

**LE MILITANTISME JURIDIQUE ET LE NÉO-NATURALISME FACE AU
DROIT INTERNATIONAL POSITIF :
LES FLUX MASSIFS DE RÉFUGIÉS ET LA SÉCURITÉ NATIONALE**

Par Michael Barutciski¹

Cet article souligne les divergences entre les interprétations des normes juridiques en droit des réfugiés proposées par les gouvernements et les militants. En s'appuyant sur l'exemple des obligations d'un État d'accueil confronté par un flux massif déstabilisant, il suggère que les instances judiciaires ont tendance à rejeter l'argumentation récente de certains militants concernant des principes fondamentaux de protection.

This article underlines the differences between the interpretation of refugee protection norms proposed by governments and human rights activists. The example of state obligations in cases of destabilizing mass influxes is used in order to suggest that judicial bodies tend to reject recent arguments on basic protection principles made by some human rights activists.

¹ Membre du Barreau du Québec. L'auteur remercie ses collègues et étudiants du *Refugee Studies Centre* de l'Université d'Oxford où il a enseigné en tant que *Fellow in Law* de 1996 à 2000. Il remercie également François Crépeau pour ses commentaires sur une version antérieure de l'article. Les opinions exprimées sont uniquement les nôtres.

I. Introduction

Les dilemmes concernant la protection internationale des réfugiés sont bien illustrés par les problèmes liés à l'octroi du premier asile en situation de flux massif menaçant la stabilité du pays d'accueil. Le Haut Commissariat des Nations Unies pour les réfugiés a pour mandat d'encourager les États à admettre les réfugiés sur leur territoire, bien que les États n'aient pas l'obligation juridique d'ouvrir leurs frontières aux migrants. Les États ont accepté certaines normes particulières pour protéger les personnes déplacées qui se trouvent en situation de détresse. Cependant, une obligation sans équivoque et sans condition qui impose aux États d'admettre les réfugiés sur leur territoire n'a pas été reconnue jusqu'à présent en droit international. Un des défis majeurs de la protection internationale des réfugiés au XXI^e siècle sera d'offrir une option réaliste aux réfugiés qui se voient refuser l'accès au territoire d'un État d'accueil qui a des craintes raisonnables d'être déstabilisé par un flux massif.

Le problème humanitaire abordé dans cet article expose la divergence grandissante entre la jurisprudence et la position des organisations qui militent en faveur des demandeurs d'asile. Les décisions judiciaires nationales sur ce sujet mettent l'accent sur les intérêts étatiques, tandis que les militants demandent un droit d'asile inconditionnel. Ces divergences s'expliquent en partie par la nature variée des sources du droit international et des théories doctrinales, ainsi que par les attentes diversifiées suscitées par l'émergence d'un système international axé sur les droits de l'homme. Malheureusement, une telle dichotomie dans les approches de la protection internationale des réfugiés ne contribue pas à l'élaboration d'un régime cohérent ou efficace.

II. Les normes non contraignantes et le droit positif

Selon la doctrine positiviste, le droit international est issu de la volonté et du consentement des États souverains². La faculté d'auto-limitation permet aux États de se lier par leur propre volonté et ainsi limiter leur souveraineté dans certains domaines. Le droit international des réfugiés représente précisément un domaine où l'auto-limitation est conforme aux intérêts des États qui cherchent à gérer des situations complexes et promouvoir des normes communes désirables³. Ce domaine

² Ce consentement est exprès en ce qui concerne les traités et tacite en ce qui concerne les coutumes. Pour un manuel s'inscrivant clairement dans la tradition du positivisme juridique, voir J. Combacau et S. Sur, *Droit international public*, 4^e édition, Paris, Montchrestien, 1999.

³ « The goal of refugee law, like that of public international law in general, is not enforceability in a strict sense. It is instead a mechanism by which governments agree to compromise their sovereign right to independent action in order to manage complexity, contain conflict, promote decency, or avoid catastrophe. » J. C. Hathaway et R. A. Neve, « Making International Refugee Law Relevant Again : A proposal for Collectivized and Solution-Oriented Protection », *Harvard Human Rights Journal*, vol. 10, 1997, à la p. 116.

du droit a été créé parce qu'il contribue à préserver l'intégrité du système de contrôle des frontières en situation de migration involontaire⁴.

C'est dans ce contexte que les États ont créé le Haut Commissariat des Nations Unies pour les réfugiés et qu'ils ont adopté son Statut qui contient la disposition suivante : « Le Haut Commissaire assurera la protection des réfugiés ... en encourageant l'admission des réfugiés sur le territoire des États »⁵. Afin de saisir la cohérence du régime international de protection des réfugiés, il faut reconnaître la distinction entre les instruments représentant un engagement politique et les obligations juridiques contraignantes⁶. Et surtout il ne faut pas confondre le mandat accordé au HCR par les États avec les obligations juridiques assumées par ces derniers.

L'article 14 de la Déclaration universelle des Droits de l'Homme⁷ concerne directement les demandeurs d'asile : « Devant la persécution, toute personne a le droit de chercher asile et de bénéficier de l'asile en d'autres pays ». Il faut toutefois noter que la Déclaration n'est pas un instrument contraignant sur le plan juridique. De plus, une appréciation objective de la pratique dans ce domaine ne permet pas de constater l'existence d'une nouvelle norme impérative du droit international coutumier⁸ qui permet aux réfugiés « de chercher l'asile ». En effet, la pratique restrictive à travers le vingtième siècle indique clairement que les États capables de prévenir l'arrivée des réfugiés n'hésitent pas à adopter des politiques d'« interdiction » quand ils se considèrent menacés par des flux incontrôlés⁹. Même s'il était possible de reconnaître une pratique moins restrictive et que celle-ci formait une nouvelle norme du droit international coutumier, les États qui adoptent un dualisme entre les ordres juridiques

⁴ « International refugee law was established precisely because it was seen to afford states a politically and socially acceptable way to maximize border control in the face of inevitable involuntary migration. » *Ibid.*

⁵ Statut du Haut Commissariat des Nations Unies pour les réfugiés, Rés. AG 428(V), Doc. off. AG NU, para. 8(d), 14 décembre 1950, annexe.

⁶ Les instruments de « *soft law* » sont dépourvus de force obligatoire, même s'ils gardent un effet juridique : « Ces instruments appartiennent au contexte des normes obligatoires, et il est aussi difficile de les écarter totalement de l'univers juridique que de définir précisément leurs effets. » J. Combacau et S. Sur, *Droit international public*, 4^e édition, Paris, Montchrestien, 1999, à la p. 51.

⁷ Déclaration universelle des droits de l'Homme, Rés. AG 217A (III), Doc. off. AG NU, 10 décembre 1948.

⁸ « Sont considérées coutumières les normes attestées par une pratique étatique cohérente et générale, associée à la conviction de son caractère obligatoire ... Une pratique insuffisamment cohérente ne sera pas pertinente ... on ne saurait se limiter à une pratique exprimant une sorte de volonté collective abstraite, sans support dans des conduites déterminées. » J. Combacau et S. Sur, *Droit international public*, 4^e édition, Paris, Montchrestien, 1999, aux pp. 64-65.

