groupe par la société. Cette caractéristique sera souvent innée, immuable, ou par ailleurs fondamentale pour l'identité, la conscience ou l'exercice des droits humains* »³⁸. Le migrant pour raisons environnementales est donc rapidement exclu d'une telle définition³⁹. La « persécution » par les éléments n'est pas admise dans la mesure où le lien avec l'un des critères énoncés par la Convention fait défaut.

La question reste cependant ouverte pour les personnes économiquement défavorisées, qui pourraient être considérées comme appartenant au groupe social des démunis. On peut considérer, selon le *Guide des procédures et critères à appliquer pour déterminer le statut de réfugié au regard de la Convention de 1951 et du Protocole de 1967 relatifs au statut des réfugiés* du HCR, qu'ils ont « *un même statut social* » et que leur « *activité économique [...] voire [leur] existence même [...] en tant que tel, sont considérés comme un obstacle à la mise en œuvre des politiques gouvernementales* »⁴⁰. Par exemple, au Canada, la jurisprudence reconnaît « *les pauvres* » comme groupe social au sens de la Convention⁴¹. Cependant, dans un con-

³⁵ Principes directeurs sur la protection internationale, « L'appartenance à un certain groupe social » dans le cadre de l'article 1A(2) de la Convention de 1951 et/ou son Protocole de 1967 relatifs au statut des réfugiés, HCR/GIP/02/02, 8 juillet 2008, § 1.

³⁶ *Ibid.*, § 2.

³⁷ *Ibid.*, § 3.

³⁸ *Ibid.*, § 11.

³⁹ Le concept de « réfugiés environnementaux » (*environmental refugee*), officiellement apparu dans un rapport pour le Programme des Nations unies pour l'environnement de 1985, décrit « *ceux qui sont forcés de quitter leur lieu de vie temporairement ou de façon permanente à cause d'une rupture environnementale (d'origine naturelle ou humaine) qui a mis en péril leur existence ou sérieusement affecté leurs conditions de vie* ». Il ne s'agit pas de réfugiés au sens de la Convention de 1951.

⁴⁰ *Guide des procédures et critères à appliquer pour déterminer le statut de réfugié au regard de la Convention de 1951 et du Protocole de 1967 relatifs au statut des réfugiés*, HCR/IP/4/FRE/REV.1, UNHCR, 1979, réédité, Genève, janvier 1992, § 77, 78.

⁴¹ *Sinora, Frensel c. M.E.I.* (CFPI, 93-A-334), Noël, 3 juillet 1993 ; *Orélien c. Canada* (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration), [1992] 1 C.F. 592, où la demande d'asile était fondée sur l'appartenance au groupe social des « *pauvres et des déshérités de Haïti* ».

texte de crise, où même le demandeur d'asile entrant dans les critères de la Convention de 1951 connaît des difficultés à se voir reconnaître une protection efficace, l'inclusion des migrants pour raison économique et pour raison environnementale n'est pas envisageable.

2. – *Quelle protection pour ces migrants ?*

D'abord, il n'est pas inutile de rappeler que les migrants sont des êtres humains, et qu'à ce titre, ils doivent jouir de droits fondamentaux. Ils bénéficient ensuite, selon leur situation (conflit armé, âge, genre, *etc.*) d'un ensemble de droits accordés par des instruments juridiques variés. En droit international général, l'individu est essentiellement protégé par la médiation de son État de nationalité : l'effectivité de sa protection dépend des instruments de protection proposés par cet État. Cette démarche est nécessairement spécifique à chaque État, et ne permet pas une prise en considération globale de la situation de ces personnes. Se pose alors la question de l'opportunité et du fondement d'une protection particulière de ces groupes. La protection catégorielle des migrants économiques et des migrants environnementaux (a) peut être dépassée (b).

a. – *Une approche catégorielle*

La protection des personnes migrantes est actuellement abordée essentiellement sous le prisme de la catégorie. La migration pour raison économique et la migration pour raison environnementale en constituent des illustrations.

D'une part, concernant les migrations économiques, il convient tout d'abord de rappeler que les catégories de migrants ne sont pas toutes considérées comme source de « crise » : la problématique de la « mobilité des cerveaux » met ainsi en évidence le fait que les migrants diplômés du supérieur constituent une immigration économique choisie. La France a en ce sens instauré, en mars 2016, le dispositif du « *passport-talent* »⁴² destiné aux étrangers⁴³ souhaitant travailler en France plus de trois mois⁴⁴. La « crise » de l'immigration économique vise en réalité d'autres professions, souvent peu qualifiées. Cette désignation repose sur le postulat que l'immigration constitue un danger pour l'économie des États. Si de nombreux économistes récusent cette idée⁴⁵, l'appréhension de cette problématique passe aujourd'hui essentiellement par l'incitation des migrants potentiels à rester dans leur pays. À titre d'illustration, la Commission européenne a lancé un Fonds fiduciaire d'urgence en faveur de la stabilité et de la lutte contre les causes profondes de la migration irrégulière et du phénomène des personnes déplacées en Afrique, qui vise notamment à financer « *des programmes économiques ouvrant des perspectives d'emploi (...)* ».

