



**HAL**  
open science

## La catégorisation du réfugié par la Convention de Genève de 1951 : Sésame, ouvre-toi !

Bérangère Taxil

### ► To cite this version:

Bérangère Taxil. La catégorisation du réfugié par la Convention de Genève de 1951 : Sésame, ouvre-toi!. Carole Billet; Estelle d'Halluin; Bérangère Taxil. La catégorisation des acteurs du droit d'asile, Mare & Martin Editions, 2021, Droit public, 978-2-84934-491-0. hal-04867296

**HAL Id: hal-04867296**

**<https://hal.science/hal-04867296v1>**

Submitted on 13 Jan 2025

**HAL** is a multi-disciplinary open access archive for the deposit and dissemination of scientific research documents, whether they are published or not. The documents may come from teaching and research institutions in France or abroad, or from public or private research centers.

L'archive ouverte pluridisciplinaire **HAL**, est destinée au dépôt et à la diffusion de documents scientifiques de niveau recherche, publiés ou non, émanant des établissements d'enseignement et de recherche français ou étrangers, des laboratoires publics ou privés.



Distributed under a Creative Commons Attribution - NonCommercial - ShareAlike 4.0 International License

# La catégorisation du réfugié par la Convention de Genève de 1951 : Sésame, ouvre-toi !

Bérangère TAXIL,  
*Professeure de droit international à l'Université d'Angers,  
membre du Centre Jean Bodin.*

## La genèse d'une catégorie (trop) restreinte

Faut-il revoir la catégorie conventionnelle qui définit « le » réfugié ? La question n'est pas nouvelle, et les réponses, évoluant avec le temps et la pratique, toujours aussi divisées<sup>1</sup>. Dans un contexte de migrations forcées massives, le droit d'asile fait figure de sésame, rare et précieux, trop sélectif aux yeux des demandeurs et de leurs accompagnants, trop attractif aux yeux des autorités de l'immigration, en perpétuelle crainte d'un « appel d'air » et qui préféreraient choisir  élus. « Le » réfugié est minoritaire parmi les demandeurs d'asile, et donc encore plus au sein des candidats à l'immigration, tous motifs confondus. En 2018, si la moyenne européenne est à 37 % de protection des demandeurs d'asile, en France le chiffre tombe à 28 %<sup>2</sup>.

« Le » réfugié est défini par l'article 1<sup>er</sup> de la Convention de Genève de 1951 sur le statut des réfugiés comme « toute personne » qui, « craignant

---

1. UNHCR, « interprétation de l'article 1 de la Convention de 1951 relative au Statut des Réfugiés », Genève, avril 2001, 25 pages. Les études et documents du HCR sont tous consultables en ligne ([www.refworld.org](http://www.refworld.org)).

2. Il s'agit des chiffres d'accords de protection de première instance. La moyenne européenne monte à 57 % après recours. Les chiffres de l'asile sont tous disponibles sur le site de statistiques de la Commission européenne, Eurostat (<https://ec.europa.eu/eurostat/web/asylum-and-managed-migration/data/database>).

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 déclamer de la protection de ce pays (...) ». Cette définition est-elle périmée ? Tout a déjà été écrit ou presque sur les limites de cette Convention de Genève, que ce soit par Karen Akoka<sup>3</sup> ou François Gemenne<sup>4</sup> chez les politistes, ou par Danièle Lochak<sup>5</sup> et Caroline Lantero<sup>6</sup> chez les juristes. Novatrice voire révolutionnaire à l'époque, elle serait dépassée, désuète, inadaptée aux temps modernes, du fait de sa forte contextualisation géopolitique aux temps de la guerre froide.

Pour la première fois, un traité international définissait la personne du réfugié, sans procéder par l'identification d'un groupe ni d'un contexte géopolitique spécifiques. Il ne s'agissait pas (pas seulement ! la nuance est d'importance) de réagir à une urgence où la violence politique aurait mené jusqu'aux frontières occidentales des exilés déchus de leur(s) droit(s) par leur État de nationalité. Danièle Lochak a fort bien expliqué la genèse historique d'une catégorie limitée, née en 1951, avec les conflits mondiaux et leurs persécutions de masse contre des civils. Jusqu'au xx<sup>e</sup> siècle, le réfugié (pas toujours nommé, le terme étant somme toute récent) était souvent un apatride banni pour des motifs politiques, et l'asile conférait exceptionnellement et diplomatiquement un droit de rester, sans nécessité d'établir un régime juridique durable pour ces personnes. L'entre-deux-guerres et ses « arrangements » prenait acte *a posteriori* de déplacements forcés de groupe, en identifiant des groupes à protéger : les russes blancs, les assyriens, les arméniens. « LA » Convention de Genève vient substituer une logique universaliste et individualiste à cette approche collective de groupes géopolitiquement déterminés. L'universalisation du réfugié élargit

---

3. K. Akoka, « Réfugiés ou migrants ? Les enjeux politiques d'une distinction juridique », *Nouvelle revue de psychosociologie*, 2018/1 (n° 25), p. 15-30.

4. F. Gemenne, « Une convention vaut mieux que deux tu l'auras », *Revue Projet*, 2017/3 (N° 358), p. 24-32.

5. D. Lochak, « Qu'est-ce qu'un réfugié ? La construction politique d'une catégorie juridique », *Pouvoirs*, 2013/1 (n° 144), p. 33-47.

6. C. Lantero, *Le droit des réfugiés, entre droits de l'homme et gestion de l'immigration*, Bruylant, Bruxelles, 2011, 613 pages.

donc le potentiel d'inclusion de « toute personne » dans cette catégorie (ou du moins semble-t-elle le faire), tandis que l'individualisation la limite (la situation de toute – donc de chaque – personne étant donc scrutée). Fondée pour la première fois sur le concept de persécution associé à la dimension prospective d'une crainte en cas de retour, la Convention catégorise par motif et non plus par provenance : elle énumère ainsi les cinq (et cinq seulement) motifs rendant éligibles à une protection.

Cependant, depuis l'origine, l'histoire de cette catégorie imparfaite est celle d'une universalisation et d'une abstraction partielles de l'identité du réfugié. Le consensus a été minimal (s'occuper des seules personnes réfugiées en Europe et avant 1951) et les négociations difficiles, malgré l'opportunité propice d'une période du « plus jamais ça ». Les riches travaux préparatoires fourmillent de déclarations d'États occidentaux très réticents à ouvrir leurs portes. Ainsi, la France a exigé que la Convention ne vise que les réfugiés « en Europe », et a obtenu partiellement satisfaction, via un amendement optionnel<sup>7</sup>. L'Italie, arguant déjà de difficultés économiques pour refuser d'accueillir davantage, était plutôt favorable à un accueil

---

7. Déclaration du plénipotentiaire français : « Une région du monde est mûre pour traiter, sur le plan international, le problème des réfugiés : c'est celui des réfugiés européens. On ne peut traiter tous les problèmes des réfugiés dans un même texte car on risquerait par-là de compromettre ce qui peut être fait au prix de ce qui ne le sera peut-être pas. La France, pour sa part, assume la responsabilité d'un trop grand nombre de réfugiés pour chercher à étendre son libéralisme dans la direction des parties du monde qui ne s'intéressent pas à la solution de ces problèmes. (...) En conclusion, M. Rochefort indique que c'est sur les instructions formelles de son gouvernement que la délégation française a présenté son amendement et qu'elle a le devoir de formuler une réserve sur la possibilité qu'aurait le Gouvernement français d'adhérer à la convention si le texte de son amendement n'y était pas incorporé. Il tient également à souligner qu'il lui semble préférable d'élaborer un texte permettant à des gouvernements comme la France de signer une convention couvrant 300 000 réfugiés que d'adopter une formule que son universalité rendrait inacceptable ou vaine » : Compte-rendu de plénipotentiaires sur le statut des réfugiés et apatrides, compte-rendu analytique de la dix-neuvième séance, AGONU, 26 novembre 1951, disponible sur le site web du HCR (<https://www.unhcr.org/fr/protection/travaux/4b151d1fe/conference-plenipotentiaires-statut-refugiés-apatrides-compte-rendu-analytique.html>).

non réciproque de réfugiés européens par le reste du monde<sup>8</sup>. Il apparaît clairement que les États avaient surtout en tête d'élaborer un régime juridique conférant des droits aux réfugiés déjà présents, mais nullement de se prononcer sur leur provenance ou leur destination, ni d'universaliser une catégorie du réfugié (point très discuté cependant). Si la situation des réfugiés palestiniens a régulièrement paralysé et parasité les débats, le reste du monde n'était évoqué que de manière anecdotique ; l'idée que des flux réfugiés puissent exister ailleurs qu'en Europe semblait presque fantaisiste aux États européens, renvoyant aux autres (à l'Amérique latine déjà décolonisée, en somme) le soin d'adopter des instruments nationaux ou régionaux. La Chine et ses déplacés était alors un non-sujet, du fait de la division entre les deux Chine et du principe de non-ingérence brandi par l'une comme l'autre.