⁹ Pour une description des pratiques quasi-systématiques qui empêchent les personnes persécutées à effectivement « chercher l'asile » (exigence de visas, sanctions envers les transporteurs, positionnement des agents dans les aéroports étrangers, etc.), voir F. Crépeau, *Droit d'asile – De l'hospitalité aux contrôles migratoires*, Éditions Bruylant, 1995, aux pp. 196, 202-212 et F. Crépeau, *Overview of Current Challenges to the International Refugee Protection Regime*, Conseil canadien pour les réfugiés, 30 novembre 2000 : « States know that they are obliged to give the Convention-based protection to all refugees who are on their territory, but nothing in the Convention obliges them to admit anyone onto the territory. They have deduced from this that preventing contact between the refugees and their borders was the best way not to be burdened with the protection obligations. » Voir aussi les exemples ci-dessus.

interne et international peuvent invoquer des normes nationales prépondérantes. Selon la Cour fédérale du Canada dans *Suresh c. Canada* : « Bien que les tribunaux canadiens puissent reconnaître et appliquer les principes du droit international coutumier comme faisant partie du droit national, cela ne vaut que dans la mesure où ces principes n'entrent pas en conflit avec le droit national »¹⁰.

Il est vrai que l'octroi d'un premier asile inconditionnel constitue un principe conforme aux conclusions du Comité exécutif du HCR concernant les flux massifs¹¹. Néanmoins, la distinction entre les recommandations politiques et les normes juridiques contraignantes demeure pertinente car les conclusions du Comité exécutif ne sont pas des documents contraignants sur le plan juridique.

Les normes contraignantes en la matière sont essentiellement codifiées dans deux instruments conventionnels : la Convention relative au statut des réfugiés¹² et le Protocole relatif au statut des réfugiés¹³. Étant donné la nature consensuelle du droit conventionnel, on ne peut pas s'attendre à ce que les États s'engagent à admettre des réfugiés s'il y a un risque sérieux de déstabilisation nationale. Selon une perspective positiviste, sauf rares exceptions, le rôle du droit international n'est pas d'imposer aux États des obligations qu'ils n'ont jamais acceptées. La protection fondamentale du droit international des réfugiés, le non-refoulement, doit être interprétée dans cette perspective. Sinon les règles juridiques risquent de perdre leur influence auprès des décideurs politiques confrontés à des crises humanitaires. L'enjeu est considérable dans le contexte international actuel qui démontre que certaines politiques gouvernementales ne sont pas nécessairement inspirées par le respect du droit international public¹⁴.

Le principe de non-refoulement est élaboré à l'article 33 de la Convention de Genève :

Aucun des États contractants n'expulsera ou ne refoulera, de quelque manière que ce soit, un réfugié sur les frontières des territoires où sa vie ou sa liberté serait menacée en raison de sa race, de sa religion, de sa nationalité, de son appartenance à un certain groupe social ou de ses opinions politiques.

¹⁰ *Suresh c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, n° A-415-99, 18 janvier 2000, au para. 32. Il s'agit d'une décision de la section d'appel de la Cour fédérale du Canada qui autorise le refoulement d'un réfugié dans un pays où il risque la torture parce qu'il est soupçonné d'être un terroriste.

¹¹ Comité exécutif du HCR, Conclusions 19 (1980), 22 (1981) et 85 (1998).

¹² *Recueil des Traités des Nations Unies* (R.T.N.U.), n° 2545, vol. 189, à la p. 137, Signée à Genève le 28 juillet 1951. Ci-après « Convention de Genève ».

¹³ *Recueil des Traités des Nations Unies* (R.T.N.U.), n° 8791, vol. 606, à la p. 267, Signé à New York le 31 janvier 1967.

¹⁴ Voir, par exemple, M. Barutciski, « Politics Overrides Legal Principles : Tragic Consequences of the Diplomatic Intervention in Bosnia-Herzegovina (1991-1992) », *American University Journal of International Law and Policy*, 1996, vol. 11, n° 5, aux pp. 767-791 et M. Barutciski, « Peut-on justifier l'intervention de l'OTAN au Kosovo sur le plan humanitaire? Analyse de la politique occidentale et ses conséquences en Macédoine », *Annuaire canadien de droit international*, 2001, vol. 39, aux pp. 121-154.

Il est clair qu'il ne s'agit pas d'une obligation d'accorder l'asile¹⁵. En d'autres mots, les États n'ont pas accepté d'accorder l'asile à un réfugié, même si ce dernier craint effectivement la persécution. Ils se sont engagés seulement à ne pas le renvoyer sur un territoire dangereux.

L'interprétation de cet article a suscité de nombreux débats et désaccords portant sur le moment auquel le principe s'applique. Atle Grahl-Madsen, un des « fondateurs » du droit international des réfugiés, soutenait que la Convention de Genève ne s'applique pas si la personne persécutée n'a pas traversé la frontière¹⁶. Cette position est également celle de la Cour suprême des États-Unis¹⁷.

La Cour fédérale d'Australie a récemment rendu un arrêt dans lequel elle déclare que le gouvernement australien a agi légalement quand il a empêché militairement un bateau contenant plusieurs centaines de demandeurs d'asile de pénétrer en territoire australien¹⁸. Le raisonnement de la majorité suggère que les demandeurs d'asile ne bénéficient pas de la protection de la Convention de Genève à moins qu'ils ne soient reconnus comme « réfugiés » par les autorités¹⁹. Bien que cette interprétation contribue à rendre incohérent le régime conventionnel de protection des réfugiés²⁰, elle continue d'influencer les décideurs politiques et on la trouve parfois même dans la doctrine²¹.

Si les demandeurs d'asile sont reconnus comme « réfugiés » par les autorités, la Cour fédérale d'Australie considère qu'ils ne peuvent pas être renvoyés dans un pays dangereux²². Étant donné qu'une opération d'« interdiction » dans les eaux

¹⁵ Voir, par exemple, J. C. Hathaway, « A Reconsideration of the Underlying Premise of Refugee Law », *Harvard International Law Journal*, 1990, vol. 31, n° 1, aux pp. 171-174

¹⁶ A. Grahl-Madsen, *The Status of Refugees in International Law*, vol. 2, Leyden : Sijthoff, 1972, à la p. 94.

¹⁷ *Sale v. Haitian Centers Council*, 113 S. Ct 2549 (1993). Voir aussi N. Robinson, *Convention relating to the Status of Refugee : A Commentary*, New York, Institute of Jewish Affairs, 1953, à la p. 163.

¹⁸ *Ruddock v. Vadarlis*, [2001] F.C.A. 1329.

¹⁹ « The primary obligation which Australia has to refugees to whom the Convention applies is the obligation under Article 33 not to expel or return them to the frontiers of territories where their lives or freedoms would be threatened on account of their race, religion, nationality, or membership of a particular social group or their political opinions. The question whether all or any of the rescuees are refugees has not been determined ... nothing done by the Executive on the face of it amounts to a breach of Australia's obligations in respect of non-refoulement under the Refugee Convention. » *Ruddock v. Vadarlis*, [2001] F.C.A. 1329, para. 203 (Juge Robert French). Voir aussi para. 126 (Juge Bryan Beaumont).

²⁰ HCR, *Guide des procédures et critères à appliquer pour déterminer le statut de réfugié*, janvier 1992, para. 28; F. Crépeau et M. Barutski, « Refugee Rights in Canada and the 1951 Geneva Convention », *Journal of Refugee Studies*, 1994, vol. 7, no. 2/3, à la p. 244.

²¹ Pour un tel exemple en droit canadien, voir J. Grey, *Immigration Law in Canada*, Toronto : Butterworths, 1982, à la p. 120.

