

Revue québécoise de droit international
Quebec Journal of International Law
Revista quebequense de derecho internacional



L'impératif renouvellement du Droit International des réfugiés

François Crépeau

Volume 8, Number 1, 1993

URI: <https://id.erudit.org/iderudit/1100861ar>

DOI: <https://doi.org/10.7202/1100861ar>

[See table of contents](#)

Publisher(s)

Société québécoise de droit international

ISSN

0828-9999 (print)

2561-6994 (digital)

[Explore this journal](#)

Cite this document

Crépeau, F. (1993). L'impératif renouvellement du Droit International des réfugiés. *Revue québécoise de droit international / Quebec Journal of International Law / Revista quebequense de derecho internacional*, 8(1), 59–73.
<https://doi.org/10.7202/1100861ar>

Tous droits réservés © Société québécoise de droit international, 1993

This document is protected by copyright law. Use of the services of Érudit (including reproduction) is subject to its terms and conditions, which can be viewed online.

<https://apropos.erudit.org/en/users/policy-on-use/>

érudit

This article is disseminated and preserved by Érudit.

Érudit is a non-profit inter-university consortium of the Université de Montréal, Université Laval, and the Université du Québec à Montréal. Its mission is to promote and disseminate research.

<https://www.erudit.org/en/>

Études

L'impératif renouvellement du Droit International des réfugiés*

François CRÉPEAU**

I - Le constat d'un blocage politique

- A - Le réfugié n'est plus le bienvenu
- B - Les prémisses du dépassement du blocage

II- Des propositions convergentes de renouvellement

- A - La mise en œuvre de la responsabilité de l'État
- B - La mise en œuvre de la liberté de mouvement
- C - Une répartition internationale impérative de quotas de réfugiés

Dans un système international en évolution rapide depuis la chute du communisme en Europe de l'Est, l'aggiornamento du droit international n'épargne pas les droits «périphériques» que sont le droit international humanitaire et le droit international des réfugiés. Ces derniers ont longtemps été des prés carrés confidentiels de spécialistes éminents. Désormais, la protection des victimes de conflits armés, la protection des réfugiés et le traitement des situations qui menacent la paix et la sécurité internationales, affectent la stabilité politique régionale ou touchent les intérêts d'une puissance ne peuvent plus être disjoints: la recherche d'une réponse globale et durable, susceptible de n'être pas un facteur supplémentaire de crise ultérieure, est essentielle et les flux de réfugiés sont au moins autant le symptôme d'un dysfonctionnement sociopolitique qu'une affection à traiter pour elle-même.

Le droit d'asile est sérieusement menacé dans les États industrialisés et le droit international des réfugiés est fondamentalement remis en cause, tant est patente son inadéquation à la situation de millions d'hommes et de femmes déracinés: actuellement, toute tentative de renforcer l'action de protection du H.C.R. se trouve conceptuellement et matériellement bloquée par les pays industrialisés. Certains auteurs ont proposé des voies de renouvellement de l'asile et la reconceptualisation du droit international des réfugiés. Le présent texte souhaite modestement asseoir ce constat de blocage et faire le point sur quelques propositions doctrinales choisies, en montrant les convergences et les limites.

A.- Le constat d'un blocage politique

Depuis une quinzaine d'années, les États industrialisés prennent la mesure de la dimension des migrations internationales que pourrait susciter le différentiel de développement qui affecte la planète et deviennent très

chatouilleux sur le point de l'accès à leur territoire et du contrôle des flux migratoires: tenu en partie responsable de nombreux maux sociaux des sociétés contemporaines, le migrant est souvent suspect et, plus que tout autre, le réfugié fait l'objet d'un rejet radical.

Ces mêmes États ont toutefois conscience du danger que fait courir à la stabilité internationale les flux massifs de réfugiés et des propositions ont été faites dans divers forums internationaux pour relancer un débat conceptuel sur les moyens de prévenir ou du moins de prévoir ces exodes: il est toutefois toujours plus question de protéger les États des flux de réfugiés que de protéger ces derniers des causes de leur exil.

A.- Le réfugié n'est plus le bienvenu

Les États industrialisés ont mis en place des barrières de plus en plus étanches destinées à les protéger de toute migration (réfugiée ou non) et la notion d'asile y est politiquement très dévaluée. Parallèlement, faute d'une claire volonté politique de la communauté internationale en faveur de la protection des individus, le développement du droit international des réfugiés est entravé et l'action du H.C.R., pourtant évolutive, handicapée.

1- L'asile, une institution en crise

Depuis le milieu des années 1970, en raison de la conjugaison de divers facteurs, le nombre des demandes d'asile «spontanées» dans les pays industrialisés a cru de façon considérable. Ce phénomène— qui n'est qu'une facette de l'accroissement généralisé des migrations — draine des ressources matérielles et financières importantes, défie radicalement les politiques migratoires des États, et exacerbe des tensions socio-politiques profondes dans des opinions publiques déjà fragilisées par les effets des restructurations politico-économiques à l'échelle planétaire, la «globalisation des marchés» impliquant difficultés économiques, chômage élevé, dilution des responsabilités politiques, brouillage des repères socioculturels traditionnels,...¹

* L'auteur remercie Me Michael Barutcsiki, dont les recherches ont été indispensables à la préparation de cet article, ainsi que le Conseil de recherches en sciences humaines du Canada sans le soutien financier duquel cet article n'aurait pu voir le jour.

** Professeur au Département des sciences juridiques de l'Université du Québec à Montréal

1 Gervase J.L. COLES., «Changing Perspectives of Refugee Law and Policy», dans V. GOWLLAND et K. SAMSON, *Problem and prospects of refugee Law*, Geneva, 1992, p.31.; François CRÉPEAU «Protection des réfugiés et «zone internationale» des aéroports - Convergences canadiennes et européennes», dans Barreau du Québec, *Développements récents en droit de l'immigration*, Montréal, Yvon Blais, 1993, pp.107-148.

Dans ce contexte, les États industrialisés exercent un des rares outils d'affirmation symbolique de souveraineté nationale qui leur reste en propre : le contrôle des frontières territoriales. Le principal souci des États au cours des vingt dernières années fut d'endiguer le flux croissant de migrations (demandeurs d'asile y compris) en provenance du Tiers Monde. Après de vaines tentatives d'actions individuelles, et soutenus par une opinion publique adéquatement préparée, les États industrialisés ont mis en oeuvre une stratégie collective de blocage des flux migratoires indésirables, comprenant toute une panoplie de mesures répressives, dissuasives ou préventives. Au plan du droit interne, ils ont ainsi considérablement accru la répression de l'immigration et du travail clandestins, des filières de passeurs, ont sanctionné les transporteurs de personnes qui laissent pénétrer sur le territoire national des étrangers non autorisés, ont renforcé les contrôles policiers aux frontières, souvent par la création de soi-disant «zones internationales», en allongeant la durée des gardes à vue et en réduisant les possibilités de recours ou même de contacts avec l'extérieur, ont réduit l'accès au marché du travail et la protection sociale des étrangers indésirables (demandeurs d'asile principalement), ... Mais cette stratégie fait désormais l'objet d'une coopération internationale active. D'une part, une concertation sur les mesures de droit interne permet leur adoption par le plus grand nombre, gage de leur efficacité maximale. D'autre part, on limite les possibilités d'accès de l'étranger au territoire commun : c'est un des objectifs — et la difficulté — de la mise en oeuvre de la libre circulation des personnes sur le territoire de l'Union européenne, qui s'accompagne de mesures visant à limiter les possibilités de dépôt des demandes d'asile dans plusieurs pays (*Conventions de Schengen et de Dublin* de juin 1990, travaux du Groupe *ad hoc* Immigration,...). Enfin, et surtout, on veut agir sur la prévention des départs en direction du territoire des États industrialisés. D'abord par des mesures de prévention directe: coopération policière dans les aéroports de départ destinée à empêcher l'embarquement d'indésirables, pression sur les transporteurs de personnes pour qu'ils bloquent de leur propre chef les embarquements suspects,... Également par des mesures de prévention indirecte, sur lesquelles on compte d'ailleurs le plus à terme : les États membres du groupe Schengen ont ainsi passé des accords de réadmission avec divers pays limitrophes (dits «pays de premier asile» ou «tiers pays sûr»), qui obligent ces pays à reprendre les étrangers indésirables entrés sur le territoire Schengen par leur propre territoire, l'objectif étant que ces États se voient rapidement obligés (pour ne pas crouler sous le poids du nombre) d'appliquer à leur propre frontière «externe» les mêmes critères de contrôle que ceux applicables à la frontière européenne commune; d'autres accords, plus occultes, permettent à certains pays limitrophes d'obtenir des crédits importants en échange d'un «nettoyage» de leur territoire et d'un meilleur contrôle des voies de passage vers le territoire européen au travers de leur territoire².

2 Jacqueline COSTA-LASCOUX, «L'espace Schengen», (1991), *Revue européenne des migrations internationales*, 163.; Jacqueline BHABHA, *Asylum Law & Practice in Europe and North America — A Comparative Analysis by Leading Experts*, Federal Publications, Collection Geoffrey (éd.), Washington, 1992; Didier BIGO (dir.), *L'Europe des polices et de la sécurité intérieure*, «Espace international», Éditions Complexe, Paris, 1992.; Patrick GLENN *Strangers at the Gate: Refugees, Illegal Entrants and Procedural Justice*, Yvon Blais, Montréal, 1992

Par ces méthodes, les États industrialisés mettent en oeuvre le raisonnement sous-jacent à leur réflexion sur l'asile, c'est-à-dire que le problème des réfugiés doit être résolu dans un cadre régional : dès lors, les réfugiés doivent être tenus le plus près possible du pays d'origine en attendant leur rapatriement dès que les circonstances dans le pays d'origine le permettent, les rétablissements dans des pays tiers éloignés doivent être limités aux cas exceptionnels et contrôlés tant par les instances internationales (UNHCR, OIM,...) que par les États d'accueil concernés. En tout état de cause, les déplacements spontanés de population sont un désordre condamnable dans le système international. Et ce n'est pas un hasard si une doctrine de l'«intervention humanitaire» s'est récemment développée en réponse à des situations ayant causé des flux massifs de réfugiés³.

2. L'inadéquation flagrante du droit international des réfugiés

Le droit international des réfugiés, par le respect de la *Convention de Genève* du 28 juillet 1951 et l'action du H.C.R., permet actuellement l'identification et la protection effectives de plusieurs millions de personnes. C'est un acquis non négligeable du droit international de ce siècle. Toutefois, les limites de ce système sont de plus en plus évidentes et ses fondements sont radicalement attaqués. De plusieurs manières.

Tout d'abord, la *Convention de Genève* est datée. En particulier, elle est le reflet de la guerre froide qui s'installait au moment de son adoption. Le réfugié était alors certes la victime du nazisme ayant été déplacée par suite de la guerre, mais était déjà et surtout celui qui fuyait l'oppression communiste des régimes est-européens. Compte tenu des contrôles de sortie du territoire opérés par ces derniers, les réfugiés étaient en relativement petit nombre (Berlin excepté jusqu'à la construction du mur), mais étaient surtout considérés des témoins vivants de la valeur des régimes libéraux de l'Ouest, et devaient être accueillis comme des combattants de la liberté, ayant risqué leur vie pour l'affirmation de leurs convictions. Leur fonction de légitimation des régimes occidentaux leur conférait une valeur idéologique qui, à elle seule, suffisait à rendre quasi-immédiate leur admission sur le territoire de ces derniers.

...; Guy S GOODWIN-GILL, «Safe Country? Says Who?», (1992), 4, *I.J.R.L.*, 248.; Kay HAILBRONNER, «Perspectives of a Harmonization of the Law of Asylum after the Maastricht Summit», (1992), 29 *Common Market Law Review*, 917.; James C. HATHAWAY, «The Conundrum of Refugee protection in Canada: from control to compliance to collective deterrence», dans G. LOESCHER, *Refugees and the asylum dilemma in the west*, Pennsylvania State University Press, 1992, pp.71-92; James C. HATHAWAY, «Harmonizing Whom? The Devaluation of Refugee Protection in the Era of European Economic Integration», (1993), 26 *Cornell I.L.J.*, pp.719-735; Daniel WARNER «Refugee Law and Human Rights: Warner and Hathaway in Debate», (1992), 5 *J.R.S.*, 162.; James F. HOLLIFIELD, «Migration and International Relations: Cooperation and Control in the European Community», (1992), 26 *I.M.R.*, 568.; KJÆRUM Morten, «The Concept of Country of First Asylum», (1992), 4 *I.J.R.L.*, pp.514-530; Arthur C HELTON, «Toward Harmonized Asylum Procedures in North America: The Proposed United States-Canada Memorandum of Understanding for Cooperation in the Examination of Refugee Status Claims from Nationals of Third Countries», (1993), 26 *Cornell I.L.J.*, 737; CRÉPEAU, François, *op.cit.*, *supra*, note no.1.