⁴² Code de l'entrée et du séjour des étrangers et du droit d'asile, art. L313-20 à L313-22.

⁴³ Sauf citoyen d'un pays de l'Espace économique européen, Suisse, Algérien.

⁴⁴ Cette carte est délivrée dans plusieurs situations, notamment en cas de haute qualification, création d'entreprise ou investissement en France.

⁴⁵ Cf. en ce sens : J.-C. DUMONT, chef de la division des migrations internationales à l'OCDE, « L'Europe au défi des migrations », intervention dans l'émission radiophonique *L'Économie en question*, France Culture, 30 janvier 2016 ; A. EDO, F. TOUBAL, « L'immigration en France, quelles réactions des salaires et de l'emploi ? », *Lettre du Centre d'études prospectives et d'informations internationales*, septembre 2014.

Les actions pourraient en particulier contribuer à soutenir la réintégration des personnes de retour dans leurs communautés »⁴⁶.

D'autre part, les migrations climatiques, qui recouvrent des situations aussi variées que complexes⁴⁷, tels des événements climatiques extrêmes et soudains (comme les ouragans, incendies, inondations) mais aussi des dégradations progressives et lentes des écosystèmes (sécheresse, montée des eaux), concernent aujourd'hui environ 26 millions de personnes chaque année⁴⁸. Or, les migrants environnementaux ne remplissent pas non plus les critères de la définition du réfugié de la Convention de Genève de 1951⁴⁹. D'ailleurs, la plupart relève du déplacement interne⁵⁰. À l'échelle internationale, si la protection des migrants environnementaux est une préoccupation récurrente⁵¹ – par exemple, en 2007, le Conseil de sécurité des Nations unies affirme que l'impact des changements climatiques, notamment en termes de mouvements de populations, constitue une menace pour la paix et la sécurité internationale – il n'existe encore actuellement aucun texte universel contraignant. Des projets ambitieux se développent. Le Projet de Convention relative aux déplacés environnementaux⁵² présenté en 2008 constitue l'une des propositions de protection « clés en main » les plus abouties actuellement. Il propose une définition des déplacés environnementaux⁵³, et évoque des problématiques essentielles comme

⁴⁶ Commission européenne, *Fiche d'information*, « Un fonds fiduciaire d'urgence de l'Union européenne pour l'Afrique », Valletta, 12 novembre 2015.

⁴⁷ En 2007, le Groupe d'experts intergouvernemental sur l'évolution du climat a établi des liens entre les changements climatiques et les déplacements de populations.

⁴⁸ F. GEMMENES, « Que faire des déplacés environnementaux ? », *Journal de l'environnement*, 27 octobre 2015.

⁴⁹ Cf. *infra*.

⁵⁰ Y. TSUCHIDA, *Climate change, natural disasters, and human displacement*, UNHCR, EFMSV, octobre 2008.

⁵¹ Cf. en ce sens : Assemblée générale des Nations unies, 8 décembre 1988, *Assistance humanitaire aux victimes des catastrophes naturelles et situations d'urgence du même ordre*, A/RES/43/131 ; Conseil des droits de l'homme des Nations unies, « Droit de l'homme et changement climatique », 11^e session ordinaire du 2 au 18 juin 2009.

⁵² Projet de Convention élaboré par le CRIDEAU (Centre de recherche interdisciplinaire en droit de l'environnement, de l'aménagement et de l'urbanisme) et le CRDP (Centre de recherche sur les droits de la personne), équipes thématiques de l'OMIJ (Observatoire des mutations institutionnelles et juridiques), Faculté de droit et des sciences économiques de l'Université de Limoges, avec le concours du CIDCE (Centre international de droit comparé de l'environnement). M. PRIEUR, J.-P. MARGUENAUD, G. MONEDIAIRE, J. BETAÏLLE, B. DROBENKO, J.-J. GOUGUET, J.-M. LAVIEILLE, S. NADAUD, D. ROETS, « Projet de convention relative au statut international des déplacés environnementaux », *Revue européenne de droit de l'environnement (REDE)*, n° 4/2008, p. 381 et s. Dernière version du projet disponible sur www.cidce.org.

⁵³ Projet de Convention relative au statut international des déplacés environnementaux, Rapport explicatif, II. : « Le terme "déplacés", qui est utilisé par les plus hautes autorités et par la doctrine anglo-saxonne, a été choisi parce que : - il reflète davantage la diversité des causes et des modalités des déplacements environnementaux ; - il rend mieux compte du caractère non seulement personnel, mais surtout collectif et indifférencié des mouvements de population ; - il traduit mieux l'idée selon laquelle il ne s'agit pas d'une migration choisie, ni même décidée sous la contrainte des nécessités économiques : il s'agit au contraire d'une migration subie du fait d'une menace environnementale mettant inéluctablement en cause la

les situations d'urgence et l'installation des déplacés à long terme. La convention serait accompagnée de la création d'une agence mondiale pour les déplacés environnementaux, comprenant notamment un fonds mondial. Bien que prometteur, ce texte n'a une chance d'accéder à la normativité que si les États font preuve d'une volonté politique suffisante en ce sens. Or, l'exemple de la récente COP 21 montre une réticence étatique à prendre en compte la situation des migrants environnementaux : l'accord de Paris de décembre 2015 ne mentionne en effet les migrants que dans ses dispositions liminaires sous la forme d'un vaste « *considérant* »⁵⁴.

