

LA RESPONSABILITÉ INTERNATIONALE DE L'ÉTAT D'ORIGINE POUR DES FLUX DE RÉFUGIÉS

par

Vera GOWLLAND-DEBBAS

Professeur Suppléant à l'Institut universitaire de hautes études internationales, Genève

Introduction

Peut-on mettre en cause la responsabilité d'un Etat qui contraint ses ressortissants à fuir hors de ses frontières ? Cette étude se concentrera sur les problèmes posés par l'exode massif, car c'est plutôt sous cet angle-là que des problèmes majeurs se sont posés pour les pays d'accueil et que la communauté internationale s'est penchée sur les solutions à apporter ; donc on doit cerner les problèmes juridiques concernant l'éventuelle responsabilité internationale de l'Etat d'origine pour des *flux* de réfugiés.

A. La genèse de l'intérêt portée sur l'Etat d'origine

Les problèmes découlant pour les pays d'accueil et la communauté internationale de l'exode massif de réfugiés ne sont pas nouveaux. Pour ne pas remonter trop loin dans l'histoire, il suffit de rappeler les exodes du début du siècle, conséquences des démembrements d'Empires, d'une guerre mondiale, des accords entérinant les échanges massifs de populations, ainsi que la montée du fascisme en Europe. Bien que les solutions apportées au flux de réfugiés durant l'entre-deux-Guerres concernassent surtout l'obtention de documents d'identités, la libre circulation et l'acquisition du statut de réfugié, des voix s'élevèrent pour protester contre les *causes* des mouvements de réfugiés¹, ainsi

1. Voir la déclaration du Président Harrison auprès du Congrès des Etats-Unis en 1891 concernant l'exode de populations juives d'Europe de l'Est : « The banishment, whether by decree or by no less certain indirect methods, of so large a number of men and women is not a local question. A decree to leave one country is, in the nature of things, an order to enter another — some other. This consideration, as well as the suggestions of humanity, furnish ample ground for the remonstrance which we have presented to Russia » (*Foreign Relations*, 1891, p. xiii) ; cité dans G.J.L. Coles, *State Responsibility in Relation to the Refugee Problem, with Particular Refe-*

que pour évoquer une responsabilité éventuelle de l'Etat d'origine (approche visionnaire à l'époque en l'absence d'un cadre établi régissant les droits de l'homme²).

L'avènement de la Deuxième Guerre mondiale laissa plusieurs centaines de milliers de personnes déplacées à la charge des Etats européens, et fut suivi de flux et d'échanges de populations à grande échelle. Néanmoins, en dépit de ces exodes massifs, le système international de protection des réfugiés mis en place par la Convention relative au Statut des réfugiés du 28 juillet 1951 et du Protocole du 31 janvier 1967, ainsi que par l'institution d'un Office du Haut-Commissaire des Nations Unies pour les réfugiés ne mit pas du tout l'accent sur l'Etat d'origine. Il établissait comme condition de son application le franchissement d'une frontière internationale et prévoyait des droits et obligations ne concernant que l'Etat d'accueil. Cette protection du réfugié se voulait donc provisoire — c'est-à-dire limitée à la période allant du départ d'un réfugié à son intégration dans une nouvelle communauté ou, éventuellement, son retour dans son pays d'origine. De plus, l'aspect non politique, humanitaire et social de l'activité du Haut-Commissaire, souligné explicitement par l'article 2 de son Statut, n'incitait guère à s'interroger sur les causes profondes des exodes qui eussent été perçues comme une immixtion dans les affaires intérieures d'Etats souverains.

Ce n'est qu'à partir du milieu des années 70 que l'exode en masse des *boat people*, suivi d'autres flux tels que le départ d'environ cinq millions de personnes d'Afghanistan, invita à une nouvelle réflexion au niveau international sur leurs causes profondes³, et, plus récemment, sur la responsabilité de l'Etat d'origine. Car l'augmentation et l'aggravation des crises humanitaires — qui ont atteint leur apogée avec l'afflux de millions de personnes fuyant le génocide au Rwanda et l'épuration ethnique en Bosnie — de pair avec la réticence de plus en plus marquée de nombreux pays d'accueil, ont contribué à remettre en cause la solution étroite préconisée par la Convention de 1951, c'est-à-dire celle de l'asile dans un pays tiers. L'institution de l'asile donc ne paraît plus adéquate à elle seule pour répondre aux problèmes posés ; on lui a reproché la disculpation du pays d'origine, la création de fardeaux pour la communauté internationale et les pays d'accueil, et l'institutionnalisation de l'exil aux dépens du droit de retour de l'individu dans sa communauté d'origine⁴.

rence to the State of Origin, Genève, H.C.R., 1993 (mimeo), p. 24 ; lettre de James McDonald du 27 décembre 1935, à propos de sa démission du poste de Haut-Commissaire pour les réfugiés provenant d'Allemagne dans laquelle il déclarait que des efforts devraient être entrepris pour enrayer les causes créant des réfugiés (Doc. SDN C.13, M.12, 1936, Annex). Voir, pour un résumé et des documents historiques, Coles, *op. cit.*

2. Voir R. Yewdall Jennings, « Some International Law Aspects of the Refugee Question », *BYIL*, vol. 20, 1939, pp. 98-114 ; Résolution de l'Institut de droit international de 1891 (*Annuaire*, tome XII, p. 219).

3. Voir Commission des droits de l'homme, *Les droits de l'homme et les exodes massifs*. Etude établie par Sadruddin Aga Khan, Rapporteur spécial, 17 février 1982 (Doc.NU E/CN.4/1503) citant les exodes survenus entre 1970 et 1980.

4. Voir par exemple T. Aleinikoff, « State-Centered Refugee Law : From Resettlement to Containment », *Michigan Journal of International Law*, vol. 14, 1992, pp. 120-138 ; G. Coles, « Approaching the Refugee Problem Today », in G. Loescher et L. Monahan (Eds.), *Refugees and International Relations*, Oxford, Oxford University Press, 1989, pp. 373-410.

B. Les nouvelles approches du problème de l'exode

Des efforts ont été entrepris pour trouver de nouvelles approches au problème des flux de réfugiés. Une première démarche était de replacer ce problème dans le cadre des droits de l'homme et de ses institutions, dont il avait été détaché à l'origine. Depuis 1980, donc, et grâce à deux initiatives séparées lancées par le Canada⁵ et la RFA⁶, respectivement, à la Commission des droits de l'homme et l'Assemblée générale⁷, ces organes onusiens s'intéressent désormais aux liens entre les violations des droits de l'homme et les exodes massifs⁸, sur lesquels sont venus se greffer d'autres mandats, tels que les personnes déplacées dans leur propre pays⁹, les expulsions forcées¹⁰, et les transferts de population¹¹.

La deuxième approche consistait à élargir la vision des organes humanitaires, notamment celui du H.C.R., qui soulignait que l'accomplissement de son mandat de protection internationale appelait de plus en plus une approche globale. Il s'agissait d'associer l'asile à des stratégies de prévention axées sur la protection dans les Etats à qui cette responsabilité incombe au premier chef, c'est-à-dire une protection comportant la promotion du respect des droits de l'homme, des activités en faveur des personnes déplacées à l'intérieur du territoire et celles touchées par les conflits armés, et le rapatriement librement consenti¹². Elle impliquait aussi la nécessité de trouver des outils juridiques plus adéquats, ce qui incita le H.C.R. à rechercher une définition plus précise du concept de la responsabilité de l'Etat, particulièrement celui du pays d'ori-

5. L'initiative du Canada à la 35^e session de la Commission des droits de l'homme en 1979 (voir Rapports sur la 35^e et 36^e session de la Commission des droits de l'homme, Doc.NU E/1979/36 et E/1980/13) aboutit à la désignation en 1981 d'un rapporteur spécial — Sadruddin Aga Khan, l'ex Haut-Commissaire pour les réfugiés (voir pour son rapport, note 3).

6. Celle de la RFA aboutit à l'adoption par l'AG d'une résolution 35/124 du 11 décembre 1980 intitulée « Coopération internationale destinée à prévenir de nouvelles arrivées massives de réfugiés », et l'établissement d'un Groupe d'experts gouvernementaux sur la coopération internationale en vue d'éviter de nouveaux courants de réfugiés (voir les Rapports du Secrétaire Général (Doc.NU A/36/582 (1981) et A/41/324 (1986)).

7. Pour une analyse voir Coles (note 1), pp. 87-99 ; David Martin, « Large-scale Migrations of Asylum Seekers », *AJIL*, vol. 76, 1982, pp. 598-610, pp. 598-603, et R. Hoffmann, « Refugee-Generating Policies and the Law of State Responsibility », *ZaöRV*, vol. 45, 1985, pp. 694-713, pp. 695-697.

8. Voir par exemple : Commission des droits de l'homme, *Droits de l'homme et exodes massifs*, Rapports du Secrétaire Général (Doc.NU E/CN.4/1994/43, E/CN.4/1995/49, E/CN.4/1996/42).

9. Dans sa résolution 1991/35, la Commission des droits de l'homme a prié le Secrétaire Général de présenter un rapport analytique sur les personnes déplacées dans leur propre pays (E/CN.4/1992/23), et dans sa résolution 1992/73, de désigner un représentant chargé d'examiner les questions des droits de l'homme relatives à ces personnes, mandat qui a été prorogé.

10. Dans sa résolution 1993/77, la Commission a prié le Secrétaire Général d'établir un rapport analytique sur la pratique des expulsions forcées (E/CN.4/1994/20).

11. Dans ses rés. 1990/17 et 1992/28, la Sous-Commission a décidé d'examiner sous l'angle des droits de l'homme la question des transferts de population, y compris l'implantation de colons et de colonies et désigné deux rapporteurs spéciaux (voir leurs deux rapports E/CN.4/Sub.2/1993/17 et E/CN.4/Sub.2/1994/18, ainsi que les Rapports du Secrétaire Général à la Commission des droits de l'homme (note 8)).

12. Voir par ex. Comité exécutif du programme du Haut-Commissaire, *Note sur la protection internationale* (document soumis par le Haut-Commissaire), 7 septembre 1994 (A/AC.96/830).

gine. Le Comité Exécutif du Programme du Haut-Commissaire endossa cette approche globale en 1990 dans sa Conclusion n° 62 (XLI) en reconnaissant expressément la relation directe qui existe entre le respect des normes établies en matière de droits de l'homme, les mouvements de réfugiés, les problèmes de protection et les solutions, ainsi que le besoin de définir le concept de responsabilité tel qu'il s'applique, entre autres, aux pays d'origine. Quant à la Conclusion n° 74 (XLV), elle souligne « la responsabilité des Etats d'origine de réadmettre leurs nationaux et d'assurer leur sécurité et leur bien-être¹³ ». C'est ainsi que des ponts furent bâtis entre l'organe spécifiquement chargé de la protection internationale des réfugiés et les organes onusiens mandatés pour les droits de l'homme.

L'Etat d'origine a par conséquent fait son entrée en scène, ce qui a soulevé les deux aspects de sa responsabilité au sens large – pour la provocation de ces flux, et pour le retour et la réintégration de ses nationaux. Les solutions à apporter sont bien entendu diverses – surtout politiques et socio-économiques – mais le droit a aussi son rôle à jouer. Le droit international des réfugiés se trouve au croisement d'autres domaines connexes du droit international, en particulier les droits de l'homme et le droit humanitaire. Ceci nous mène à la question de la responsabilité de l'Etat *stricto sensu*.

I. LA NOTION DE RESPONSABILITÉ INTERNATIONALE DE L'ÉTAT D'ORIGINE POUR DES FLUX DE RÉFUGIÉS

A. La notion de « flux »

Les termes de flux de réfugiés, exodes massifs, ou arrivées massives (ces notions sont utilisées de façon interchangeable pour décrire ce phénomène de flux de population¹⁴) impliquent un mouvement dans lequel l'élément de choix est absent¹⁵ et c'est ce facteur qui sert à distinguer ce flux d'un autre comportant une migration massive de population. L'exode massif de réfugiés peut se faire soudainement (bien qu'il soit difficile de croire en l'absence de signes

13. Voir également le rapport du Groupe de travail sur les solutions et la protection (EC/SCP/64) présenté à la 42^e Session du Comité Exécutif du Haut-Commissaire le 12 août 1991.