3 Guy S GOODWIN-GILL, «Refugees: the Functions and Limits of the Existing Protection System», dans A. E. NASH, *Human rights and the protection of refugees under international law*, Institute of research on public policy, Halifax, 1988, pp.149-182.; F. CRÉPEAU, *op.cit.*, *supra*, note no. 1, G. J.L., COLES, *op.cit.*, *supra*, note no.1.

La fin de la guerre froide remet en cause ce fondement de leur accueil, les réfugiés perdant toute «valeur» pour les pays industrialisés. En fait, c'est à un total changement de paradigme que l'on assiste. 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 frontières⁴. 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. De plus, les obligations assumées envers un réfugié sont littéralement limitées: même si une interprétation extensive a pu être adoptée dans les années 1950 et 1960, les années 1980 ont marqué un retour à une lecture beaucoup plus stricte par les États des obligations auxquelles sont tenus les signataires de la *Convention de Genève*. Or, le droit international des réfugiés ne remplit plus adéquatement cette fonction de protection des États contre les flux d'étrangers indésirables. En effet, à la fois, il est débordé, au plan de la définition du réfugié, par de nombreux flux de déracinés dont il ne tient pas compte, et il se cherche une assise fondationnelle solide, pris qu'il est en porte-à-faux entre l'édifice du droit international des droits de l'homme et celui du droit international humanitaire, eux-mêmes en plein agglomérat.

Premièrement donc, la définition internationale du réfugié (qui s'applique déjà à 19 millions de personnes) ne couvre pas la majorité des personnes déracinées de ce monde. D'une part, de nombreuses personnes ayant fui leur pays ne répondent pas à la définition stricte de la persécution, ou l'entrent pas dans l'une des cinq causes de persécution imitativement énumérées dans la définition: ainsi généralement des personnes fuyant la guerre civile⁵, la violence généralisée, une catastrophe naturelle ou les conséquences d'un projet de développement⁶. D'autre part, les nombreuses personnes fuyant la persécution ou l'une des causes ci-dessus énumérées ne quittent pas leur pays, mais se déplacent d'une région à une autre à l'intérieur de celui-ci: ces millions (24 en 1991, probablement 30 aujourd'hui) de «personnes déplacées» font parfois l'objet d'une action du I.C.R., mais restent structurellement hors du champ du droit international des réfugiés, leur déplacement relevant *a priori* des affaires intérieures de l'État d'origine. Les causes et les effets de leur déplacement commencent toutefois à être étudiés, qui mettent en lumière les défauts majeurs du droit international contemporain⁷.

De cette situation découlent deux insatisfactions. En premier lieu, au plan de leur déracinement, la situation dramatique de ces diverses formes de réfugiés, bien que non couverts par le régime de protection internationale, ne diffère pourtant pas de celle des personnes ayant officiellement ce titre, pour avoir franchi, souvent accidentellement, une frontière internationale, ou pour être, bien involontairement, membre d'une minorité ciblée au lieu d'être une «simple» victime des feux croisés de belligérants. Dans tous les cas dans lesquels l'État d'origine ne peut ou ne veut assurer la sécurité de ces personnes, leur besoin de protection est identique et la similarité des situations juridiques devrait conduire à une similarité des régimes juridiques: à terme, la protection internationale devrait être accessible à toute personne à laquelle fait défaut une protection étatique effective⁸. En second lieu, les États d'accueil traditionnels se disent «assiégés» par les flux croissants de migrations plus ou moins forcées (y compris de réfugiés, qu'ils estiment souvent n'être que des migrants économiques). Très insatisfaits du régime actuel, ils souhaitent, parallèlement aux mesures internes et de coopération régionale qu'ils peuvent prendre, une reconfiguration du droit international des réfugiés qui leur permette de mieux protéger leurs frontières, quitte à détourner de leur sens certains concepts juridiques. En somme, dans le premier cas, le droit international des réfugiés doit être repensé car il ne répond pas aux besoins des individus, et dans le second, il doit l'être parce qu'il est insuffisamment attentif aux besoins des États! D'où la difficulté et la confusion du débat.

Deuxièmement, le droit international des réfugiés est conceptuellement déchiré entre ses objectifs initiaux et la situation internationale radicalement différente dans laquelle il évolue actuellement. En effet, il a été conçu pour répondre à un problème précis (les réfugiés européens de la seconde guerre mondiale), puis a servi dans le cadre d'un conflit géopolitique entre blocs (la guerre froide), mais tout cela de façon relativement isolée des autres régimes de protection des droits et libertés, qu'il s'agisse du droit international des droits de l'Homme ou du droit international humanitaire. Les instances internationales et la doctrine tentent depuis quelques années déjà de repenser les fondements de ces régimes pour les arrimer les uns aux autres, à l'intérieur d'une optique cohérente des droits et libertés au plan international. Les recherches entreprises sur le droit international des réfugiés mettent en lumière le problème conceptuel clef de son édifice, soit ce que Coles appelle son «exilic bias».

En effet, dans sa pratique depuis quarante ans (en fait depuis le début des années vingt), le droit international des réfugiés postule l'exil, prend la fuite pour acquis, sans chercher à en mettre en cause le ou les responsables de cet exode. Or l'exil constitue en lui-même un problème de droits et libertés et doit devenir le centre de toute analyse juridique concernant la protection des réfugiés⁹.

4 James C. HATHAWAY, *op. cit.*, *supra*, note no.3, 1991; James C. HATHAWAY, «Reconceiving Refugee Law as Human Rights Protection», (1991), 4 *J.R.S.*, 113, et dans V. GOWLLAND et K. SAMSON, *op. cit.*, note no. 1, pp. 9-30.

5 Walter KÄLIN, «Refugees and Civil War: Only a Matter of Interpretation?», (1991), 3 *I.J.R.L.*, 435.

6 Maria STAVROPOULOU, «The Right Not To Be Displaced», 1993, 69p., (non publié).

7 R. HOFMANN, *Internally Displaced Persons as Refugees*, International Law Association, First European Regional Conference, Budapest, 1993, 17p.; L'aide aux personnes déplacées pose, à sa manière, la question des limites au respect dû à la souveraineté territoriale. Quand un flux de personnes déplacées permet-il à la communauté internationale d'intervenir à l'intérieur des frontières d'un État sans sa permission expresse? Quand un flux de personnes déplacées constitue-t-il une menace pour la paix et la sécurité internationales justifiant une intervention militaire ou «humanitaire» sous l'égide des Nations Unies? Voir sur ce point le texte de la Res. C.S., 688 (1991) du 5 avril 1991 du

8 François CRÉPEAU, *La condition du demandeur d'asile en droit comparé - Droit international, droit français, droits canadien et québécois*, Thèse de doctorat, Université de Paris I, (1990), 907 p.; Voir également R. HOFMANN, *op. cit.*, *supra*, note no. 7.

9 Voir G. J.L. COLES, «Approaching the refugee problem today», dans G. LOESCHER, L. MONAHAN, *Refugees and International relations*, Clarendon press, Oxford, 1990, pp. 373-410; G. J.L. COLES, *op. cit.*, *supra*, note no.1, pp. 31-45; G. J.L. COLES, *State responsibility in relation to refugee problem with particular reference to the state of origin*, 1993, (non publié).

Ainsi, l'octroi de l'asile et la reconnaissance du statut de réfugié ont toujours été expressément présentés, au sein du droit international des réfugiés, comme un acte «humanitaire» et non-inamical, et le H.C.R. a toujours défini son action comme «apolitique», prétendant ne jamais porter de jugement politique sur les régimes produisant les réfugiés dont il s'occupe. Ce faisant, le H.C.R. travaille nécessairement sur les effets de l'exil au lieu de travailler sur ses causes, et on a cantonné le droit international des réfugiés à une fonction palliative sans lui donner aussi une fonction curative. Les récentes approches normatives proposées par la doctrine conduisent toutes à lever le «voile humanitaire» de l'action du H.C.R. pour reconnaître et prendre la mesure sa réelle dimension politique. Le H.C.R. traite les effets de politiques internes désastreuses, mais de ce fait même il prend part au débat politique et peut (et doit) être partie aux solutions politiques à long terme qui pourraient être envisagées: le H.C.R. ne saurait plus se contenter des trois solutions traditionnelles (rapatriement volontaire, installation sur place, réinstallation), puisqu'elles postulent un exil dont la source n'est pas mise en cause. Le H.C.R. a déjà d'ailleurs commencé à placer son action sur ce nouveau terrain, la situation bosniaque et les pièges politiques dans lesquels les belligérants l'ont à plusieurs reprises fait tomber le conduisant à réagir plus directement au plan politique, délaissant ainsi sa souvent frileuse façade d'apolitisme¹⁰.

La multiplication des flux de réfugiés ou de personnes déplacées, la complexification des théâtres de l'action collective internationale, les développements du droit international général et l'émergence de nouvelles institutions chargées du respect des droits et libertés, ainsi que le décalage croissant entre les moyens du H.C.R. (comme des autres institutions internationales) et les besoins recensés, obligent à repenser sérieusement les fondements et la finalité du droit international des réfugiés.

B.-Les prémisses de son dépassement

Malgré le trop manifeste blocage politique sur l'accueil des réfugiés, les États industrialisés ont poursuivi une réflexion sur le contrôle des flux migratoires et la prévention des flux incontrôlés. De ce débat, maints éléments utiles à une protection effective des réfugiés peuvent être extraits, même si les risques de détournement de leur sens sont grands. Sous la pression des événements, l'action du H.C.R. s'est d'ailleurs faite un peu plus interventionniste.

2.1- Le renouvellement du débat

Trois initiatives se sont succédées au tournant des années '80, tandis qu'un débat doctrinal se poursuit autour de la notion de «root causes».

En 1979, le gouvernement australien mène une initiative au sein du Comité exécutif du H.C.R. sur la pratique de l'asile temporaire, soulignant que la solution du rétablissement externe des réfugiés ne met pas suffisamment en lumière la responsabilité de l'État d'origine et ne peut être

justifié ni politiquement ni humanitairement: il relève l'État d'origine de sa responsabilité de mettre en oeuvre toute les mesures disponibles pour permettre le retour des réfugiés; il affaiblit le droit des réfugiés de demander l'appui de la communauté internationale dans l'obtention des conditions nécessaires à leur retour; il institutionnalise l'exil aux dépens du droit fondamental de l'individu de retourner chez lui dans le respect de ses droits; enfin, il peut imposer une charge très lourde au pays d'accueil¹¹.

En 1980, le Canada place à l'agenda de la Commission des droits de l'Homme des Nations Unies la question «Droits de l'Homme et exodes massifs». Suite à cette initiative, Sadruddin Aga Khan, ancien Haut Commissaire des Nations Unies pour les réfugiés et Rapporteur spécial pour l'occasion, remet en 1981 son rapport sur la question, lequel sera suivi, dix ans plus tard, par un rapport du Secrétaire général des Nations Unies¹².

En 1980 toujours, la RFA demande l'inscription à l'agenda de la trente-deuxième session de l'Assemblée générale des Nations Unies d'un item intitulé «Coopération internationale en vue d'éviter de nouveaux courants de réfugiés». L'Assemblée générale crée un Groupe d'experts sur la question, lui donnant mandat, entre autres, d'examiner tant la prévention des flux, que le droit des réfugiés de retourner sur leur terres ou de recevoir une compensation adéquate. Remis en 1986, le rapport de ce groupe analyse les effets des déplacements massifs de réfugiés (augmentation de la misère individuelle; fardeau politique, économique et social imposé à la communauté internationale, en particulier aux pays les plus pauvres; impact sur la stabilité des pays d'accueil; effets sur la stabilité socio-politique et le développement économique de la région; menace pour la paix et la sécurité internationales) et contient diverses recommandations¹³.