Il existe cependant des conventions sur les migrations environnementales à l'échelle régionale. Sur le continent africain, la Convention de l'Union africaine sur la protection et l'assistance aux personnes déplacées en Afrique du 22 octobre 2009 (Convention de Kampala) impose aux États africains d'assister les personnes déplacées, notamment du fait d'une catastrophe naturelle. Sur le continent européen, aucun texte contraignant ne protège directement les déplacés environnementaux. En 2012, la Norvège et la Suisse lancent l'Initiative Nansen, processus consultatif intergouvernemental visant à dégager un consensus entre États intéressés sur la meilleure manière de répondre aux effets migratoires des « *catastrophes naturelles lentes et soudaines* ». Un agenda pour la protection a été adopté et un mécanisme de suivi à cet effet, la plateforme sur les déplacements liés aux catastrophes, mis en place lors du Sommet humanitaire mondial à Istanbul, en mai 2016, et a entamé ses travaux en juillet 2016.

Enfin, certaines pratiques nationales offrent des pistes de réflexion originales pour une protection juridique des migrants environnementaux⁵⁵. En Norvège, Suède et Finlande, une protection subsidiaire est offerte aux individus qui se trouvent dans l'impossibilité de retourner dans leur pays d'origine en raison d'une catastrophe environnementale. En pratique, ces législations sont encore peu utilisées.

vie humaine (...) L'adjectif "environnementaux" a été préféré à "écologiques" ou "climatiques". (...) Les déplacés "climatiques" composent et composeront une forte proportion des déplacés environnementaux, mais il a été estimé opportun de faire bénéficier de la convention des déplacés pour des causes multiples autres que le changement climatique proprement dit (cf. préambule, 2^e considérant) (...) L'adjectif "écologiques", pris dans son acception scientifique, aurait pu avoir pour conséquence de dissimuler ou de minorer l'influence des activités humaines sur la disparition ou la dégradation des milieux de vie, facteurs de déplacements environnementaux. »

⁵⁴ « *Considérant que les changements climatiques sont un sujet de préoccupation pour l'humanité tout entière, les Parties devraient, lorsqu'elles prennent des mesures pour faire face à ces changements, respecter, promouvoir et prendre en considération leurs obligations respectives concernant les droits de l'homme, (...) des migrants, (...).* »

⁵⁵ Par exemple, l'Espagne a autorisé un certain nombre de travailleurs colombiens venant de régions affectées par des catastrophes naturelles à travailler temporairement sur son territoire. Ce programme pilote de migration temporaire permet aux travailleurs de suivre une formation sur place, et encourage des transferts de fond pour aider à la reconstruction et au développement local. L'idée est de diminuer temporairement la pression sur un environnement endommagé afin de contribuer à sa résilience.

b. – Un dépassement de l’approche catégorielle

La catégorisation qui conditionne la protection est largement infondée si l’on se place dans une approche en termes de besoins réels du migrant. Si les catégories de « réfugié », « personne déplacée », ou plus généralement de « migrant international » relèvent de définitions juridiques précises, il s’agit d’abstractions théoriques qui ne reflètent que très maladroitement la complexité de la réalité. C’est pourquoi dans les années 1990, en relation avec le développement du concept de sécurité humaine, axé sur les individus et leur sécurité, une conception plus pragmatique va être mise en lumière. Le concept de « migration forcée » concerne en effet non seulement les réfugiés au sens de la Convention de 1951, mais aussi les personnes déplacées en raison d’une catastrophe naturelle ou environnementale, chimique ou nucléaire, d’une famine ou de projets de développement⁵⁶. Un changement conceptuel s’amorce : la protection des migrants non réfugiés est désormais abordée⁵⁷.

Cette évolution est permise par une plus grande prise en compte de l’action sur le terrain⁵⁸. En effet, en 2007, rompant avec une longue tradition de catégorisation des individus, distinguant en particulier ceux entrant dans le statut de réfugié des autres, la XXX^e Conférence internationale de la Croix-Rouge et du Croissant-Rouge recommande d’adopter une approche globale du phénomène de migration, accordant la protection à la personne en se détachant de la prise en compte de son statut. Il s’agit de fournir une assistance humanitaire aux migrants vulnérables, quel que soit leur statut juridique⁵⁹, c’est-à-dire de faire primer les besoins réels du migrant sur la

⁵⁶ « What is a forced migration? », *Forced Migration Online*, consulté en ligne le 13 décembre 2011.