Quant au caractère exhaustif des cinq motifs d'inclusion dans la catégorie, ils n'ont guère donné lieu à débat. Des évidences étaient assénées, qui résonnent singulièrement aujourd'hui : « il est bien évident que le paragraphe 2 ne s'applique pas à des réfugiés chassés de chez eux par des phénomènes naturels, car il est difficile d'imaginer que les incendies, les inondations, les tremblements de terre, les éruptions volcaniques, par exemple, font un choix parmi leurs victimes selon leur religion ou leurs opinions politiques. Ce paragraphe ne s'applique pas non plus à tous les événements qui sont l'œuvre des hommes. C'est ainsi qu'aucune

---

8. « Elle saisit l'occasion qui est maintenant offerte pour souligner qu'en Italie, où le problème des réfugiés revêt une gravité toute particulière en raison de l'excédent de la population et de l'importance du chômage, l'idée que la convention puisse être appliquée à tous les réfugiés du monde ne peut que susciter les plus vives inquiétudes. La suppression des mots "en Europe", qui limitent l'application de la convention à certaines catégories de réfugiés, donne au problème des proportions énormes que l'on ne saurait ni prévoir ni évaluer. En effet, si la convention vise des Européens désireux de s'établir dans des pays de civilisation occidentale d'outre-mer, les droits et les devoirs du réfugié et du pays d'accueil peuvent être délimités. Si, au contraire, les pays occidentaux – les seuls qui assumeront une obligation précise en signant la convention – doivent accueillir les victimes de mouvements nationaux tels que ceux qui se sont récemment produits dans l'Inde ou dans le Moyen-Orient, ils se trouveront devant des problèmes très graves et ne pourront faire face aux charges qu'entraînerait l'application de la convention sous sa forme actuelle » : *ibid.*

disposition ne prévoit le cas de réfugiés fuyant devant les hostilités, à moins qu'ils ne soient autrement couverts par l'article premier de la convention. »<sup>9</sup>

Nul n'imaginait la mondialisation des flux de réfugiés fuyant par millions qui allaient survenir sur les ruines d'États faillis ; la figure du réfugié s'est alors universalisée malgré la volonté originelle de la plupart des États rédacteurs de la Convention. Dès lors, les exclus de la catégorie sont évidemment bien plus nombreux et plus visibles aujourd'hui, pour des raisons multiples donc beaucoup sont extérieures à la définition conventionnelle elle-même. La juridicisation et la judiciarisation européennes des procédures et des voies de recours s'accompagnent d'une médiatisation importante de l'information. Surtout, les exclus sont visibles parce qu'ils arrivent irrégulièrement et forment une masse indéfinie rassemblée sous le vocable à connotation péjorative de « migrants » qui font peur<sup>10</sup>. Le droit hiérarchise, la politique et la presse divisent. Du fait de politiques migratoires restrictives, on blâme la seule catégorie restant qui donne droit au séjour : celle de la protection internationale.

Alors, faut-il remettre à plat la Convention de Genève ? On pourrait opposer des sociologues critiques appelant à une refonte du texte, à des juristes conservateurs d'un droit fondamental, précieux, si chèrement acquis. Mais ce serait caricatural : même les juristes ont souligné les nombreuses carences et limites d'une convention qui ne visait pas à donner un droit (et encore moins à « toute personne ») au franchissement des frontières. Et même les politistes les plus critiques ont conscience de la difficulté, voire de l'impossibilité, d'une refonte d'un statut international dans le contexte actuel. Reste que les discours s'opposent, sur la définition donnée par l'article 1A2 comme sur le reste de la Convention. Ainsi,

---

9. Déclaration d'Israël, visant à souligner et justifier le caractère non universel de la catégorie : compte-rendu analytique de la vingtième séance, 26 novembre 1951 (<https://www.unhcr.org/fr/protection/travaux/4b151d291d/conference-plenipotenciaires-statut-refugies-apatrides-compte-rendu-analytique.html?query=A/CONF.2/9>).

10. Voir E. Petit-Prevost-Weygand, « Migration liée à la peur et peur de l'immigration dans le cadre européen », in J. Reeves, A. Vitour, *Peur de la sanction et sanction de la peur*, LGDJ, 2019. Également <https://www.franceculture.fr/conferences/universite-dangers/migrations-de-la-peur-peur-des-migrations>.

François Gemenne dénonce le caractère réducteur d'une catégorisation impuissante à tenir compte de la complexité et de la variété des motifs de départs, ni vraiment contraints, ni vraiment choisis, de ceux que le HCR désigne comme « flux mixtes ». L'auteur souligne que « le besoin de simplification conduit à vouloir faire entrer les choses dans des catégories bien définies. Les distinctions sont nécessaires pour penser les migrations et pour organiser les politiques, mais elles sont souvent mal comprises : on tente de superposer des catégories juridiques avec des catégories empiriques ; on continue à employer toute une série de catégories profondément inadaptées aux migrations actuelles »<sup>11</sup>. Spécialiste des migrations environnementales, il souligne paradoxe et impuissance. D'un côté, « s'échiner à vouloir trier les migrations selon le motif sera de plus en plus artificiel, de plus en plus vain » ; de l'autre, « nous sommes ainsi tétanisés : nous avons fait de ce texte *ad hoc* un "talisman" intouchable, de crainte que, si jamais il était remis sur la table, on ne tente de s'en débarrasser »<sup>12</sup>. François Crépeau, qui fut rapporteur spécial de l'ONU sur les migrants (2011-2017), affirmait déjà en 1993 une « inadéquation flagrante » et un « impératif renouvellement » du droit international des réfugiés, devenu défaillant dans son double objectif de protection des intérêts des individus et de ceux des États<sup>13</sup>.

De leur côté, les organes de l'asile sont attachés à la défense d'un statut chèrement acquis. Ainsi, Philippe Leclerc, alors représentant du HCR en France, rappelait qu'« il est important de qualifier ce déplacement forcé. Au HCR, nous disons "réfugiés et migrants" lorsque nous pensons que

11. F. Gemenne, « Une convention vaut mieux que deux tu l'auras », *Revue Projet*, 2017/3 (n° 358) 24.

12. *Ibid.*, p. 31-32.

13. F. Crépeau, « L'impératif renouvellement du droit international des réfugiés », *RQDI*, 1993-1994, vol. 8, n° 1, p. 59-73. « On se rend compte à quel point le droit international des réfugiés a été conçu pour assurer la protection des États, de leur souveraineté territoriale et du contrôle de leurs frontières. La protection des réfugiés n'était assurée qu'à l'intérieur de balises étroites et précisément définies, géographiques et temporelles (par la suite abandonnées) mais aussi définitionnelles : la définition du réfugié est limitée par l'exigence d'une persécution et par une énumération rigide des causes de persécution admissibles. [...] Or, le droit international des réfugiés ne remplit plus adéquatement cette fonction de protection des États contre les flux d'étrangers indésirables », p. 61.

les deux groupes peuvent être présents, “réfugiés” pour les personnes qui fuient la guerre ou la persécution et “migrants” pour les autres. Cela ne veut pas dire que les autres causes de migrations, comme la désertification ou la grande pauvreté, ne sont pas graves. Mais le statut de réfugié a été trop difficile à créer pour qu’on risque aujourd’hui la confusion »<sup>14</sup>. Le discours vise à rappeler leur obligation de protection à des États frileux, jouant de la confusion croissante entre asile (qui exige – et rend donc rétroactivement licite – le franchissement d’une frontière) et immigration. Le premier est un droit pour les réfugiés, le second reste une prérogative souveraine des États. De son côté, Pascal Brice, alors directeur général de l’OFPPRA, allait donc dans le même sens : « le droit d’asile évolue, mais il reste le droit d’asile. La politique migratoire est, bien sûr, une vraie question, mais le débat la concernant est à mener de manière distincte. Chaque fois que l’on instille la confusion, c’est le droit d’asile qui en paie le prix à la fin. Je ne recommande à personne de rouvrir la Convention de Genève. Dans la situation actuelle, nous ne serions pas capables d’atteindre un tel niveau de protection »<sup>15</sup>.