Dans ces textes, on souligne que les causes principales des courants de réfugiés relèvent du non-respect des droits et libertés par les régimes des pays d'origine, on insiste sur le respect dû par les États d'origine aux principaux instruments internationaux protégeant les droits et libertés, on suggère que des mécanismes d'avertissement (*early warning*) soient mis en place, permettant d'étudier les situations politiques susceptibles de conduire à des exodes massifs. La question

11 G. J.L. COLES, *op. cit.*, *supra*, note no.9, 1990, 391.; G. J.L. COLES, *op. cit.*, note no. 9, 1993, p.98, (non publié). Voir également le Rapport du Secrétaire général sur la coopération internationale en vue d'éviter de nouveaux courants de réfugiés, A/36/582, 23.10.1981. La conclusion EXCOM n° 19 (XXXI/1980) sur l'asile temporaire exclut significativement toute référence à la responsabilité du pays producteur de réfugié pour se contenter d'une exhortation envers les pays d'accueil: le débat n'est alors pas mûr.

12 M. STAVROPOULOU, *op. cit.*, *supra*, note no.6, 21, (non publié); G. J.L. COLES, *op. cit.*, *supra*, note no.9, 1990.; G. J.L. COLES, *op. cit.*, *supra*, note no. 9, 1993, p.98, (non publié). Voir également: La Commission sur les droits de l'Homme, Sadruddin (AGA KHAN Rapporteur Special), *Study on Human Rights and Massive Exoduses*, N.U. Doc. E/Cn.4/1503 (1981); Rapport du Secrétaire général sur les droits de l'Homme et les exodes massifs, A/46/542 (1991).

13 G. J.L. COLES, *op. cit.*, *supra*, note no. 9, 1990.; G. J.L. COLES, *op. cit.*, *supra*, note no.9, 1993, p.92 et suivantes, (non publié); R. HOFMANN, *op. cit.* note no.8.; M. STAVROPOULOU, *op. cit.*, *supra*, note no.6.; Voir également A.G. Res. n° 36/148, (1981); A.G.N.U., *Rapport du Secrétaire général sur la coopération internationale en vue d'éviter de nouveaux courants de réfugiés*, A/36/582, 23.10.1981; H.C.R./A.G.N.U., *Rapport du Groupe d'experts gouvernementaux sur la coopération internationale en vue d'éviter de nouveaux courants de réfugiés*, A/41/324, (1986).

10 R. HOFMANN, «Refugee-Generating Policies and the Law of State Responsibility», *Zeitschrift für Ausländisches Öffentliches Recht und Völkerrecht*, 1985, 697. Voir également Bill FRELICK, «Preventive Protection and the Right to Seek Asylum: A Preliminary Look at Bosnia and Croatia», (1992), 4 *I.J.R.L.*, p.446 et suivantes.

des déplacements massifs de population est donc abordée à la fois du point de vue de leurs causes (*root causes*) et du point de vue de leur prévention. Mais ces rapports restent très flous quant aux solutions précises qui pourraient être effectivement mises en oeuvre pour prévenir de nouveaux déplacements massifs de réfugiés.

Plus récemment, le Rapport Cuénod analyse la capacité de réponse des organes des Nations Unies à un flux migratoire massif. Puis le Rapport analytique du Secrétaire général des Nations Unies présente l'ensemble des «*root causes*» recensées avant de se demander si les normes internationales en vigueur constituent une protection adéquate des droits en cause et comment élaborer des lignes directrices concernant spécifiquement les situations productrices de déplacements de population. Enfin le Rapport Deng étudie l'application du droit international des droits de l'Homme, du droit international humanitaire et du droit international des réfugiés dans la protection et l'assistance des personnes déplacées à l'intérieur de leur pays¹⁴.

Selon les points de vue, les fruits de ces initiatives sont diversement interprétés. Pour Coles, ces textes permettent de donner un fondement solide à une argumentation centrée sur la mise en oeuvre de la responsabilité de l'État d'origine, en ce qu'ils insistent sur les notions de droit au retour des réfugiés ou de compensation des expatriés définitifs. Stavropoulou, par contre, y voit des appuis pour l'émergence d'un nouveau droit de l'Homme, le droit de n'être pas déplacé. Avec ces auteurs, on fera toutefois deux remarques. D'une part, ces textes se préoccupent plus des violations de droits et libertés survenant à l'occasion d'un déplacement que de la violation que constitue intrinsèquement le déplacement. D'autre part, au plan des moyens d'action, l'accent est nettement mis plus sur la prévention des flux de migrants jugés indésirables en Occident que sur la protection des victimes de régimes absurdes : ce qui compte est la protection des frontières des États industrialisés¹⁵.

2- «*Root causes*», «*preventive protection*», «*safe haven*», ...

La doctrine a donc entrepris un débat sur les «*root causes*» des déplacements de population, estimant que la communauté internationale ne pouvait se contenter de pallier les effets que constituent les flux de réfugiés mais devait les tarir à leur source en s'attaquant aux causes qui les provoquent, c'est-à-dire intervenir auprès des États d'origine de réfugiés en les enjoignant de remédier aux conditions socio-politiques jugées intolérables par une partie de leur population. C'est ainsi que sont tour à tour examinées diverses questions: «*intervention humanitaire*», «*intervention militaire*» désormais, réajustement des politiques de développement, lien entre aide bilatérale au développement et

respect des droits de la personne, approches régionales entre pays d'accueil (particulièrement au plan européen), politique généralisée de frontières ouvertes,... Toutes ces solutions démontrent que le déplacement est de plus en plus compris comme une violation en soi de droits et libertés fondamentaux, à laquelle il convient de s'attaquer comme telle, par une approche globale, sans en laisser le traitement au seul et limité droit international des réfugiés¹⁶.

Au sein même du droit international des réfugiés, cette discussion sur les «*root causes*» a été jugé par certains comme un faux débat. Ceux-ci estiment que les causes profondes des flux de réfugiés sont hors d'atteinte de ce pan du droit international, et relèvent proprement d'un traitement sous forme de développement démocratique, lequel figure à l'agenda de nombreuses institutions internationales. Au plan du droit international des réfugiés, ce débat ne servirait qu'à illustrer l'incapacité de qui que ce soit à prévenir les flux de réfugiés, et donc légitimer, par défaut apparent d'alternative, les politiques répressives et restrictives prises par ces États d'accueil à l'encontre de toutes les migrations indésirables. Ce débat détournerait ainsi, par la création d'un sentiment d'impuissance, l'attention tant de la responsabilité des États industrialisés dans le maintien au pouvoir des régimes générateurs de réfugiés, que des mesures qui pourraient être utilement prises par les États (s'il acceptaient d'en payer le prix matériel et politique) pour alléger les souffrances d'une grande partie de ces réfugiés¹⁷.

Ce débat sur les «*root causes*» est toutefois fondamental en ce qu'il met enfin en relations le droit international des droits de l'Homme, le droit international humanitaire et le droit international des réfugiés dans la recherche de solutions globales aux déplacements de population: chacun ne se cantonne plus à l'inventaire des moyens relevant de ses seules capacités institutionnelles. L'ensemble des possibilités dont dispose la communauté internationale pourrait éventuellement être mobilisé¹⁸.

De ce débat dont les enjeux sont multiples, est issue une discussion qui en illustre les aspects contradictoires. Le Haut commissaire, dans sa note sur la protection internationale de 1992, a avancé le concept de «*preventive protection*», signifiant par là qu'elle souhaitait que le H.C.R. puisse mener des actions directement à la source des départs d'exode afin d'alléger les souffrances des populations visés et, si possible, leur éviter un douloureux exil. Mais la communauté internationale n'a presque jamais la volonté politique, ni les ressources d'agir préventivement, alors même que le temps est compté, les déplacements de population étant

14 M. STAVROPOULOU, *op. cit.*, *supra*, note no.6, p.26., (non publié); Voir également N.U ECOSOC (J. CUÉNOD, rapporteur), *Report on Refugees, Displaced Persons and Returnees*, N.U Doc. E/109/Add. 1 (1991); N.U ECOSOC, Commission on Human Rights (F. DENG, Représentant du Secrétaire général), *Comprehensive Study on the Human Rights Issues Related to Internally Displaced Persons*, N.U. Doc. E/Cn.4/1993/35 (1993).

15 M. STAVROPOULOU, *op. cit.*, *supra*, note no.6, (non publié); G. J.L. COLES, *op. cit.*, note no. 9, 1993, (non publié).

16 J. CUÉNOD, «*Refugees: Development or Relief?*», dans: G. LÖSCHER, L. MONAHAN *op. cit.*, *supra*, note no. 9, pp. 219-253.; M. VEUTHEY, «*Réfugiés, droits de l'homme, droit humanitaire, paix et sécurité*», dans V. GOWLLAND K. SAMSON, *op. cit.*, *supra*, note no.1, pp.49-58; R. HOFMANN, *op. cit.*, *supra*, note no.7.

17 Jack I. GARVEY, «*The New Asylum Seekers: Addressing their Origin*», dans D.A. MARTIN, *The new asylum seekers: Refugee law in the 1980's*, Martinus Nijhoff, Dordrecht, 1988, 181p.; B. FRELICK, «*Preventing Refugee Flows: Protection or Peril?*» dans *US COMMITTEE FOR REFUGEES*, (1993), 5-13; J. C. HATHAWAY, *op. cit.*, *supra*, note no. 3.

18 Thorvald STOLTENBERG, «*Human Rights and Refugees*», dans EIDE Asbjørn, HELGESEN Jan (éd.), *The Future of Human Rights Protection in a Changing World*, Norwegian University Press, Oslo, 1991; Peter NOBEL, «*Aveuglement des pays riches face aux violations des droits de l'homme - Évaluation critique du lien qui existe entre les droits de l'homme et les réfugiés*», *Bulletin des droits de l'homme* n° 91/1, New York, Nations Unies, pp. 81-93.

souvent question de jours, voire d'heures. À cette fin, le Haut Commissaire a précisé, dans sa note, que les «root causes» des flux de réfugiés sont complexes et peuvent rarement faire l'objet d'action préventives à court terme : dès lors, les mesures de «preventive protection» doivent être complémentaires et ne peuvent en aucun cas constituer un substitut à l'asile, le respect du principe de non-refoulement devant demeurer une priorité absolue sur laquelle aucun compromis ne saurait être fait.

Toutefois, opérant un véritable détournement de sens, les États industrialisés se sont saisis de ce concept de «preventive protection» pour se l'appliquer à eux-mêmes : il s'agiraient ainsi de prendre les mesures nécessaires pour que des courants de réfugiés ne parviennent pas aux frontières occidentales, ce qu'illustra parfaitement la situation des Kurdes irakiens que l'opération *Provide Comfort* empêcha de pénétrer sur le territoire turc et pour lesquels on mit au point le concept de «zone sous protection internationale». Pire encore, la notion de «preventive protection» se trouve encore diluée dans le concept de «preventive assistance», qui consiste chercher à prévenir le déplacement de populations en se contentant d'assurer leur survie matérielle, par exemple par le largage à haute altitude de colis de vivres et de vêtements, comme en Bosnie récemment. La nécessité de la protection et de l'assistance n'est pas en cause; mais leur fonction de dénegation de l'asile est manifeste¹⁹.

Le concept de «zone sous protection internationale», ou «safe haven», est l'un des plus ambigus qui soit, puisqu'il s'est agi effectivement, dans l'opération *Provide Comfort* en «faveur» des Kurdes irakiens, de prévenir le déplacement de cette population au travers des frontières de la Turquie, pour deux motifs principaux. D'une part, il s'agissait de maintenir effectivement une pression politique et militaire sur le régime de Bagdad sous couvert d'une action de protection des populations civiles. D'autre part, et surtout, il fallait éviter à la Turquie, pays européen et membre de l'OTAN, l'«envahissement» de son territoire par une population en quête de protection mais porteuse de conflits et donc menaçante pour l'ordre établi occidental : plutôt que de stigmatiser les violations des droits et libertés auxquelles se livrait le régime irakien, on invoque la menace pour la paix et la sécurité internationales que représentent ces brusques flux de migrations incontrôlées²⁰. Bien entendu, cette «solution» est présentée comme temporaire, prélude à un retour chez elle de la population ainsi «protégée»; mais comment imaginer ce retour alors que le régime fui a souvent profité du départ de ces personnes pour occuper, piller ou détruire habitations et

récoltes? L'établissement des zones sous contrôle des Nations Unies à Sarajevo, Bihac, Mostar, Gorazde et Tuzla visait en grande partie le même objectif que l'opération *Provide Comfort* : éviter des exodes massifs.