²² « Finally, it should be added that this is a municipal, and not an international, court. Even if it were, whilst customary international law imposes an obligation upon a coastal state to provide humanitarian assistance to vessels in distress, international law imposes no obligation upon the coastal state to resettle those rescued in the coastal state's territory. This accords with the principles of the Refugee Convention. By Article 33, a person who has established refugee status may not be expelled to a territory where his life and freedom would be threatened for a Convention reason. Again, there is no

internationales par les forces armées australiennes empêche les demandeurs d'asile de revendiquer le statut de réfugié en Australie, on peut en déduire que le gouvernement aurait même pu renvoyer le bateau sur un pays dangereux. Heureusement, en l'occurrence les demandeurs d'asile à bord du bateau ont été envoyés à Nauru et en Nouvelle-Zélande pour que leurs revendications du statut de réfugié soient examinées par les autorités de ces pays²³.

Dans le cas des *boat people* haïtiens, la Cour suprême des États-Unis applique effectivement cette déduction sévère : elle considère que les gardes-côtes peuvent empêcher physiquement les demandeurs d'asile d'entrer dans les eaux territoriales des États-Unis et les renvoyer en Haïti, tout en respectant le principe de non-refoulement²⁴.

Pourtant, les réfugiés haïtiens ne représentaient pas une menace sérieuse à la stabilité des États-Unis et les parties au litige n'avaient pas invoqué des raisons de sécurité nationale. Il en va de même pour la situation décrite ci-dessus concernant les réfugiés qui voulaient pénétrer sur le territoire australien. Dans les deux cas, les tribunaux sont arrivés à des interprétations intransigeantes sans même que la sécurité nationale soit mise en cause.

III. L'interprétation du non-refoulement en cas de menace à la sécurité

Quels seraient alors les principes applicables si la sécurité nationale était effectivement invoquée? L'inclusion de l'article 9 dans la Convention de Genève, lequel autorise des mesures provisoires dans les cas impliquant la sécurité nationale, est un exemple du pragmatisme des principes codifiés en droit international. Cet article prévoit les mesures exceptionnelles suivantes :

Aucune des dispositions de la présente Convention n'a pour effet d'empêcher un État contractant, en temps de guerre ou dans d'autres circonstances graves et exceptionnelles, de prendre provisoirement, à l'égard d'une personne déterminée, les mesures que cet État estime indispensables à la sécurité nationale, en attendant qu'il soit établi par ledit État contractant que cette personne est effectivement un réfugié et que le

obligation on the coastal state to resettle in its own territory. Any extra-judicial assessment of Executive policy in the present circumstances should be seen in this context. » *Ruddock v. Vadarlis*, [2001] F.C.A. 1329, para. 126 (Juge Bryan Beaumont).

²³ « The steps taken in relation to the MV Tampa which had the purpose and effect of preventing the rescues from entering the migration zone and arranging for their departure from Australian territorial waters were within the scope of executive power. The finding does not involve a judgment about any policy informing the exercise of that power. That is a matter which has been and continues to be debated in public and indeed international forums. Through that debate and the parliamentary process the Ministers involved can be held accountable for their actions. » *Ruddock v. Vadarlis*, [2001] F.C.A. 1329, para. 204 (Juge Robert French).

²⁴ *Sale v. Haitian Centers Council*, 113 S. Ct 2549 (1993).

maintien desdites mesures est nécessaire à son égard dans l'intérêt de sa sécurité nationale.

On note que les principes de protection des réfugiés ne contredisent pas les intérêts légitimes des États. De plus, les tendances actuelles en jurisprudence suggèrent que les démocraties occidentales sont effectivement disposées à restreindre les droits et libertés pour des raisons de sécurité nationale²⁵.

Ces constatations expliquent également l'inclusion, au deuxième paragraphe de l'article 33 de la Convention de Genève, des exceptions au principe de non-refoulement fondées sur des raisons de sécurité nationale. Les exceptions suivantes sont prévues :

Le bénéfice de la présente disposition ne pourra toutefois être invoqué par un réfugié qu'il y aura des raisons sérieuses de considérer comme un danger pour la sécurité du pays où il se trouve ou qui, ayant été l'objet d'une condamnation définitive pour un crime ou délit particulièrement grave, constitue une menace pour la communauté dudit pays.

Bien que cette disposition fasse référence à la menace provoquée par des individus, le contexte de déstabilisation nationale créée par un flux massif suggère que les individus représentent une menace à cause de leur appartenance à un groupe plus large. Toute autre interprétation obligerait l'État d'accueil à soutenir que le principe de non-refoulement s'applique uniquement après admission ou que la Convention de Genève ne régit pas les flux massifs. L'Assemblée générale des Nations Unies apporte quelques précisions sur ce problème dans sa Déclaration sur l'asile territorial²⁶. En effet, cet instrument non contraignant prévoit qu'une personne qui demande l'asile sera protégée contre « le refus d'admission à la frontière ou, si elle est déjà entrée dans le territoire où elle cherchait asile, l'expulsion ou le refoulement »²⁷. Cette disposition est suivie par une exception qui fait explicitement référence à la sécurité et aux flux massifs : « Il ne pourra être dérogé au principe énoncé ci-dessus que pour des raisons majeures de sécurité nationale ou pour protéger la population, comme dans le cas d'un afflux en masse de personnes »²⁸. La doctrine reconnaît également que le non-refoulement puisse faire l'objet d'exception en cas de flux massif²⁹.

²⁵ Voir, par exemple, *Chiarelli c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration)*, [1992] 1 R.C.S. 711.

²⁶ Déclaration sur l'asile territorial, Rés. AG 2312 (XII), Doc off. AG NU, 14 décembre 1967.

²⁷ *Ibid.*, para. 3(1).

²⁸ *Ibid.*, para. 3(2).

²⁹ A. Grahl-Madsen, *Territorial Asylum*, Uppsala, Swedish Institute of International Affairs, 1980, à la p. 42; D. A. Martin, « Large Scale Migrations of Asylum Seekers », *American Journal of International Law*, 1982, vol. 76, à la p. 598; P. Hyndman, « Asylum and Non-Refoulement – Are these Obligations owed to Refugees under International Law? », *Philippine Law Journal*, 1982, vol. 57, aux pp. 68-69.

Au minimum, on constate que le principe de non-refoulement en droit conventionnel a été laissé délibérément flou dans certaines situations. La Convention de Genève, par exemple, ne prévoit pas de normes précises concernant les flux massifs. Cette omission suggère que les rédacteurs n'ont pas voulu que les réactions des États face aux flux massifs soient régies par des obligations conventionnelles. L'ambiguïté du texte conventionnel accorde une plus grande flexibilité aux décideurs politiques qui doivent aborder des problèmes concrets relatifs aux flux massifs, de sorte qu'ils ne soient pas entravés par des principes internationaux impraticables.

Dans la mesure où certains aspects du non-refoulement peuvent faire l'objet d'un débat, l'analogie de la Cour suprême des États-Unis selon laquelle le *Bill of Rights* ne devrait pas être interprété comme un « pacte de suicide » est pertinente³⁰. Il importe de souligner l'interprétation austère du non-refoulement donnée par la Cour suprême du Canada dans *Pushpanathan c. Canada* :

L'objet de l'art. 33 de la Convention ... n'est pas d'établir qui a la qualité de réfugié, mais bien de permettre le refoulement d'un réfugié authentique vers son pays natal s'il constitue un danger pour le pays d'accueil ou pour la communauté dudit pays.³¹

En effet, il est peu probable que les tribunaux appliqueraient le principe de non-refoulement dans une situation d'instabilité nationale telle que celle provoquée par les réfugiés du Kosovo bloqués sur la frontière macédonienne en 1999. Le refus d'appliquer le principe dans ce genre de situation d'instabilité créée par un flux massif serait conforme aux décisions judiciaires nationales qui portent sur des problèmes connexes et aux déclarations des rédacteurs de la Convention de Genève.