14. Voir les termes utilisés dans la Déclaration des Nations Unies sur l'asile territorial du 14 décembre 1967, ou la Convention de l'OUA régissant les aspects propres aux problèmes de réfugiés en Afrique du 10 septembre 1969, Office du Haut-Commissaire des Nations Unies pour les Réfugiés, *Recueil de Traités et autres textes de droit international concernant les réfugiés*, Genève, 1982, pp. 66 et 227. Voir aussi le rapport du Secrétaire Général sur la coopération internationale destiné à prévenir de nouvelles arrivées massives de réfugiés (note 6) ; A. Takkenberg, « Mass Migration of Asylum Seekers and State Responsibility », in *The Refugee Problem on Universal, Regional and National Level*, 13 *Thesaurus Acroasium*, Thessaloniki, 1987, pp. 794-795.

15. Voir le rapport du Groupe d'experts gouvernementaux sur la coopération internationale en vue d'éviter de nouveaux courants de réfugiés, § 25 (note 6). L'élément central est donc celui de la coercition. Voir à ce propos, Coles (note 1), pp. 10-11.

annonciateurs) quand il est alimenté par des conflits ethniques et politiques meurtriers – comme au Rwanda –, ou peut s'étaler dans le temps. Dans son étude sur les droits de l'homme et les exodes massifs¹⁶ le rapporteur spécial Sadruddin Aga Khan a retenu deux grands critères pour déterminer s'il y a ou non exode massif, l'un quantitatif, l'autre qualitatif. Le premier se rapporte au nombre très élevé de départs par rapport au pays d'origine ou au pays d'asile (comme il le dit, le départ ne serait-ce que d'un pour cent de la population dans un pays comptant 40 à 50 millions d'habitants peut très bien constituer un afflux massif pour le pays d'accueil). Cet aspect quantitatif est un facteur important dans le cadre plus restreint qui a été choisi pour notre étude, car la question de la responsabilité de l'Etat d'origine se pose tout particulièrement lorsqu'il s'agit d'un exode à grande échelle. D'une part, l'arrivée massive de réfugiés accroît le fardeau de l'Etat d'accueil – fardeau économique, politique, mais aussi de sécurité interne et externe – et ce n'est que dans de telles circonstances que l'on pourrait véritablement parler de dommages causés à un autre Etat. D'autre part, les solutions classiques envisagées par le droit des réfugiés – c'est-à-dire l'asile durable dans un pays autre que le pays d'origine – ne peuvent facilement être envisagées étant donné les problèmes insurmontables posés par l'absorption d'un tel nombre de personnes – ce qui soulève la question du retour.

Ce n'est pas pour rien qu'une arrivée massive de réfugiés à la frontière d'un pays est perçue comme créant un état d'exception. La Déclaration des Nations Unies sur l'asile territorial ne permet aux Etats de déroger au principe fondamental du non-refoulement établi par l'Article 3(1) qu'en cas de « raisons majeures de sécurité nationale ou pour protéger la population, comme dans le cas d'un afflux en masse de personnes » (Article 3 (2)). L'on pourrait citer également, à titre d'exemple de législation nationale, l'article 9 de la loi suisse sur l'asile du 5 octobre 1979 qui traite de l'octroi de l'asile dans des circonstances exceptionnelles et dont l'alinéa 1 (tel qu'amendé le 20 juin 1986¹⁷) déclare : « En période de tensions internationales graves ou en cas de conflit armé dans lequel la Suisse n'est pas engagée, de même que lorsque se produit, en temps de paix, une affluence extraordinaire de requérants d'asile, la Suisse accorde l'asile à des réfugiés aussi longtemps que les circonstances le permettent. » Quant au critère qualitatif, le rapporteur spécial démontre que même si le nombre des départs est relativement faible, le fait qu'une forte proportion d'une minorité particulière qui est persécutée (par exemple un groupe religieux ou ethnique) est amenée à partir serait constitutif d'un exode massif.

B. La notion de « réfugié »

La notion de réfugié est ici prise dans son sens large. Si sous la Convention de 1951, la qualité de réfugié doit normalement être établie sur une base individuelle, cela n'exclut pas pour autant que dans un exode massif des membres du groupe peuvent être considérés individuellement comme des réfugiés au sens étroit de l'Article 1A(2) et de la formulation presque identique

16. (Note 3).

17. En vigueur depuis le 1^{er} janvier 1988 (*Recueil officiel des lois fédérales* 1987, 1677).

employée dans le Statut du H.C.R. (Article 6A(ii)) ¹⁸, c'est-à-dire une personne qui se trouve hors de son pays en raison d'une crainte fondée de persécution pour des raisons spécifiques. Mais bien souvent elle comporte des réfugiés au sens large tel qu'il est contenu, par exemple, dans l'Article I(2) de la Convention de l'OUA, c'est-à-dire «...toute personne qui, du fait d'une agression, d'une occupation extérieure, d'une domination étrangère ou d'événements troublant gravement l'ordre public dans une partie ou dans la totalité de son pays d'origine ou du pays dont elle a la nationalité, est obligée de quitter sa résidence habituelle pour chercher refuge dans un autre endroit à l'extérieur de son pays d'origine ou du pays dont elle a la nationalité ¹⁹ ». Cette définition pourrait implicitement être comprise comme couvrant également les flux massifs ²⁰.

Néanmoins, pour les besoins d'une recherche sur l'éventuelle responsabilité du pays d'origine, il faut écarter toute situation échappant au contrôle de l'Etat ; on retient donc que cette catégorie de réfugiés couvrant les personnes expulsées, déportées ou ayant pris la fuite de leurs pays d'origine ou de résidence habituelle parce qu'elles sont devenues victimes *aux mains de leurs Etats* de la guerre ou d'une politique enfreignant les droits de l'homme, qu'elles soient ou non en butte à la persécution. Il est évident, comme il a été souligné, que la définition de la notion de réfugié est bien différente selon que l'on se place dans un cadre préventif ou curatif, le premier englobant une notion plus vaste ²¹. Nous écartons pour des raisons évidentes ceux qui quittent leur pays à cause de catastrophes naturelles ou de situations économiques plus favorables, bien que la complexité des causes du départ puisse transformer l'un ou l'autre de ces groupes en réfugiés au sens étroit si, par exemple, à la suite d'une catastrophe naturelle le pays d'origine venait à discriminer un groupe particulier de sa population en lui refusant assistance, ou encore s'il venait à enfreindre ses droits économiques et sociaux.

C. La notion de « pays d'origine » ou d'« Etat d'origine »

Le terme pays d'origine recouvre l'Etat sur le territoire ou sous le contrôle ou la juridiction duquel émane un exode de population ²². Ceci n'est pourtant

18. Pour des raisons pratiques le H.C.R. a recommandé dans ces cas l'application d'une procédure dite de « détermination collective » (*prima facie*), et non pas au cas par cas, de la qualité de réfugié.

19. Voir aussi la définition contenue dans la Déclaration de Carthage sur les réfugiés de 1984 : « personnes qui ont fui leur pays parce que leur vie, leur sécurité ou leur liberté étaient menacées par une violence généralisée, une agression étrangère, des conflits internes, une violation massive des droits de l'homme ou d'autres circonstances ayant perturbé gravement l'ordre public ».

20. Voir dans ce sens W. Czaplinski et Pavel Sturma, « La responsabilité des Etats pour les flux de réfugiés provoqués par eux », *AFDI*, vol. XL, 1994, pp. 156-169, p. 159.

21. Voir le rapport du Groupe d'experts gouvernementaux sur la coopération internationale en vue d'éviter de nouveaux courants de réfugiés, § 23-24 (note 6).

22. Voir l'interprétation qui a été donnée par le Comité des droits de l'homme au terme « particulier relevant de sa juridiction » dans l'Article 1 du Protocole facultatif, où il constate que ce terme se réfère « non pas au lieu où la violation s'est produite, mais aux rapports qui existent entre la personne et l'Etat concernés relativement à toute violation des droits énoncés dans le

pas exempt d'ambiguïté. Du point de vue territorial, qu'en est-il par exemple d'un Etat en pleine dissolution ou non reconnu (la situation en ex-Yougoslavie à différentes périodes) ²³, la question du franchissement d'une frontière internationale pouvant alors prêter à controverse – s'agit-il de personnes déplacées à l'intérieur de leurs pays ? Ce terme couvre aussi d'autres cas tel que celui du territoire divisé (Chine), celui du territoire dont le statut est contesté (territoires occupés par Israël), ou encore celui de l'Etat d'accueil qui se transforme en Etat d'origine à la suite de l'expulsion en masse de réfugiés se trouvant sur son territoire (ceci à condition que l'on s'écarte de la définition du réfugié au sens de la Convention de 1951, qui hormis le cas d'apatridie, se réfère à la personne qui « se trouve hors du pays dont elle a la nationalité... »).

Il faut néanmoins écarter deux cas précis, quoique d'une brûlante actualité : celui de la responsabilité d'un Etat pour des personnes déplacées dans son propre territoire et celui de la responsabilité d'un Etat pour un flux de réfugiés ou de personnes déplacées sur le territoire d'un autre Etat qui ne se trouve pas sous sa juridiction (par exemple le cas du Liban suite aux actions militaires israéliennes).

D. La notion de « responsabilité internationale »

Qu'en est-il de la notion de responsabilité internationale ? Nous verrons plus loin que la responsabilité de l'Etat d'origine peut être examinée dans un sens large comme le font d'ailleurs de nombreuses études entreprises dans le cadre du H.C.R. ²⁴. Dans ce sens large, on y reviendra, la responsabilité ne vise pas seulement la création d'obligations secondaires, mais a aussi trait au contenu des obligations primaires de l'Etat d'origine, comme par exemple son obligation primordiale d'assurer la protection de toutes les personnes se trouvant sur son territoire et de leur assurer les droits et les libertés fondamentales qui leur appartiennent. Nous nous concentrerons plutôt sur la responsabilité internationale des Etats *stricto sensu* – telle qu'elle a été conçue par la Commission du droit international dans son projet d'articles sur la responsabilité des Etats et qui porte sur les conséquences juridiques découlant d'un fait internationalement illicite.

Peut-on appliquer ces notions très abstraites à des situations concrètes, en

Pacte, où qu'elle ait lieu » ; le fait donc que l'Article 2(1) du Pacte oblige les Etats parties de respecter et de garantir ces droits « à tous les individus se trouvant sur leur territoire et relevant de leur compétence » « n'implique pas que l'Etat partie intéressé ne puisse être tenu responsable des violations des droits visés par le Pacte commises par ses agents sur le territoire d'un autre Etat... » (*L. Celiberti de Casariego c. Uruguay*, Constatation du 29 juillet 1981. 5^e Rapport annuel du Comité des droits de l'homme, Doc.NU A/36/40, § 10.2-10.3, p. 334). Voir aussi devant la Commission Européenne des droits de l'homme, affaire *Chypre c. Turquie* (requête no.8007/77, Décisions et rapports, vol. 13, pp. 221-223) ; et devant la Cour européenne, entre autres, l'affaire *Loizidou c. Turquie*, du 23 mars 1995, CEDH, Série A, vol. 310, p. 1). Voir également *ACDI*, 1989, vol. ii, pp. 83-84, Article 2(d) lu à la lumière de l'Article 1.

23. Nous pensons à la boutade entendue dans les couloirs du H.C.R. à propos des frontières mouvantes en Yougoslavie – le réfugié doit traverser une frontière internationale pour être reconnu en tant que tel, mais qu'en est-il de la frontière internationale que traverse le réfugié ? !