Une doctrine, entendue ici ou là, souvent à mots couverts, soutend ces actions : l'accueil de ces migrations constituant une victoire pour le régime qui les a incitées à partir, il conviendrait, de manière à assurer la poursuite de la lutte au régime honni, de prévenir le départ de ces populations, le cas échéant en assurant leur protection militaire sur place. Faisant fi des souffrances individuelles pour ne les considérer, comme le fait le régime lui-même, que sous l'angle stratégique, un tel raisonnement a pu aussi être entendu à l'égard des réfugiés bosniaques de toutes confessions, et ce d'ailleurs dans la bouche des belligérants comme des gouvernements occidentaux : «Accueillir les Bosniaques fuyant les villes assiégées par les Serbes serait se rendre complice du nettoyage ethnique pratiqué par ces derniers». Ce raisonnement criminel — dont la une contrepartie a été rappelée par le Haut-commissaire : «Ne pas accueillir les Bosniaques, c'est se rendre complice de leur meurtre» — a trouvé son aberrante contradiction lorsque le H.C.R. s'est trouvé forcé, de manière à éviter leur massacre, d'assurer l'exécution matérielle d'une expulsion de Musulmans décidée par les autorités croates d'une ville bosniaque. Cet affreux chantage constituait une manipulation grossière du mandat humanitaire d'un organisme international, l'action de celui-ci cautionnant *de facto* la décision politique des autorités locales : ne pouvant faire modifier cette décision, le H.C.R. a lucidement choisi d'assurer d'abord la protection des civils en cause. L'hypocrisie, le cynisme et les préoccupations stratégiques de tous ceux qui pourraient intervenir — soit en les évacuant, soit en les armant — se conjuguent donc pour maintenir certaines populations dans la misère et la peur²¹.

Toutefois, cette constatation ne clôt pas le débat, car ce dernier expose l'éventail des mécanismes possibles de protection des réfugiés : même si un usage cynique et à contre-emploi peut en détourner le sens, l'idée est sans doute bonne d'assurer une effective protection de proximité tout en exerçant des pressions (y compris par une intervention humanitaire ou militaire) sur le régime fui pour qu'il modifie les politiques qui ont conduit à l'exil et permette ainsi aux exilés de revenir.

3-L'attitude plus interventionniste du H.C.R.

Sous la direction de Madame Ogata, et depuis le début de la crise bosniaque, le H.C.R. est d'ailleurs plus interventionniste et tente des approches préventives. Le risque qu'il coure ainsi est celui de devoir prendre partie : s'opposer ouvertement à l'une des parties en conflit en dénonçant son action; ou au contraire collaborer avec celle-ci en mettant en oeuvre une de ses décisions (d'expulsion par

19. B. FRELICK, *op. cit.*, *supra*, note no. 10, p. 441; B. FRELICK, *op. cit.*, *supra*, note no. 17, p. 7; Voir également, HCR/EXCOM, *Note on International Protection*, 25.8.1992, N.U. doc. A/AC.96/799. «While the rhetoric of «Operation Provide Comfort» was humanitarian, and the military was, in fact, mobilized for purposes that were, in part, humanitarian, something else was going on : the prevention of a refugee flow. This was not an effort to address the root causes of the refugee flow so that potential refugees would feel secure enough not to leave. In fact, they had no choice. Asylum in neighbouring Turkey was denied, and the assistance that did arrive came as much to shore up political alliances with friendly governments and to challenge the enemy regime as it did to assist the refugees» dans B. FRELICK, *ibid.*, 1993, p. 9.

20. Voir sur ce point le texte de la C.S. Res., 688, (1991) du 5 avril 1991 du Conseil de sécurité des Nations Unies, lequel se déclare préoccupé par «la répression des populations civiles irakiennes dans de nombreuses parties de l'Iraq, y compris très récemment dans les zones de peuplement kurde, laquelle a conduit à un flux massif de réfugiés vers des frontières internationales et à travers celles-ci et à des violations de frontière, qui menacent la paix et la sécurité internationales dans la région».

21 B. FRELICK, *op. cit.*, *supra*, note no. 17, p. 11

exemple). Le risque est également de banaliser l'action de protection du H.C.R., pour la réduire à un simple service d'acheminement de nourriture, de médicaments et d'autres biens essentiels à des populations piégées par le conflit et otage des diverses factions, sous le contrôle et selon le bon vouloir aléatoire des combattants²².

En ce sens, le H.C.R. commence à prendre la mesure de l'enjeu auquel la communauté internationale doit faire face: mobiliser l'ensemble des moyens politiques, juridiques, techniques, voire militaires disponibles— en chambardant au besoin les clôtures qui séparaient traditionnellement les champs d'activité des divers acteurs internationaux—, pour faire cesser les conflits et protéger effectivement et durablement les populations. L'action de la communauté internationale en faveur des populations civiles de l'ex-Yougoslavie, au travers de ses divers organes (H.C.R. compris) devra faire l'objet d'une étude exhaustive pour déterminer les changements d'attitudes effectifs sur lesquels il conviendrait de capitaliser dans le but d'assurer une meilleure protection des réfugiés²³.

II.- Des propositions convergentes de renouvellement

On constate donc la confusion conceptuelle dans laquelle baigne le débat sur les fondements du renouvellement du droit international des réfugiés. Trois voies de renouvellement nous paraissent à la fois utiles, cohérentes et complémentaires entre elles. D'une part, avec Jack Garvey et Gervase Coles, nous examinerons les possibilités d'utilisation de la théorie de la responsabilité de l'État : nous verrons combien ces auteurs divergent d'ailleurs quant aux liens entre le régime international de protection des réfugiés et le droit international des droits de l'Homme. D'autre part, avec Maria Stavropoulou et Gervase Coles toujours, nous explorerons l'éventuelle reconnaissance, au sein du corpus des droits internationalement protégés, d'un «droit de n'être pas déplacé» ou d'un «droit à une communauté» fondés sur la liberté de circulation internationalement garantie : dans ces approches de nature rémédiatrice, l'articulation au droit international des droits de l'Homme procède d'une extension du droit international des réfugiés vers la recherche de solutions aux causes d'exil, ce dernier étant conçu comme une violation de la liberté de circulation. Enfin, estimant les précédentes dangereuses pour l'immédiate protection des réfugiés, en ce qu'elles peuvent être utilisées à des fins dilatoires dans la recherche de solutions concrètes, la troisième position— défendue par James Hathaway— conserve au droit international des réfugiés sa fonction palliative, mais la repositionne de façon beaucoup plus articulée au sein d'un droit international des droits de l'Homme auquel est laissé le rôle premier dans la recherche de solutions à long terme aux problèmes de développement démocratique qui causent d'exil.

A. La mise en oeuvre de la responsabilité de l'État

Invoquer la responsabilité de l'État d'origine, c'est d'abord vouloir lutter contre le «exilic bias» dénoncé par Coles. Reconnaître la responsabilité première de l'État d'origine dans la chaîne de causalité des flux de réfugiés, c'est vouloir agir sur l'acteur initial pour tenter de le dissuader de poursuivre les politiques qui incitent ainsi une partie de sa population à fuir son territoire. Le droit des réfugiés ne doit donc pas seulement pallier les effets de l'exil, il doit s'attaquer à ses causes, et doit donc s'incorporer les mécanismes destinés à peser sur les dirigeants de l'État d'origine. Le H.C.R. doit arracher son voile factice de neutralité politique et prendre fermement partie contre les fauteurs d'exil : son action doit viser au cœur du nœud politique que constitue l'exercice fautif du pouvoir dans le pays d'origine.

Rainer Hofmann²⁴ a le premier pointé du doigt les politiques créatrices de flux de réfugiés (*refugee-generating policies*) de l'État d'origine, et invoqué les travaux de la Commission du droit international des Nations Unies en matière de responsabilité de l'État (tout particulièrement sa définition du «fait internationalement illicite»)²⁵. Sont de telles *policies* les violations flagrantes des droits et libertés, presque toujours imputables à l'État d'origine, par son action directe ou par son omission lorsqu'en sont responsables des individus non investis de fonctions étatiques (on pense aux «escadrons de la mort»). Les cas de guerre civile ou de troubles sérieux de l'ordre public provoquant des flux de réfugiés, ne pourraient permettre d'engager la responsabilité de l'État d'origine : en droit international universel strict, faute d'une «persécution» caractérisée, ces victimes ne sont généralement pas reconnus comme réfugiés au sens de la *Convention de Genève* de 1951, même si elles reçoivent souvent un asile temporaire de la part des pays limitrophes. Ainsi, il pourrait y avoir «crime international» en cas de politiques comportant génocide, apartheid ou violations massives et durables des droits fondamentaux, et «délit international» pour d'autres violations des droits et libertés. Dans les deux cas, l'État d'accueil pourrait demander à l'État d'origine la cessation des politiques ainsi incriminées, ainsi qu'une compensation pour les dommages subis. En cas de crime international, tous les États pourraient agir de même.

L'intérêt de cette approche est qu'elle replace le droit des réfugiés dans un cadre interétatique classique, facilitant ainsi la conceptualisation des solutions possibles. Toutefois, son effectivité reste limitée : l'État d'origine est souvent dirigé par un régime sanguinaire et la communauté internationale est rarement dotée de la volonté politique de faire cesser les violations massives des droits et libertés qui s'y produisent, le cas échéant par la force; ce même État d'origine est souvent en faillite technique, c'est-à-dire parfaitement insolvable, et donc incapable de payer des dommages-intérêts à qui que ce soit, sauf à pressurer plus encore ses citoyens.

Deux auteurs se sont attachés à développer cette voie²⁶. Dans deux directions en partie opposées. Garvey

22 G. S. GOODWIN-GILL, «UNHCR and International Protection: New Directions» dans *US COMMITTEE FOR REFUGEES*, 1993, 16.

23 G. S. GOODWIN-GILL., «Towards a Comprehensive Regional Policy Approach: The Case for Closer Inter-Agency Cooperation», *CSCE Human Dimension Seminar on Migration, Including Refugees and Displaced Persons*, Warsaw, 1993, 34.

24 R. HOFMANN, *op. cit.*, *supra*, note no. 10.

25 D. NGUYEN QUOC, *Droit international Public*, 4^e éd., L.G.D.J., Paris, 1992, p. 718.

26 Voir aussi KÄLIN Walter, «Safe Return for Refugees of Violence: A Blueprint for Action», in: V. GOWLLAND et K. SAMSON, *op.cit.*, *supra*, note no.1, p. 125.

estime que l'approche humanitaire est une tragique erreur et que seul un fondement interétatique solide peut rendre viable une «solution» au problème des réfugiés²⁷. Coles, pour sa part, souhaite au contraire, en sus d'une application renouvelée de la responsabilité internationale, approfondir la dimension humanitaire de la protection des réfugiés en la fondant sur la liberté de mouvement et en développant un «droit à une communauté»²⁸.

1- La réparation interétatique

Garvey déplore la tension que l'approche humanitaire du droit des réfugiés crée entre les droits de l'individu et la souveraineté de l'État d'origine. S'attachant particulièrement aux expulsions collectives (crises ougandaise de 1972 et vietnamienne de 1975-1980), il montre l'impuissance de l'action «humanitaire» du H.C.R. face au cynisme des États persécuteurs, qui à la fois se servent du discours humanitaire et se retranchent derrière leur souveraineté territoriale, et montre le caractère contre-productif des condamnations publiques d'une expulsion massive et des arguties autour de sa définition. Soulignant que le rapport Aga Khan «Droits de l'Homme et exodes massifs» insistait sur le principe de non-ingérence dans les affaires intérieures des États, Garvey souhaite une reformulation du droit des réfugiés qui se serve, pour en prendre avantage, de la doctrine de la souveraineté. S'appuyant sur la jurisprudence *Fonderie de Trail*²⁹ qui fonde la responsabilité de l'État qui permet que son territoire soit utilisé de manière à causer un dommage sur le territoire d'un autre État, il l'applique aux flux de réfugiés de manière à ancrer la protection des réfugiés dans un système d'obligations interétatiques. Évitant tout débat normatif, il souhaite que la communauté internationale se concentre sur l'identification de la responsabilité juridique de l'État d'origine devant servir à fonder les réclamations monétaires des États d'accueil. Garvey souhaite la création d'un fonds international d'aide aux réfugiés administré par un organisme international (H.C.R. ou autre) qui en tirerait l'autorité nécessaire pour négocier activement et préventivement à la fois la protection effective des réfugiés et les termes du règlement entre le pays d'origine et les pays d'accueil.