Le recours aux travaux préparatoires éclaire l'interprétation d'un texte conventionnel dans la mesure où ils font partie de son contexte d'énonciation³². La position des rédacteurs de la Convention de Genève est clairement établie dans les négociations entourant le libellé de l'article 33 qui se sont déroulées le 11 et 25 juillet 1951. Il faut noter que presque la moitié des négociations et discussions sur le principe de non-refoulement semble avoir porté sur les flux massifs et les scénarios de déstabilisation.

Lors de la 16^e séance de la Conférence de Plénipotentiaires des Nations Unies sur le statut des réfugiés et des apatrides qui s'est tenue le 11 juillet 1951 au Palais des Nations à Genève, le représentant de la Suisse a insisté sur des clarifications concernant le principe de non-refoulement. Il ressort clairement de ses déclarations que la signature de la Suisse était conditionnelle à l'acceptation de son

³⁰ *Terminello v. City of Chicago*, 337 US 1, 37; 69 S. Ct 894, 911 (1949) : « if the Court does not temper its doctrinaire logic with a little practical wisdom, it will convert the constitutional Bill of Rights into a suicide pact » (à la page 37).

³¹ *Pushpanathan c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, [1998] 1 R.C.S. 982, para. 58.

³² Voir la Convention de Vienne sur le droit des traités, art.32, [1980] R.T. Can. n° 37.

interprétation selon laquelle le principe n'obligerait pas les États à admettre des flux massifs de réfugiés³³. Le représentant de la France a tout de suite exprimé son accord avec l'intervention du représentant de la Suisse³⁴. Cette interprétation a été aussi confirmée par le représentant des Pays-Bas qui a précisé le caractère conditionnel de l'admission des réfugiés en situation de flux massif³⁵ et par le représentant de l'Italie qui a ajouté que les États pouvaient refouler des groupes importants de réfugiés qui constitueraient une menace à la sécurité³⁶. Les représentants de la Suède³⁷, de la République fédérale allemande³⁸ et de la Belgique³⁹ ont par la suite indiqué qu'ils partageaient ces observations qui avaient pour but de restreindre la portée du principe de non-refoulement. Le ton des discussions est bien illustré par la déclaration de M. Chance, représentant du Canada : « il faut reconnaître, bien qu'à regret, qu'il serait difficile à l'heure actuelle, pour de nombreux gouvernements, d'accepter sans condition le principe [de non-refoulement] qui est énoncé à l'article 28 [du projet] »⁴⁰.

³³ M. Zutter (Suisse) : « En tout état de cause, la question du sens qu'il convient de donner au mot 'refoulement' exige que les États représentés à la Conférence prennent, sur ce point, une position nette. Le Gouvernement suisse estime qu'il s'agit uniquement ici de réfugiés qui ont déjà pénétré dans un pays, mais qui n'y ont pas encore leur résidence. Selon cette interprétation, les États ne sont pas obligés d'admettre à franchir leur frontière des groupes considérables de personnes réclamant le statut des réfugiés. Le représentant de la Suisse serait heureux de savoir si l'interprétation qu'il a donnée des deux termes en question est acceptée par les États représentés à la Conférence. Dans ce cas, la Suisse n'éprouvera aucune difficulté à accepter l'article 28 sur lequel, conformément à l'article 36 du projet de convention, les États ne peuvent formuler aucune réserve. » *Conférence de Plénipotentiaires des Nations Unies sur le statut des réfugiés et des apatrides*, Compte rendu analytique de la seizième séance tenue au Palais des Nations, à Genève, le mercredi 11 juillet 1951, à 15 heures, UN Doc. A/CONF.2/SR.16, 23 novembre 1951. Il faut noter que le principe du non refoulement dans le projet de convention se trouvait à l'article 28 avant de devenir l'article 33 de la convention actuelle.

³⁴ « M. Rochefort (France) partage le point de vue du représentant de la Suisse ... Un pays ne peut contracter une obligation inconditionnelle à l'égard de personnes sur lesquelles il est difficile d'exercer un contrôle et parmi lesquelles peuvent se glisser des éléments indésirables. Le problème est d'ordre moral et psychologique et, pour le résoudre, il faut tenir compte des réactions possibles de l'opinion publique. » *Ibid.*

³⁵ « M. van Boetzelaer (Pays-Bas) souscrit aux observations du représentant de la Suisse. Il se rend parfaitement compte de l'importance des principes fondamentaux sur lesquels repose l'article 28, mais, en tant que pays limitrophe d'autres pays, les Pays-Bas hésitent quelque peu à accepter sans conditions des obligations lorsqu'il s'agit d'afflux massifs de réfugiés, à moins que la collaboration internationale ne soit suffisamment organisée pour faire face à une telle situation. » *Ibid.*

³⁶ « M. Theodoli (Italie) s'associe aux déclarations des représentants de la Suisse et des Pays-Bas... D'autre part, le représentant de l'Italie estime qu'un État ne peut s'engager à ne pas expulser ni refouler des groupes importants de réfugiés qui se présenteraient à la frontière de son territoire et qui pourraient constituer un danger pour la sécurité publique. La délégation italienne réserve donc sa position quant à cet article, jusqu'à ce qu'elle ait obtenu une explication satisfaisante. » *Ibid.*

³⁷ « M. Petren (Suède) se déclare également d'accord avec les représentants de la Suisse, des Pays-Bas et de l'Italie. » *Ibid.*

³⁸ « M. von Trützschler (République fédérale allemande) appuie l'observation formulée par le représentant des Pays-Bas à propos des pays qui sont appelés à recevoir un important afflux de réfugiés. » *Ibid.*

³⁹ « M. Herment (Belgique) attire l'attention de la Conférence sur le fait que, dans l'article 28, l'interdiction de refoulement peut être comprise comme s'appliquant aux particuliers mais non à des groupes considérables. C'est ainsi que l'interprète le Gouvernement belge. » *Ibid.* Voir aussi : « M. Rochefort (France) fait observer que l'amendement commun de la France et du Royaume-Uni parle du pays où réside le réfugié. Il n'est donc pas possible d'envisager l'hypothèse d'un afflux de réfugiés. » *Ibid.*

⁴⁰ M. Chance du Canada. *Ibid.*

S'il y avait toujours ambiguïté sur le sens à accorder au principe de non-refoulement, le représentant des Pays-Bas a insisté pour que l'interprétation concernant l'étendue des obligations soit clarifiée encore une fois lors de la 35^e séance du 25 juillet 1951⁴¹. Le président de la Conférence des plénipotentiaires a conséquemment noté qu'il n'y avait pas d'objection aux limitations suggérées par la délégation suisse.

IV. La nécessité du réalisme politique face aux obligations juridiques limitées

Les décisions judiciaires citées ci-dessus et les travaux préparatoires de la Convention de Genève renforcent la conclusion selon laquelle les États ont maintenu une souveraineté quasi-absolue en ce qui concerne l'admission des étrangers. Cette détermination de préserver la souveraineté sur les questions d'immigration s'étend même aux revendicateurs du statut de réfugié⁴². Il est possible de conclure que la réflexion judiciaire dans ce domaine reflète généralement un positivisme volontariste classique tel que décrit par la Cour permanente de Justice internationale⁴³.