24. Voir les récentes Notes annuelles sur la protection internationale soumises par le Haut-Commissaire au Comité exécutif.

pleine mouvance, où l'humanitaire et le politique s'entrecroisent, et aborder de la sorte la responsabilité internationale de l'Etat d'origine des réfugiés ? Nombreux juristes l'ont tenté²⁵. Le projet d'articles de la CDI est centré en grande partie sur les règles dites secondaires, la CDI entendant par responsabilité internationale pour des faits illicites : « toutes sortes de relations nouvelles qui peuvent naître, en droit international, du fait internationalement illicite d'un Etat, que ces relations se limitent à un rapport entre l'Etat auteur du fait illicite et l'Etat directement lésé, ou qu'elles s'étendent aussi à d'autres sujets de droit international ». C'est là néanmoins une conception plus large que celle de la théorie classique de la responsabilité. En somme, il s'agit de toutes les conséquences découlant du non-respect d'une règle primaire quelconque du droit international, quelle que soit sa source, ce qui va bien au-delà de l'approche restrictive du premier rapporteur spécial, Garcia-Amador, qui, lui, avait formulé le droit international de la responsabilité pour les seuls dommages causés aux étrangers. Il n'est point besoin de rappeler les éléments constitutifs de la responsabilité étatique tels qu'ils ont été définis dans le Projet d'articles de la CDI : l'existence d'un élément objectif – le fait générateur de la responsabilité – qui se trouve dans l'illicéité, et d'un élément subjectif qui est l'imputation, ou l'attribution, du comportement²⁶. Il doit y avoir aussi absence de circonstances excluant l'illicéité. La nature du dommage causé à un autre sujet de droit comme élément constitutif de l'infraction dépend, quant à lui, du cas d'espèce. Bien que décidée à ne pas codifier les règles « primaires » du droit international, le but étant de ce centrer sur la notion de fait internationalement illicite et ses conséquences, la CDI néanmoins trouva difficile d'étudier les conséquences de leurs violations sans se pencher sur leur substance. Cela l'a menée à établir cette fameuse distinction que l'on trouve à l'Article 19 de la première partie du projet, entre délit et crime international²⁷, distinction dont les conséquences sont définies dans la seconde partie

25. Voir P. Akhavan et M. Bergamo, « The Application of the Doctrine of State Responsibility to Refugee Creating States », *Nordic Journal of International Law*, vol. 58, 1989, pp. 243-256 ; Chaloka Beyani, State Responsibility for the Prevention and Resolution of Forced Population Displacements in International Law, *International Journal of Refugee Law*, Special Issue July 1995, Organization of African Unity/United Nations High Commissioner for Refugees, Addis Ababa Symposium on Refugees and Forced Population Displacements in Africa, 8-10 September 1994, pp. 130-147 ; Coles (note 1) ; Czaplinski et Sturma (note 20), pp. 156-169 ; Hoffmann ; Martin (note 7) ; Christian Tomuschat, « State Responsibility and the Country of Origin », in *The Problem of Refugees in the Light of Contemporary International Law Issues*, Vera Gowlland-Debbas (Ed.), Dordrecht, Martinus Nijhoff, 1996, pp. 59-80, et les commentaires par Brigitte Stern, *ibid.*, pp. 81-92 ; Takkenberg (note 14), pp. 794-795.

26. Art.1 « tout fait internationalement illicite d'un Etat engage sa responsabilité internationale » (nous ne rentrerons pas dans la controverse concernant le rôle de la « faute » (*dolus* ou *culpa*), qui n'est pas retenu par le projet d'articles). Art. 3 : « Il y a fait international illicite de l'Etat lorsque : a) un comportement consistant en une action ou une omission est attribuable, d'après le droit international, à l'Etat ; et b) que ce comportement constitue une violation d'une obligation internationale de l'Etat ». Projet d'articles sur la responsabilité des Etats, première partie, article 3, *ACDI*, 1980, vol. II (deuxième partie) pp. 29 à 32. Voir aussi Marina Spinedi et Bruno Simma (dir.), *United Nations Codification of State Responsibility*, New York/London/Rome, Oceana Publications, 1987.

27. Un crime international est « un fait internationalement illicite qui résulte d'une violation par un Etat d'une obligation internationale si essentielle pour la sauvegarde d'intérêts fondamentaux de la communauté internationale que sa violation est reconnue comme un crime par cette

du projet concernant les Etats lésés. La CDI a également envisagé l'éventualité d'une responsabilité pour faits licites (ou non interdits par le droit international) qui fait l'objet d'une étude séparée. On pourrait donc dissocier les deux notions – faits générateurs et fait illicite, en qualifiant de fait générateur « tout fait imputable à l'Etat et reconnu susceptible d'entraîner pour lui l'engagement de sa responsabilité internationale²⁸ ».

Partant de ce cadre, les commentateurs qui ont analysé la question de la responsabilité de l'Etat d'origine pour des flux de réfugiés ont tout naturellement commencé leur interrogation par la recherche d'un fait internationalement illicite. Bien que la responsabilité concerne ces règles dites secondaires, on l'a dit, il est difficile, voire impossible, d'entamer cette recherche sans identifier au préalable le contenu des obligations spécifiques incombant à l'Etat d'origine. Existerait-il effectivement une obligation de l'Etat de ne pas provoquer le départ en masse de sa population – c'est-à-dire une norme générale interdisant la création de flux de réfugiés – ou bien cette obligation ne s'énonce-t-elle qu'en termes de violations des droits de l'homme ou autre norme du droit humanitaire ? Encore faudrait-il démontrer le lien de causalité entre la violation de ces obligations et l'exode lui-même. La recherche de la substance des normes doit donc se faire dans le cadre de trois domaines du droit international – celui spécifique des réfugiés, celui des droits de l'homme, et celui du droit humanitaire – en même temps que celui de la responsabilité de l'Etat.

II. LA RESPONSABILITÉ DE L'ÉTAT D'ORIGINE DANS LE DROIT CONVENTIONNEL RELATIF AUX RÉFUGIÉS

A. La Convention de 1951

Il est clair que la Convention de 1951 n'impose des obligations que pour l'Etat d'accueil, et que nulle mention n'est faite de l'Etat d'origine qui reste donc à l'écart du système de protection internationale des réfugiés établi par cet instrument. La Convention de 1951, bien qu'universelle dans sa conception, fut à l'origine adoptée dans le cadre bien précis de la guerre froide naissante, dans lequel le politique et l'humanitaire se conciliaient, puisque tout demandeur d'asile d'un pays de l'Europe de l'Est qui se présentait à l'Ouest rapportait, par son départ même, la preuve évidente des violations des droits de

communauté dans son ensemble... » Entrent dans cette catégorie notamment les violations graves d'une obligation internationale d'importance essentielle pour le maintien de la paix et de la sécurité internationale, pour la sauvegarde du droit des peuples à disposer d'eux-mêmes et pour la sauvegarde et la préservation de l'environnement humain, et en ce qui concerne plus précisément la présente étude « une violation grave et à une large échelle d'une obligation internationale d'importance essentielle pour la sauvegarde de l'être humain, comme celles interdisant l'esclavage, le génocide, l'apartheid ». Constitue un délit international tout fait internationalement illicite qui n'est pas un crime international.

28. Voir la définition établie par Pierre-Marie Dupuy, « Le fait générateur de la responsabilité internationale des Etats », *RCADI*, vol. 188, 1984, pp. 9-134, pp. 26-27.

l'homme pratiquées de l'autre côté du rideau de fer. Néanmoins, du point de vue du droit international, aucune conséquence juridique n'en découlait pour les pays d'origine.

La Convention de 1951 ne contient que des consignes destinées à l'Etat d'accueil l'induisant à respecter certains droits spécifiques envers le réfugié – tels que le droit à la liberté de circulation (art. 26), le principe de non-discrimination (art. 3), ou celui du non-refoulement (art. 33), bien qu'aucun droit subjectif à l'asile ne soit accordé. La situation des droits de l'homme prévalant dans l'Etat d'origine et le traitement infligé à ses ressortissants qui sous-tend leur départ ne sont pas évoqués aux fins d'établir la responsabilité de cet Etat. Bien entendu, la notion de persécution qui se trouve au cœur du système recouvre les notions de menaces à la vie ou à la liberté pour des raisons de race, de religion, de nationalité, d'opinions politiques ou d'appartenance à un certain groupe social, ainsi que d'autres violations graves des droits de l'homme²⁹ ; il est clair donc qu'en tant que telle, elle stigmatise en quelque sorte le pays d'origine (ce qui expliquerait la réticence de certains pays d'accueil à considérer comme réfugiés des individus originaires de pays « amis »). Mais les constats opérés par les autorités d'un Etat d'accueil ne servent qu'à la reconnaissance du statut de réfugié au demandeur d'asile et n'engagent d'aucune manière la responsabilité du pays persécuteur³⁰. Ce dernier, en tant que pays d'origine bien entendu (car il se pourrait bien qu'un Etat d'accueil devienne un Etat persécuteur à son tour), n'a aucune obligation sous la Convention si ce n'est de respecter le droit du pays sur le territoire duquel ses ressortissants ont pris refuge d'accorder l'asile sans que cela ne soit perçu comme un acte inamical³¹. De plus, la Convention de 1951 requiert un examen individuel de chaque cas, afin d'établir l'existence de cette crainte avec raison d'être persécuté – il ne suffit pas d'être exposé à des risques non individua-

29. Voir H.C.R., *Guide des procédures et critères à appliquer pour déterminer le statut de réfugié*, Genève, janvier 1992, pp. 14-15. Des définitions des catégories de réfugiés d'avant-guerre – citées nommément dans les divers instruments conclus durant cette période – on retient une notion centrale qui est « neutre » du point de vue de l'Etat d'origine : « Toute personne... qui ne jouit pas ou ne jouit plus de la protection (de son gouvernement) et qui n'a pas acquis une autre nationalité ». Ce n'est que la Constitution de l'Organisation Internationale pour les Réfugiés (OIR) de 1946 qui fait référence pour la première fois à la notion de « persécution » (Annexe I, Première Partie, Section A.(3)). Voir Luke Lee, « The Right to Compensation : Refugees and Countries of Asylum », *AJIL*, vol. 80, 1986, pp. 532-567, pp. 542-543.

30. Voir néanmoins Beyani (note 25), p. 142 : « Where (refugee) status is granted... the decision is supported by evidence concerning the legality of the conduct of the State of origin. Unless such conduct is in breach of the duty of the State of origin to protect its citizens, other States would not assume the responsibility of protecting them. On the basis of a *prima facie* assumption therefore, the legality of the conduct of origin is in issue when other States assume the responsibility to protect refugees from that State. This may be a crude assumption, but it is worth investigating. »

31. Voir le Préambule de la Convention de 1951 : « Expriment le vœu que tous les Etats, reconnaissant le caractère social et humanitaire du problème des réfugiés, fassent tout ce qui est en leur pouvoir pour éviter que ce problème ne devienne une cause de tension entre Etats. » Voir aussi le préambule de la Déclaration des Nations Unies sur l'asile territorial : « Reconnaissant que l'octroi par un Etat de l'asile à des personnes fondées à invoquer l'article 14 de la Déclaration universelle des droits de l'homme est un acte pacifique et humanitaire, et qui, en tant que tel, ne saurait être considéré comme inamical à l'égard d'un autre Etat. »

lisés³². Ce qui revient à dire qu'elle ne s'applique pas à des situations de violations massives des droits de l'homme dirigées contre toute une population ou une partie de celle-ci, tant que chaque requérant d'asile ne puisse prouver individuellement qu'il a été spécialement menacé. De même, la cessation de la situation de violations des droits de l'homme dans l'Etat d'origine (c'est-à-dire la cessation des persécutions) n'entre également pas en ligne de compte dans le cadre de la responsabilité de cet Etat, le rapatriement volontaire, qui requerrait des conditions favorables pour le retour, n'étant pas une des solutions retenues par la Convention. Une telle constatation servirait uniquement à l'application des clauses dites de cessation (Article 1C) à une personne qui « s'est volontairement réclamée à nouveau de la protection du pays dont elle a la nationalité » (al. 1), « est retournée volontairement s'établir dans (son) pays » (al. 4), ou « Si, les circonstances à la suite desquelles elle a été reconnue comme réfugiée ayant cessé d'exister, elle ne peut plus continuer à refuser de se réclamer de la protection du pays dont elle a la nationalité » (al. 5).

Finalement, malgré certaines tentatives doctrinales dans ce sens, les clauses dites d'exclusion (article 1 F) ne servent d'aucune manière à établir la responsabilité des individus qu'elles visent, car elles n'ont pour objet que l'exclusion du bénéfice du statut.

En conclusion, la Convention de 1951 ne porte aucun jugement juridique sur les actes du pays d'origine.

B. La Convention de l'OUA régissant les aspects propres aux problèmes des réfugiés en Afrique du 10 septembre 1969

La Convention de l'OUA s'inscrit dans un cadre tout à fait autre puisqu'il répond à des réalités spécifiquement africaines, la plupart des pays africains étant à la fois pays d'origine et pays d'accueil au gré des circonstances. La Convention cherche surtout à régler le bon voisinage en mettant l'accent sur les problèmes inter-étatiques qui peuvent surgir du fait de l'exode³³. Dans cette optique, c'est plutôt la responsabilité de l'Etat d'accueil qui serait engagée vis-à-vis de l'Etat d'origine pour toute activité subversive dirigée contre celui-ci, menée à partir de son territoire par des personnes à qui il a octroyé l'asile³⁴. Néanmoins, la Convention de l'OUA va au-delà de la Convention de 1951 en préconisant une solution autre que l'intégration dans un pays tiers. Dès le moment où il fallait envisager le rapatriement volontaire des réfugiés, il fallait bien intégrer le pays d'origine dans la problématique et en quelque sorte le responsabiliser. C'est à cette fin que l'Article 5 envisage des obligations pour le pays d'origine, mais celui-ci, il faut bien le préciser, est axé sur le retour du réfugié et n'implique pas une responsabilité pour l'origine de l'exode – si ce n'est implicitement dans le sens d'une situation qui doit être renversée (nous y reviendrons ci-dessous). Ceci est d'autant plus marqué par le fait que la

32. Voir par ex. *Affaire Vilvarajah et autres c. Royaume-Uni*, Arrêt du 30 octobre 1991, CEDH, Série A, vol. 215, p. 35.