⁵⁷ Voir par exemple : X^e session de l’Assemblée générale de la Fédération internationale des Sociétés de la Croix-Rouge et du Croissant-Rouge, Genève, 1995, décision 12 : « Le travail de la Croix-Rouge et du Croissant-Rouge avec les migrants » ; XXVII^e Conférence internationale, Genève 1999, document de référence (*objectif 1.1 : la protection des victimes des conflits armés à travers le respect du droit international humanitaire ; objectif 3.1 : stratégie de partenariat pour améliorer les conditions de vie des personnes vulnérables*) ; Conseil des Délégués du Mouvement international de la Croix-Rouge et du Croissant-Rouge, Genève, novembre 2001, résolution 4 : « Action du Mouvement en faveur des réfugiés et des personnes déplacées à l’intérieur de leur propre pays » ; VI^e Conférence régionale européenne de la Croix-Rouge et du Croissant-Rouge, Berlin, avril 2002 ; VI^e Conférence régionale des Sociétés de la Croix-Rouge et du Croissant-Rouge de l’Asie et du Pacifique, Manille, novembre 2002 ; XVII^e Conférence interaméricaine de la Croix-Rouge, Santiago du Chili, avril 2003 ; X^e Conférence méditerranéenne, mars 2007, Athènes ; VII^e Conférence régionale européenne de la Croix-Rouge et du Croissant-Rouge, Istanbul, mai 2007 ; XVIII^e Conférence interaméricaine, Guayaquil, Équateur, juin 2007 ; 16^e session de l’Assemblée générale, Genève, Suisse, 20-22 novembre 2007, décision 12 : « Migration ».

⁵⁸ Souvent, on constate en effet que « les questions humanitaires s’infiltrent par le bas », les acteurs de terrain étant les mieux à même de connaître de la situation concrète des personnes dans le besoin : T. LINDE, « Humanitarian assistance to migrants irrespective of their status – towards a non-categorical approach », *International Review of the Red Cross*, vol. 91, n^o 875, septembre 2009, p. 570.

⁵⁹ *Ibid.*, p. 572. D’ailleurs, les principes généraux énoncés dans la Politique de la Fédération internationale des sociétés de la Croix-Rouge et du Croissant-Rouge en 2011 sont libellés dans la perspective de l’action plutôt que sur la base d’une typologie, faisant de la vulnérabilité une priorité, puisque le premier point énonce que l’action doit : « se concentrer sur les besoins

catégorie juridique à laquelle il appartient. Une solution de terrain peut alors prendre la forme d'une approche refusant toute classification juridique sur la base de critères stricts d'inclusion ou d'exclusion. Il s'agit de considérer la situation des migrants comme un ensemble de préoccupations, avec des caractéristiques semblables, qui se recoupent, mais dont aucune ne doit nécessairement être commune à tous⁶⁰. Ainsi, la vulnérabilité particulière et les besoins humanitaires constitueraient une ressemblance que l'on retrouve fréquemment chez les migrants dans leur ensemble⁶¹. Cette ressemblance s'illustre d'ailleurs dans le fait que la protection des migrations économiques et environnementales peut se recouper : certains pays ont mis en place des politiques de facilitation des migrations économiques, le plus souvent sous la forme de programmes de migrations temporaires de travailleurs, à l'attention d'États affectés par des dégradations de l'environnement. La Nouvelle-Zélande a ainsi signé avec le Tuvalu – archipel polynésien menacé de disparition en raison de la montée des eaux – un programme de migration saisonnière dans les secteurs agricoles et horticoles, ainsi qu'un programme d'immigration par quotas⁶².

II. – CRISE D'EFFECTIVITE DE LA PROTECTION DES PERSONNES MIGRANTES

Les drames actuels révèlent indéniablement la « crise » de l'effectivité de la protection des migrants : dès lors qu'il y a des naufragés, il y a ineffectivité de la protection. Si le droit international est chargé de cette protection, il y a alors ineffectivité de la norme. On l'a vu, la norme n'existe pas pour tous les types de migrants (*cf.* personnes déplacées qui ne disposent pas d'instrument universel contraignant de protection ; migrants pour raisons économiques). Dans les cas où elle existe, on peut parfois constater un défaut d'effectivité comme l'illustrent par exemple le principe de non-refoulement (A), ou encore à la question de la répartition de la charge du réfugié (B).

et la vulnérabilité des migrants » : « Vue d'ensemble de la Politique de la Fédération relative à la migration », note d'orientation, Migration, 2011.

⁶⁰ Voir L. WITTGENSTEIN, *Investigations philosophiques (Philosophische Untersuchungen)*, Paris, Gallimard, 1953, § 66-67, où l'auteur développe le concept de « ressemblances familiales » en philosophie du langage. « *Ce que le nom abstrait indique est bien une affinité entre des objets, mais cette affinité ne consiste pas nécessairement en ce qu'ils aient en commun une propriété ou une partie constitutive. Il se peut qu'elle relie les membres comme les maillons d'une chaîne, de sorte qu'un membre est apparenté à l'autre à travers des membres intermédiaires ; et il se peut également que deux membres immédiatement voisins aient en commun certains traits, ou soient semblables l'un à l'autre, tandis que des membres plus lointains n'aient plus rien en commun et appartiennent toutefois à la même famille [...]* ».