Le caractère limité des obligations en droit international des réfugiés a amené certains commentateurs à suggérer que la Convention de Genève protège les États en autorisant des pouvoirs discrétionnaires importants dans l'interprétation d'obligations minimales⁴⁴. Dans ce contexte, les défenseurs du droit d'asile ont intérêt à présenter prudemment leurs revendications car les positions gouvernementales sont généralement appuyées par une opinion publique majoritairement en faveur de

⁴¹ *Conférence de Plénipotentiaires des Nations Unies sur le statut des réfugiés et des apatrides*, Compte rendu analytique de la trente-cinquième séance tenue au Palais des Nations, à Genève, le mercredi 25 juillet 1951, à 14:30 heures, UN Doc. A/CONF.2/SR.35, 3 décembre 1951 : Baron van Boetzelaer (Pays Bas) : « He wished to revert to that point, because the Netherlands Government attached very great importance to the scope of the provision now contained in article 33. The Netherlands could not accept any legal obligations in respect of large groups of refugees seeking access to its territory. At the first reading the representatives of Belgium, the Federal Republic of Germany, Italy, the Netherlands and Sweden had supported the Swiss interpretation. From conversations he had since had with other representatives, he had gathered that the general consensus of opinion was in favour of the Swiss interpretation. In order to dispel any possible ambiguity and to reassure his Government, he wished to have it placed on record that the Conference was in agreement with the interpretation that the possibility of mass migrations across frontiers or of attempted mass migrations was not covered by article 33 ».

⁴² « It follows, in my view, that the occupants had no legal right at common law enforceable in a court to enter Australia. It must follow, in my view, that no foundation existed for the grant of a common law prerogative writ of *habeas corpus* compelling their entry into Australia ... there is nothing in any of the authorities to contradict the principle that an alien has no common law right to enter Australia. This aspect is beyond argument. For this reason alone, I would allow the appeal. » *Ruddock v. Vadarlis*, [2001] F.C.A. 1329, para. 125 (Juge Bryan Beaumont).

⁴³ « Le droit international régit les rapports entre les États indépendants. Les règles du droit liant les États procèdent donc de la volonté de ceux-ci ». CPJI, Affaire du *Lotus*, série A, n° 10, p. 18.

⁴⁴ James C. Hathaway, « A Reconsideration of the Underlying Premise of Refugee Law », *Harvard International Law Journal*, 1990, vol. 31, n° 1, à la p. 175 : « The rhetoric of humane concern lingers, but the modern apparatus of international refugee law is more closely tied to the safeguarding of developed states than to the vindication of claims to protection ». Voir aussi, *id.*, aux pp. 165-174.

contrôles migratoires sévères. Les intérêts des réfugiés ne sont pas mieux servis lorsqu'on exagère l'étendue de leurs droits. Autrement dit, les personnes qui fuient la persécution risquent beaucoup lorsque les acteurs qui les défendent adoptent une stratégie juridique qui prend ses désirs pour des réalités⁴⁵.

Le HCR a rejeté l'argumentation présentée ci-dessus dans les documents soumis à son Comité exécutif. Même après une évaluation externe abordant ce problème et ses conséquences pratiques⁴⁶, le HCR suggère ouvertement qu'il considère toujours qu'un État a l'obligation d'admettre inconditionnellement sur son territoire les réfugiés, quel que soit le risque de déstabilisation provoquée par un flux massif. Une réunion d'experts convoquée par le HCR a récemment adopté une définition expansive du principe de non-refoulement et affirmé qu'il faisait partie du droit international coutumier⁴⁷. Avec de telles opinions juridiques, le HCR s'expose à des critiques sévères⁴⁸ et s'éloigne de son mandat qui est avant tout de collaborer avec les États membres de l'Assemblée générale pour pouvoir protéger les réfugiés⁴⁹.

Il faut ajouter que plusieurs ONG rejettent également l'idée que le non-refoulement puisse être limité dans des situations de flux massifs et de déstabilisation⁵⁰. Dans la mesure où le positivisme volontariste retient seulement

⁴⁵ La Cour suprême des États-Unis a mis en garde les défenseurs des demandeurs d'asile contre une telle démarche : « The drafters of the Convention ... may not have contemplated that any nation would gather fleeing refugees and return them to the one country they had desperately sought to escape; such actions may even violate the spirit of Article 33; but a treaty cannot impose unanticipated extraterritorial obligations on those who ratify it through no more than its general humanitarian intent. » *Sale v. Haitian Centers Council*, 113 S. Ct 2549 (1993).

⁴⁶ HCR, *The Kosovo Refugee Crisis : An independent evaluation of UNHCR's emergency preparedness and response*, UN Doc. EPAU/2000/001 (février 2000).

⁴⁷ Les conclusions suivantes ont été adoptées lors de la réunion : « Non-refoulement is a principle of customary international law ... The principle of non-refoulement embodied in Article 33 encompasses any measure attributable to the State which could have the effect of returning an asylum-seeker or refugee to the frontiers of territories where his or her life or freedom would be threatened, or where he or she is at risk of persecution, including interception, rejection at the frontier or indirect refoulement; The principle of non-refoulement applies in situations of mass influx. » HCR, *Cambridge Roundtable Summary Conclusions – The principle of Non-Refoulement*, 10 juillet 2001. La directrice du Département de la protection internationale du HCR considère que l'opinion juridique qui a inspiré les conclusions représente une « opinion of the purest and most authoritative type ». HCR, « Global Consultations Update », *Prima facie – The Newsletter of UNHCR's Department of International Protection*, 1 août 2001, à la p. 1.

⁴⁸ Voir particulièrement Guy S. Goodwin-Gill, « The Kosovo Refugee Crisis : An Independent Evaluation of UNHCR's Emergency Preparedness and Response », *Relief and Rehabilitation Network Newsletter*, 2000, n° 16, aux pp. 33-34 : « [La performance du HCR] on first asylum strongly implies that staff initially responsible for protection in the region, and possibly also in Headquarters, are unfamiliar with basic principles. If ... UNHCR seriously considers that first asylum should be considered as an absolute and unconditional legal obligation consistent with the 1951 Refugee Convention, then there is something wrong with its perception of international law ... [F]irst asylum is a fine ideal but it does not reflect general international law or the requirements of the 1951 Convention/1967 Protocol ... [Le HCR] seems to be confused as to its basic legal standing and as to the international law which it is supposed to apply ».

⁴⁹ Voir le paragraphe 1 et les sous-paragraphes 8(a)-(g) du HCR.

⁵⁰ Voir, par exemple, European Council on Refugees and Exiles, *Press Release - The Kosovo Refugee Crisis. ECRE's Observations on the independent evaluation of UNHCR's emergency preparedness and response*, février 2000; Human Rights Watch, *Macedonia must keep border open to refugees*, 1 avril 1999; Amnesty International, *Former Yugoslav Republic of Macedonia : The Protection of Kosovo*

l'aspect formel du droit et ne se préoccupe pas de son contexte ou contenu, on peut comprendre certaines objections de la part des ONG. Un positivisme rigide qui affirme le caractère absolu de l'autonomie et de la volonté créatrice des États peut effectivement mener à des conséquences inadmissibles. Tout observateur raisonnable serait choqué sur le plan moral de constater un ordre international selon lequel les pouvoirs de l'État seraient sans limites. Mais un tel absolutisme ne caractérise pas l'ordre juridique international actuel : les États reconnaissent effectivement des limites à leurs actions et ne signent pas des traités qui autorisent, par exemple, le génocide. Les restrictions à l'autonomie et à la volonté créatrice des États sont inhérentes au concept de *jus cogens*.