33. Voir par ex. le préambule, alinéa 3. « Conscients, néanmoins, de ce que les problèmes des réfugiés constituent une source de friction entre de nombreux Etats membres, et désireux d'enrayer à la source de telles discordes ».

34. Voir préambule, alinéa 4 et 5, Articles II (6) et III.

définition originale de la Convention de l'OUA qui vient s'ajouter à celle de la Convention de 1951, déculpabilise encore plus nettement le pays d'origine (bon voisinage oblige) puisque celui-ci peut se trouver impuissant face aux causes qui ont induit l'exode et qui sont citées à l'Article 1(2) : agression, occupation extérieure, domination étrangère ou événements troublant gravement son ordre public (dont il n'est pas nécessairement responsable, si l'on songe à la famine ou à une catastrophe naturelle). En somme, du point de vue du droit conventionnel des réfugiés – universel tout autant que régional – la responsabilité de l'Etat ne pourrait être invoquée qu'en ce qui concerne le pays d'accueil (mises à part les quelques exceptions mentionnées ci-dessus), auquel incombe toute une gamme d'obligations envers non seulement le réfugié, mais également – du moins en ce qui concerne la Convention de l'OUA – le pays d'origine lui-même. Du point de vue de la jurisprudence, il est intéressant de noter que la Cour européenne des droits de l'homme, traitant une question d'expulsion de demandeur d'asile sous l'angle de l'article 3 de la Convention européenne – c'est-à-dire du risque réel d'être soumis à la torture ou à des peines ou traitements inhumains ou dégradants encourus par lui s'il était refoulé vers son pays –, se devait de trancher la question de l'engagement de la responsabilité du pays d'accueil pour une violation « virtuelle » qui se produirait hors de sa juridiction³⁵.

III. LA RESPONSABILITÉ DE L'ÉTAT D'ORIGINE, LES DROITS DE L'HOMME ET LE DROIT HUMANITAIRE

Le droit des réfugiés est bien entendu fondé sur les principes des droits de l'homme. La Convention de 1951 est d'ailleurs considérée comme étant le premier instrument universel des droits de l'homme. Son préambule déclare d'emblée : « considérant que la Charte des Nations Unies et la Déclaration universelle des droits de l'homme... ont affirmé ce principe que les êtres humains, sans distinction, doivent jouir des droits de l'homme et des libertés fondamentales », et résume l'objectif global de la protection internationale qui est d'« assurer aux réfugiés l'exercice le plus large possible » de ces droits. Ceux-ci sont normalement assurés à l'individu par son Etat ; dans la mesure où les réfugiés ne jouissent pas de la protection effective de leur propre gouvernement, cette garantie n'existe plus. Il faut rechercher en conséquence la responsabilité de l'Etat d'origine dans le cadre des droits de l'homme et du droit humanitaire.

A. La question de l'imputation ou l'attribution

Pour déterminer si un fait dont l'illicéité engagerait la responsabilité de l'Etat constitue bien un fait de l'Etat, il faudrait commencer par la question de

35. *Affaire Vilvarajah et autres c. Royaume-Uni* (note 32). Voir aussi *Balabou Mutombo c. La Suisse*, décision du 27 avril 1994 du Comité contre la torture (Communication No.13/1993).

l'imputation. Il est bien établi qu'un acte ou omission est imputable à l'Etat quand il émane de personnes ou d'organes sous son autorité effective, quelle que soit leur fonction – législative, exécutive, administrative ou juridictionnelle (article 6 du projet) ; même le fait d'un agent incompetent est susceptible d'engager l'Etat (article 10). Les actes de particuliers qui se conduisent en fonctionnaires de fait ou qui exercent une activité précise à l'instigation de l'Etat (art. 8) pourraient également être imputés à l'Etat – la Cour l'a relevé dans les affaires du *Nicaragua*³⁶ et des *Otages américains*³⁷. Quant au Protocole I de 1977, la responsabilité de l'Etat est élargie à tous les actes commis par le personnel de ses forces armées au cours d'un conflit armé international (article 91)³⁸.

L'Etat a non seulement l'obligation de « respecter » les droits énoncés, mais il doit aussi « garantir » ces droits à toute personne soumise à sa juridiction – cette formulation se trouve tant dans le Pacte international relatif aux droits civils et politiques (art.2(1)), qu'en droit humanitaire (article 1 commun aux quatre Conventions de Genève)³⁹. Ceci implique des obligations positives aux fins d'assurer un respect effectif des droits protégés, y compris contre les agissements de tiers. Ce qui revient à dire que l'Etat peut être tenu responsable des faits de particuliers sous sa juridiction lorsqu'il n'a pas accompli le double devoir de prévention et de répression (obligation de vigilance ou de « due diligence ») qui lui incombe. Ceci a été relevé par la jurisprudence, notamment dans l'affaire *Velasquez*, qui a transposé cette obligation au-delà de la responsabilité pour dommages causés aux étrangers à raison des actes de particuliers, en engageant l'Etat du fait de violations commises à l'égard de ses propres ressortissants⁴⁰. Comme le constate Luigi Condorelli, qui postule l'idée selon laquelle la responsabilité de l'Etat serait automatiquement engagée en cas de

36. Même si la Cour a refusé d'admettre que les actes des forces contre-révolutionnaires (contras) étaient imputables aux Etats-Unis. « Pour que la responsabilité (des Etats-Unis) soit engagée, il devrait en principe être établi qu'ils avaient le contrôle effectif des opérations militaires ou paramilitaires au cours desquelles les violations en question se seraient produites » (*Affaire des activités militaires et paramilitaires au Nicaragua et contre celui-ci (Nicaragua c. Etats-Unis d'Amérique)* (Fond), Arrêt du 27 juin 1986, CIJ Rec., 1986, p. 65, § 115).

37. *Affaire du personnel diplomatique et consulaire des Etats-Unis à Téhéran* : « Les organes de l'Etat iranien ayant approuvé ces faits et décidé de les perpétuer, l'occupation continue de l'ambassade et la détention persistante des otages ont pris le caractère d'actes dudit Etat. Les militants... sont alors devenus des agents de l'Etat iranien dont les actes engagent sa responsabilité internationale. » (CIJ Rec., 1980, p. 37).

38. Voir Luigi Condorelli, « L'imputation à l'Etat d'un fait internationalement illicite : solutions classiques et nouvelles tendances », *RCADI*, vol. 189, 1984, pp. 9-222, p. 147.

39. Voir aussi la Convention européenne des droits de l'homme (article 1), qui demande aux Hautes Parties contractantes de « reconnaître » un certain nombre de droits et libertés à toute personne relevant de leur juridiction. Voir en général, Condorelli, surtout pp. 149-156, et Haritini Dipla, *La responsabilité de l'Etat pour violation des droits de l'homme. Problèmes d'imputation*, Paris, Editions Pedone, 1994, en particulier le chapitre II.

40. *L'arrêt Rodriguez Velasquez*, *Inter-American Yearbook on Human Rights*, 1988, p. 986 dans lequel la Cour a déclaré que « L'Etat a le devoir juridique de prévenir raisonnablement les violations des droits de l'Homme, de rechercher sérieusement avec les moyens dont il dispose celles qui sont commises dans le cadre de sa juridiction, afin d'en identifier les coupables et d'assurer à la victime une réparation équitable (citation de Gérard Cohen-Jonathan, « L'arrêt Velasquez », *RGDIP*, vol. 94, 1990, pp. 455-471, p. 462). Voir aussi Dinah Shelton, « Private Violence, Public Wrongs, and the Responsibility of States », *Fordham International Law Journal*, vol. 13, 1989-1990, pp. 1-32.

violations particulièrement graves des droits de l'homme, « sans la tolérance – voire la complicité – (des organes de l'Etat) certaines formes de piétinement massif des droits de l'homme par des particuliers ne sauraient avoir lieu : l'existence même de celles-ci serait alors suffisante pour attester qu'un fait internationalement illicite a été perpétré par l'Etat en question ⁴¹ ».

En vue de ce développement qui prend en compte les nouvelles réalités dans lesquelles les agissements de particuliers prennent de plus en plus d'importance en droit international, il est d'autant plus regrettable que certains pays d'accueil continuent à restreindre la notion de persécution aux actes émanant d'autorités gouvernementales, refusant ainsi le statut de réfugié à ceux qui fuient des menaces dirigées contre eux par des milices ou entités non étatiques. Dans la pratique, certes, ceci est dans l'intérêt des Etats d'accueil dans la mesure où ils réussissent à restreindre le champ d'application de la Convention de 1951, mais d'un autre côté, cela pourrait également aboutir à limiter la responsabilité de l'Etat d'origine *d'assurer le respect* des droits de l'homme sur son territoire. Néanmoins, il faut relever l'interprétation du H.C.R. qui est nettement plus large et qui va dans le sens du développement du droit international contemporain : « On entend normalement par persécution une action qui est le fait des autorités d'un pays. Cette action peut également être le fait de groupes de la population qui ne se conforment pas aux normes établies par les lois du pays. A titre d'exemple, on peut citer l'intolérance religieuse, allant jusqu'à la persécution, dans un pays par ailleurs laïc mais où d'importantes fractions de la population ne respectent pas les convictions religieuses d'autrui. Lorsque des actes ayant un caractère discriminatoire grave ou très offensant sont commis par le peuple, ils peuvent être considérés comme des persécutions s'ils sont sciemment tolérés par les autorités ou si les autorités refusent ou sont incapables d'offrir une protection efficace ⁴². »

De ce fait, il est évident, comme l'ont fait observer de nombreux auteurs, que certaines causes d'exode telles que les catastrophes naturelles, graves problèmes socio-économiques ou famines, ne peuvent être attribuées à l'Etat – tant que celui-ci n'a pas fait preuve d'un manquement à une obligation de vigilance, ou encore, de non-discrimination (par exemple, en refusant d'octroyer de l'aide à des groupes de sa population sur une base raciale, ethnique ou autre), ou d'autres atteintes aux droits de l'homme. Il faudrait ajouter à cette liste certains actes ou omissions commis à l'occasion d'un conflit armé qui ne seraient pas attribuables à l'Etat – la guerre civile, tout au moins pour ce qui est des actes de l'opposition, et le cas où l'Etat d'origine est lui-même victime d'une agression armée ⁴³. La jurisprudence a confirmé que même des actes ou omissions en violation des droits de l'homme accomplis en dehors du territoire peuvent être attribués à l'Etat ⁴⁴.

La décision du 13 octobre 1995 de la *US Court of Appeals for the Second Circuit* dans le cas de *Kadic v. Karadzic* montre néanmoins qu'il existe des situations qui ne correspondent pas entièrement au schéma simple décrit ci-dessus. Le cas, qui fait suite à la décision audacieuse de *Filartiga v. Pena-*

41. Condorelli (note 38), p. 154.

42. H.C.R., *Guide des procédures et critères à appliquer pour déterminer le statut de réfugié*, Genève, janvier 1991, pp. 17-18.

43. Tomuschat (note 25), pp. 60-61.

44. Voir supra (note 22).

Irala (1980), concerne un procès dirigé contre Radovan Karadzic, Président de la république serbe auto-proclamée de « Srpska » en Bosnie. Les questions d'attribution qui se sont posées concernant les actes dont Karadzic était accusé (entre autres, génocide, viol, prostitution et imprégnation forcées, torture et exécutions sommaires) ont évoqué trois approches possibles : attribution de ces actes à Karadzic en sa capacité de chef d'une entité non reconnue, attribution de ces actes au gouvernement de la Yougoslavie (Serbie et Monténégro), attribution de ces actes à Karadzic en tant qu'individu. La Cour confirma que « certain forms of conduct violate the law of nations whether undertaken by those acting under the auspices of a state or only as private individuals ⁴⁵ ».