L'idée d'une nouvelle autorité internationale dotée de moyens financiers autonomes et du pouvoir de négocier directement avec toutes les parties en cause sera reprise de façon plus élaborée par Hathaway sur des prémisses partiellement différentes. Il faut aussi retenir de cette analyse l'importance accordée aux relations interétatiques comme seul moyen effectif de forcer la main à des États fauteurs d'exil. Toutefois, cette approche relève encore de la prospective théorique et Garvey n'entre dans aucun détail quant à la mise en oeuvre concrète de la responsabilité de l'État d'origine. Ainsi, il évite de poser clairement le problème de la difficulté de mettre en oeuvre la responsabilité d'un pays en faillite technique et sa proposition d'un fonds international d'aide

aux réfugiés (par ailleurs valable) prend presque l'allure d'un fonds d'indemnisation collective pour responsabilité sans faute: en ce sens, il ne démontre aucunement (c'est même un postulat dans son raisonnement) comment ce mécanisme purement interétatique parviendrait à générer suffisamment de pression politique sur l'État d'origine pour l'amener à modifier ses politiques génératrices d'exil. De même, son approche souffre de l'absence des principaux concernés, soit les réfugiés et les populations civiles du pays d'origine qui subissent les violations de droits sans avoir pu ou voulu fuir encore: l'expérience des années récentes paraît montrer combien la volonté populaire — dans ses expressions profondes, aléatoires, irrationnelles, subites, violentes — peut déposer des régimes dictatoriaux à bout de souffle tout comme faire échouer des réformes pourtant nécessaires. La prise en compte de la volonté des intéressés, ne serait-ce qu'au titre de leur «seule» dignité, et leur participation active à toute solution les concernant paraît essentielle pour donner légitimité à cette dernière: maintenir un cadre purement interétatique paraît dès lors relever d'une analyse datée de la dynamique des relations internationales.

Si Garvey rejette absolument toute approche fondée sur une «rhétorique» des droits et libertés, son approche n'est toutefois pas incompatible avec une tentative de rapprochement du régime de protection des réfugiés de celui des droits de l'Homme en général, en particulier en ce qui a trait aux réparations qui pourraient être dues par l'État d'origine envers ses ressortissants en exil.

2- La sanction des violations des droits et libertés

C'est ainsi que Coles développe une approche centrée sur la liberté de mouvement de tout individu, protégée par la *Déclaration universelle* de 1948 et les Pactes de 1966, ainsi que par la *Convention européenne des droits de l'Homme* de 1951 et ses *Protocoles* et par le *Pacte de San Jose* de Costa Rica de 1969. Chacun a le droit de rester (où il se trouve) dans son pays d'origine ou d'y retourner, et tout déplacement forcé constitue une violation de ce droit³⁰. Tout État qui, directement ou indirectement par ses politiques et son action, force un de ses ressortissants à se déplacer engage sa responsabilité, tant à l'égard de cet individu, qu'envers tout État affecté par ce fait. D'autre part, un individu qui demande asile ne doit pas être renvoyé contre son gré vers son pays d'origine s'il y risque des persécutions: la protection du réfugié par un État d'accueil peut donc aussi être considérée sous l'angle de la protection de la liberté de mouvement, de façon subsidiaire et exceptionnelle.

À l'intérieur de la catégorie des crimes internationaux, Coles place les actes qui causent intentionnellement le départ de réfugiés ou en préviennent le retour, élargissant ainsi la perspective initiée par Garvey: les déportations, individuelles ou collectives, condamnées comme

30. Cet aspect de la pensée de Coles sera précisé en deuxième section.

31. Voir l'article 6 de l'*Accord de Londres* du 8 août 1945 portant sur le statut du Tribunal Militaire International qui définit en droit international les notions de crime contre la paix, crime de guerre et crime contre l'humanité: «[...] b) Les crimes de guerre: c'est-à-dire les violations des lois et coutumes de la guerre. Ces violations comprennent, sans y être limités, l'assassinat, les mauvais traitements ou la déportation pour travaux forcés, ou pour tout autre but, des populations civiles dans les territoires occupés, l'assassinat ou les mauvais traitements des prisonniers de guerre ou des personnes en mer, l'exécution des otages, le pillage des biens publics ...

27 J.I. GARVEY, «Toward a Reformulation of International Refugee Law», (1985), 26 *Harv.I.L.J.*, 481.; J.I. GARVEY Jack I., *op. cit.*, *supra*, note no. 17, p. 181.

28 G. J. L. COLES, *op. cit.*, *supra*, note no. 9.

29. *Trail (Fonderie de)*, S.A., 11.3.1941, R.S.A. III, p. 907.

crime de guerre ou contre l'humanité par les principes de Nuremberg³¹ et interdites par les Conventions de Genève de 1949 et leurs Protocoles de 1977; la «dénationalisation» ou retrait de la nationalité; l'expulsion collective de nationaux; le «nettoyage ethnique» et les échanges forcés de populations³²;... Au plan des délits internationaux, et sur le fondement du principe *sic utere tuo ut alienum non laedas*, Coles place toutes les conséquences des déplacements forcés de réfugiés, à l'égard de l'individu comme du pays d'accueil, particulièrement lorsque ces déplacements constituent une menace pour la paix et la sécurité internationales: l'obligation de réparation/compensation en découle. Et Coles souhaite voir imposer à l'État d'origine une obligation de résultat (*strict responsibility*) et non seulement une obligation de moyen, de manière à ne pas imposer à l'État d'accueil ou l'individu poursuivant un fardeau probatoire trop lourd.

En réponse à des délits internationaux, Coles envisage une responsabilité civile ordinaire, assurant le remboursement des frais et dommages encourus par quelque État ou individu réfugié lésé par son fait. La punition des crimes internationaux, pour leur part, doivent relever d'un tribunal international, voire justifier une intervention armée, à des fins «humanitaires» ou plus clairement «militaires» si nécessaire.

La mise en oeuvre de la responsabilité civile paraît toutefois bien illusoire, compte tenu de la faiblesse des économies de la plupart des pays producteurs de réfugiés. Le remboursement des dommages subis par un pays d'accueil pourrait aboutir à des «solutions» du type de celles des réparations allemandes du *Traité de Versailles* de 1919, c'est-à-dire porteuses de conflits plus graves encore. L'essentiel de la compensation due aux individus ne pourrait souvent venir que de l'aide internationale— mais celle-ci risque d'être de plus en plus parcimonieuse, voire liée, et d'être affectée en priorité aux mesures de bien-être collectif— ou d'un régime collectif d'aide aux réfugiés— dont nous verrons, avec les propositions de Hathaway, les difficultés de mise en oeuvre—.

La sanction des crimes internationaux dépend, bien entendu, du degré de volonté politique dont la communauté internationale témoigne: or cette volonté politique fut jusqu'ici toujours faible tant qu'elle ne coïncidait pas avec l'intérêt immédiat d'une grande puissance. Au vu de la constitution progressive du tribunal international chargé de juger les auteurs des crimes de guerre et contre l'humanité commis en ex-Yougoslavie³³ et de la transformation du rôle de la FORPRONU par l'intervention directe de l'OTAN pour

dégager Sarajevo (ultimatum du 21 février 1994 à 00h), puis Gorazde (fin avril 1994) et les autres zones sous protection internationale, les propositions de Gervase Coles, encore utopiques au moment de leur rédaction, acquièrent toutefois une dimension prospective nouvelle.

B. La mise en oeuvre de la liberté de mouvement

Coles veut donc fonder la protection des réfugiés sur le respect de leur liberté de mouvement, de leur «*right to be allowed to remain in one's home in safety and dignity*»³⁴ et la condamnation de tout déplacement forcé. Cette conception a l'avantage de mettre l'accent sur la partie visible du phénomène, c'est-à-dire le mouvement des personnes, le flux de réfugiés, que craignent précisément tant les États industrialisés. Mais Coles développe peu l'articulation entre protection des réfugiés et droit international des droits de l'Homme. Stavropoulou va plus loin en défendant la création, au sein de ce dernier, d'un «droit de n'être pas déplacé» (*right not to be displaced*). Ce droit lui-même trouve un prolongement dans le «droit à une communauté» (*right to community*) proposé par Coles et discuté par Warner et Hathaway.

1. Le droit de n'être pas déplacé

Stavropoulou constate que le droit international des droits de l'Homme n'a pas tenu le déplacement (défini comme tout mouvement forcé ou involontaire de personnes hors de leur zone habituelle de résidence) pour une violation de droits en soi, mais s'est attaché, comme le droit international des réfugiés d'ailleurs, à traiter les violations de droits survenant à l'occasion d'un déplacement. Pourtant, selon elle, forcer quiconque à quitter sa maison, son village, sa région, c'est-à-dire l'espace géographique et mental qui structure essentiellement sa conception du monde et son rapport à la communauté, est en soi la violation d'un droit fondamental, la liberté de mouvement, dont le «droit de rester» ou le «droit au retour» sont des expressions consacrées.

L'étude des «root causes» des déplacements ne doit pas occulter la recherche de leurs «causes immédiates», parmi lesquelles on trouve presque toujours une violation de droits et libertés imputable à quelque action ou politique étatique, et que Stavropoulou regroupe en deux catégories: le déplacement délibéré par les autorités étatiques ou insurgées (expulsion et rétablissement forcé) et le déplacement résultant de circonstances autres (violations systématiques des droits et libertés; guerre, conflit armé et violence généralisée; rétablissement résultant de politiques de développement; dommages environnementaux). L'élément clef est celui de la coercition: le déplacement est au minimum un indicateur d'une violation de droits et libertés.

Dans la première catégorie, sur l'exclusion hors des frontières du pays, Stavropoulou stigmatise d'abord l'expulsion par un État de ses propres nationaux, relevant: son interdiction dans les instruments régionaux européen et américains; l'interdiction de l'exil dans la *Déclaration universelle* malgré le silence des Pactes (signe du passage de cette interdiction dans le droit international coutumier?); la

...ou privés, la destruction sans motif des villes et des villages ou la dévastation que ne justifient pas les exigences militaires; Les crimes contre l'humanité: c'est-à-dire l'assassinat, l'extermination, la réduction en esclavage, la déportation et tout autre acte inhumain commis contre toutes populations civiles, avant ou pendant la guerre, ou bien les persécutions pour des motifs politiques, raciaux ou religieux lorsque ces actes ou persécutions, qu'ils aient constitué ou non une violation du droit interne du pays où ils ont été perpétrés, ont été commis à la suite de tout crime rentrant dans la compétence du tribunal, ou en liaison avec ce crime[...].

32 Theodor MERON, «Rape as a Crime under International Humanitarian Law», (1993), 87 A.J.I.L., 224.

33 Report of the Secretary-General Pursuant to Paragraph 2 of Security Council Resolution 808—Establishment of an International Tribunal, Doc. S/25704, 3.5.1993, (1993), 37 International Legal Materials, 1159; Addendum to Report of the Secretary-General Pursuant to Paragraph 2 of Security Council Resolution 808—Establishment of an International Tribunal, Doc. S/25704, 19.5.1993, (1993), 37 International Legal Materials, 1202.

34 B. FRELICK, «Preventive Protection and the Right to Seek Asylum: A Preliminary Look at Bosnia and Croatia», 4 International Journal of Refugee Law, (1992), p. 449.

violation potentielle de la souveraineté territoriale de l'État d'accueil (même si cet argument ne conduit pas à constater une interdiction du déplacement lui-même); le droit de chacun à une nationalité et l'interdiction concomitante de la dénationalisation des individus comme préalable à leur expulsion. Elle relève ensuite: l'interdiction de l'expulsion collective d'étrangers (en Europe); l'interdiction de pratiques discriminatoires (y compris en matière d'expulsion) fondées sur la race, la nationalité, l'ethnie ou la religion (ainsi pour la protection des minorités); et, à l'occasion de conflits armés, la protection des populations civiles, entre autres par l'effet des *Conventions de Genève* de 1949 et des *Protocoles* de 1977 (déportations durant le conflit, ou transferts de population lors du règlement du conflit). Sur le rétablissement forcé à l'intérieur du territoire de l'État d'origine, Stavropoulou signale que ces populations se voient protégées par interprétation du même «patchwork» de dispositions qui ne visent pas spécifiquement cette situation. C'est en temps de guerre que le droit international protège le mieux (théoriquement) les populations civiles contre tout déplacement forcé.