L'approche des ONG semble être fondée sur au moins deux théories doctrinales. Certaines ONG cherchent manifestement à introduire la morale dans le droit. Dans ce sens, elles se rapprochent des conceptions du droit naturel qui ont influencé les « fondateurs » du droit international⁵¹. D'autres ONG abordent le problème avec une idéologie qui associe politique et droit, généralement marquée par un idéalisme militant pour lequel la finalité du droit international est de promouvoir la liberté et la dignité humaine.

Bien que ces deux approches présentent des attraits indéniables pour toute personne préoccupée par la situation des réfugiés, elles ne sont pas satisfaisantes si l'objectif est de fonder une règle sociale à l'échelle internationale. Le néo-naturalisme se prête potentiellement à l'établissement d'une morale universelle abstraite qui ne respecte pas forcément les différences culturelles à travers le monde. Il est donc nécessaire de le limiter à quelques principes fondamentaux. Dans cette perspective, il faut reconnaître que le droit positif retient déjà les valeurs morales fondamentales dans la mesure où elles sont incorporées aux engagements conventionnels⁵². Il faut également reconnaître que d'autres facteurs jouent un rôle essentiel dans la production du droit et que le projet néo-naturaliste puisse mener à une « exaltation de l'individualisme incompatible avec les exigences » de l'organisation internationale⁵³. Quant au militantisme juridique qui confond politique internationale et droit international, il transforme le droit international en instrument d'action politique ou

Albanian Refugees, Londres, mai 1999, à la p. 20 et Leanne MacMillan (Amnesty International), « Ascribing Responsibilities for Ensuring Refugee Protection », *Talk Back – The Newsletter of the International Council of Voluntary Agencies*, 18 février 2000, vol 2, n° 1. Pour une opinion légèrement plus nuancée, voir Human Rights Watch, *The refugee crisis in Guinea : another Macedonia?*, 3 octobre 2000.

⁵¹ Grotius avait une vision dualiste qui combinait le droit naturel avec le droit volontaire ou positif (qui dépend du droit naturel). Cette perspective assimile l'ordre naturel à l'ordre moral. Voir, par exemple, Nguyen Quoc Dinh, P. Daillier et A. Pellet, *Droit international public*, 6^e édition, Paris, L.G.D.J., 1991, aux pp. 103-104.

⁵² Par exemple, le droit naturel de légitime défense est reconnu à l'article 51 de la Charte des Nations Unies ([1945] R.T. Can. n° 7) et le *jus cogens* à l'article 53 de la Convention de Vienne sur le droit des traités ([1980] R.T. Can. n° 37).

⁵³ Nguyen Quoc Dinh, P. Daillier et A. Pellet, *Droit international public*, 6^e édition, Paris, L.G.D.J., 1991, à la p. 104.

en outil de contestation. Les valeurs véhiculées par une approche qui insiste sur la fonction idéologique du droit ne font pas toujours l'unanimité⁵⁴.

De plus, malgré les affirmations de nombreuses ONG, l'ordre international actuel fondé sur l'inter-étatisme n'a pas été dépassé. La souveraineté étatique n'est pas limitée ou niée par l'organisation actuelle de la société internationale. Au contraire, cette dernière trouve son fondement dans la volonté des États qui cherchent à assurer la coexistence pratique des souverainetés⁵⁵. Autrement dit, le droit international est le corollaire nécessaire de la souveraineté des États⁵⁶.

Le droit international des réfugiés n'échappe pas aux tendances du vingtième siècle qui ont favorisé l'expansion normative et l'adaptation qualificative du droit international. En principe, la prolifération d'instruments juridiques non contraignants permet la coopération entre les États dans le cadre du respect de leur souveraineté. Cependant, l'incompatibilité des normes diverses a comme résultat que le droit positif concernant les flux massifs puisse paraître flou aux yeux de certains acteurs humanitaires.

Les positions des ONG décrites ci-dessus seraient compréhensibles compte tenu de leur rôle de défenseurs des droits de l'homme. Mais l'approche du HCR peut paraître étonnante. Ce dernier présente aux États membres de l'Assemblée générale un rapport annuel dans lequel il explique les développements en droit international des réfugiés⁵⁷. Il est effectivement curieux que les États membres de l'ONU n'aient apparemment pas encore remarqué que l'agence de protection des réfugiés qu'ils ont créé applique un militantisme ou un jus-naturalisme qui s'oppose directement à leur souveraineté sur un sujet particulièrement délicat.

Le droit international des réfugiés est dynamique et subit donc l'influence des développements progressistes en matière des droits de l'homme. Toutefois, sur le plan de la méthodologie juridique, il est contestable d'invoquer des normes de « *soft law* » pour contredire explicitement les intentions claires des signataires de la Convention de Genève. Et ce d'autant plus si le « résultat ... est manifestement absurde ou déraisonnable », selon la Convention de Vienne sur le droit des traités⁵⁸. Il faut constater que cette démarche du HCR et des ONG mène à une position audacieuse : les États devraient ouvrir (au moins temporairement) leurs frontières à tout migrant qui se dit victime de violation des droits de l'homme, même s'il existe une crainte sérieuse de déstabilisation provoquée par un flux massif. Mais cette

⁵⁴ On pense, par exemple, à l'anticommunisme de Myres S. McDougal (*Human Rights and World Public Order : The Basic Policies of an International Law of Human Dignity*, New Haven, Yale University Press, 1980) ou au militantisme révolutionnaire du marxisme (Grigori I. Tunkin, *Voprosy teorii mezhdunarodnogo prava*, Moscou, Gosudarstvenie Izdanie, 1962).

⁵⁵ Nguyen Quoc Dinh, P. Daillier et A. Pellet, *Droit international public*, 6^e édition, Paris, L.G.D.J., 1991, p. 65.

⁵⁶ *Ibid.*, p. 83.

⁵⁷ Paragraphe 11 du Statut : « Le Haut Commissaire est admis à exposer ses vues devant l'Assemblée générale, le Conseil économique et social et leurs organes subsidiaires. Le Haut Commissaire fait rapport, chaque année, à l'Assemblée générale, par l'entremise du Conseil économique et social. Son rapport est examiné comme point distinct de l'ordre du jour de l'Assemblée générale ».

⁵⁸ Convention de Vienne sur le droit des traités, [1980] R.T. Can. n° 37, article 32(b).

proposition ne reflète pas le consensus inter-étatique. Ironiquement d'ailleurs, c'est en partie à cause de ce militantisme que les gouvernements occidentaux essaient de contenir les flux de réfugiés dans le Tiers Monde et empêchent les ressortissants des pays pauvres de chercher asile en Occident. Et ce n'est pas la première fois que la pratique des États ne sera pas conforme aux déclarations de l'Assemblée générale, lesquelles permettent à tout individu de « chercher asile ».

La constatation suivante s'impose malheureusement : l'agence onusienne qui s'occupe de la protection des réfugiés ainsi que plusieurs ONG respectables ont tendance à énoncer des positions juridiques qui ne font pas autorité sur des problèmes fondamentaux de l'asile. Dans ces conditions, il n'est pas étonnant que les services juridiques du HCR (c'est-à-dire principalement le Département de la protection internationale) soient parfois marginalisés.