La responsabilité de l'individu pour certaines violations du droit international ne fait à présent aucun doute, particulièrement au vu de l'établissement des tribunaux internationaux pour les crimes commis en Yougoslavie et au Rwanda. Mais c'est plutôt l'attribution à l'Etat lui-même qui nous concerne ici et dans ce contexte les remarques suivantes de la Cour sont à souligner :

« The customary international law of human rights, such as the proscription of official torture, applies to states without distinction between recognized and unrecognized states. See *Restatement (Third)* § § 207, 702. It would be anomalous indeed if non-recognition by the United States, which typically reflects disfavor with a foreign regime – sometimes due to human rights abuses – had the perverse effect of shielding officials of the unrecognized regime from liability for those violations of international law norms that apply only to state actors Moreover, it is likely that the state action concept, where applicable for some violations like 'official' torture, requires merely the semblance of official authority. The inquiry, after all, is whether a person purporting to wield official power has exceeded internationally recognized standards of civilized conduct, not whether statehood in all its formal aspects exists ⁴⁶. »

B. La question du fait générateur de l'illicéité

Les causes profondes donnant lieu à des exodes massifs sont souvent très complexes. Bien qu'ils puissent être dus à des circonstances échappant au contrôle de l'Etat, il est clair que dans de nombreux cas ces flux sont les conséquences directes de violations flagrantes ou systématiques des droits de l'homme, qu'il s'agisse des droits civils et politiques ou économiques, sociaux et culturels, individuels ou collectifs, que ces violations constituent ou non une persécution basée sur la race, la religion, ou autre facteur. Ces départs forcés peuvent aussi dans leur grande majorité être le résultat de violations découlant du droit humanitaire couvrant les conflits internes ou internationaux ⁴⁷.

Certains auteurs à la recherche d'une norme interdisant la création de flux de réfugiés ont dressé un inventaire des obligations relatives aux droits de la personne se trouvant dans les principaux instruments conventionnels – univer-

45. *Kadic v. Karadzic*, United States Court of Appeals for the Second Circuit, Decision of October 13, 1995, in *ILM*, vol. 34, 1995, pp. 1592-1614, p. 1600.

46. *Ibid.*, p. 1607.

47. Voir le rapport de Sadruddin Agha Khan (note 3).

sels ou régionaux – ainsi que dans le noyau dur du droit coutumier, et la violation desquelles serait susceptible d'engendrer le départ massif d'une partie de la population d'un Etat⁴⁸. Ils ont également esquissé une hiérarchie de celles-ci – normes dérogeables/non dérogeables, obligations *erga omnes*, celles dont les violations constituent des crimes internationaux plutôt que de simples délits, ou encore, celles (incluses en partie dans le projet de la CDI sur un Code des crimes contre la paix et la sécurité de l'humanité) donnant lieu à une responsabilité criminelle de l'individu. Il ne s'agit pas ici de revenir en détail sur cet inventaire. Ce qui est plus important ici est d'établir un lien de causalité entre l'acte de l'Etat ou son omission d'une part, et le flux de réfugiés d'autre part. Des auteurs l'ont fait en établissant une distinction entre deux types principaux d'obligations⁴⁹ : 1) celles dont le non-respect empêcherait juridiquement de demeurer sur le territoire ; 2) celles dont la violation créerait des conditions intolérables pour la population d'un territoire et provoquerait comme conséquence la fuite du territoire.

1. L'EMPÊCHEMENT JURIDIQUE DE DEMEURER SUR LE TERRITOIRE

Dans le premier groupe, le lien de causalité entre l'acte des autorités de l'Etat et le départ forcé est évident, qu'il s'agisse d'expulsion, de déportation ou de transfert forcé de population (qui peut s'effectuer dans ou en dehors du territoire).

L'expulsion, par exemple, est un acte spécifique par lequel un Etat ordonne à un ou des individus de quitter son territoire et leur interdit d'y pénétrer à nouveau. L'expulsion d'étrangers, selon des principes bien reconnus de droit international, doit être assortie de nombreuses conditions, telles qu'un motif légitime, une décision conforme à la loi, et une mise en œuvre respectant certains droits fondamentaux⁵⁰. L'obligation de ne pas expulser ses nationaux directement ou indirectement se retrouve dans les énoncés de nombreux instruments tels l'interdiction de l'exil arbitraire, ou l'obligation de réadmettre ses nationaux⁵¹. Mais ces interdictions ne sont pas directement liées à notre

48. Voir Czapinski et Sturma (note 20), pp. 158-159, Takkenberg (note 14), pp. 794-898, et Rainer Hofmann, (note 7), pp. 700-704.

49. Voir Tomuschat, pp. 61-62 et Stern, pp. 83-84 (note 25).

50. Voir l'article 13 du Pacte international relatif aux droits civils et politiques de 1966 qui interdit l'expulsion d'étrangers *se trouvant légalement* sur le territoire d'un Etat sauf en exécution d'une décision prise conformément à la loi, et après examen de son cas par l'autorité compétente. Voir aussi l'article 32 de la Convention de 1951 qui conditionne l'expulsion de réfugiés régulièrement sur le territoire entre autres à des raisons de sécurité nationale ou d'ordre public, ainsi que la Conclusion No.7(XXVIII) du Comité Exécutif du Programme du H.C.R. On retrouvera ces limites au droit d'expulser dans les instruments régionaux : l'Article 22(6) de la Convention américaine relative aux Droits de l'Homme du 22 novembre 1969 et l'Article 12(4) de la Charte africaine des droits de l'homme et des peuples.

51. L'article 9 de la Déclaration universelle des droits de l'homme interdit entre autres l'exile « arbitraire », bien que l'Article 13(2) établit le droit au retour sans qualification, et l'Article 15 (2) interdit la privation arbitraire de la nationalité. Bien que l'article 12 du Pacte international n'adresse pas explicitement l'exil, son alinéa 4 déclare que « Nul ne peut être arbitrairement privé du droit d'entrer dans son propre pays » (pour une interprétation des limites à cette interdiction, voir Tomuschat, p. 62, et réponse de Stern, p. 83 (note 25)). En ce qui concerne les instruments régionaux, voir l'Article 22 (5) de la Convention américaine (« Nul ne peut être expulsé du territoire de l'Etat dont il est le ressortissant ni être privé du droit d'y entrer ») ou l'Article 3 du

sujet. Dans tous ces cas, le non-respect des règles établies engage naturellement la responsabilité de l'Etat⁵² ; mais l'expulsion individuelle n'engendre des réfugiés que si cela concerne des nationaux, et de toute façon n'entre pas dans le cadre de notre analyse sur l'exode massif.

En revanche, l'expulsion en masse implique directement un afflux de populations. L'expulsion en masse d'étrangers est interdite en termes absolus bien qu'uniquement par les instruments régionaux⁵³ (car le caractère indifférencié de la mesure d'expulsion collective ne permet pas de l'assortir des garanties qui accompagnent l'expulsion individuelle). Mais ceci ne créera pas forcément un flux de *réfugiés* si l'Etat de la nationalité est disposé à les reprendre, bien qu'il existe des situations où cela a bien été le cas tel que le départ forcé en 1972 de plusieurs milliers de personnes d'origine asiatique résidant en Ouganda qui transforma en « réfugiés en orbite » ceux qui se virent refuser l'admission par la Grande-Bretagne. Mais le lien entre la création de flux de réfugiés et l'expulsion en masse de nationaux, qu'ils appartiennent ou non à une minorité ethnique autre que celle dominante de l'Etat, est beaucoup plus évident, et bien que la prohibition d'une telle expulsion ne soit pas explicitement prévue par les conventions en vigueur, elle découle de toute évidence des obligations mentionnées ci-dessus. Néanmoins, un acte exprès de la part de l'Etat qui expulse ses nationaux est peu probable.

Le droit humanitaire traite ces questions sous l'angle des déportations, transferts de population et évacuations, stipulations qui ne sont pas toutes pertinentes dans notre contexte. L'article 49 de la IV^e Convention de Genève qui est souvent cité interdit les transferts forcés, en masse ou individuels, ainsi que les déportations de personnes protégées, mais il a trait, entre autres, aux déportations d'un territoire occupé vers le territoire de la Puissance occupante elle-même, et dans l'esprit des Conventions de Genève cet article n'est pas conçu pour protéger l'individu contre l'arbitraire de son propre Etat⁵⁴, bien que l'alinéa 6 interdise à la puissance occupante de déporter sa population civile vers le territoire occupé. Plus pertinent serait l'article 70 (2) de la IV^e Convention qui prévoit que « les ressortissants de la Puissance occupante qui, avant le début du conflit, auraient cherché refuge sur le territoire occupé ne pourront être... déportés hors du territoire occupé... » hormis certaines conditions, mais là encore les déportations en violation de cet article pourraient bien être faites vers le pays d'origine. Finalement, on pourrait citer l'article 17(2) du Protocole II qui couvre les déplacements forcés de civils. Tout au contraire, pour ce qui

Protocole No.4 (1963) à la Convention européenne (« 1. Nul ne peut être expulsé, par voie de mesure individuelle ou collective, du territoire de l'Etat dont il est le ressortissant. 2. Nul ne peut être privé du droit d'entrer sur le territoire de l'Etat dont il est le ressortissant. Tous deux établissent ces droits sans qualification, à l'encontre de l'article 12 (2) de la Charte africaine des droits de l'homme et des peuples de 1986, qui conditionne le droit au retour à toutes sortes de restrictions.

52. Voir Czapinski et Sturma (note 20), p. 158.

53. Tous les instruments régionaux contiennent des dispositions interdisant l'expulsion collective d'étrangers. Voir la Charte africaine, article 12(5), qui prohibe expressément l'expulsion collective d'étrangers définie comme « celle qui vise globalement des groupes nationaux, raciaux, ethniques ou religieux » ; l'article 4 du Protocole 4 à la Convention européenne des droits de l'homme, l'article 22(9) de la Convention américaine.

54. K. Obradovic, « Protection des réfugiés dans les conflits armés », in *The Refugee Problem on Universal, Regional and National Level* (note 14), p. 142.

a trait au traitement à accorder aux étrangers sur le territoire d'un belligérant, l'article 35 de la IV^e Convention consacre le droit de quitter, et l'article 45 (4^e alinéa) consacre, en quelque sorte, le principe du non-refoulement.

Quant aux transferts forcés de populations, ils sont aujourd'hui considérés comme illicites même s'ils sont menés en accord avec des instruments conventionnels⁵⁵.

En ce qui concerne les obligations donnant lieu à la responsabilité individuelle pour crimes internationaux, il faudrait mentionner les nouvelles propositions de texte pour l'article 21 du projet du Code des crimes contre la paix et la sécurité de l'humanité qui assimile la déportation ou le transfert forcé des populations aux crimes contre l'humanité, tandis que l'article 22 considère la déportation ou le transfert illégal d'une population civile comme des crimes de guerres particulièrement graves. Néanmoins, la CDI, dans son commentaire sur l'article 21, fait une distinction entre la déportation, qui est l'expulsion du territoire national, et le transfert forcé de populations aux fins d'altérer la composition démographique du territoire pour des raisons politiques, raciales, etc., qui pourrait se faire dans les frontières d'un même Etat⁵⁶.

2. LES VIOLATIONS FLAGRANTES DES DROITS DE L'HOMME ET DU DROIT HUMANITAIRE

Les causes d'un exode massif sont plus fréquemment dues à d'autres violations flagrantes des droits de l'homme et des libertés fondamentales⁵⁷, ainsi que du droit humanitaire, violations qui créeraient des conditions intolérables pour les habitants d'un Etat au point qu'ils seraient contraints de fuir, plutôt qu'à des actes délibérés d'expulsion ou de déportation qui empêcheraient juridiquement la résidence sur le territoire. On songe bien sûr au génocide, à l'atteinte à la vie, au manque de respect des normes minima de l'article 3 commun aux quatre Conventions de Genève, aux violations donnant lieu à des crimes internationaux – enfin à toute violation des droits de l'homme ou du

55. Al-Khasawneh et Hatano, rapporteurs spéciaux, « The Human Rights Dimensions of Population Transfers, including the Implantation of Settlers » (Doc.NU E/CN.4/Sub.2/1993/17) ; Al-Khasawneh, *ibid.* (Doc.NU E/CN.4/Sub.2/ 1994/18). Voir aussi « Population, Expulsion and Transfer », *Encyclopedia of International Law*, Max Planck Institute, vol. 8, pp. 441-442. Voir la décision de la Commission inter-américaine des droits de l'homme sur la légalité des déplacements des Indiens Miskito au Nicaragua, *Report on the Situation of Human Rights of a Segment of the Nicaraguan Population of Miskito Indians*, Doc. 10, Rev. 3, 29 novembre 1983, 21 ; Résolution de l'Institut du droit international, *Annuaire*, 1952, p. 138.