⁶¹ T. LINDE, « Humanitarian assistance to migrants irrespective of their status – towards a non-categorical approach », *International Review of the Red Cross*, vol. 91, n° 875, septembre 2009, p. 573.

⁶² Observatoire européen de l'Espace de Liberté, de Sécurité et de Justice au service des citoyens, Etude approfondie, *Changement climatique : un autre regard sur les migrations*, EU-LOGOS ATHÉNA, décembre 2015, p. 54.

A. – Le non-refoulement des réfugiés, un concept négatif

La définition du principe de non-refoulement⁶³ se retrouve dans la Convention de Genève de 1951 relative au statut des réfugiés, dont l'article 33 – d'ailleurs repris par l'article 18 de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne – énonce : « *Aucun des États contractants n'expulsera ou ne refoulera, de quelque manière que ce soit, un réfugié sur les frontières des territoires où sa vie ou sa liberté serait menacée en raison de sa race, de sa religion, de sa nationalité, de son appartenance à un certain groupe social ou de ses opinions politiques* »⁶⁴. Le principe du non-refoulement, qui dispose d'une assise coutumière en tant que principe autonome et en tant que composante de la prohibition de la torture⁶⁵, permet de garantir un accès effectif aux procédures d'asile : les États parties ont l'obligation d'enregistrer toute demande formulée par un demandeur d'asile se présentant à ses frontières, même de façon illégale – à l'exception des cas spécifiques visés par l'article 33-2 de la Convention de 1951⁶⁶.

Le principe de non-refoulement souffre cependant de critiques tant d'un point de vue conceptuel que d'un point de vue pratique. D'une part, le principe de non-refoulement ne touche en réalité qu'une petite partie des migrants. En effet, s'il empêche l'État de renvoyer des réfugiés, il ne donne en revanche pas droit à l'accès sur le territoire des États. Si l'article 14 de la Déclaration universelle des droits de l'homme donne droit de « chercher asile », elle ne donne pas le droit de l'obtenir... ce qui explique « *l'infirmité congénitale* »⁶⁷ de la Convention de 1951 qui ne prévoit aucune obligation pour l'État d'accorder l'asile⁶⁸. Le non-refoulement est donc un concept négatif en ce qu'il implique une obligation d'abstention de la part de l'État, et

⁶³ F. BOUCHET-SAULNIER (F.) (dir.), *Dictionnaire pratique du droit humanitaire*, Paris, La Découverte, 4^e éd. mise à jour et augmentée, 2013, p. 660, v. « Refoulement » : « *une mesure qui consiste à interdire, à la frontière, l'entrée sur le territoire national à un étranger qui n'y est pas déjà régulièrement installé* ».

⁶⁴ Convention relative au statut des réfugiés, signée à Genève le 28 juillet 1951 et entrée en vigueur le 22 avril 1954, art.33. Le principe est notamment repris en droit de l'Union européenne : il est explicitement cité par l'article 78 du Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne et par l'article 18 de la Charte des droits fondamentaux de l'Union Européenne qui renvoient à la protection internationale prévue par la Convention de 1951.

⁶⁵ Assemblée générale des Nations unies, Comité exécutif du programme du Haut Commissaire, « Note sur la protection internationale » du 13 septembre 2001, document A/AC.96/951, §16, p. 6.

⁶⁶ « *Le bénéfice de la présente disposition ne pourra toutefois être invoqué par un réfugié qu'il y aura des raisons sérieuses de considérer comme un danger pour la sécurité du pays où il se trouve ou qui, ayant été l'objet d'une condamnation définitive pour un crime ou délit particulièrement grave, constitue une menace pour la communauté dudit pays* ». De plus, la garantie de l'accès à la procédure d'asile ne préjuge pas de son succès : la demande pourra toutefois être refusée si le demandeur n'entre pas dans le champ matériel du régime applicable, tel qu'il est défini par l'article 1^{er} de la Convention de 1951.

⁶⁷ V. CHETAİL, « Le principe de non-refoulement », *La convention de Genève du 28 juillet 1951 relative au statut des réfugiés 50 ans après : bilan et perspectives*, Bruxelles, Bruylant, 2001, p. 5.

⁶⁸ Si le Préambule de la Convention y fait référence, c'est pour évoquer « *les charges exceptionnellement lourdes (qui) peuvent résulter de l'octroi de l'asile* »...