Bien entendu, le simple refoulement de réfugiés vers des territoires dangereux n'est pas une solution acceptable, ni politiquement, ni moralement, aux problèmes abordés dans cet article qui ne vise d'aucune manière à l'encourager. L'argumentation présentée ci-dessus a pour objet de souligner certaines limitations concernant les obligations juridiques des États, précisément afin de promouvoir des solutions et engagements sur le plan politique⁵⁹.

Au fond, c'est en bonne partie parce que les militants des droits de l'homme insistent pour que le premier asile soit accordé de façon inconditionnelle, qu'il est difficile d'imposer une obligation sur les pays tiers de partager le fardeau de la protection des réfugiés. Pourquoi un pays tiers devrait-il s'engager à admettre des réfugiés sur son territoire si le premier pays d'accueil est obligé d'accorder un asile inconditionnel? De nombreuses négociations entre États ont démontré que ceux-ci se saisissent de toute occasion d'éviter le fardeau et de repousser toute responsabilité.

La crise des réfugiés du Kosovo nous révèle un autre problème d'ordre pratique dans l'instauration d'un mécanisme de partage du fardeau qui a été négligé jusqu'à présent. En effet, plusieurs organisations internationales rejettent l'idée que les réfugiés puissent ne pas avoir le choix de leur pays d'asile. Or, tant que les militants des droits de l'homme ne peuvent pas accepter conceptuellement le transfert des réfugiés de la frontière macédonienne à des camps vides en Albanie, il y a peu d'espoir que soient mis en œuvre des mécanismes efficaces de partage du fardeau dans des situations d'urgence.

En général, les États confrontés aux flux massifs de réfugiés n'hésitent pas à invoquer le risque de déstabilisation pour fermer « officiellement » leurs frontières, comme l'ont fait les pays voisins de l'Afghanistan à la suite du déclenchement des bombardements américains en octobre 2001. Bien que les craintes exprimées par les

⁵⁹ Voir la proposition dans Michael Barutckiski et Astri Suhrke, « La protection internationale des réfugiés et le partage du fardeau : Leçons de la crise du Kosovo », dans ce même numéro. Le préambule de la Convention de Genève prévoit une coopération internationale pour alléger le fardeau sur certains pays d'asile : « Considérant qu'il peut résulter de l'octroi du droit d'asile des charges exceptionnellement lourdes pour certains pays et que la solution satisfaisante des problèmes dont l'Organisation des Nations Unies a reconnu la portée et le caractère internationaux, ne saurait, dans cette hypothèse, être obtenue sans une solidarité internationale ».

pays voisins de l'Afghanistan soient connues par les agences humanitaires⁶⁰, plusieurs ONG se sont montrées inflexibles dans leurs critiques de la fermeture de la frontière entre le Pakistan et l'Afghanistan⁶¹. La fermeture de cette frontière est un problème qui réapparaît souvent depuis des années⁶² et elle est directement liée aux relations compliquées entre ces deux pays⁶³. Il faut noter que le HCR a reconnu publiquement les craintes légitimes du Pakistan⁶⁴ et que cette reconnaissance l'a mené à une approche comportant deux volets : encourager l'ouverture de la frontière⁶⁵ et s'adapter à la réalité sur le terrain⁶⁶. Cependant, la politique officielle n'a pas été suivie à la lettre par un personnel activiste qui cherche toujours à exercer une pression inappropriée :

⁶⁰ Pour les problèmes de sécurité en Iran, voir HCR, *Afghanistan Humanitarian Update No. 28*, 31 octobre 2001 : « On Wednesday High Commissioner Ruud Lubbers reiterated a call for open borders in talks with Iran's President Khatami and senior government officials. Iran's border with Afghanistan remains officially closed like the borders with Pakistan and central Asian nations. In talks with President Khatami, the High Commissioner acknowledged Iran's security concerns relating to a possible influx of Afghan refugees but asked Iran for a greater flexibility on the border issue ».

⁶¹ Agence France Presse, *Des organisations d'aide appellent l'ONU à faire pression sur le Pakistan*, 2 novembre 2001. Human Rights Watch, *Pakistan : Camps Over Border Would Endanger Refugees*, 27 octobre 2001. Pour une position plus nuancée, voir Amnesty International, *Protect Afghan civilians and refugees*, 9 octobre 2001.

⁶² Nous avons mené une mission de recherche sur ce problème dans la région de la passe de Khaïbar quelques mois après la prise de Kaboul par les Talibans.

⁶³ Associated Press, *Pakistan will take more refugees*, 28 octobre 2001 : « Pakistan, which already hosts 2 million Afghans, the largest refugee population in the world, is fearful of a new flood of refugees and wants to maintain tight control of its border. It also worries that armed groups from Afghanistan could infiltrate if it throws open its doors. Afghan men of fighting age, particularly those travelling alone, are likely to have trouble crossing ». Pour le rôle du Pakistan dans le conflit afghan, voir Selig S. Harrison, « Les liaisons douteuses du Pakistan », *Le Monde diplomatique*, octobre 2001, à la p. 22.

⁶⁴ Voir HCR, *Afghanistan Humanitarian Update No. 27*, 29 octobre 2001 : « UNHCR officials recognise the validity of Pakistan's fear of security problems in the wake of a possible large influx of Afghan refugees and the need to separate civilians from persons who could represent a security risk » et BBC News Online, *Radio interview with UNHCR spokesman Peter Kessler*, 28 October 2001 : « Pakistan, Iran, the other neighbouring States have very valid security concerns ».

⁶⁵ Associated Press, *Le Pakistan accepte d'accueillir les réfugiés afghans les plus mal en point*, 28 octobre 2001. UNHCR News Stories, *Lubbers expected to reiterate call for open borders for Afghan refugees*, 29 octobre 2001 : « The High Commissioner is also expected to urge greater flexibility on deciding which Afghan refugees can be considered vulnerable and therefore allowed to cross the frontier. While Pakistan's border with Afghanistan remains officially closed, Pakistani authorities are allowing certain categories of people, including women, children, the elderly and the wounded, to enter the country. The High Commissioner is expected to ask the authorities to include men fleeing forced conscription in the vulnerable persons category ».

⁶⁶ UNHCR News Stories, *Lubbers says first priority is to provide aid inside Afghanistan*, 2 novembre 2001 : « The High Commissioner, while expressing understanding that every country has the responsibility to insure the security of its people, has consistently called on all of Afghanistan's neighbours to open their borders to Afghan refugees fleeing the war. The High Commissioner said that if the security conditions permit, UNHCR intends to use the existing network of local staff and more than 100 local non-governmental agencies inside Afghanistan to continue and expand its support for displaced persons and returnees ». Agence France Presse, *Des camps de réfugiés des deux côtés de la frontière Pakistan-Afghanistan*, 28 octobre 2001 : « 'Nous avons dû installer ces camps [en Afghanistan] car le Pakistan a fermé sa frontière', [a déclaré le porte-parole du HCR, Ron Redmond] ».

« Nous sommes confrontés à un manque de coopération manifeste du Pakistan, qui n'a pas tenu les promesses qu'il avait faites au début de la crise », déclare Corinne Perthuis [porte-parole du HCR à Peshawar]. « Nous demandons à la communauté internationale de faire pression sur le Pakistan », comme elle l'avait fait sur la Macédoine lors de la crise des réfugiés du Kosovo en 1999, pendant les bombardements de l'OTAN sur la Yougoslavie.⁶⁷

* * *

Les problèmes liés à l'accueil des réfugiés sont évidemment délicats sur le plan politique, particulièrement quand des questions de sécurité nationale sont invoquées. Le droit positif offre toutefois quelques avenues pour fonder des solutions réalistes sur des principes cohérents. Pour comprendre les options suggérées par les principes juridiques, il faut distinguer entre la protection statutaire (c'est-à-dire les règles non contraignantes fondées sur la mise en œuvre du Statut du HCR) et la protection contractuelle (c'est-à-dire les règles contraignantes auxquelles se sont soumis les États en application de la Convention de Genève).