56. Voir le commentaire sur l'article 21 dans *ACDI*, 1991, p. 255. Voir aussi principes de Nuremberg, *ACDI*, 1954, vol. II.

57. « Flagrantes » qualifie le terme « violations » – traduisant le caractère sérieux des dites violations – mais il est lié également à la nature des droits qui sont violés. Voir Commission des droits de l'homme, *Etude concernant le droit à la restitution, à indemnisation et à réadaptation des victimes de violations flagrantes des droits de l'homme et des libertés fondamentales*, Theo van Boven, rapporteur spécial (Doc.NU E/CN.4/Sub.2/1993/8 1993, 2 juillet 1993). L'expression utilisée dans la résolution 1503 du Conseil économique et social des Nations Unies est « ensemble de violations flagrantes et systématiques » ; celle de la Résolution adoptée par l'Institut de Droit international le 13 septembre 1989 à Compostelle : « des violations particulièrement graves de ces droits (de l'homme), notamment des violations massives ou systématiques » (article 2-3) (*Annuaire*, 1989, pp. 309-436).

droit humanitaire, d'origine conventionnelle ou coutumière, pourvu que ces violations soient graves ou pratiquées à une si grande échelle qu'elles pousseraient une partie d'une population ou un groupe minoritaire particulier à prendre la route de l'exode (le départ massif des premiers *boat people* du Vietnam, d'origine ethnique chinoise, était le résultat de persécutions économiques). Les exemples récents les plus flagrants sont sans nul doute les conflits en Bosnie-Herzégovine et au Rwanda.

Une démarche possible serait de chercher à isoler les violations des droits de l'homme ou du droit humanitaire plus spécifiquement liées au mouvement transfrontalier, telles que la privation de la liberté de circulation ou le déni d'un droit de retour. On a même recherché l'existence d'un droit de demeurer dans son pays d'origine ou « droit de rester », droit qui serait enfreint si les conditions créées par l'Etat en question contraignaient au départ ; mais en fin de compte ce droit serait englobé dans d'autres tel celui du retour. Comme le dit Guy Goodwin-Gill :

« the “right to remain” comprises the common or garden sense of not having to become a refugee, not having to flee, not being displaced by force or want, together with the felt security that comes with being protected. It is another way of expressing, in concrete terms, the connection between individual, community and territory, but its effective realization depends upon human rights and development considerations that are staggering in their breadth⁵⁸ ».

Il est cependant beaucoup plus difficile dans tous ces cas que nous venons de citer d'établir un lien de causalité avec les départs massifs, car un élément de choix rentrerait ici en compte, le départ étant plus ou moins contraignant⁵⁹.

Mais même si l'on parvenait à établir une preuve irréfutable de cette causalité, l'exode massif ne serait que la manifestation de violations graves des normes des droits de l'homme ou du droit humanitaire ; il ne constituerait pas en lui-même le fait générateur de l'illicite mais servirait comme « catalyseur » mettant en évidence l'existence d'un fait illicite d'un Etat – celui d'une violation massive des droits de l'homme. Bien sûr la responsabilité de l'Etat serait engagée en conséquence de la violation de ses obligations qui trouvent leur fondement juridique dans les instruments internationaux relatifs aux droits de l'homme et /ou le droit international coutumier, notamment les règles impératives du droit international coutumier, avec toutes les conséquences de la responsabilité au regard du droit international qui en découleraient. Mais elle le serait même en l'absence d'un exode, et, *ratione temporis*, l'acte illicite, qu'il enfreigne une obligation de comportement ou une obligation de résultat, ne dépendrait pas du franchissement de la frontière. Même si on peut dire que l'exode est le résultat d'une pratique systématique, d'un fait complexe, il est bien évident que l'acte illicite lui-même réside dans chaque violation prise individuellement et cela même en l'absence de préjudice, car dans certains cas

58. Voir Guy S. Goodwin-Gill, « The Right to Leave, the Right to Return and the Question of a Right to Remain », in *The Problem of Refugees* (note 25), p. 108, p. 104.

59. Tomuschat, p. 62, Stern, p. 85 (note 25).

la violation « virtuelle » d'une obligation suffirait pour fonder un recours⁶⁰. Ces violations seront déterminées par rapport à tous les individus sous la juridiction de l'Etat qui auraient été affectés, inclus ceux choisissant de rester dans le pays, ou bien déplacés à l'intérieur même du pays⁶¹. En somme, c'est à l'intérieur des ordres spécifiques aux droits de l'homme et au droit humanitaire qu'il faudrait rechercher les règles qui leur sont propres, la spécificité de la responsabilité ne provenant pas du droit des réfugiés.

3. LA CRÉATION DE FLUX DE RÉFUGIÉS EN TANT QUE FAIT GÉNÉRATEUR

Certains ont tenté d'établir une spécificité en recherchant une norme interdisant la création de flux de réfugiés. Une approche consiste à assimiler le fait de création de flux de réfugiés aux violations des droits de l'homme ou droit humanitaire et donc de considérer celui-ci comme un élément constitutif de l'acte illicite. Le troisième principe énoncé par l'*International Law Association* dans sa *Cairo Declaration of Principles of International Law on Compensation to Refugees*, par exemple, assimile la génération de flux au génocide en déclarant :

« The act of generating refugees in some situations should be considered genocide if it is committed "with intent to destroy, in whole or in part, a national, ethnical, racial or religious group, as such..."⁶². »

Tandis que son deuxième principe considère finalement que le fait de transformer un individu en réfugié constituerait en lui-même une violation de toutes les dispositions de la Déclaration universelle des droits de l'homme :

« Since refugees are forced directly or indirectly out of their homes in their homelands, they are deprived of the full and effective enjoyment of all articles in the Universal Declaration of Human Rights that presuppose a person's ability to live in the place chosen as home. Accordingly, the State that turns a person into a refugee commits an internationally wrongful act, which creates the obligation to make good the wrong done⁶³. »

60. Arrêt *Artico*, Décision du 23 mai 1980, CEDH, Série A, No.37, § 35, voir Gérard Cohen-Jonathan, « Responsabilité pour atteinte aux droits de l'homme ». Société française pour le droit international. *La responsabilité dans le système international*. Colloque du Mans, Editions A. Pedone, 1990, pp. 101-135, p. 107.

61. D'ailleurs, les efforts récents qui ont été faits afin d'établir une responsabilité éventuelle d'un Etat vis-à-vis des personnes déplacées à l'intérieur de leur pays ont tenté de minimiser l'affranchissement de la frontière comme critère majeur pour la protection internationale. Voir les rapports de Francis M. Deng, Représentant du Secrétaire Général, sur les personnes déplacées à l'intérieur de leur pays, dont le dernier en date Doc.NU E/CN.4/1996/52 du 22 février 1996.

62. Voir aussi Ian Brownlie, « The Relations of Nationality in Public International Law », *BYIL*, vol. 39, 1964, pp. 284 et sq., p. 318, cité dans Beyani, p. 136 : « If a new State, relying on the absence of a municipal law, tried to deport a part of its permanent population, it would be acting in clear breach of its legal duties and might even involve its government in acts punishable as genocide. »

63. Voir Luke T. Lee, « The Declaration of Principles of International Law on Compensation to Refugees : Its Significance and Implications », *Journal of Refugee Studies*, vol. 6, 1993, pp. 65-70, et par le même auteur, « The Right to Compensation : Refugees and Countries of Asylum », *AJIL*, vol. 80, 1986, pp. 532-567, p. 539.

Goodwin-Gill va loin en déclarant⁶⁴ : « Established rules of international law nevertheless do permit the conclusion that states are bound by a general principle not to create refugee outflows... ». Mais cet auteur précise que « A principle of responsibility for 'creating' refugees is easy to state, but more precise formulation of the underlying rights and duties remains problematic⁶⁵. »

En conclusion, il est difficile d'un point de vue théorique de répondre avec certitude à la question de savoir si les Etats qui provoquent de tels flux peuvent en être tenus responsables en leur capacité d'« Etat d'origine » et non pas en tant qu'« Etat violateur des droits de l'homme ». La pratique internationale le confirme. Dans un de ses rapports intérimaires sur la situation des droits de l'homme en Afghanistan, pays qui a produit un des plus grands exodes de l'après-guerre, Felix Ermacora, Rapporteur Spécial de la Commission des Droits de l'Homme, déclare⁶⁶ : « the mere fact of the existence of refugees and wounded persons on such a massive scale owing to the confrontation between a foreign army and united opposition forces was sufficient to infer that systematic and massive violations of human rights had taken place in the country ». Mais tout en évoquant la responsabilité du gouvernement afghan depuis 1979 pour la situation existant sur son territoire sur lequel il n'exerce plus de contrôle, pour ses violations massives des droits de l'homme et du droit humanitaire (du moins en ce qui concerne l'article 3 commun aux quatre Conventions de Genève), ainsi que des obligations *erga omnes*, le rapporteur n'évoque pas le flux de réfugiés en tant que fait générateur de la responsabilité, que ce soit envers les réfugiés eux-mêmes, ou envers les Etats qui les ont hébergés – le Pakistan et l'Iran – la responsabilité de l'Afghanistan n'étant évoquée qu'au sujet de leur retour, comme nous allons le voir plus loin.

C. Les conséquences découlant de la responsabilité

Effectivement, si aucune spécificité relative au fait illicite ne peut être trouvée dans le droit des réfugiés, quel serait l'intérêt de se référer aux droits de l'homme et/ou au droit humanitaire ? Le fait est que le réfugié peut se prévaloir de tous les mécanismes prévus dans ces domaines et surtout des conséquences découlant des violations qui sont à l'origine de son départ forcé et qui viendraient porter la preuve des sévices qu'il a endurés. Ceci est d'autant plus important que le droit des réfugiés ne contient pas en lui-même des mécanismes qui permettraient aux réfugiés d'accéder aux instances internationales, mis à part la possibilité pour les Etats eux-mêmes d'avoir recours à la CIJ pour toutes questions relevant de l'interprétation ou l'application de la Convention de 1951 (article 38).

1. L'ACCÈS DES RÉFUGIÉS AUX INSTANCES INTERNATIONALES DANS LE CADRE DES DROITS DE L'HOMME

Les quelques cas d'actions devant la Cour européenne des droits de l'homme menées sous l'égide de la Convention européenne, en particulier les

64. Guy S. Goodwin-Gill, *The Refugee in International Law*, Clarendon Press, Oxford, 1983, p. 228.

65. *Ibid.*, p. 226.

66. Doc.NU A/46/606, du 5 November 1991.

articles 3 et 8, soulignent l'importance pour la protection des droits des réfugiés de pouvoir faire appel *contre les pays d'accueil*⁶⁷. La possibilité d'accéder aux instances internationales, qu'elles soient politiques ou judiciaires, pour faire recours *contre les Etats d'origine* pour les violations constituant les causes profondes de l'exode, devrait dès lors être possible, pourvu que ces Etats soient liés par les instruments conventionnels des droits de l'homme ou par des normes coutumières.

Quant à l'aspect massif de l'exode, il servirait à démontrer l'existence d'une pratique systématique ou de violations graves ouvrant ainsi la possibilité d'un débat au sein d'organes politiques tels que la Commission des droits de l'homme – des mécanismes uniquement politiques ou moraux, mais dont l'effectivité dans certains cas ne fait pas de doute. Finalement, le Conseil de sécurité a aussi fait le lien entre violations graves des droits de l'homme, exodes massifs et atteinte à la paix et sécurité internationales, avec toutes les conséquences qui en découlent⁶⁸.

Il est bien connu que le traitement infligé par un Etat à sa population ne fait plus depuis longtemps partie de son domaine réservé, et que le développement des droits de l'homme a quelque peu changé les prémisses du droit international classique d'après lesquelles le sujet qui avait subi le préjudice n'était pas l'individu mais l'Etat dont l'individu était le ressortissant et à qui la réparation était due.