non un devoir d'agir pour l'établissement stable dans l'État de refuge. Ainsi le principe n'implique pas une autorisation d'accès au territoire, et, encore moins, l'organisation d'un acheminement de l'individu vers l'État susceptible de lui offrir une protection. Le droit international échoue à offrir un parcours de transit sûr vers le pays d'accueil. Le droit international applicable à ce transit, principalement le Protocole contre le trafic illicite de migrants additionnel à la Convention contre la criminalité transnationale organisée⁶⁹, approche la question d'un point de vue pénal, en criminalisant les activités des trafiquants sans chercher à créer des parcours de transit sûrs et légaux. C'est ainsi qu'une construction du droit international est, *de facto*, à la base des mouvements illégaux de migration, et des tragédies humaines qu'ils impliquent. Un autre exemple en ce sens est révélé par l'article 31 de la Convention relative au statut des réfugiés, lequel interdit toute sanction pénale à l'encontre des réfugiés entrés illégalement sur le territoire de l'État d'asile. Cela signifie que la personne qui parvient à entrer illégalement sur le territoire de l'État d'asile est protégée par la Convention, là où celle qui s'est présentée régulièrement aux autorités frontalières ne le sera pas⁷⁰. La Convention incite ainsi à la violation des règles d'entrée sur le territoire étatique, renforçant la vulnérabilité du migrant, notamment aux réseaux de passeurs. Le non-refoulement révèle un choc des paradigmes entre la protection des droits humains – notamment la prohibition du renvoi vers les États pratiquant la torture ou les traitements inhumains ou dégradants –, et la compétence souveraine des États en matière d'accès à leur territoire, lorsqu'il est question d'enjeux sécuritaires⁷¹. Le droit international fait donc ici partie du problème : instrument au service des États, il est lui-même générateur de « crise ».

D'autre part, d'un point de vue pratique, le principe de non-refoulement est atteint, en dépit des protestations d'instances internationales de protection⁷², par le développement de « murs anti-migrants » face à l'afflux massif de migrants en provenance de la Syrie, notamment en Espagne, en Bulgarie ou encore en Hongrie⁷³. Le texte de l'article 33 de la Convention de 1951 ne s'applique qu'aux réfugiés, et ne mentionne pas les demandeurs du statut. Cependant, en vertu du principe de bonne foi, codifié notamment à l'article 31 de la Convention de Vienne sur le droit

⁶⁹ Protocole contre le trafic illicite de migrants par terre, mer et air, additionnel à la Convention des Nations unies contre la criminalité transnationale organisée, New York, 15 novembre 2000.

⁷⁰ Cf. en ce sens N. ROBINSON, *Convention relating to the statute of refugees, its history, contents and interpretation*, Institut od jewich affairs, New York, 1953, p. 162-163 : « *if a refugee has succeeded in eluding the frontier guards, he is safe ; if he has not, it is his hard luck* ».

⁷¹ O. DELAS, *Le principe de non-refoulement dans la jurisprudence internationale des droits de l'homme : De la consécration à la contestation*, Bruxelles, Bruylant, coll. « Mondialisation et droit international », 2011.

⁷² Haut Commissariat des Nations unies pour les réfugiés, note de M. FLEMING, « Avec l'intensification des contrôles aux frontières par les États, le HCR appelle à mieux prendre en compte les personnes fuyant la persécution », 7 janvier 2011.

⁷³ Cf. notamment pour le cas de l'Espagne : Human Right Watch, « Espagne : Recours excessif à la force à Melilla », *Publication en ligne*, 22 octobre 2014 ; pour le cas de la Bulgarie : l'enquête menée par E. PERRIGUEUR, « Contre les migrants, un mur de barbelés fend la campagne bulgare », *Publication en ligne du journal Le Monde*, 11 mai 2015 ; pour le cas de la Hongrie : l'enquête menée par S. KAUFFMANN, « Le nouveau rideau de fer », *Publication en ligne du journal Le Monde*, 29 août 2015.

des traités de 1969, l'interprétation de cette disposition cardinale implique nécessairement l'extension du principe de non-refoulement aux demandeurs d'asile. Une interprétation différente la priverait de son effet utile dans la mesure où la qualité de réfugié existe avant sa reconnaissance formelle : « *une personne ne devient pas réfugiée parce qu'elle est reconnue comme telle, mais elle est reconnue comme telle parce qu'elle est réfugiée* »⁷⁴. Selon le HCR, le principe de non-refoulement s'applique ainsi aussi aux personnes qui répondent aux critères d'éligibilité exposés à l'article 1 de la Convention de 1951 mais dont le statut de réfugié n'a pas été officiellement reconnu⁷⁵. Cette interprétation permettrait de considérer les murs « anti-migrants » comme des faits internationaux illicites dans la mesure où, non discriminants, ils interdisent à toute personne, y compris les éventuels demandeurs d'asile, de solliciter une protection internationale. En vertu du droit de la responsabilité internationale, la constatation de ces faits illicites devrait entraîner leur cessation (et la garantie de leur non-répétition), et mettre à la charge des États incriminés une obligation de réparation des conséquences subies par la victime⁷⁶. Toutefois, leur sanction juridictionnelle est loin d'être évidente et la pratique démontre que les organes de protection des droits de l'homme saisis de telles situations s'attachent surtout à prévenir le refoulement en amont⁷⁷.