La seconde catégorie regroupe les déplacements résultant de circonstances autres. Toute l'argumentation de Stavropoulou repose ici sur le «droit de n'être pas déplacé», composante essentielle de la liberté de circulation exprimée aux articles 13 de la *Déclaration universelle* de 1948 et 12 du *Pacte international relatif aux droits civils et politiques* de 1966. Celui qui fuit des violations systématiques avérées des droits et libertés ne sera pas réconforté par la possibilité d'ajouter à son éventuelle réclamation la violation du droit de n'être pas déplacé; mais ce dernier pourra être utile à celui qui fuit «seulement» parce qu'il craint d'être la cible de telles violations. Celui qui fuit un conflit armé peut être considéré comme réfugié (Afrique, Amérique centrale), mais ne sera peut-être pas couvert par les *Conventions de Genève* de 1949 et leurs *Protocoles* (sauf interprétation extensive): un droit de n'être pas déplacé lui serait utile. Stavropoulou consacre ensuite de longs développements aux déplacements forcés en raison de projets de développement (particulièrement lorsque ces projets sont internationalement financés, et lorsque les populations en cause sont indigènes)³⁵ ou de dommages environnementaux (particulièrement suite à la Conférence de Rio de 1992): en ces domaines, la réglementation internationale impérative est embryonnaire, et le droit de n'être pas déplacé pourrait trouver une application intéressante.

Stavropoulou tente ensuite de cerner un droit de n'être pas déplacé. Elle énumère d'abord les droits et libertés, protégés par la *Déclaration universelle* ou les *Pactes*, qui risquent violation à l'occasion d'un déplacement forcé: droit à la vie, à la liberté et à la sécurité; interdiction des traitements cruels, inhumains ou dégradants; interdiction de toute interférence arbitraire avec la vie privée ou la propriété; droit à la personnalité juridique; liberté de mouvement et interdiction de l'exil; libertés d'opinion, d'expression, d'association et de réunion; droit à la protection de la famille,

à un niveau de vie suffisant, à la nourriture et au logement, à la santé, au travail, à l'éducation, au développement économique social et culturel, et à la participation à la vie culturelle. De ce constat, Stavropoulou conclut que si, dans la plupart des cas de déplacement forcé, la violation d'un de ces droits et libertés pourra être effectivement constatée, ce ne sera pas toujours le cas: l'incapacité du système de protection international de traiter le déplacement comme tel, c'est-à-dire comme un concept juridique autonome, conduit à laisser sans protection des personnes dont la situation n'est en rien essentiellement différente de celle des réfugiés ou d'autres personnes pour lesquelles une protection est possible, compte tenu de la violation avérée d'au moins un droit internationalement garanti. La liberté de mouvement est toutefois sujette aux aménagements et dérogations possibles selon les articles 12(1) et 4(1) du *Pacte international relatif aux droits civils et politiques*, ces dérogations ne pouvant cependant être invoquées que dans un cadre interprétatif strict.

Stavropoulou définit ensuite le droit de n'être pas déplacé:

Personne ne peut être forcé de quitter sa demeure et personne ne peut être rétabli ou expulsé de force du pays de sa nationalité ou de sa zone de résidence habituelle; sauf dans le respect des conditions prévues par la loi et uniquement pour des raisons impérieuses de sécurité nationale, pour les besoins spécifiques et avérés du bien-être général de la région, ou en cas d'urgence en raison d'une catastrophe naturelle ou humaine.

En ce cas, toutes les mesures possibles seront prises pour garantir, en toute sécurité, le départ et le rétablissement de la population. Les personnes déplacées recevront toute l'assistance possible, de manière à garantir leur sécurité et leur dignité. Le retour des personnes déplacées fera l'objet de toute mesure possible, dès que les conditions le permettront. Aucune des dispositions précédentes ne doit être interprétée de manière à restreindre la liberté de mouvement.³⁶

Stavropoulou insiste sur l'élément de coercition qui est au cœur du droit qu'elle défend et le différencie de la liberté d'émigrer: un critère subjectif partage ici les situations du choix libre d'émigration du choix contraint de déplacement. Les instances internationales ont plus tendance à s'attacher aux caractères massif et soudain du déplacement de population, mais ces critères dits objectifs sont tenus pour indicatifs d'une situation subjective de coercition. Toutefois, personne ne s'entend pour savoir quand et comment une situation difficile devient subjectivement intolérable au point de «forcer» un déplacement. Certains auteurs établissent une échelle de risques de violation de droits et libertés qui feraient passer la personne d'un exil involontaire (risques immédiats pour la vie physique, par exemple) à une migration volontaire (atteintes mineures à la vie sociale, par exemple), mais sans définir à quel endroit se trouve le seuil de passage du contraint au volontaire, du forcé au libre. Stavropoulou conclut que si le déplacement entraîne des violations de droits et libertés, la contrainte peut être présumée avoir existé dès le départ.

35 BERLIN INSTITUTE FOR COMPARATIVE SOCIAL RESEARCH, *Worldwide Refugee Movements: Development Politics and Human Rights (Conference Proceedings, New York, 8-9.11.1991)*, (1992), Berlin, Parabolis; Augustine Philip MAHIGA, «The Development Dimension of the Refugee Problem in Africa», dans V. GOWLLAND et K. SAMSON, *op. cit.*, *supra*, note no.1, pp.73-77.

36 M. STAVROPOULOU, *op. cit.*, *supra*, note no.6, p. 60, (non publié). La traduction est de l'auteur.

Cette solution, en forme de pirouette juridique permettant de se dégager de l'immense littérature scientifique consacrée aux causes des mouvements migratoires, est nettement insatisfaisante au fond. La démarche est presque syllogistique: la fuite est contrainte par des violations des droits et libertés, et cette contrainte sera présumée dès lors que la fuite entraînera des violations de droits et libertés. En d'autres termes, ce sont les violations de droits et libertés encourues à l'occasion de la fuite qui permettent de présumer les violations de droits et libertés qui sont à l'origine de la fuite.

Stavropoulou souhaite que le droit de n'être pas déplacé serve trois objectifs. D'abord, être un levier de réalisation concrète de droits et libertés (*empowerment*), c'est-à-dire être le point focal de la lutte d'un individu contre son exil. Ensuite, être un outil analytique pour toute situation de déplacement de population: ce fait immédiatement constatable permet de réunir en faisceau toutes les questions ultérieures sur son responsable, ses causes, les droits et libertés violés en amont ou à l'occasion du déplacement, les instruments juridiques utiles, ... Enfin, être un incitatif à la réflexion sur l'extension des régimes de protection actuels, en droit des réfugiés et en droit humanitaire.

La démarche de Stavropoulou est intéressante en ce qu'elle focalise le débat sur l'élément immédiatement constatable: le déplacement d'une population. La question qu'elle pose est celle de savoir si ce déplacement est la conséquence de la violation antérieure de droits et libertés, est une somme de violations de droits et libertés ou est en soi la violation d'un droit. La réponse à cette question n'est pas univoque, et il n'est pas d'ailleurs nécessaire de chercher une réponse nette et précise: l'utilité de son approche vient surtout de la clarification des situations juridiques des diverses étapes de l'exil (avant, pendant, après), et de la possibilité de lier cette analyse juridique aux travaux faits en sociologie des migrations à propos de la motivation des déplacements.

Nous ne pensons pas que l'instauration officielle d'un «droit de n'être pas déplacé» puisse effectivement contribuer à réduire les situations d'exil. Toutefois, ce concept devrait permettre une interprétation intéressante de la liberté de mouvement, y compris le droit de demeurer chez soi ou d'y retourner. En ce sens, on voit très bien le lien qui peut être fait entre l'analyse de Stavropoulou et la notion de *preventive protection* avancée par le H.C.R., et que Hofmann appelle de ses vœux lorsqu'il souhaite le renforcement du *right to remain* ou du *right not to be forcibly displaced*³⁷.

Au minimum, ce déplacement de population est un fait qui permet deux déductions. D'une part, il conduit à constater un désordre dans la situation intérieure du pays d'origine, désordre dont la cause peut être naturelle ou humaine, mais qui signale au mieux l'insuffisance, au pire la malveillance des autorités étatiques. D'autre part, il conduit aussi à constater un désordre dans la situation internationale: soit le déplacement a débordé les frontières du pays d'origine, soit il est l'indication d'une situation intérieure qui est susceptible de porter atteinte à l'ordre international, par exemple en menaçant la paix et la sécurité internationales. Dans tous ces cas, le besoin de protection des populations manifesté par leur déplacement peut conduire à une

intervention des instances internationales ou de pays intéressés, intervention politique, diplomatique, humanitaire, voire militaire. La mise en oeuvre de diverses mesures disponibles en droit international pour amener un État (ou des autorités insurgées) à se conformer à certaines normes internationales de comportement étatique (soit envers ses ressortissants, soit envers d'autres États ou la communauté internationale) peut prendre pour point de départ la constatation d'un déplacement forcé de population.

Bien entendu, les motivations de l'intervention pourront être diverses, allant de la volonté réelle de protéger des populations civiles menacées à la défense réaliste ou cynique d'intérêts géostratégiques jamais totalement étrangers à la situation humanitaire révélée.

En ce sens, que le déplacement soit interne ou externe est indifférent: dans tous les cas, le comportement des autorités étatiques est inadéquat et doit changer. L'analyse de Stavropoulou donne une base solide à la réflexion entourant l'élargissement du droit international des réfugiés, d'une part aux «personnes déplacées» (dont s'occupe déjà très souvent le H.C.R.), d'autre part aux réfugiés de la violence (et non seulement de la persécution), voire aux réfugiés de toute catastrophe à cause humaine (*man-made disasters*).

À plus long terme, les analyses de Coles et de Stavropoulou peuvent aussi converger: la stigmatisation du déplacement forcé pourra conduire à la mise en oeuvre de la responsabilité de l'État devant des instances qui pourraient être établies à cette fin (voir déjà le tribunal international des crimes de guerre établi pour le cas bosniaque), soit par les États d'accueil qui ont supporté le poids social, économique et politique de ce déplacement, soit par les personnes déplacées elles-mêmes pour les pertes qu'elles ont encourues à cette occasion.

2. Le droit à une communauté

En ce sens, Coles a lancé un débat sur la notion de droit à une communauté (*right to community*), sur lequel il fonde son recours à la responsabilité internationale de l'État, et auquel Warner et plus indirectement Hathaway ont participé. Pour Coles, le but du droit international des réfugiés devrait être, suite à son exil, de réinsérer le réfugié dans une communauté: préférablement par un retour dans sa communauté d'origine, sinon par (ré)établissement dans une nouvelle communauté. La protection internationale servirait de pont entre deux communautés d'appartenance.

La préférence accordée au retour dans la communauté d'origine est fondée sur l'idée que, dans la plupart des cas, le déplacement étant forcé, le réfugié aurait souhaité rester au sein de sa communauté et souhaite toujours y retourner dès que possible (cette conclusion fonde l'option préférentielle du H.C.R. en faveur du rapatriement librement consenti). Le droit à une communauté ainsi entendu repose sur le droit qu'aurait chacun de vivre chez lui dans le plein respect de ses droits et libertés. L'action internationale a dès lors pour objectifs, d'une part, de restaurer les conditions de ce respect dans le pays d'origine par tous les moyens disponibles (diplomatiques, politiques, militaires) et, d'autre part, de protéger les victimes en attendant leur retour consécutif à ce rétablissement d'un ordre politique respectueux des droits et libertés.

Warner a critiqué cette approche. Il en a d'abord reconnu l'intérêt, en ce que l'approche juridique individualiste

37 R. HOFMANN, *op. cit.*, *supra*, note no.7.

cristallisée dans la définition internationale du réfugié de la *Convention de Genève* du 28 juillet 1851 est dépassée au profit d'une intégration de l'apport des sciences sociales à la compréhension du phénomène réfugié. Les concepts de rupture, de monde social, de réseau social, d'interactions sociales dynamiques permettent d'appréhender le rapport du réfugié à sa communauté d'origine et à sa communauté d'adoption sous un angle évolutif, non statique.