Parce qu’elle est l’unique, on assigne trop de fonctions à cette convention à vocation universelle ; mais son objet se voulait très limité. Certes, la catégorisation conventionnelle du réfugié est discutable (I.). Mais les principales failles de la Convention ne se logent pas dans l’article premier. Malgré toutes ses imperfections, il tient la route (II.).

## I. Une catégorisation discutée : la Convention est limitée

Tant dans son contenu initial que dans son application actuelle, la Convention de Genève est critiquée. Bien des points sont problématiques, et on se cantonnera ici à la seule catégorisation de son premier article. Bien qu’il y en ait d’autres (C.), deux éléments paraissent les plus significatifs de ses limites actuelles, qui sont le concept de persécution (A.) et la méthode d’individualisation des craintes (B.).

---

14. P. Leclerc, « Migrants, réfugiés, même combat ? », *Journal Libération*, 15 septembre 2015, p. 22.

15. P. Brice, « L’asile, une affaire de droit », *Revue Projet*, 2017/3 (n° 358), p. 29.

## A. La notion de persécution au prisme du libéralisme

Politiquement et juridiquement, la notion de persécution, qui fonde le statut de réfugié, mène à une catégorisation discutée parce que sélective et partielle, évoluant au gré des relations (et tensions) diplomatiques entre États.

*Politiquement, d'abord.* La notion de persécution « permet de dénoncer les violences politiques commises par les gouvernements autoritaires contre leurs citoyens et de protéger leurs libertés politiques dans la lignée de l'héritage idéologique des Lumières, tourné vers un ordre libéral et démocratique qui dénonce la tyrannie mais néglige les injustices socio-économiques »<sup>16</sup>. L'octroi de l'asile peut mettre à mal des relations diplomatiques lorsque l'État d'accueil juge l'État d'origine comme oppresseur. Il a donc été un outil parmi d'autres de la guerre froide, les puissances occidentales accueillant facilement les anti-communistes de toutes provenances. Le réfugié protégé est donc à l'origine un homme, blanc, bourgeois, fuyant la révolution bolchévique et sa lutte des classes. Plusieurs auteurs ont déjà analysé les soubassements politiques d'une « catégorie qui se transforme sans cesse, au fil du temps, au gré des priorités politiques et des changements de rapports de force »<sup>17</sup>. Ainsi, Karen Akoka expose la pratique française de la Convention : « en France, il suffit, durant les années 1950-1970, d'être russe, hongrois, polonais, arménien ou tchécoslovaque, puis durant les années 1980 d'être cambodgien, laotien ou vietnamien, c'est-à-dire de quitter un régime communiste aux relations diplomatiques en tension avec la France, pour obtenir le statut de réfugié. Nul besoin d'être un dissident, d'évoquer un risque individuel de persécution ni même de cacher ses motivations économiques pour ces personnes, preuves vivantes de la supériorité du libéralisme et du capitalisme occidental sur l'idéologie communiste. Les dossiers individuels conservés aux archives de l'Ofpra montrent que le statut de réfugié leur est délivré même lorsqu'ils déclarent être venus en France pour travailler »<sup>18</sup>.

Et aujourd'hui ? Le droit de l'Union européenne a conforté cette approche. Les principes de solidarité et de reconnaissance mutuelle fondant

---

16. K. Akoka, *op. cit.*, p. 19.

17. *Ibid.*, p. 16.

18. *Ibid.*, p. 19.

la construction communautaire ont **mis un terme à** la catégorie juridique de réfugiés intra-européens. Il faut donc porter le regard plus loin, d'autant que l'universalisation de la provenance des demandeurs d'asile est devenue réalité. Géopolitique et droit restent évidemment mêlés. On a toujours du mal à accepter ceux qui fuient des démocraties (fussent-elles de façade) amies. En atteste le concept de pays d'origine sûrs et sa pratique française : les « migrants » provenant du Kosovo, d'Albanie, d'Arménie ou de la Géorgie seront alors considérés comme des « faux » réfugiés, et relégués dans la catégorie des indésirables migrants économiques.

*Juridiquement*, ensuite. La persécution, non définie par la Convention, est (plutôt difficilement) caractérisée par les lignes directrices du HCR comme une violation grave de droits fondamentaux<sup>19</sup>. Mais de quels droits parle-t-on ? Les lignes directrices du HCR et la pratique des organes de l'asile sont clairs, il s'agit des droits civils et politiques. Les juristes spécialistes des libertés dénoncent de longue date l'inégalité de fait, de ce côté du monde, entre les droits civils et politiques d'un côté, les droits économiques sociaux et culturels de l'autre, malgré un principe (restant largement théorique) d'indivisibilité<sup>20</sup>. Or, *o tempora o mores*, le droit d'asile conçu par les occidentaux ne l'a pas été pour protéger contre la violation du droit à la santé, du droit à l'alimentation, ou du droit à un niveau de vie suffisant, et encore moins du droit à l'environnement, mais bel et bien contre les atteintes à la liberté, à la sûreté, à l'intégrité physique. Les droits économiques, sociaux et culturels ne sont encore aujourd'hui que de « pauvres

---

19. UNHCR, *Guide et principes directeurs sur les procédures et critères à appliquer pour déterminer le statut des réfugiés*, Genève, 2011, § 51 : « Il n'y a pas de définition universellement acceptée de la "persécution" et les diverses tentatives de définition ont rencontré peu de succès. De l'article 33 de la Convention de 1951, on peut déduire que des menaces à la vie ou à la liberté pour des raisons de race, de religion, de nationalité, d'opinions politiques ou d'appartenance à un certain groupe social sont toujours des persécutions. D'autres violations graves des droits de l'homme – pour les mêmes raisons constitueraient également des persécutions ». Disponible en ligne sur <https://www.refworld.org/cgi-bin/texis/vtx/rwmain/opensslpdf.pdf?reldoc=y&docid=4fc5ce2c2>

20. D. Roman (dir), « Droits des pauvres, pauvres droits ? », Recherches sur la justiciabilité des droits sociaux, CREDOF, nov. 2010, 482 p., Disponible sur : [https://onpes.gouv.fr/IMG/pdf/Justiciabilit\\_C3\\_A9\\_droits\\_sociaux\\_rapport\\_final.pdf](https://onpes.gouv.fr/IMG/pdf/Justiciabilit_C3_A9_droits_sociaux_rapport_final.pdf)

droits » et on peinera à trouver exemple que leur violation, fût-elle grave et répétée, entraîne reconnaissance d'un besoin de protection internationale<sup>21</sup>.

Le droit de l'UE, une fois encore, ne fait que confirmer cela : la directive Qualification identifie la persécution par renvoi aux droits indérogeables de la Convention européenne des droits de l'homme<sup>22</sup>. Il s'agit donc du droit à la vie, de l'interdiction de la torture et des traitements inhumains et dégradants, et de l'interdiction de l'esclavage. Les autres violations (fussent-elles graves) des droits sont succinctement (voire implicitement) mentionnées dans la catégorie « discriminations ». Or, discriminer n'est pas persécuter, sauf lorsqu'il y a accumulation et systématisation des actes craints. Les actes de persécution listés par la directive, eux aussi, sont clairs, et relèvent de la violence, physique, morale ou institutionnelle. Nul question des atteintes rampantes au droit à l'éducation, droit au logement, droit au travail, à la santé, à l'éducation : refus d'inscription des enfants à l'école, refus d'un emploi ou d'un toit, refus d'accès aux hôpitaux, doivent être répétés et cumulatifs, et la preuve du lien avec un motif conventionnel rapportée. Les peuls de Guinée ou les roms du Kosovo (on pense aux victimes du saturnisme laissées des années dans des camps) peuvent toujours attendre. Or, nombre de demandeurs d'asile parvenant jusqu'en Europe ont aussi fui une situation de dénuement. Mais, sauf à prouver

---

21. On peut ainsi regretter que l'invocation d'un motif économique de migration forcée, par un demandeur d'asile qui avoue venir chercher du travail, ne mène parfois trop rapidement à écarter sa demande, jouant ainsi comme une clause implicite et préalable de « hors-champ » conventionnel. Il est alors relégué dans la catégorie indéfinie de « migrant économique ». Or, bon nombre de situations de misère économique peuvent en réalité cacher un motif politique, racial ou religieux de persécution. Bien que la charge de la preuve pèse sur le demandeur (qui doit apporter les éléments factuels attestant de ses craintes de persécutions), il incombe aux agents de l'asile d'identifier ces motifs.