Il existe cependant des propositions visant à l'effectivité du principe de non-refoulement. Certains textes internationaux adoptés après 1951 ont levé l'ambiguïté sur le bénéficiaire du principe de non-refoulement en l'ouvrant à la « *personne* »⁷⁸, parfois même à la « *personne demandant l'asile* »⁷⁹. De nombreux États ont également consacré cette interprétation⁸⁰. On peut également évoquer la pratique des États-Unis qui ont depuis 1990 adapté le principe de non-refoulement aux déplacés

⁷⁴ *Guide des procédures et critères à appliquer pour déterminer le statut de réfugié au regard de la Convention de 1951 et du Protocole de 1967 relatifs au statut des réfugiés* HCR/IP/4/FRE/REV.1, UNHCR 1979 réédité, Genève, janvier 1992, Première Partie, §28. Cf. dans ce sens : F. JULIEN-LAFERRIERE, « Le traitement juridique des réfugiés et des demandeurs d'asile au point d'entrée », *RUDH*, 1990, p. 56.

⁷⁵ Cf. HCR, Comité exécutif, Conclusion No. 6 (XXVIII) – 1977 sur le non-refoulement, par. c), disponible à l'adresse <http://www.unhcr.org/refworld/docid/3ae68c43ac.html> ; Conclusion No. 79 (XLVII) – 1996 sur la protection internationale, par. j), disponible à l'adresse <http://www.unhcr.org/refworld/docid/3ae68c430.html> ; et conclusion No. 81 (XLVIII) – 1997 sur la protection internationale, par. i), disponible à l'adresse <http://www.unhcr.org/refworld/docid/3ae68c690.html>.

⁷⁶ CPJI, 13 septembre 1928, *Affaire de l'usine de Chorzów (Allemagne c. Pologne)*, série A, n° 17, p. 29.

⁷⁷ E. C. GILLARD, « There is no place like home: states' obligations in relation to transfers of persons », *Revue internationale de la Croix-Rouge*, CICR, Genève, vol. 90, n° 871, septembre 2008, p. 739-740.

⁷⁸ Cf. en ce sens : Comité des ministres du Conseil de l'Europe, Résolution 14 (1967) sur l'asile en faveur des personnes menacées de persécution, 26 juin 1967, § 2 ; Convention de l'OUA régissant les aspects propres aux problèmes des réfugiés en Afrique, 10 septembre 1969, art. II § 3.

⁷⁹ Cf. en ce sens : Assemblée consultative du Conseil de l'Europe, Recommandation 293 (1961) relative au droit d'asile ; 26 septembre 1961, art. 1§3.

⁸⁰ L. JEANNIN, M. MENEGHINI, C. PAUTI, R. POUPET, *Le droit d'asile en Europe. Étude comparée*, Paris, L'Harmattan, coll. « Logiques juridiques », 1999.

environnementaux : un « *statut de protection temporaire* » s'applique aux personnes dont l'État est dans l'incapacité de les protéger suite à un événement météorologique extrême qui vient perturber « *de manière substantielle mais temporaire* » les conditions de vie dans cet État. Ce statut n'autorise pas l'entrée de nouveaux migrants, mais les ressortissants de cet État présents sur le territoire américain ne peuvent plus faire l'objet d'une expulsion vers leur État d'origine jusqu'à ce que la situation soit considérée comme rétablie. En pratique, cette possibilité est effectivement admise⁸¹.

B. – La répartition de la « charge » des migrations

Le discours relatif à la « crise » des réfugiés accentue la perception du migrant, non comme une image de victime d'un drame humain, mais comme celle d'une charge pour l'État, son économie, son identité. Cette perception existait déjà au moment de la rédaction de la Convention de 1951, comme l'illustre la quatrième considérant de son Préambule qui considère que l'octroi de l'asile peut entraîner « *des charges exceptionnellement lourdes pour certains pays* ».

L'arrivée massive de personnes réfugiées peut perturber les structures de l'État d'accueil et la question de la répartition de cette « charge » est une question récurrente des instances internationales chargées de la protection des migrants. À ce titre, le Haut Commissariat pour les réfugiés a à plusieurs reprises réitéré l'objectif de partage effectif de la charge des réfugiés entre les États⁸². Présenté comme un impératif international⁸³ et érigé comme principe fondamental du droit des réfugiés⁸⁴, le principe de solidarité est souvent associé à la responsabilité de l'État. En effet, les États sont tenus de respecter les obligations nées de l'instrument conventionnel qu'est la Convention de 1951. Le lien entre le principe de solidarité internationale et répartition de la charge des réfugiés est explicite⁸⁵ et suppose que l'État d'accueil ne soit pas seul à supporter l'entière charge des réfugiés arrivant sur son territoire. La

⁸¹ Des décisions ont ainsi été prises en faveur de ressortissants du Honduras, du Nicaragua, d'Haïti, du Salvador, de la Somalie, du Soudan du Sud et plus récemment de la Syrie.

⁸² HCR, Déclaration de T. STOLTENBERG à la session extraordinaire du Comité exécutif du Programme du Haut Commissaire, Genève, 28 mai 1990 ; AGNU, Comité exécutif du Programme du Haut Commissaire, Suite donnée aux décisions de la 51^e session du Comité exécutif, 28 août 2000 ; AGNU, Comité exécutif du Programme du Haut Commissaire, 66^e session, Projet de budget-programme pour l'exercice biennal 2012/2013, 21 mars 2011, A/66/6/Sect.25.