Mais, s'appuyant sur une analyse des insuffisances de la critique communautariste du libéralisme, Warner met en garde contre certains effets potentiels de l'approche colesienne. D'une part, le «droit à une communauté», et au premier chef à la communauté d'origine, peut connoter une vision statique du rapport de l'individu à son environnement social : la conception «tribale», «ethnique» (au sens réducteur où ce terme est entendu, par exemple, dans la notion de «nettoyage ethnique» en Bosnie) de l'organisation sociale enferme l'individu dans une identité collective dont il ne saurait s'affranchir de son propre gré. Warner insiste sur la fluidité des relations sociales dans les sociétés modernes et définit le réfugié comme celui dont le réseau social a subi une rupture (anéantissement, réduction, remplacement par un autre) par suite de l'exil. Dans ce contexte, la liberté et la mobilité contemporaines du réfugié lui permettent de choisir entre, d'une part, le refus de la rupture et la tentative de réintégrer dès que possible son monde social initial et, d'autre part, l'acceptation de la nouvelle donne et donc la construction d'un réseau social entièrement ou partiellement nouveau. En somme, le réfugié est intrinsèquement libre de choisir sa communauté, et le droit international des réfugiés ne saurait avoir pour seul objectif la réinsertion du réfugié dans une communauté abstraitement prédéterminée.

D'autre part, Warner critique la confusion que le «droit à une communauté» produit entre un droit de s'intégrer à une communauté nationale (non nécessairement étatisée) que cette dernière devrait garantir on ne sait comment et un droit d'exiger une protection de la part d'autorités étatiques qui peuvent diriger un État multicommunautaire (ethnies, religions, ...) ³⁸. Warner réintroduit ici le contexte géopolitique dans lequel le droit international des réfugiés est aujourd'hui négocié. Il paraît évident que le respect de la volonté du réfugié (certes toujours invoquée) n'est pas — et n'a jamais été — la clef de la définition de son avenir : c'est la volonté des États qui est ici souveraine. On doit tenir compte du désir aujourd'hui ouvertement affirmé des États d'accueil de limiter au minimum nécessaire le nombre des réfugiés sur leur territoire : dès lors qu'un réfugié peut retourner dans le pays d'origine, il n'existe a priori aucune raison de ne pas l'y renvoyer, quitte à ce qu'il fasse ultérieurement une demande d'immigration vers le pays d'accueil. Affirmant une volonté de régionaliser le traitement des flux de réfugiés, les États industrialisés veulent à tout prix s'assurer du maintien des réfugiés à proximité de leur lieu d'origine, de manière à contenir des flux migratoires qui pourraient autrement devenir incontrôlables. Cette analyse s'intercale entre celles de Coles et de Warner. Les États industrialisés ont une conception purement politique de la communauté d'appartenance, entendue sous la seule forme de l'ordre étatique : toute personne non-apatride «appartient» à un État

d'origine qui est tenu de la reprendre dès lors qu'aucun autre État n'en veut et que ce retour n'est pas fait en violation d'obligations internationales assumées par ailleurs. Ce qui compterait, au fond, c'est que toute personne bénéficie de ce que nous avons appelé une «protection étatique effective», au premier chef celle de l'État d'origine et à défaut celle d'un État d'accueil, l'état de réfugié (au sens large) se définissant comme l'absence d'une protection étatique effective ³⁹.

Les analyses de Coles et Stavropoulou sont utiles car elles proposent des axes transversaux de compréhension du phénomène juridique de la protection internationale des réfugiés. Elles ne permettent cependant de formuler des propositions précises quant à une reformulation à court terme du droit international des réfugiés pour permettre à ce dernier de dépasser les blocages dus à la fermeture des territoires des États industrialisés. Porté par une lecture plus politique de la protection des réfugiés, Hathaway propose un nouvel ordre institutionnel qui puisse à la fois servir les personnes en quête de protection et les intérêts des États.

C.- Une répartition internationale impérative de quotas de réfugiés

Hathaway part de la constatation que le droit international des réfugiés a été institué pour protéger les États puissants des flux incontrôlés de réfugiés ⁴⁰ et qu'aux yeux de ces derniers, il remplit de moins en moins bien ce rôle. Dès lors, ces États prennent progressivement toutes les mesures complémentaires disponibles pour s'assurer d'un meilleur contrôle de leurs frontières. Le droit international des réfugiés légitime cette nouvelle norme protectionniste faute d'un organe international de supervision de son application, le H.C.R. ayant trop les mains liées par les États qui le financent pour pouvoir ouvertement critiquer leur action.

Hathaway rend hommage à Gervase Coles pour son approche renouvelée du droit international des réfugiés fondée sur un droit à une communauté, le caractère distinctif du réfugié étant la séparation forcée de sa communauté d'origine. Il craint toutefois que les pays industrialisés ne se servent de cette approche, en la détournant de son sens, pour refuser d'accorder aux réfugiés une protection valable immédiate. En effet, nous l'avons dit, l'approche de Coles (comme celle de Stavropoulou) est prospective : intégrant la protection des réfugiés aux solutions politiques des vastes problèmes de démocratie, de droits et libertés, et de développement des pays d'origine, elle ne peut avoir d'effet que sur le long terme. Hathaway craint que le monde industrialisé ne provoque des discussions interminables (avec accords de principes et déclarations d'intention auto-célébrés) sur ce type d'approche pour «démontrer» l'impossibilité de toute action concrète de protection efficace des réfugiés en dehors du cadre des solutions politiques à long terme, se défaussant ainsi de toute responsabilité en matière de protection des réfugiés ici et maintenant.

En somme, Hathaway rappelle que le droit international des réfugiés possède fondamentalement une fonction palliative (de protection intérimaire dans le court

³⁹ F. CRÉPEAU, *op. cit.*, *supra*, note no.8.

⁴⁰ J.C. HATHAWAY, «A Reconsideration of the Underlying Premise of Refugee Law», (1990), 31 *Harv.L.L.J.*, 129

³⁸ Daniel WARNER, «We Are All Refugees», (1992), 4 *I.J.R.L.*, pp. 365-372; J.C. HATHAWAY, et D. WARNER, «Refugee Law and Human Rights: Warner and Hathaway in Debate», (1992), 5 *J.R.S.*, p.162.

terme), qui le distingue légitimement de la fonction curative interventionniste (de protection systémique généralisée dans le long terme) du droit international des droits de l'Homme. La volonté de lier la protection des réfugiés à une conception globale de la protection des droits et libertés dans le monde ne devrait pas conduire à un abaissement des normes de protection immédiate appliquées aux réfugiés. Plus précisément, il craint que le «droit à une communauté» ne soit interprété comme un droit de rester dans le pays d'origine que les États industrialisés pourrait faire «respecter» (en empêchant toute sortie du territoire) au détriment de la protection des personnes qui autrement se seraient réfugiées ailleurs⁴¹. Rejoignant ici l'analyse de Warner, Hathaway plaide pour que la volonté des personnes soit prise en compte, et que leur action (toujours forcée) de quitter leur pays pour protéger leur dignité et leurs droits soit elle-même respectée: en ce sens, le droit international des réfugiés n'est pas seulement un code de conduite étatique: il doit garantir à toute personne le droit de quitter des situations dans lesquelles ses droits et libertés sont menacés, sans que ce droit soit sacrifié au profit (hypothétique) de solutions politiques à long terme.

Hathaway propose donc de remodeler le droit international des réfugiés selon de nouveaux principes qui tiennent compte des intérêts des États industrialisés tout en assurant la nécessaire protection des personnes menacées. S'appuyant sur les propositions de Garvey concernant la mise en oeuvre de la responsabilité de l'État d'origine, il propose un système fondé sur trois principes.

Premièrement, le système doit reconnaître le droit de toute personne de quitter toute situation dans laquelle sa dignité est menacée, par les risques qui pèsent sur ses droits et libertés: la capacité de l'individu de déterminer le cours de son propre destin, inhérente à toute conception contemporaine de la dignité humaine, doit être systématiquement reconnue comme le moyen (souvent le seul) dont dispose l'individu de dénoncer l'illégitimité du comportement des autorités étatiques de son pays. Ce qui suppose, en contrepartie, un devoir de la communauté internationale d'assurer une protection intérimaire, au moyen, entre autres, d'un strict principe de non-refoulement et d'une admission temporaire⁴².

Deuxièmement, la définition internationale du réfugié doit être élargie à toutes les personnes forcées de se déplacer du fait d'une menace à leurs droits et libertés, sans que cette menace soit nécessairement liée à une «persécution» proprement dite (encore que celle-ci puisse être interprétée largement) ou à un statut civil quelconque (race, religion,

nationalité, opinion politique, appartenance à un groupe social). Le caractère discriminatoire du traitement doit faire place, comme clef de la protection, à la violation avérée ou potentielle d'un droit ou d'une liberté sans volonté ou capacité de l'État d'en protéger son citoyen. L'ensemble formé par la *Déclaration universelle* et les *Pactes internationaux* constitue la norme de protection des droits et libertés fondamentaux de la personne que tout État doit respecter, s'il ne veut pas perdre sa légitimité internationale: cette norme est elle-même graduée selon qu'il s'agisse d'un droit à l'encontre duquel aucune dérogation n'est autorisée, d'un droit qui peut faire l'objet de réserves, ou d'une disposition qui n'oblige l'État qu'à une mise en oeuvre non discriminatoire.

Troisièmement, un régime obligatoire de partage du fardeau (*burden-sharing*) que représente l'accueil des réfugiés doit être établi. Donner ainsi un fondement inter-étatique solide au régime de protection des réfugiés doit lui assurer une viabilité durable. L'idée est de concilier la protection des réfugiés et l'intérêt propre des États d'accueil industrialisés, en se fondant sur deux principes: la demande légitime du réfugié d'obtenir une part de la richesse des États pour répondre à ses besoins, et l'éventuel intérêt légitime de l'État d'exclure toute personne qui n'a pas de lien a priori avec la communauté (notion de «national or ethnic relatives», que nous traduisons plus vaguement par «proximité culturelle»). Plusieurs règles peuvent alors être posées. Les États d'accueil doivent s'engager sans équivoque au respect absolu du principe de non-refoulement, c'est-à-dire à admettre toute personne qui se présente sur son territoire et demande l'asile. Il faut ensuite mettre en place un système de répartition des ressources destinées à répondre aux besoins des réfugiés, système juridiquement obligatoire et administré par une entité internationale (qui, contrairement au H.C.R., ne serait pas tenu de se contenter de contributions volontaires aléatoires et politiquement liées). Cette entité serait seule habilitée à déterminer le statut de réfugié et pourrait intervenir en tout temps, en tout lieu, et avec les ressources adéquates, pour remédier aux situations de détresse de populations en fuite. Les États d'accueil s'engageraient à accepter une part équitable du nombre des réfugiés qui ne peuvent être accueillis dans un pays de premier accueil, étant entendu que l'entité internationale tiendra compte de la proximité culturelle pour ainsi répartir les réfugiés nécessitant rétablissement. L'entité internationale serait responsable d'assurer la protection et l'assistance des réfugiés dans le pays de premier accueil, puis, le cas échéant, le rétablissement des groupes de réfugiés dans les pays de second accueil identifiés comme «appropriés» culturellement. Les pays les plus pauvres seraient tenus à des obligations minimales passé le stade du premier accueil, mais pourraient accepter de recevoir plus de réfugiés en échange d'un financement significatif: en d'autres termes, les pays les plus riches pourraient éventuellement «acheter» l'établissement des réfugiés dans d'autres pays (plus pauvres) par des crédits de développement qui permettraient à ces derniers, au-delà des besoins des réfugiés accueillis, de hausser leur niveau de vie collectif. L'entité internationale serait chargée de superviser l'ensemble de ces négociations pour s'assurer à terme de la répartition et de la protection effectives de tous les réfugiés.

L'entité internationale de protection des réfugiés aurait l'autorité nécessaire pour participer à toute action visant à faire pression sur les États d'origine pour qu'ils modifient

41 Hathaway anticipait ici l'horrible rhétorique maintes fois entendue à propos des Musulmans assiégés dans certaines villes bosniaques, selon laquelle il faut empêcher les Bosniaques de quitter ces villes pour qu'elles ne tombent pas aux mains des Serbes, car la fuite constituerait une «collaboration» objective à l'entreprise serbe d'épuration ethnique.