22. Directive 2011/95/UE du Parlement européen et du Conseil du 13 décembre 2011, JOUE L 337 du 20 dec. 2011, p. 9, dite directive « Qualification », article 9 : « Pour être considéré comme un acte de persécution au sens de l'article 1<sup>er</sup>, section A, de la Convention de Genève, un acte doit : a. être suffisamment grave du fait de sa nature ou de son 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 ; [...] ».

que l'extrême pauvreté est une violation du droit à la vie (l'interprétation est trop extensive pour être acceptée), les miséreux ne seront pas réfugiés.

Dans sa pratique contemporaine, enfin, la notion peut révéler un autre inconvénient : elle pourrait tendre, sociologiquement et inconsciemment, à servir de régulateur du nombre « acceptable » de réfugiés par un État, au gré d'un seuil de gravité apprécié diversement selon le nombre de cas rencontrés. Rien n'est moins certain, et il appartient aux sociologues plus qu'aux juristes d'étudier la réalité du phénomène. Bien sûr, il est essentiel de rappeler qu'aucun quota de réfugiés à accueillir n'est fixé par le droit international ou français, hors des programmes ponctuels de relocalisation ou réinstallation. En revanche, il est aussi important de préciser que la notion de persécution du droit d'asile doit être distinguée de celle du droit international pénal, où les actes impliqués (au titre du crime contre l'humanité) sont d'une gravité extrême depuis le Statut de Nuremberg : « l'assassinat, l'extermination, la réduction en esclavage, la déportation et tout autre acte inhumain commis contre toutes populations civiles »<sup>23</sup>. En effet, se fonder sur un seuil aussi élevé de gravité pourrait compromettre l'objectif de protection, alors que la matière pénale, parce qu'elle vise à punir, est plus exigeante.

## **B. Individualisation et méthode de détermination du statut de réfugié : la « loterie de l'asile »<sup>24</sup>**

L'individualisation des craintes n'est pas le dernier des facteurs expliquant la variation des taux de protection d'un État à l'autre. La Convention,

---

23. En 1998, dans le statut de la Cour pénale internationale, tous types de violences sexuelles ont été ajoutés, de même que le motif sexiste de persécution. Les violences sexuelles sont aussi listées par la directive Qualification au titre des actes de persécutions. Le HCR rappelle bien que « les critères du crime contre l'humanité qu'est la persécution, tel que défini dans le droit pénal international, ne sont pas applicables à la détermination du statut de réfugié » : Principes directeurs sur la protection internationale n° 12, « Demandes de statut de réfugié liées aux situations de conflit armé et de violence relevant de l'Article 1A(2) de la Convention de 1951 et/ou du Protocole de 1967 relatifs au statut des réfugiés et des définitions régionales du statut de réfugié », HCR/GIP/16/12, 2 décembre 2016, §15.

24. L'expression est régulièrement employée dans la presse. On peut voir par ex A. Le Pors, « La grande loterie du droit d'asile », *Le Monde*, 26 septembre 2015.

en adoptant une approche individuelle plutôt que collective des réfugiés, mène à une interprétation très concrète, casuistique, des organes nationaux de l'asile, à partir de l'expression « toute personne ». La méthode de détermination du statut de réfugié (DSR) est alors inévitablement sujette à critique, du fait de ce « cas par cas » variant selon un faisceau d'indices de compréhension d'un « dossier ». L'individualisation consiste à attendre du demandeur qu'il apporte des éléments crédibles attestant du fait que sa seule situation personnelle l'expose à un risque de persécution réel, grave, actuel. L'appréciation varie, selon l'agent de protection ou selon la formation de jugement, produisant parfois un sentiment d'inéquité et d'injustice parmi les demandeurs. La jurisprudence de la CJUE est venue assouplir et harmoniser en 2018 la rigueur d'une méthode aléatoire, en précisant que les menaces pesant sur la famille du demandeur sont des éléments dont le juge doit tenir compte pour évaluer le besoin de protection internationale : une personne peut être menacée en raison de ses liens familiaux<sup>25</sup>.

Ainsi, en principe, la seule appartenance à un groupe menacé ne suffit pas à obtenir une protection (sauf exception due à la gravité particulière de persécutions effectives et non potentiellement craintes, comme pour les Rohingya de Birmanie), pas plus que la seule présence sur un territoire en guerre. Cela peut sembler paradoxal, dans un contexte de migrations de masse qui nécessiterait parfois une approche *prima facie* pour des demandes manifestement fondées. Le paradoxe logique augmente lorsque, pour refuser le statut, on oppose par ailleurs aux demandeurs une situation générale de pays sûr pour présumer que leur demande est infondée : il s'agit là d'une approche *prima facie* inversée<sup>26</sup>.

La rigueur appliquée est ainsi celle de la méthode des organes de l'asile en Europe, plus que celle d'une logique (peu expresse) de la Convention de Genève. Comme le soulignait Philippe Leclerc en 2015, « et même si cela commence à changer, il est encore difficile de faire admettre, en France, qu'une personne n'a pas forcément à être personnellement visée par les persécutions pour être reconnue comme réfugiée. La Convention de Genève ne dit rien de tel, c'est son interprétation par la France qui est

---

25. CJUE, 4 octobre 2018, *Ahmedbekova*, affaire C-652/16, ECLI:EU:C:2018:801.

26. C. Lantero, *op. cit.*, p. 236. Voir aussi UNHCR principes directeurs n° 11, « Reconnaissance *prima facie* du statut de réfugié », HCR/GIP/15/11, 24 juin 2015.

restrictive. Ainsi, la situation en Syrie est objectivement si grave qu'elle permet d'appliquer *prima facie*, de manière automatique et générale, le statut de réfugiés »<sup>27</sup>. Cependant, les lignes directrices du HCR, qui appellent à davantage de souplesse sur le critère de la personnalisation des craintes, ne sont pas contraignantes. À l'inverse, ce critère est exigé expressément par la directive Qualification, ainsi que dans la loi française depuis la première transposition de 2003<sup>28</sup>. Ainsi, beaucoup de rejets sont motivés par le fait que les menaces ne pèsent pas sur le demandeur lui-même mais sur des voisins, des amis : elles ne suffisent pas à le rendre visible aux yeux des auteurs de persécution, et les craintes seront jugées infondées. C'est ainsi que le critère de « visibilité » mène à rejeter des sri lankais proches des tigres tamouls (LTTE) ou des kurdes sympathisants du PKK. À l'inverse, ils seront rejetés (au motif de l'exclusion) s'ils ont été impliqués personnellement dans les activités armées de ces groupes : il faut être visible dans la lutte, mais pas armé. Beaucoup de rejets sont également fondés sur l'invocation (par principe insuffisante, et donc inutile) d'une situation générale d'insécurité ou de violence dans le pays : avoir fui Haïti, Khartoum, Kinshasa ou Damas n'est pas suffisant en soi.

Sous l'influence de la CJUE depuis l'arrêt *Elgafaji* de 2009, et des « country guidances » de l'EASO<sup>29</sup>, la doctrine des organes nationaux de l'asile pratique une seule exception à cette règle. Elle réside, pour la seule protection subsidiaire, sur l'existence d'un niveau de violence d'une telle intensité qu'elle en devient « aveugle » aux individus, et sa dimension

27. P. Leclerc, *op. cit.*, *supra*, note 14.

28. V. la loi de transposition de la (première) directive Qualification n° 2003-1176 (Loi n° 2003-1176 du 10 décembre 2003 modifiant la loi n° 52-893 du 25 juillet 1952 relative au droit d'asile, *JORF*, 11 déc. 2003, p. 21080). L'actuelle directive « Qualification » (directive 2011/95/UE du 13 décembre 2011 précitée) prévoit en son article 4§3, intitulé « évaluation des faits et circonstances » qu'il « [i]l convient de procéder à l'évaluation individuelle d'une demande de protection internationale en tenant compte des éléments suivants : (...) c) le statut individuel et la situation personnelle du demandeur, y compris des facteurs comme son passé, son sexe et son âge, pour déterminer si, compte tenu de la situation personnelle du demandeur, les actes auxquels le demandeur a été ou risque d'être exposé pourraient être considérés comme une persécution ou une atteinte grave ».