⁸³ Comité exécutif du Programme du Haut Commissaire, Évaluation des besoins globaux, 29 mai 2009, EC/60/SC/CRP.14.

⁸⁴ HCR, Sous-comité de protection, Rapport de la réunion du groupe d'experts chargé d'examiner la question du refuge temporaire en cas d'arrivée massive de réfugiés, Genève, 21-24 avril 1981, 17 juillet 1981, EC/SCP/16/Add.1 : « *Si le principe du non refoulement est un principe fondamental le principe de la solidarité internationale l'est aussi. Un système de protection universelle applicable en cas d'arrivée massive de réfugiés ne pourra bien fonctionner qui si ces deux principes en deviennent les deux piliers* ».

⁸⁵ AGNU, Comité exécutif du Programme du Haut Commissaire, Suite donnée aux décisions de la 51^e session du Comité exécutif, 28 août 2000

solidarité internationale suppose ainsi une coopération entre les États dans la répartition de cette charge, d'ailleurs énoncée dans le Préambule de la Convention de 1951⁸⁶.

En pratique, la question de la répartition de la « charge » est particulièrement épineuse. Selon une analyse publiée par l'ONG Oxfam⁸⁷, en 2015, les six pays les plus riches de la planète – les États-Unis, la Chine, le Japon, l'Allemagne, la France et le Royaume-Uni – ont accueilli 2,1 millions de réfugiés et demandeurs d'asile, soit seulement 8,88 % du total mondial. Ces pays, qui représentent près de 60 % de l'économie mondiale, accueillent moins de 9 % du nombre total de réfugiés dans le monde. À l'inverse, la Jordanie, la Turquie, le Pakistan, le Liban, l'Afrique du Sud et le territoire palestinien occupé, qui pèsent pour moins de 2 % dans l'économie mondiale, en accueillent plus de 50 %, soit près de 12 millions de personnes.

Dès la fin des années 1980, le Conseil de l'Europe a affirmé la nécessité d'une coopération entre les États membres⁸⁸. Aujourd'hui, les débats houleux démontrent les limites des instruments dont dispose l'Union européenne⁸⁹. Le règlement Dublin III est une illustration de ce dysfonctionnement : parce qu'il rend responsable de l'examen de la demande d'asile l'État par lequel le demandeur d'asile est entré sur le territoire de l'Union européenne, il a pour effet de faire peser la charge des demandeurs et des réfugiés sur les États de la périphérie.

Si le Haut Commissariat pour les réfugiés engage les États parties à la Convention de 1951 à respecter le principe de la répartition de la charge des réfugiés⁹⁰, cet instrument ne consacre explicitement aucune obligation en la matière. Les États ne sont pas tenus de procéder à la réinstallation de réfugiés. En pratique, seuls quelques États participent aux programmes de réinstallation du HCR, comme les États-Unis d'Amérique, principal pays de réinstallation dans le monde, ou encore, notamment, l'Australie et le Canada. Le rôle catalyseur du HCR en matière de coopération à la répartition de la charge des réfugiés entre les États est une piste envisageable⁹¹, mais

⁸⁶ Dans le même sens, la Convention de l'OUA sur les aspects spécifiques du problème des réfugiés en Afrique de 1969 (art. 2 § 4) évoque un « *esprit de solidarité* ».

⁸⁷ OXFAM, « Un piètre accueil de la part des pays riches », note d'information, 18 juillet 2016.

⁸⁸ Conseil de l'Europe, *Le droit d'asile et les réfugiés : tendances actuelles et perspectives d'avenir*, Strasbourg, Conseil de l'Europe, 1987.

⁸⁹ La Directive 2001/55/CE-Règles pour l'octroi d'une protection temporaire en cas d'afflux massif de personnes déplacées et mesures tendant à assurer un équilibre entre les efforts consentis par les pays de l'Union européenne visait ainsi à harmoniser la protection temporaire pour les personnes déplacées en cas d'afflux massif.

⁹⁰ Comité exécutif du Programme du Haut Commissaire, Rapport intérimaire sur les consultations informelles concernant la fourniture d'une protection internationale à tous ceux qui en ont besoin, 25 mai 1998, EC/48, SC/CRP.32 : « *les États ont en règle générale approuvé la partage de la charge en reconnaissant qu'il relève de l'engagement commun qu'ils ont pris d'assurer une protection internationale* ».

⁹¹ AGNU, Comité exécutif du Programme du Haut Commissaire, Suite donnée aux décisions de la 51^e session du Comité exécutif, 28 août 2000, A/AC.96/936 : le Comité exécutif « *demande notamment au HCR de jouer son rôle de catalyseur afin de mobiliser l'assistance de*

nécessite une impulsion politique de la part des États d'un point de vue financier et matériel.

la communauté internationale pour s'attaquer aux problèmes de la dégradation de l'environnement dans les régions accueillant des réfugiés et des répercussions socio-économiques de la présence d'importantes populations réfugiées ».