Grâce à l'établissement de tout un réseau conventionnel, les conséquences spécifiques de la responsabilité pour violations des droits de l'homme sont venues se greffer sur celles de la responsabilité étatique classique. Premièrement, les individus, suite aux violations de droits qui leur sont directement conférés, peuvent à présent faire appel du droit interne au droit international – après épuisement des recours internes, mécanisme de filtrage qui d'ailleurs subit dans le cadre régional certains assouplissements, notamment si la violation alléguée se rattache à une pratique systématique⁶⁹. De cette façon ils engagent directement la responsabilité de leur Etat. Deuxièmement une nouvelle relation interétatique découle de cette responsabilité : il a été établi par la jurisprudence⁷⁰ que les Conventions concernant les droits de l'homme contiennent des obligations objectives, c'est-à-dire qu'elles ne sont ni réciproques ni synallagmatiques. De ce fait, les Etats peuvent dénoncer les violations des droits de l'homme commises dans d'autres Etats au profit de tous les individus, sans alléguer un dommage à l'égard de leurs propres intérêts ou

67. Voir, entre autres, *Affaire Vilvarajah* (note 32) ; *Affaire Cruz Varas et autres c. Suède*, Arrêt du 20 mars 1991, CEDH, Série A, vol. 201 ; *Affaire Vijayanathan et Pusparajah c. France*, Arrêt du 27 août 1992, CEDH, Série A, vol. 241.

68. L'exemple le plus frappant est celui de la Rés. 688 (1991) concernant les Kurdes en Irak. Voir aussi la Rés. 841 (1993) et 940 (1994) concernant la situation en Haïti et la création de flux de réfugiés, Rés. 918 et 925 (1994) sur le Rwanda, et les résolutions sur la situation en Bosnie-Herzégovine (par ex. 752, 771 (1992), 819 (1993)) se référant aux expulsions en masse et déportations de civils.

69. Voir Cohen-Jonathan, (Note 60), pp. 101-102, pp. 106-109.

70. Voir, notamment, l'avis sur les *Reserves à la Convention sur le génocide*, Recueil CJI, 1951, p. 23 ; *Autriche c. Italie* (Commission européenne des droits de l'homme, requête no. 7881/69, Décisions et rapports, 1961, p. 138) ; Avis consultatif de la Cour interaméricaine des droits de l'homme, *The Effect of Reservations on the Entry into Force of the American Convention (Arts. 74 and 7)*, 1982, § 28 and 29.

de ceux de leurs nationaux. Ce droit attribué à chaque Etat d'engager la responsabilité d'un autre Etat trouve son fondement juridique en partie dans les Conventions elles-mêmes, mais le projet d'articles de la CDI sur la responsabilité entérine ce développement conventionnel et jurisprudentiel en élargissant le cercle des Etats lésés. En particulier, l'article 5 de la 2^e partie désigne par l'expression « l'Etat lésé » :

« 2 e) si le droit auquel le fait d'un Etat porte atteinte résulte d'un traité multilatéral ou d'une règle du droit international coutumier, tout autre Etat partie au traité multilatéral ou lié par la règle du droit international coutumier, lorsqu'il est établi
...iii) que le droit a été créé ou est reconnu pour la protection des droits de l'homme et des libertés fondamentales⁷¹ ;... »

En dehors du cadre conventionnel, le développement des obligations *erga omnes* énoncées au passage par la CIJ dans la fameuse affaire de la *Barcelona Traction*, signifie que dans certains cas tous les Etats peuvent être considérés comme ayant un intérêt juridique à ce que ces droits soient protégés. Ce développement est reflété dans l'alinéa 3 de l'article 5 de la 2^e partie du projet d'articles de la CDI qui indique :

« En outre, l'expression "Etat lésé" désigne, si le fait illicite constitue un crime international... tous les autres Etats. »

La résolution de Compostelle de l'Institut du Droit International va encore plus loin puisqu'elle assimile l'obligation générale de respecter l'ensemble des droits de l'homme à une obligation *erga omnes*⁷².

Le recours devant la Cour internationale de Justice est bien entendu également possible, une fois résolues certaines questions relatives à la compétence, l'admissibilité de la requête, l'existence d'un différend ou de l'intérêt juridique (les conditions liées à la protection diplomatique n'étant pas directement pertinentes), bien qu'il existe à ce propos une controverse sur l'existence d'une *actio popularis*, que la CIJ a refusé jusqu'à présent d'admettre⁷³.

2. LES RÉFUGIÉS ET LES CONSÉQUENCES JURIDIQUES DÉCOULANT DES VIOLATIONS DES DROITS DE L'HOMME

Quant aux conséquences juridiques qui découlent de telles violations, mis à part celles découlant du droit des traités, l'obligation de cessation d'une

71. ACIDI, 1985, vol. II, 2^e partie, pp. 25-27.

72. Cela veut dire qu'« elle incombe à tout Etat vis-à-vis de la communauté internationale dans son ensemble, et tout Etat a un intérêt juridique à la protection des droits de l'homme » (article premier) (note 57), mais cela a été considéré comme relevant du développement progressif du droit (voir Cohen-Jonathan (note 60), p. 130).

73. *Affaires du Sud-Ouest africain (Deuxième phase)*, CJI Rec. 1966, p. 47 ; *Timor Oriental (Portugal c. Australie)*, CJI Rec. 1995, par. 29 : « Quelle que soit la nature des obligations invoquées, la Cour ne saurait statuer sur la licéité du comportement d'un Etat lorsque la décision à prendre implique une appréciation de la licéité du comportement d'un autre Etat qui n'est pas partie à l'instance. En pareil cas, la Cour ne saurait se prononcer, même si le droit en cause est opposable *erga omnes*. »

violation continue constitue une des plus importantes. Mais il faudrait insister une fois de plus sur le fait qu'ici le fait illicite auquel l'Etat d'origine doit mettre fin découle des violations des droits de l'homme et non pas du franchissement de la frontière. Demander à un Etat d'origine, dans le cadre de l'engagement de sa responsabilité, de mettre fin à un flux de réfugiés équivaudrait à nier aux individus le droit de circuler librement ainsi que le droit de chercher asile et de bénéficier de l'asile ailleurs.

Les formes classiques de réparation – la restitution en nature, l'indemnisation par équivalent et la satisfaction – ne seront pas nécessairement toujours appropriées dans ce domaine⁷⁴. C'est surtout pour ce qui est de la réparation pécuniaire (pour les violations des droits de l'homme, nous tenons à le préciser, et non pas pour l'exode lui-même qui sera traité plus loin) qu'il pourrait y avoir controverse, dès le moment où l'on touche à un domaine autre que celui des dommages causés aux étrangers. La Cour européenne dans ses arrêts ne s'est pas estimée compétente pour indiquer ou ordonner les mesures que son jugement comporterait, mais pour intervenir dans un deuxième temps au titre de l'article 50 de la Convention européenne pour décider du versement d'une indemnité directement à la victime « dans la mesure où le droit interne de l'Etat condamné ne permet qu'imparfaitement d'effacer les conséquences de la violation ». Quant à la Cour interaméricaine elle va un peu plus loin en « ordonnant » la *restitutio in integrum* et à défaut, une réparation pécuniaire. Le Comité des droits de l'homme qui ne peut que « constater » la responsabilité internationale de l'Etat en cas de violation du Pacte a quand même émis l'avis, dans sa constatation du 29 juillet 1981⁷⁵, que l'Uruguay était tenu d'offrir, entre autres, une indemnisation pour les violations qu'avait subies la victime. En plus le Comité a évoqué la cessation de la violation constatée et la « garantie » du non-renouvellement de violations comparables⁷⁶. Mais l'obligation d'accorder à l'individu une indemnisation n'est-elle pas plutôt une règle primaire découlant des obligations des conventions elles-mêmes plutôt qu'une conséquence découlant de la responsabilité⁷⁷ ?

L'objet de la responsabilité bien entendu ne constitue pas uniquement celui de la réparation ; la responsabilité peut avoir comme conséquences les contre-mesures⁷⁸, les sanctions sous l'égide du Conseil de sécurité agissant sur la base du Chapitre VII de la Charte, ou même exceptionnellement, des mesures de caractère pénal dans le cadre des crimes internationaux de l'individu, dont les dernières en date au niveau international devront être prises par

74. Voir Czapliknsi et Sturma (note 20), p. 165.

75. Voir note 22.

76. Voir Jonathan-Cohen (note 60), pp. 115-116.

77. De nombreux instruments relatifs aux droits de l'homme et au droit humanitaire contiennent des dispositions concernant un droit à l'indemnisation. Voir la liste dans le rapport de Theo van Boven (note 56), pp. 13, 15.

78. L'article 2 de la Résolution de l'Institut du Droit International déclare : « Sans préjudice des fonctions et pouvoirs que la Charte attribue aux organes des Nations Unies en cas de violation des obligations assumées par les membres de l'Organisation, les Etats, agissant individuellement ou collectivement, sont en droit d'adopter, à l'égard de tout autre Etat ayant enfreint l'obligation énoncée à l'article premier, des mesures diplomatiques, économiques et autres, admises par le droit international et ne comportant pas l'emploi de la force armée en violation de la Charte des Nations Unies. Ces mesures ne peuvent pas être considérées comme une intervention illicite dans les affaires intérieures de l'Etat » (Note 57).

les deux tribunaux internationaux sur la Yougoslavie et le Rwanda. Ces questions soulèvent également la controverse qui entoure l'intervention d'humanité ou, dans une terminologie plus récente, le droit d'ingérence.

L'ouverture de la gamme des possibilités disponible dans le cadre des droits de l'homme (ainsi que celles – certes différentes – offertes par le droit humanitaire que nous n'avons pas la possibilité d'examiner ici) dans des situations de flux massifs irait dans la direction des développements récents tendant à réaffirmer des droits existants au bénéfice d'individus ou de groupes particuliers qui de par leur situation de vulnérabilité se trouvent dans l'incapacité d'insister sur ces droits et donc d'en jouir pleinement. Il est donc important de pouvoir recourir à tous les mécanismes servant à engager la responsabilité de l'Etat d'origine en tant qu'Etat violateur des droits de l'homme ou du droit humanitaire, en construisant des ponts entre ces domaines et le droit des réfugiés. Cela servirait aussi à titre préventif et dans le cadre du système d'alerte rapide, car dans ce contexte toutes les procédures de contrôle mis en place par les droits de l'homme prennent leur signification, telle l'obligation au niveau international d'adresser un rapport ou celle d'informer sur les mesures prises⁷⁹.

IV. LA RESPONSABILITÉ DE L'ÉTAT D'ORIGINE ENVERS L'ÉTAT D'ACCUEIL

N'ayant pu identifier une norme internationale interdisant spécifiquement la provocation d'un flux, nous pourrions rechercher cette spécificité dans les nouvelles relations à la suite d'un exode massif qui s'établiraient entre l'Etat d'origine et l'Etat d'accueil en tant que tel. Car le franchissement d'une frontière, même s'il ne constitue pas le fait générateur de l'illicite dans le cadre des relations entre l'Etat d'origine et ses nationaux, pourrait le devenir par le biais du dommage causé à un Etat tiers du fait de l'afflux massif de réfugiés sur son territoire. Ce nouveau cadre transformerait la notion de l'Etat lésé de celui décrit ci-dessus à celui tout à fait classique des relations interétatiques.

Robert Jennings l'avait déjà évoqué en 1939 en songeant aux réfugiés en provenance de l'Allemagne, et ceci bien avant le développement des droits de l'homme :

« But there is one aspect of the refugee problem to which the general and customary international law is relevant, and that is the consideration of the legality or illegality of the conduct of the state which creates a refugee population...

79. La Commission des droits de l'homme, par exemple, dans sa résolution 1993/70, a invité tous les organismes des Nations Unies et autres organismes internationaux de lui donner dans les limites de leurs mandats, toutes les informations pertinentes et précises en leur possession sur les situations des droits de l'homme susceptibles d'engendrer des réfugiés et des personnes déplacées ou d'avoir une incidence sur eux. Voir aussi le § 23 de la Déclaration et le Programme d'action de Vienne adopté le 25 juin 1993.