29. Disponibles sur le site d'EASO à l'adresse suivante : <https://www.easo.europa.eu/country-guidance>

« exceptionnelle » motive l'abandon de l'exigence d'individualisation des craintes. Ainsi, pendant un temps, la seule provenance d'Alep (Est uniquement, zone détenue par les rebelles jusqu'en décembre 2016) permettait aux syriens d'obtenir une protection internationale. Le curseur de l'exigence varie donc, en fonction des niveaux d'intensité de la violence, tels qu'ils sont appréciés au moment de la demande. La prévisibilité et la fiabilité des données géopolitiques est aléatoire : difficile de savoir combien d'attentats, combien de morts par habitants, ou combien « d'incidents de sécurité » ont eu lieu dans des zones telles que le Kasai oriental, où bien peu d'observateurs mettent les pieds<sup>30</sup>.

Certains soulignaient déjà que la France renonçait parfois à l'individualisation pour des motifs diplomatiques au cours de la guerre froide<sup>31</sup>. Désormais, il existe certes un curseur d'apparence juridique, mais soumis malgré tout à des appréciations très diplomatiques : le caractère systématique de la protection pour les syriens a été abandonné. La position généreuse (mais isolée en Europe) de la jurisprudence française sur la provenance d'Afghanistan pourrait aussi être abandonnée par la CNDA, alors que la situation sécuritaire n'a cessé de se dégrader sur le terrain<sup>32</sup>. Il faut dire qu'on se méfie davantage qu'avant des indésirables en provenance de Raqqa ou de Kaboul : le risque sécuritaire qu'un réfugié menaçant l'ordre public passe entre les mailles du filet mène les organes de l'asile à durcir leur doctrine et à étudier chaque cas.

### C. Autres limites

D'autres limites tenant aussi bien à la Convention elle-même qu'à son interprétation actuelle peuvent ainsi être soulignées, qui mènent toutes à réduire l'entrée dans la catégorie des réfugiés. Il en va ainsi de :

– L'augmentation de la catégorie des « indésirables de l'asile »<sup>33</sup> : au-delà de l'exclusion déjà prévue par la Convention (article 1F), le droit de l'UE

---

30. V. sur ce point : [https://www.ofpra.gouv.fr/sites/default/files/atoms/files/2019-cod-situation\\_kasai.pdf](https://www.ofpra.gouv.fr/sites/default/files/atoms/files/2019-cod-situation_kasai.pdf)

31. K. Akoka, *op. cit.*, note 3.

32. J. Pascual, « le droit d'asile des afghans menacé », *Le Monde*, 17 juillet 2020.

33. La question étant traitée dans le présent ouvrage par G. Landry, elle ne fera pas l'objet de développements.

(article 14 de la directive Qualification) avait étendu les possibilités de refus de protection pour des motifs de menace pour la « sécurité de l'Etat » ou pour sa « société ». La conventionnalité de l'ensemble au regard de la Convention de Genève, très discutable, a pourtant été validée par la CJUE en 2019 dans une « opération de sauvetage du dispositif européen »<sup>34</sup> qui a distingué qualité de réfugié et statut de réfugié. Le droit français en a encore durci la logique, en 2015 (adoption de l'article L711-6 du CESEDA) et en 2018<sup>35</sup>, en confiant à un juge unique à la CNDA les cas de menace à l'ordre public, là où la collégialité semble au contraire essentielle (si l'on considère qu'il incombe au juge de l'asile d'évaluer la menace à l'ordre public).

– L'absence de prise en compte par la définition du réfugié de motifs contemporains de migrations forcées. L'argument est de poids, et tout a déjà été dit ou presque sur le sujet. Les cinq chefs de persécution (race, religion, opinions politiques, nationalité, appartenance à un groupe social) datent, et semblent délégitimer les situations, humanitairement dramatiques, de ceux qui fuient une extrême pauvreté, la famine, la guerre, les crimes d'honneur et autres violences de genre, les catastrophes environnementales plus ou moins « naturelles ». Les déplacés internes et autres migrants environnementaux sont aujourd'hui bien plus nombreux que les réfugiés. Les premiers ne relèvent pas de l'asile parce qu'ils n'ont pas franchi la frontière. Les seconds, parce qu'ils ne sont pas persécutés, mais aussi pour bien d'autres raisons exposées (*infra*, II.C.3).

Nombreux sont ceux qui appellent donc à une révision de l'article premier de la Convention, que ce soit pour inclure de nouveaux types de réfugiés ou assouplir les méthodes : A. le Pors souhaite une nouvelle convention qui inclurait les femmes victimes de traite, les civils fuyant la guerre (autrement dit, qui absorberait la protection subsidiaire)<sup>36</sup>. F. Gemmene y inclurait les réfugiés environnementaux. D'autres, de longue date, auraient voulu que

34. J. Fernandez, T. Fleury Graff, A. Marie, « Asile et risque pour la sécurité. Une déconnexion discutable entre la reconnaissance de la qualité de réfugié et l'octroi d'un statut », *AJDA* 2019, p. 1788 s.

35. LOI n° 2018-778 du 10 septembre 2018 pour une immigration maîtrisée, un droit d'asile effectif et une intégration réussie (adoptée malgré un avis très défavorable du Conseil d'Etat sur le projet).

36. A. Le Pors, *op. cit.*, *supra*, note 24.

le motif de persécution fondée sur le sexe apparaisse expressément pour consacrer davantage les « SOGI claims ». D'autres encore appellent à la suppression du terme de « crainte », dont la dimension subjective rend aléatoire le succès de la demande, pour ne conserver que l'approche objective de la situation factuelle<sup>37</sup>. Cependant, on ferait alors face au risque paradoxal d'une exigence de « preuves » de persécution effectivement subies, ou d'une situation systémique de persécutions au sein d'un État. Cela reviendrait à renforcer d'autant le concept de pays d'origine sûr<sup>38</sup>.

## II. Une catégorisation souple et évolutive : pour la Convention, quand même !

La catégorisation des réfugiés n'est certes pas figée, et peut faire l'objet d'un « usage opportuniste »<sup>39</sup>. Mais voyons le verre à moitié plein : si la définition du réfugié est floue, c'est aussi qu'elle est souple et permet des adaptations aux changements des mœurs sociales et politiques. Les personnes protégées aujourd'hui sont plus diverses qu'autrefois. Que d'évolutions n'a-t-on connu ces vingt dernières années, tant sur l'interprétation des motifs (A.) que sur les méthodes d'inclusion (B.) ! Par ailleurs, pourquoi refondre une convention lorsque des protections complémentaires sont (peut-être plus facilement) élaborées (C.) ?

### A. La souplesse des motifs

En ce qui concerne le motif *politique*, on est loin, la plupart du temps, de l'image du médiatique opposant politique, qui milite activement contre un gouvernement autoritaire. Le réfugié peut aussi être un sympathisant

---

37. J. Hathaway, « Can International Refugee Law Be Made Relevant Again? », in J. Hathaway (dir), *Reconceiving international refugee law*, Martinus Nijhoff Publishers, 1997.

38. La crainte est difficile à établir, puisqu'il s'agit d'un concept subjectif et prospectif. Dès lors, la « preuve » ne peut être rapportée et il convient alors d'employer le terme de « crédibilité » du récit. Voir UNHCR, *Au-delà de la preuve. Évaluation de la crédibilité dans les systèmes d'asile européens*, mai 2013.

39. C. Lantero, *op. cit.*, *supra* note 6, p. 226.

rendu visible par une première arrestation lors d'une manifestation, fiché et recherché par des services de renseignements zélés (malgré les évolutions de régimes, le NISS du Soudan ou l'ANR de RDC restent plus que redoutables). Nombre de manifestants de l'UFDG guinéen ou de l'UDPS congolais sont protégés par la France. Malgré une jurisprudence devenue plus restrictive en exigeant un degré certain de visibilité par les autorités (*supra*, I), la souplesse de l'inclusion dans le motif politique est accentuée par la prise en compte des opinions politiques « imputées », qui permet de protéger des civils raflés parce qu'ils étaient au mauvais endroit au mauvais moment, ou les policiers afghans ciblés par les talibans, parce que leurs persécuteurs leur ont attribué des opinions qu'ils n'ont pas forcément<sup>40</sup>. L'histoire est jalonnée de disparitions forcées de civils enlevés par des autorités paranoïaques. Il en va de même pour l'ensemble des persécutions pour des opinions *religieuses*, qui elles aussi peuvent être réelles ou imputées. Quant à celles fondées sur les clans, les ethnies, la race ou l'appartenance à une minorité, quelles que soient les dénominations, le double motif *racial et national* est là aussi très souple. Or, la diversification des nationalités d'origine des demandeurs met aisément en lumière la « banalité du mal » des persécutions racistes et de pratiques esclavagistes ou génocidaires. La logique de groupe et *prima facie* n'est pas loin parfois, lorsque la seule appartenance à une ethnie persécutée (les fur du Darfour, par exemple) donne lieu à protection. Dans certains cas extrêmes, le seul fait d'avoir fui un régime totalitaire (le régime « khmer noir »<sup>41</sup> en Erythrée, par exemple) permet d'être protégé : il faudra alors (mais il suffit de) attester de sa nationalité (pas toujours facile, sans passeport...).