42 G. S. GOODWIN-GILL, «Non-Refoulement and the New Asylum Seekers», (1986), 26 *Virginia J.L.*, 897 et dans D.A. MARTIN, *op. cit.*, *supra*, note no. 17, pp. 103-121; Joan F. HARTMAN et D. PERLUSS, «Temporary refuge: Emergence of a Customary Norm», (1986), 26 *Virginia J.R.L.*, 551; Ann C. BARCHER, «First Asylum in Southeast Asia: Customary Norm or Ephemeral Concept», (1992), 24 *New York J.L.P.*, 1253; K. HAILBRONNER, «Non-Refoulement and 'Humanitarian' Refugees: Customary International Law or Wishful Legal Thinking», (1986), 26 *Virginia Journal of International Law*, 857; et dans D.A. MARTIN, *op. cit.*, note no. 17, 123-158; W. KÄLIN (1992), *op. cit.*, *supra*, note no. 22, p. 126.

leurs politiques génératrices de réfugiés, sans pour autant qu'elle se substitue aux autres institutions des Nations Unies chargées de la protection des droits de l'Homme ou de négociations politiques interétatiques⁴³.

La proposition de Hathaway permet divers commentaires. D'abord, elle vient apporter un complément théorique intéressant aux propositions de Coles et Stavropoulou. En s'attachant au caractère intérimaire propre au droit des réfugiés, il en affirme la nécessaire spécificité, qui la distingue à l'intérieur de l'édifice systémique de la protection internationale des droits de l'Homme. Par un ancrage concret dans la situation immédiate des personnes en migration forcée, il cherche à s'en servir comme d'un bras de levier à la fois pour forcer les États industrialisés à assurer la protection intérimaire des réfugiés et pour insérer ce régime de protection dans une structure internationale renforcée de protection des droits et libertés. Il souhaite donc donner des «dents» au régime de protection internationale des réfugiés. Sur ce point, il rejoint les autres critiques du système actuel en rejetant le «neutralisme» ou l'«apolitisme» de l'action du H.C.R.. Accueillir des réfugiés est un acte politique de rejet des politiques étatiques qui les génèrent. L'entité internationale qu'il propose aurait une action claire en ce sens.

Un autre avantage de l'approche de Hathaway vient de la prise en compte des intérêts bien compris des États industrialisés. Estimant (à tort, mais là n'est pas la question) que «la barque est pleine», ceux-ci ne veulent plus recevoir de réfugiés. Le système proposé par Hathaway leur garantirait une certaine protection contre les arrivées spontanées de demandeurs d'asile, puisque l'entité internationale serait chargée de les répartir entre tous les États, selon leur quote-part respective, et que les pays industrialisés auraient le loisir de «racheter» leur part par des crédits de développement alloués aux pays d'accueil effectifs. On peut y voir une conception néocolonialiste du rapport du monde industrialisé au tiers monde, puisque seuls les États riches auraient ainsi la possibilité de contribuer en argent plutôt qu'en accueil de population. Mais on peut aussi l'envisager comme un moyen effectif d'assurer une certaine redistribution des richesses du Nord vers le Sud, en tablant de façon réaliste sur les intérêts des pays en cause: d'une part un refus d'accueillir plus de réfugiés, d'autre part des besoins pressant de développement démocratique. En ce sens, et malgré les critiques de Warner, Hathaway se montre peut-être géopolitiquement réaliste.

Warner y ajoute une critique plus fondamentale. Doit-on comprendre des propositions de Hathaway que les pays d'accueil n'accepteraient de réfugiés qu'autant qu'il serait clair que ces réfugiés ne s'intégreront pas dans la société de ce pays? Le «droit à une communauté», entendu dans le sens d'un droit au retour dans la communauté d'origine, signifie-t-il que le réfugié doit rester, au moins pour un temps, séparé de la communauté d'accueil bien que protégé juridiquement par ses autorités étatiques, ce qui pourrait signifier que son statut serait marqué d'une précarité intrinsèque à long terme difficilement supportable au plan psychologique⁴⁴. De plus, la notion de «proximité culturelle» ouvre la voie à toutes espèces de dérives ethnocentriques,

voire racistes, et pourrait s'avérer trop dangereuse pour pouvoir faire l'objet d'une consécration en droit international.

Le coût politique de ce système serait double, et sur ces deux points, l'accord des États industrialisés est douteux, au moins à moyen terme. D'une part, il implique l'acceptation par tous les États, y compris les États industrialisés, d'un strict principe de non-refoulement élargi quant aux personnes concernées. Au vu de leur interprétation restrictive de l'actuelle définition internationale du réfugié (pourtant limitée de diverses manières) et de l'échec de la Conférence internationale sur l'asile territorial de 1977, on les voit mal accepter une définition plus large, à moins qu'ils n'y trouvent un intérêt palpable immédiat. D'autant que le principe de non-refoulement est déjà trouvé très contraignant par tous et contourné par la plupart. On peut toutefois imaginer une combinaison de certains principes de la coopération Nord-Nord de type Schengen et de la proposition Hathaway.

D'autre part, il suppose que les États acceptent de perdre tout contrôle quant à la reconnaissance du statut de réfugié, et de recevoir un quota annuel de réfugiés en fonction d'un critère de répartition à déterminer. Or, pour les États, le pouvoir de décider qui peut pénétrer sur leur territoire est, au même titre que la défense physique de ce territoire, existentiel : la détermination souveraine et en dernier ressort du statut de sujet de l'État (citoyen ou autre) est au cœur de l'expérience étatique depuis la Renaissance, et les États—l'accouchement douloureux et récemment reporté *sine die* de la libre circulation des personnes au sein de l'Union européenne le prouve — se départissent très difficilement de la moindre parcelle de ce pouvoir. On les voit mal confier aisément à une institution internationale le soin de répartir les réfugiés entre les États sans qu'ils aient part à la décision finale. Et l'expérience de l'OIR montre la difficulté politique de mettre en oeuvre un mécanisme international de reconnaissance du statut de réfugié, sans que celui-ci fasse l'objet de contestations multiples et répétées, sapant jusqu'à sa légitimité internationale si les États industrialisés décident de ne plus participer à ses activités ou à son financement («syndrome UNESCO»). La détermination du critère de répartition des quotas de réfugiés entre les pays d'accueil (PNB? population? superficie habitable? affinités régionales?) ne devrait pas non plus manquer de susciter d'aigres débats tant Nord-Sud que Nord-Nord. Il n'est pas sûr que la capacité des États de refuser le rétablissement de certains réfugiés jugés «incompatibles» (inassimilables? ininsérables? inintégrables?) avec la (ou les) communauté(s) de cet État par un mécanisme de «rachat» de quotas de réfugiés en échange de crédits de développement suffise à calmer leurs craintes de se voir imposer des étrangers indésirables.

D'ailleurs, pour les pays industrialisés, un argument solide à l'encontre de toute participation à ce type de système international serait l'absence d'un besoin immédiat et pressant d'une entité supra-étatique pour répondre à leurs fins : ils ne pourraient la contrôler pour s'assurer qu'elle agisse dans le sens de leurs intérêts et estiment actuellement pouvoir «faire le ménage» par eux-mêmes à moindre coût. En effet, si la plupart des analystes croient que la pression migratoire sur le Nord risque un accroissement considérable à mesure que les écarts de développement s'élargissent et que les distances psychologiques sur notre planète s'abolissent, la coopération internationale entre pays industrialisés sur la répression des flux migratoires indésirables— la protection du territoire

43 Morten KJÆRUM, *op. cit.*, supra, note no.2, p.110 et suivantes.

44 J.C. HATHAWAY et D. WARNER, *op. cit.*, supra, note no. 38.

occidental semble être pour l'instant leur unique objectif— pourrait suffire à moyen terme à contenir les flux potentiels. En ce cas, au mieux, les États industrialisés ne s'embarrasseront pas de constructions théoriques pour justifier des actions que le concept classique de souveraineté territoriale les autorise à entreprendre. Au pire, ils détourneront de leur sens des concepts comme le droit à une communauté, le droit de rester dans son pays (*right to remain*),... pour les utiliser à seule fin de diluer le débat et mieux assurer ainsi la protection des frontières occidentales contre les migrations indésirables.

Au fond, le problème posé comporte deux faces qui, loin de s'exclure mutuellement, se renforcent l'une l'autre sans qu'aucune puisse seule déterminer la voie à suivre. D'une part, les États industrialisés— et les communautés qui les composent— s'estimeront-ils suffisamment solidaires des populations en fuite où que ce soit sur la planète pour s'engager soit à en accueillir leur part, soit à payer pour leur rétablissement? Compte tenu du sentiment de précarité socio-économique qui prévaut dans le monde industrialisé, un effort de solidarité est aujourd'hui rien moins que certain. D'autre part, ces mêmes États et communautés s'estimeront-ils suffisamment menacés par des flux migratoires incontrôlés pour forger les instruments d'une coordination internationale qui leur retirerait la décision *ad hoc*, mais assurerait un contrôle collectif sur l'ensemble des mouvements de réfugiés? À notre sens, la réponse à cette question dépendra en grande partie du «succès» de la coopération régionale sur les mesures d'exclusion/répression (de type Schengen): c'est seulement si celle-ci s'avère insuffisante qu'une coopération au plan mondial pourrait être envisagée.

Le droit international des réfugiés actuel forme un corpus qui, pour avoir perdu une grande part de sa capacité rémédiate, n'en demeure pas moins cohérent et utile, par la protection effective qu'il accorde à des millions de personnes. Son arrimage à un droit international général en rapide évolution dans ses diverses composantes — droit international des droits de l'Homme (sur la mise en oeuvre effective duquel il conviendrait de porter plus d'efforts), droit international humanitaire, droit international du développement, règlement pacifique des différends internationaux, droit pénal international, ... — est difficile, mais représente la seule voie pour venir durablement en aide aux millions de personnes en exil. Les institutions et acteurs étatiques de la scène internationale ne paraissent toutefois pas encore prêts pour une telle consolidation au plan des principes et des moyens⁴⁵.

Les propositions de reconceptualisation du droit international des réfugiés présentées ici n'ont en soi rien de révolutionnaire: elles constituent seulement des développements d'institutions juridiques existantes. La théorie de la responsabilité de l'État est ancienne, et le développement du droit pénal international est à l'ordre du jour avec la création et la mise en place du tribunal chargé de juger des crimes de guerre en Bosnie. Le droit de n'être pas

déplacé est un surcroît de la liberté de mouvement déjà internationalement protégée. La proposition de Hathaway s'inspire de l'expérience de l'O.I.R. et du H.C.R. et tente de capitaliser sur la ferme volonté des États industrialisés de maintenir un strict contrôle à l'entrée de leurs frontières pour refuser la majorité des réfugiés. La prochaine étape, à laquelle les chercheurs devraient s'attacher rapidement, consisterait sans doute à articuler ces diverses approches entre elles de manière à formuler une proposition globale de rénovation du droit international des réfugiés qui comprendrait un échéancier de mise en oeuvre opérationnelle lié au développement des autres champs du droit international.

Cet ensemble de propositions ne permet pas encore, tant s'en faut, de dégager de conclusion définitive sous forme d'une solution universelle. Ces propositions participent d'un approfondissement du système juridique international. Car les solutions à la tragédie des réfugiés sont inséparables des voies de résolutions des problèmes politiques, économiques et sociaux des pays sources de réfugiés: seule une plus juste répartition des richesses et du bien-être à l'échelle planétaire permettrait de réduire durablement le douloureux phénomène de l'exode. En ce sens, le droit international des réfugiés ne trouvera une réelle effectivité que s'il est conjugué à l'ensemble des moyens juridiques dont se dote la communauté internationale et à sa ferme volonté politique de régler collectivement, pacifiquement et durablement les conflits qui déchirent la planète entre les États et au sein des États. Dès lors, chacune des propositions présentées apporte sa pierre dans une oeuvre essentielle de refondation du droit international des réfugiés.

45 Morten KJÆRUM, op. cit., note no.2, p.108 et suivantes.; Arthur C. HELTON, «The Role of Refugee, Humanitarian and Human Rights Law in Planning for the Voluntary Repatriation of Kampuchean Asylum-Seekers in Thailand», (1991), 3 *I.J.R.L.*, 547