Les États n'ont jamais accepté une obligation juridique d'admettre un flux massif de réfugiés qui pourrait déstabiliser le pays d'accueil. Ce constat sobre s'oppose aux déclarations récentes de certaines organisations internationales qui militent en faveur des demandeurs d'asile. Il importe cependant de le rappeler pour que les politiques puissent aborder le problème de l'asile de façon réaliste et ainsi offrir une protection efficace aux réfugiés.

Le HCR n'a toujours pas reconnu que la crise des réfugiés du Kosovo bloqués sur la frontière macédonienne a été aggravée par sa décision de ne pas planifier un partage du fardeau et d'insister sur le respect d'un principe absolu de premier asile inconditionnel. Une question politique mérite d'être posée : le HCR serait-il à ce point dogmatique si l'État d'accueil était un membre plus influent de son Comité exécutif? Les expériences avec les *boat people* haïtiens et les Kurdes bloqués à la frontière turque à la suite de la Guerre du Golfe suggèrent qu'il adopterait un ton plus flexible.

On peut se demander pourquoi les États qui dominent les débats au sein du Comité exécutif permettent au HCR de promulguer des principes qui seraient manifestement inacceptables s'ils devaient s'appliquer à eux-mêmes. En effet, le Comité exécutif continue de soutenir le principe noble du premier asile inconditionnel, bien qu'on sache qu'en pratique le gouvernement américain ne respectera pas ce standard (comme ce fut démontré dans la crise haïtienne) et ne fera pas pression pour que ses alliés le respecte (qu'il s'agisse, par exemple, de la Turquie, de la Macédoine, du Pakistan ou des participants au *Comprehensive Plan of Action* pour les réfugiés indochinois).

⁶⁷ Agence France Presse, *Le HCR prêt à faire face à un flot de réfugiés*, 31 octobre 2001.

La réponse à cette question se trouve peut-être dans l'hypocrisie qui sous-tend partiellement l'approche occidentale en matière des droits de l'homme. Ces derniers sont largement perçus dans de nombreux ouvrages occidentaux sur le droit international comme un domaine relevant davantage de la politique étrangère que de la mise en œuvre domestique. Ce sont des normes à appliquer contre les autres États. À ce sujet, il faut se rappeler deux points fondamentaux concernant la politique étrangère des États-Unis : (1) toutes les accessions aux traités touchant sur les droits de l'homme comprennent des réserves indiquant que les obligations assumées ne peuvent pas contredire la Constitution américaine et (2) le gouvernement ne permet pas aux citoyens de contester les décisions sur les droits de l'homme devant des instances internationales⁶⁸.

La prolifération de normes non contraignantes facilite l'application ou l'utilisation sélective des principes de protection. Le résultat devrait inquiéter tout observateur consacré à la réduction des inégalités à travers le monde car il renforce le régime des « deux poids deux mesures » qui est implicitement lié à la politique occidentale visant à contenir les flux de réfugiés dans les régions défavorisées. L'invocation d'un droit absolu de premier asile, sans engagement complémentaire concernant le partage du fardeau, constitue en fait un alignement objectif sur cette politique.

En conséquence, des membres influents du Comité exécutif du HCR participent à la promulgation de normes irréalistes car ils savent qu'elles ne s'appliqueront pas à eux-mêmes pour des raisons de *realpolitik*. Il est dommage que les efforts de protection de la part du HCR puissent mener à l'établissement d'une telle position juridique, signe d'un zèle inopportun. Il est aussi regrettable que certaines ONG n'aient pas une approche plus subtile dans leurs efforts de protection. Nul ne devrait être étonné que ce soient les réfugiés et les États faibles qui continueront à payer le prix de cette approche étatique hypocrite qui se déclare inspirée par les droits de l'homme.

Au lieu d'encourager une approche irréaliste et dangereuse face aux flux massifs de réfugiés, des membres du Comité exécutif soucieux de leur image humanitaire devraient promouvoir la seule option raisonnable en cas de premier asile et instabilité nationale : le développement de mécanismes de partage du fardeau. Pour des pays comme le Canada, situés en général loin des conflits, de tels mécanismes

⁶⁸ James C. Hathaway, « America, Defender of Democratic Legitimacy? », *European Journal of International Law*, 2000, vol. 11, n° 1, à la p. 134. Voir aussi *Address by Senator Jess Helms (Chairman, US Senate Committee on Foreign Relations) before the UN Security Council*, 20 janvier 2000 : « But, some may respond, the US Senate ratified the UN Charter fifty years ago. Yes, but in doing so we did not cede one syllable of American sovereignty to the United Nations. Under our system, when international treaties are ratified they simply become domestic US law. As such, they carry no greater or lesser weight than any other domestic US law. Treaty obligations can be superceded by a simple act of Congress. This was the intentional design of our founding fathers, who cautioned against entering into 'entangling alliances'. Thus, when the United States joins a treaty organization, it holds no legal authority over us. We abide by our treaty obligations because they are the domestic law of our land, and because our elected leaders have judged that the agreement serves our national interest. But no treaty or law can ever supercede the one document that all Americans hold sacred: The U.S. Constitution ».

pourraient éventuellement permettre le transfert d'une partie considérable de la somme disproportionnée utilisée pour les procédures nationales de détermination du statut de réfugié vers une coopération internationale destinée à aider les réfugiés dans leur région d'origine. En effet, le Canada dépense annuellement environ 100 millions de dollars sur les activités de la Commission de l'immigration et du statut de réfugié⁶⁹, mais ne fournit que 20 à 30 millions de dollars en contribution annuelle au HCR⁷⁰. Des considérations de politiques intérieures (et particulièrement l'importance de l'image « humanitaire » que le Canada se fait de lui-même) réduiront le risque que les éventuelles économies soient recyclées vers d'autres domaines d'une manière qui affecterait de façon négative le nombre de réfugiés accueillis. Autrement dit, il serait difficile sur le plan des relations publiques pour le gouvernement canadien de couper dramatiquement le nombre de réfugiés bénéficiant d'une protection au Canada. Par contre, le gouvernement pourrait exiger que le HCR collabore aux efforts d'« interdiction » afin d'accroître les contrôles migratoires et de réduire les options des demandeurs d'asile « spontanés ». Une augmentation du nombre des programmes de réinstallation (qui comprend la sélection des réfugiés dans les camps à l'étranger) et leur budget aux dépens des activités de la CISR est envisageable. Pour pouvoir réviser les dépenses disproportionnées des procédures nationales de détermination du statut de réfugié, il est temps d'aborder sérieusement les dilemmes soulevés par les crises humanitaires récentes dans une perspective qui cherche à concilier la protection des réfugiés avec les intérêts étatiques.

⁶⁹ Commission de l'immigration et du statut de réfugié, *Budget des dépenses 2000-2001 : Partie III - Rapport sur les plans et les priorités*, à la p. 8. Une fraction minime de ce montant ne concerne pas les revendications du statut de réfugié.

⁷⁰ Voir, par exemple, HCR, *Les réfugiés dans le monde*, Éditions Autrement, Paris, 2000, à la p. 166 et HCR, *Rapport Global 1999*, à la p. 37.