Que dire de la formidable élasticité de la catégorie du « *groupe social* » ? Le motif avait été ajouté via un amendement suédois présenté le 2 juillet 1951, quelques jours avant l'adoption de la Convention, voté sans aucune opposition (14 voix pour, 8 abstentions) ni d'ailleurs aucun débat qui

---

40. L'existence d'opinions politiques au sens de la Convention de Genève ne peut résulter de la seule appartenance à une institution d'État, telle que l'armée, la police, les services secrets ou la magistrature, et ne peut en principe permettre d'être protégé à ce titre. La jurisprudence a évolué en ce qui concerne les policiers afghans : CNDA 28 novembre 2018 M. O. n° 18007777 R.

41. L. Vincent, *Les érythréens*, Payot, 2016, 280 p.

permette d'en cerner vraiment les contours. Les États avaient en tête le russe bourgeois et la notion de « classe sociale ». La CRR avait marginalement inclus des bourgeois khmers ou chinois, mais cette jurisprudence est restée discrète et isolée. Aujourd'hui, le « groupe social » est le support de la protection de ceux qui, pour des motifs essentiels à leur identité, vont (sans forcément se dresser activement) à l'encontre des normes sociales en vigueur dans leur région d'origine. Ainsi, peuvent être réfugiés conventionnels des victimes de persécutions liées à l'orientation sexuelle et au genre, de mariages forcés, excision<sup>42</sup>, crime d'honneur, et autres pratiques traditionnalistes néfastes (albinos, enfants-sorciers). Les victimes de réseaux de traite et de trafics en tout genre sont également incluses dans la liste de cette catégorie. Encore plus récemment, et probablement sous l'influence de la Convention d'Istanbul de 2011, les violences familiales sont également prises en compte (dans une certaine limite, car sur ce point la jurisprudence n'est pas toujours constante ni cohérente<sup>43</sup>). Certains États ont même reconnu que les femmes pouvaient constituer un groupe social, lorsqu'elles étaient visées en tant que telles<sup>44</sup>. Cela n'empêche pas certains de considérer que ce qui va désormais sans dire irait mieux avec une consécration expresse d'un véritable motif de persécution sexuelle et/ou sexiste. Le HCR, quant à lui, a préféré arguer d'abord de la possibilité

42. CE Ass., *Fofana*, 21 décembre 2012, no. 332492.

43. Une divergence existe entre les jurisprudences de la CNDA et du Conseil d'Etat quant à l'inclusion des personnes victimes de mariages forcés dans le motif conventionnel lié au groupe social. Le Conseil d'Etat les cantonne au statut de victimes de violences privées familiales, éligibles à la seule protection subsidiaire au titre des traitements inhumains ou dégradants, pour des faits « qui caractérisent un conflit familial à caractère individuel » : CE, *Demir*, 6 juin 2012, n° 345783. N'exigeant pas de ces personnes qu'elles revendiquent ouvertement leur opposition à cette pratique, la jurisprudence de la CNDA est plus souple et rappelle que « l'appartenance à ce groupe est un fait social objectif qui ne dépend pas de la manifestation par ses membres de leur appartenance à ce groupe » : CNDA, 23 juillet 2018, *Mme E.*, n° 15031912 R et CNDA, 23 juillet 2018, *Mme D.*, n° 17042624 R.

44. La possibilité a été ouverte par le célèbre arrêt *Ward* au Canada en 1993. V. aussi *Narvaez c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, [1995] 2 C.F. 55 (1<sup>re</sup> inst.) : les femmes victimes de violences conjugales en Équateur forment un groupe social.

de rattacher les violences sexuelles et sexistes à un motif politique, racial, religieux<sup>45</sup>, puis plutôt au groupe social<sup>46</sup>. La solution est imparfaite, car elle réduit la spécificité de *certaines* violences en les liant à un facteur de persécution qui, de secondaire, est érigé à tort en motif principal<sup>47</sup>. Elle a l'immense mérite d'exister.

## B. La souplesse des méthodes

C'est la méthode de DSR, et non les critères conventionnels eux-mêmes, qui permet une interprétation extensive de la catégorie du réfugié. Il en a été ainsi avec la prise en compte des opinions imputées. Par ailleurs, une évolution majeure a eu lieu au début des années 2000 avec l'abandon de l'exigence d'un auteur étatique de persécutions<sup>48</sup>. Elle a permis de tenir compte des origines diverses de persécutions, et de la montée en puissance de groupes criminels face auxquels nombre d'États (même non « faillis ») sont impuissants. Ainsi, lorsque l'État d'origine ne peut ou ne veut protéger ses ressortissants, l'État d'accueil doit pallier la carence du précédent et protéger contre des groupes terroristes (ils sont légion, depuis l'époque de Al Qaida), les talibans, les shebab somaliens, des groupes mafieux, paramilitaires, milices, pirates, des gourous sectaires, les exciseuses, et même des parents, conjoints, familles, communautés,

---

45. « La définition du réfugié, si elle est correctement interprétée, permet de fournir une protection à la plupart des personnes victimes de persécution fondée sur le sexe et qui ont droit à la protection internationale. Il n'est donc pas nécessaire de rajouter le critère de l'appartenance sexuelle à la Convention » : UNHCR, « Interprétation de l'article 1... », *précité*, § 32.

46. L'évolution est sensible, entre les « principes directeurs n° 1 sur les persécutions liées au genre » (HCR/GIP/02/01, mai 2002, réédités en 2008 dans la version française pour substituer le terme « genre » à celui de « appartenance sexuelle ») et les principes directeurs n° 9 « demandes de statut de réfugiés fondées sur l'orientation sexuelle et/ou l'identité de genre », HCR/GIP/12/09, 23 octobre 2012.

47. Sur ce point, on exprime un désaccord avec Karen Akoka, qui voit dans ce mouvement une explication géopolitique due à la lutte occidentale contre l'islamisme, par comparaison avec les protections conférées aux anti-communistes. Cela nous semble réduire et assimiler à tort les pratiques traditionnelles à un facteur religieux. K. Akoka, *op. cit.*, *supra*, note 3.

48. Depuis la loi de 2003 visant à transposer la première directive Qualification.

etc. La notion de persécution individuelle entre dans le quartier et dans le foyer : si ce n'est pas au titre d'une protection conventionnelle, ce le sera en Europe au titre des traitements inhumains ou dégradants incluant dans la protection subsidiaire (PSb). Autre élément favorable à une ouverture : l'exigence du franchissement d'une frontière a été écartée pour les fillettes menacées d'excision dans leur pays de nationalité mais nées et résidant en France. Enfin, on peut mentionner, comme autre facteur de souplesse, le fait que les organes de l'asile français ne pratiquent pas l'asile interne (qui permet de rejeter une demande si son auteur pouvait trouver refuge dans une autre région de son État de nationalité), quand bien même le droit de l'UE et la loi française le permettent<sup>49</sup>. Il est utilisé par d'autres États européens dans le silence de la Convention, et sans que le HCR ne s'y oppose véritablement. Ce dernier, pourtant, rappelle régulièrement que dans l'appréciation du caractère réel, actuel, et personnel des craintes de persécutions, la souplesse doit être de mise pour étudier la demande d'asile : il n'est pas question d'exiger des « preuves » (on ne se trouve pas dans un procès civil ou pénal) de persécution mais de réunir des éléments de crédibilité (“*beyond proof*”) destiné à emporter la conviction de l'agent ou du juge<sup>50</sup>. Le doute doit profiter au demandeur, qui n'est pas un accusé. Outre ces lignes directrices, on peut saluer la jurisprudence de la CJUE qui veille (bien plus que celle de la CourEDH) à ce que les méthodes d'analyse des organes nationaux respectent droits et dignité des demandeurs.

---

49. Directive Qualification 2011/95/UE, article 8 « Protection à l'intérieur du pays » :

1. Dans le cadre de l'évaluation de la demande de protection internationale, les États membres peuvent déterminer qu'un demandeur n'a pas besoin de protection internationale lorsque dans une partie du pays d'origine:

a) il n'a pas une crainte fondée d'être persécuté ou ne risque pas réellement de subir des atteintes graves ; ou

b) il a accès à une protection contre les persécutions ou les atteintes graves au sens de l'article 7,

et qu'il peut, en toute sécurité et en toute légalité, effectuer le voyage vers cette partie du pays et obtenir l'autorisation d'y pénétrer et que l'on peut raisonnablement s'attendre à ce qu'il s'y établisse ».

Transposé depuis 2003 par l'article L. 713-3 du CESEDA.

50. Voir *supra*, note 38.

## C. L'existence de protections complémentaires

Sur presque tous les continents, des outils juridiques de protections complémentaires ont été adoptés (1.). Toutefois, plutôt que de dresser un catalogue des protections effectives ou non, on peut placer l'accent sur deux catégories de personnes qui peuvent être protégées à plusieurs titres. Ce sont quantitativement les plus importantes, suscitant des enjeux géopolitiques majeurs pour l'avenir. Ainsi, un aperçu sur les « exilés de guerre » (2.) et les déplacés environnementaux (3.) montre que le droit international peut encore évoluer.

### 1. Diversité des sous-catégories de réfugiés

On peut inclure dans la catégorie des personnes titulaires d'une protection internationale non seulement les réfugiés conventionnels, mais également les bénéficiaires d'autres protections, conférées par des organes nationaux ou internationaux en charge de l'asile. Elles sont multiples ; même si le HCR plaide pour une interprétation la plus extensive possible de la Convention<sup>51</sup>, ce sont ces autres protections qui régissent les situations actuelles. Ces dernières présentent les plus grands défis à la gestion internationale des migrations forcées massives, causées surtout par des conflits armés internes (Syrie, Irak, Afghanistan, Soudan, dans une moindre mesure Libye, Yemen). Ainsi, les arrivées « massives » sont couvertes par des instruments régionaux en Afrique ou en Amérique latine (et par la directive européenne « Protection temporaire » de 2001, *de facto* caduque). La catégorie des réfugiés s'élargit considérablement si l'on porte le regard vers les zones où le HCR exerce son mandat, qu'il soit strict (avec entretien individuel) ou élargi (avec une approche *prima facie*). Il exerce sa compétence sur plus de 70 millions de personnes en fuite à travers le monde, que ceux-ci soient réfugiés, déplacés internes (quels que soient les motifs du déplacement, voir *infra*), apatrides, demandeurs d'asile ou rapatriés. On peut aussi rappeler l'existence de protections complémentaires au niveau régional (telles que la protection subsidiaire européenne mais il y en a d'autres) ou national

---

51. UNHCR, « Formes complémentaires de protection », Genève, avril 2001, 9 pages.

(la protection temporaire/humanitaire existant notamment au Canada et aux États-Unis, ou en Allemagne et en Italie). Surtout, il faudrait insister sur la double catégorisation des réfugiés sur un continent particulièrement concerné : en 1969, l'Afrique a choisi de protéger, outre le réfugié de Genève, « toute personne qui, du fait d'une agression, d'une occupation extérieure, d'une domination étrangère ou d'événements troublant gravement l'ordre public dans une partie ou dans la totalité de son pays d'origine ou du pays dont elle a la nationalité, est obligée de quitter sa résidence habituelle pour chercher refuge dans un autre endroit à l'extérieur de son pays d'origine ou du pays dont elle a la nationalité »<sup>52</sup>. L'inclusion (et l'accueil des réfugiés) est donc beaucoup plus large, et la pratique de l'accueil massif plus habituelle.

## **2. Les exilés de guerre : on peut les inclure !**

Au-delà de la protection (ou du moins de l'accueil) par le HCR dans les camps de réfugiés en Afrique ou au Proche-Orient, la protection internationale est possible à double titre, et laisse place à une approche collective comme individuelle<sup>53</sup>.

L'expression « réfugiés de guerre » est impropre, dit-on, en Europe... encore que : la Convention de Genève peut, aux yeux du HCR, servir à les protéger. Par la même logique qui permet de lier les violences sexuelles/sexistes aux motifs de persécution préexistant, on peut considérer que les civils fuyant la guerre sont ciblés par une violence armée (et aveugle) moti-

---

52. *Convention de l'OUA régissant les aspects propres aux problèmes des réfugiés en Afrique*, 10 septembre 1969, article 1§2. Cette souplesse dans l'accueil s'accompagne d'une grande méfiance à l'égard des réfugiés, à qui il interdit « toute activité subversive » (article 3 de la Convention).

53. Le propos étant ici centré sur la catégorie conventionnelle des réfugiés, on n'épiloguera pas sur la PSb qui permet de renoncer à l'individualisation des craintes en fonction du degré d'intensité (faible, aveugle ou exceptionnel) de la violence, la variation étant quelque peu différente entre l'EASO et les organes français de l'asile. Cependant, on peut souligner que la simple provenance de certaines provinces (telles que le Kivu ou l'Ituri en RDC, ou du Darfour au Soudan), voire d'États entiers (Libye, Yémen, l'appréciation de la situation en Syrie étant instable et inégale dans les doctrines de l'OFPPRA et de la CNDA) suffit à l'obtention de la PSb.

vée par des considérations politiques, religieuses, ou raciales. Telle est la finalité des lignes directrices n° 12 du HCR adoptées fin 2016<sup>54</sup>. Véritable plaidoyer pour une application de l'article 1A2 aux civils fuyant les conflits armés, elles sont assez peu suivies en France (et probablement ailleurs en Europe), du fait de leur caractère non-contraignant et de l'existence de la PSc, prévue justement pour cette catégorie de personnes. Cela mène beaucoup de syriens et d'afghans, titulaires d'une PSc conférée un peu trop **automatiquement** par des officiers de protection débordés, à déposer des recours devant la CNDA pour intégrer la catégorie conventionnelle, plus protectrice et durable des droits. Or, ces principes directeurs rappellent bien l'obligation méthodologique d'étudier en priorité l'inclusion dans un motif conventionnel avant d'étudier la protection subsidiaire. Ils fournissent une liste d'arguments en faveur de l'inclusion. D'abord, la violence dite « aveugle » ne l'est pas tant que cela<sup>55</sup>, les auteurs de persécutions pouvant en réalité cibler des groupes bien distincts<sup>56</sup>.

Ensuite, le nombre important de personnes concernées ne mène ni à écarter le bien-fondé d'une situation individuelle (au contraire, c'est un élément de crédibilité supplémentaire) ni à exiger que le demandeur ait subi des atteintes plus graves que les autres : l'ensemble des actes généralement subis dans les conflits armés récents relèvent tous de la persécution<sup>57</sup>. Par ailleurs,

---

54. UNHCR, Principes directeurs sur la protection internationale n° 12, « Demandes de statut de réfugié liées aux situations de conflit armé et de violence relevant de l'Article 1A(2) de la Convention de 1951 et/ou du Protocole de 1967 relatifs au statut des réfugiés et des définitions régionales du statut de réfugié », HCR/GIP/16/12, 2 décembre 2016.

55. On préférera donc le changement sémantique optant pour « violence d'intensité exceptionnelle ».

56. « Les situations de conflit armé et de violence peuvent être provoquées, motivées ou induites et/ou conduites par des considérations liées à la race, à l'ethnicité, à la religion, au genre ou à des divisions de groupes sociaux, et peuvent avoir un impact sur les populations sur la base de ces facteurs. En fait, ce qui peut paraître comme une conduite aveugle (c'est-à-dire une conduite dans le cadre de laquelle le persécuteur ne cherche pas à cibler des personnes particulières), peut en réalité cibler des communautés ou des régions entières dont les habitants sont les défenseurs effectifs ou supposés de l'une des parties de la situation de conflit armé et de violence » (§ 33).

57. § 18 : « Dans les situations de conflit armé et de violence, des communautés entières peuvent être affectées par, ou courir le risque d'être confrontées à, des

le HCR souligne que, pour nouer le lien avec un motif conventionnel, « l'intention ou le mobile du persécuteur n'est pas nécessaire ou décisif, essentiellement parce qu'il est souvent difficile à établir [...]. Un lien causal peut également être établi grâce aux stratégies, tactiques ou moyens et méthodes de guerre du persécuteur [...] » (§ 32). L'essentiel est d'identifier le lien avec le motif conventionnel. Or, le fait même de rester neutre dans un conflit peut être traduit comme une prise de parti politique ou religieuse d'opposition. La référence au conflit syrien est expresse, dans le contexte des quatre années de siège d'Alep-Est. Des groupes de commerçants, de journalistes, de défenseurs des droits de l'homme ou de travailleurs médicaux et humanitaires, peuvent constituer des groupes **sociaux** particulièrement ciblés.

### **3. Les déplacés environnementaux : l'asile hors-sujet<sup>58</sup>**

L'expression de « réfugiés climatiques » est cette fois-ci véritablement impropre, et souvent rejetée par les personnes concernées elles-mêmes. Contrairement aux victimes de guerre ou de persécutions de genre, aucun motif conventionnel ne permettrait de les inclure. Fuir un environnement hostile n'est ni racial ou national, ni religieux, ni une opinion politique, et les déplacés environnementaux ne forment pas un groupe social distinct du reste de la population. Certes, on pourra considérer à titre exceptionnel qu'un paysan s'insurgeant contre un projet minier dévastateur exprime une opinion politique ; que certains peuples autochtones au mode de vie fondé

---

bombardements aériens, l'utilisation de munitions en grappe, de barils explosifs ou d'armes chimiques, d'artillerie ou de tirs de snipers, d'engins explosifs improvisés, de mines, de voitures piégées ou de kamikazes, ou de tactiques de siège, par exemple. Le refus systématique d'autoriser l'entrée des denrées alimentaires et des fournitures médicales, l'interruption de l'approvisionnement en eau et en électricité, la destruction des biens ou la militarisation ou la fermeture des hôpitaux et des écoles peuvent également constituer de graves violations des droits de l'homme ou du DIH qui affectent des communautés entières. L'exposition à de telles actions peut constituer une persécution au sens de l'Article 1A(2) de la Convention de 1951, indépendamment ou cumulativement. »

58. L'essentiel de ce paragraphe est développé dans B. Taxil, E. Rouillé, S. Leclerc, « Quelle protection pour les déplacés environnementaux en droit international ? », in Forum Réfugiés, *L'asile en France et en Europe, 2000-2020, état des lieux et perspectives*, juin 2020.

sur des normes sociales environnementales pourraient être considérés comme groupe social puisqu'il s'agit de caractéristiques essentielles à leur identité et qu'ils sont perçus différemment par la société. Mais cela ne peut être que très marginal et on peine à trouver des exemples dans la jurisprudence.

En outre, les catastrophes environnementales ne sont pas des persécutions. Elles en ont la gravité, mais pas la nature : ce sont des violations de droits économiques avant tout (droit à l'eau, à l'alimentation, à la santé, à un environnement sain, etc.) sans auteur volontaire (conscient oui, malintentionné non). Ceux qui sont contraints de fuir ne franchissent généralement pas les frontières, et viennent plutôt rejoindre la masse des déplacés internes.

Il en va de même pour la piste de la PSb : oui, la dégradation irréversible de son environnement pourrait potentiellement constituer un traitement inhumain ou dégradant, si l'on voulait bien étendre son interprétation qui, partout en Europe, implique une atteinte grave, volontaire, à l'intégrité mentale ou physique ; violence, humiliation et avilissement doivent être au menu, avec une intention discriminatoire. On pourrait certainement adopter une lecture plus souple des conflits fonciers au Bangladesh. Quoiqu'il en soit, il ne faut pas trop espérer de la porte entrouverte en janvier 2020 par le Comité des droits de l'homme dans l'affaire *Ioane Teitiota*. Ce ressortissant de Kiribati espérait devenir le premier « réfugié climatique » reconnu comme tel, et contestait le rejet de sa demande d'asile par les juges néo-zélandais. Le comité onusien lui donne tort au fond, mais sa jurisprudence (non contraignante) permet de manière toute théorique de considérer que le refoulement vers une destination environnementalement dangereuse serait une atteinte au droit à la vie et un traitement inhumain. Toutefois, le seuil exigé (un risque imminent d'une violation arbitraire) mène à attendre que la situation soit vraiment désespérée et que l'État soit en situation de carence fautive. Or, en l'espèce, même celle – pourtant déjà extrême – de Kiribati ne l'est pas suffisamment, de l'avis du Comité comme des juges néo-zélandais.

Enfin, et c'est probablement le plus important, le droit d'asile reste dans un logique individualiste, « aposterioriste », et temporaire, inadaptée pour appréhender un phénomène non seulement très global mais souvent totalement prévisible (même lorsqu'il s'agit d'événements soudains) et irréversible. Modifier ou refaire un traité de protection des droits de l'homme tel que la Convention de Genève n'y ferait rien. Il est inutile de conférer un droit au recours et à réparation contre un État, là où

il faut anticiper une gestion commune à l'échelle la plus adaptée. À problème global, il faut une réponse globale. Doit-on entendre, un par un, les habitants de Tuvalu ou de Kiribati décrire la submersion de leur État de nationalité ? Et d'ailleurs, un régime juridique international est déjà en construction pour les déplacements forcés liés à l'environnement et au climat, qu'il s'agisse du champ du droit international des droits de l'homme (la Convention de Kampala sur les déplacés internes peut servir), ou de celui du droit de l'environnement, depuis la Convention de 1994 sur la désertification. Dans un amoncellement de textes déclaratifs, adoptés dans des cadres institutionnels très divers, on retiendra que deux instruments non contraignants posent le cadre universel actuel. Né de l'initiative Nansen en 2015, l'Agenda pour la protection des personnes déplacées au-delà des frontières et dans le cadre de catastrophes et de changements climatiques : on peut en suivre les avancées depuis la *Platform on Disaster Displacement* lancée en 2016. Du côté onusien, c'est le Pacte mondial pour des migrations sûres, ordonnées et régulières adopté en 2018 qui vise à régir (notamment) la migration environnementale. Le chemin est long, l'agenda est urgent.

\*  
\*   \*   \*

On a beau jeu de dénoncer – mais il faut le faire – les limites de textes vieillissants à peine l'encre sèche, de regretter la diversité des taux nationaux de protection, le manque d'audace ou d'indépendance des organes de protection ; de proposer d'autres protections humanitaires et titres de séjours, ou un nouvel (et unique ?) organe européen (au risque – ? – d'une centralisation excessive, d'un rallongement des procédures, et surtout d'une uniformisation par le bas de la protection). Il est facile aussi de s'effrayer et d'en rester figé : on entend dans les Conseils européens de 2017-2018 des propos similaires à ceux tenus à Evian en 1938 lorsque les États ont abandonné les juifs<sup>59</sup>. Une nouvelle convention risquerait de connaître le

---

59. À l'époque, le motif australien de refus d'accueil des juifs était de ne pas importer un problème racial et le motif britannique celui de protéger les musulmans dans ses protectorats. Les autres invoquaient, dans le désordre, un manque

sort de celle de février 1938, ni ratifiée, ni appliquée. On ne peut dissocier le chercheur idéaliste du citoyen réaliste (voire pessimiste) : puisque d'une nouvelle convention donnant droit à l'asile il n'est pas question, que faire ?

La catégorisation conventionnelle des réfugiés en droit international et européen est loin d'être optimale et parfaitement claire, et sa pratique pas toujours satisfaisante non plus. Cependant, les lignes et principes directeurs du HCR (et ceux de l'EASO, sous-utilisés ici) sont de formidables outils pour en faire vivre et évoluer le sens ; en somme, pour que l'asile, privilège d'un État qui s'oblige (parfois dans un paternalisme bienveillant), ne reste pas (trop) exceptionnel, ponctuel, temporaire, individuel.

En réalité, le problème ne vient pas de l'article premier de la Convention de Genève, mais du caractère limité de son objet visant à protéger ceux qui sont déjà arrivés. Les articles 31 (sur la non-pénalisation du franchissement irrégulier des frontières) et 33 (le principe de non-refoulement) sont insuffisants : ils ne disent rien d'un droit individuel à franchir une frontière, ni du droit étatique à « retenir » (concept si français) des étrangers dans des zones d'attente. C'est dans le silence conventionnel et la rigueur de son interprétation contemporaine que le droit d'asile perd son âme, faute de droit à l'asile. Les articles 31 et 33 sont allègrement piétinés, dans leur esprit, si ce n'est dans leur lettre, par des États hypocrites qui pointent du doigt leurs voisins. Ce sont des visas qu'il faut<sup>60</sup>.

---

de place, d'emploi dans le contexte de la crise des années 30, d'une trop grande différence culturelle, etc.

60. Voir la contribution d'E. Lenain au présent ouvrage. Voir également, pour des propositions de réforme sur l'entrée et le séjour en France et en Europe, P. Brice (Dir), Pour des politiques migratoires conformes à toutes les exigences de la République », 21 janvier 2020.

Disponible sur <https://lighthouseua.hypotheses.org/files/2020/01/Coll%C3%A8ge-de-praticiens-Asile-et-Immigration-25-propositions.pdf>