Prima facie the treatment accorded by a state to its own subjects, including the conferment or deprivation of nationality, is a matter of purely domestic concern. But there is some authority for the proposition that even this comes within the ambit of international law when the treatment in question offends against those principles of justice and humanity which are recognized by civilized nations... (However a) sounder line of approach would appear to be one which has regard not so much to the ethics of domestic policy as to the repercussions of that policy on the material interests of third states. Even if the state whose conduct results in the flooding of other states with refugee populations be not guilty of an actual breach of law, there can be little doubt that states suffering in consequence would be justified in resorting to measures of *retorsion*... But there seems to be good ground for stating that the wilful flooding of other states with refugees constitutes not merely an inequitable act, but an actual illegality, and *a fortiori* where the refugees are compelled to enter the country of refuge in a destitute condition... (A)s soon as the persecution of a minority does in fact result in a refugee movement which causes embarrassment to other states, the matter clearly becomes one of international concern... And for a state to employ these (domestic) rights with the avowed purpose of saddling other states with unwanted sections of its population is as clear an abuse of right as can be imagined. Not only is it an abuse of right, it is an evasion of the undoubted duty of a state to receive back its own nationals⁸⁰. »

Deux approches évoquées par les commentateurs sont dès lors possibles. La première se situerait toujours dans le cadre de la responsabilité pour fait illicite. Elle ferait naître la responsabilité de la violation d'une règle – telle l'intégrité territoriale – qui causerait un dommage aux intérêts matériels d'un autre Etat, le dommage ici étant un élément constitutif de l'illicéité. L'autre trouverait son appui dans les nouveaux développements de la responsabilité pour fait non illicite, dans lequel le dommage constituerait lui-même le fait générateur⁸¹. Mais cette distinction, développée par la CDI, entre la responsabilité internationale qui naîtrait de l'illicéité et la responsabilité internationale pour les conséquences préjudiciables d'activités qui ne sont pas interdites par le droit international (qu'elle a décidé d'étudier séparément), n'est pas toujours facile à maintenir.

A. La responsabilité pour fait illicite

En ce qui concerne la première approche, la responsabilité de l'Etat d'origine pour fait illicite serait évidente si celui-ci venait délibérément à provoquer un flux de réfugiés de son territoire ou d'une région sous son contrôle, à des fins politiques dirigées contre l'Etat d'accueil ou pour le déstabiliser – cette situation n'étant pas aussi rare que l'on pourrait le croire. Deux problèmes se posent dans ce contexte. Le premier est le fait que l'Etat d'origine ne peut pas

80. Jennings (note 2).

81. Voir Gilles Cottureau, « Système juridique et notion de responsabilité », in *La responsabilité dans le système international* (note 60), pp. 3-90, p. 27 ; et Dupuy (note 28), p. 61 et sq.

toujours diriger ce flux et que l'élément de choix de la part des individus, qui pourraient bien décider de trouver refuge ailleurs, viendrait compliquer ce scénario de provocation délibérée. L'autre réside dans le caractère un peu dérisoire des conclusions que l'on voudrait tirer de ceci, certains cherchant à assimiler un flux de réfugiés indigents à une agression ou atteinte à l'intégrité territoriale⁸².

B. L'abus de droit et le dommage comme fait générateur de la responsabilité

Nous pourrions également invoquer la théorie de l'abus de droit qui provient de l'abus de l'usage d'un droit établi par le droit international. Mais cette théorie précisément reflète les difficultés inhérentes à cette distinction entre responsabilité pour fait illicite et celle pour fait non interdit par le droit international. La théorie de l'abus de droit est bien connue dans les systèmes de droits internes⁸³, mais ne constitue pas un principe du droit international aisé à cerner, et la CIJ n'y a fait que des références occasionnelles⁸⁴. Mais ce principe viendrait à expliquer une règle existante du droit, par exemple celle évoquée à l'encontre de l'Albanie par la CIJ dans l'arrêt rendu dans l'affaire du *Détroit de Corfou* qui constitue « l'obligation pour tout Etat de ne pas utiliser son territoire aux fins d'actes contraires aux droits d'autres Etats⁸⁵ ». Dans cette optique, l'abus de droit devrait à première vue donner lieu à un fait illicite. Mais ce principe est aussi à l'origine de la fameuse affaire de la *Fonderie du Trail*, jurisprudence qui justement a été développée dans le cadre de la responsabilité objective pour dommage à l'environnement, c'est-à-dire une responsabilité découlant non pas d'un fait internationalement illicite, mais d'une obligation primaire de réparer déclenchée par le dommage qui constitue donc le fait générateur de la responsabilité⁸⁶. Cette approche a également été

82. Voir Cuban Liberty and Democratic Solidarity (Libertad) Act of 1996 (Helms-Burton Act), Sect. 5, Title I, Sec. 101 (U.S. Public Law 104-114 of March 12, 1996 ; *ILM*, vol. 35, 1996, pp. 357-378) :

(4) : « in view of the threat to the national security posed by the operation of any nuclear facility, and the Castro government's continuing blackmail to unleash another wave of Cuban refugees fleeing from Castro's oppression, most of whom find their way to United States shores, further depleting limited humanitarian and other resources of the United States, the President should do all in his power to make it clear to the Cuban Government that...

(A) the completion and operation of any nuclear power facility, or

(B) any further political manipulation of the desire of Cubans to escape that results in mass migration to the United States, will be considered an act of aggression which will be met with an appropriate response in order to maintain the security of the national borders of the United States and the health and safety of the American people ».

83. Voir A. Kiss, *L'Abus de droit en droit international*, 1953.

84. *Affaire des Zones franches de la Haute-Savoie et du Pays de Gex (Deuxième Phase)*, CPJI, Série A No. 24, p. 12, Série A/B No. 46, p. 167 ; *Affaire relative à certains intérêts allemands en Haute-Silésie polonaise (Fond)*, Série A No. 7, p. 30 ; *Affaire Nottebohm (Deuxième Phase)*, Rec. CIJ, 1955, p. 4.

85. Rec. CIJ, 1949, p. 22.

86. Voir Ian Brownlie, *Principles of Public International Law*, 4^e éd., Oxford, Clarendon Press, 1990, pp. 444-446, qui inclut la théorie de l'abus de droit dans la « liability for lawful acts ».

développée par le droit conventionnel dans le cadre de la responsabilité pour risques pour les dommages provenant d'activités dangereuses (autrement dit, la « liability »)⁸⁷.

Appliquant cette théorie de la responsabilité sans illicéité aux flux de réfugiés, de nombreux auteurs se sont appuyés sur l'affaire de la *Fonderie du Trail* dont la sentence de 1941 décide qu'aucun Etat n'a le droit d'user de son territoire ou d'en permettre l'usage, de manière à ce que des fumées provoquent un préjudice sur le territoire d'un autre Etat voisin ou aux propriétés des personnes qui s'y trouvent, « s'il s'agit de conséquences sérieuses et si le préjudice est prouvé par des preuves claires et convaincantes »⁸⁸.

Mis à part l'assimilation des flux de réfugiés aux fumées ou autres pollutions transfrontalières, que certains auteurs ont relevée sans pour autant l'apprécier⁸⁹, on a souligné la difficulté de distinguer entre l'obligation primaire de la responsabilité pour activité non interdite par le droit international et celle secondaire qui découlerait de l'illicéité. Car la première peut également comprendre des situations où il y aurait un fait internationalement illicite, par exemple par défaut de prévention, ou une négligence constitutive d'une violation de l'obligation de vigilance⁹⁰. L'application de cette forme de responsabilité au domaine de l'environnement a démontré ses contradictions. L'introduction d'un élément « environnement » dans le fameux Article 19 du Projet de la CDI vient à compliquer ce problème de façon encore plus marquée, car « on suggère à la fois d'y voir un domaine privilégié de la responsabilité pour risque – ce qui suppose l'absence de fait illicite – et d'y appliquer un régime de responsabilité pour crime international – c'est-à-dire le fait illicite majeur dans la classification actuelle »⁹¹.

De toute façon il semblerait que l'application de la théorie de l'abus de droit, ou de celle de la responsabilité pour dommage causé à un autre Etat, au problème de flux de réfugiés trancherait avec les récents développements du droit international qui cherche à se départir du modèle classique interétatique et de la conception de l'individu en tant qu'objet et non sujet du droit international. De plus, la pratique dans ce domaine dans laquelle l'Etat d'accueil, loin d'exiger une réparation de l'Etat d'origine, se remet plutôt à l'assistance provenant des organismes humanitaires et à la solidarité internationale pour alléger son fardeau, n'est pas concluante (bien que le fait d'accepter une assistance internationale ne déchargerait pas l'Etat d'origine d'une éventuelle responsabilité). Mais il faut en même temps bien insister sur le fait que cela ne veut pas dire que les Etats d'accueil n'ont pas évoqué et même condamné

87. Ce sujet de « La responsabilité internationale pour les conséquences préjudiciables découlant d'activités qui ne sont pas interdites par le droit international » a fait l'objet depuis 1978 de plusieurs rapports de la CDI, rédigés initialement par Quentin-Baxter et ensuite par Julio Barboza.

88. Sentence du 11 mars 1941 (RSA, tome III, p. 1965).

89. Voir Guy Goodwin-Gill (note 64), p. 228 : « To compare the flow of refugees with the flow of, for example, noxious fumes may appear invidious ; the basic issue, however, is the responsibility which derives from the fact of control over territory. »

90. Voir Nguyen Quoc Dinh, Patrick Daillier, Alain Pellet, *Droit international public*, 4^e édition, Paris, LGDJ, 1992, p. 736.

91. *Ibid.*, p. 737.

fermement les violations des droits de l'homme ou du droit humanitaire à l'origine de ce flux⁹². L'exemple le plus frappant est celui de la Yougoslavie.

V. LE NOUVEAU RÉGIME DE RESPONSABILITÉ RELATIF AU RAPATRIEMENT VOLONTAIRE

A. L'émergence d'un régime spécifique de la responsabilité découlant des nouvelles obligations primaires de l'Etat d'origine

Comme le constate Luigi Condorelli, « l'identification du fait illicite et l'établissement des conséquences qui s'y rattachent supposent des normes primaires définissant avec une précision suffisante les comportements interdits ou prescrits ». Il démontre par conséquent que l'émergence de normes plus ou moins « soft » quant à leur contenu, voire quant aux instruments qui les édictent, indique que « plus les obligations s'adressant aux Etats sont imprécises, floues, vagues, moins les principes sur la responsabilité peuvent correctement jouer leur rôle de service ; plus les règles de droit sont « programmatoires » ou « incitatoires », moins il est possible de définir des faits illicites sur leur base »⁹³.

Bien que la doctrine ait eu largement recours aux principes formulés par la Commission du droit international dans la recherche de l'éventuelle responsabilité de l'Etat d'origine, on observe, si l'on regarde de plus près ce domaine, que la pratique s'écarte sensiblement de ces principes. Au contraire, nous avons plutôt constaté un allègement de la responsabilité de l'Etat d'origine pour ce qui est de l'origine de l'exode.

Mais d'un autre côté il est intéressant de noter l'émergence de lege ferenda d'un régime juridique particulier de la responsabilité qui, cette fois-ci, serait adressée spécifiquement à l'Etat d'origine. Ce régime régirait les nouvelles obligations de l'Etat d'origine qui découlent du droit de retour des nationaux mais qui ne se limitent pas à celui-ci, comme on le verra ci-dessous. Il impliquerait également des responsabilités pour les Etats d'accueil, les organismes humanitaires internationaux, en particulier le H.C.R., ainsi que la communauté internationale tout entière. Les normes en question seraient celles liées au principe du rapatriement librement consenti, terme qui couvre l'aspect massif (non pas dans le sens du nombre, mais de sa nature collective, c'est-à-dire retour en tant que communauté et non en tant que somme d'individus) et organisé du retour, ainsi que sa soumission à certaines conditions. Le contenu de ces normes serait en train d'être forgé par divers accords conclus soit uniquement dans le but spécifique d'un rapatriement volontaire, soit dans le cadre d'un règlement de conflit ou accords de paix. De nombreuses résolutions des

92. Voir Hofmann (note 7), p. 707.

93. Condorelli (note 38), pp. 170-171.

Nations Unies, certaines Conclusions du Comité exécutif tel que la Conclusion n° 40 (XXXVI) de 1985, et directives du H.C.R.⁹⁴, viendraient confirmer ce processus, ainsi que divers autres instruments plus ou moins non contraignants. Le consentement de l'Etat d'origine se trouve à la base de ces accords, mais bien entendu il subit toutes les pressions émanant du sort du conflit ainsi que de la communauté internationale.

Par conséquent, la responsabilité au sens large de l'Etat d'origine découlerait de ces nouvelles règles primaires. En somme, les obligations de l'Etat d'origine ne cesseraient pas avec l'asile, car comme le déclare le H.C.R. :

« La protection internationale commence donc par la garantie de l'admission, l'asile et le respect des droits fondamentaux de l'homme ; elle ne s'arrête qu'avec la mise en œuvre d'une solution durable, idéalement le rétablissement de la protection du propre pays du réfugié (car) la fonction de protection inclut également la promotion auprès des gouvernements, et d'autres organes internationaux et des Nations Unies, de mesures visant à supprimer ou atténuer les causes de la fuite des réfugiés afin d'établir les conditions permettant aux réfugiés de rentrer en sécurité dans leur foyer et, lorsque c'est réalisable, des activités visant à faciliter et contrôler la sécurité du rapatriement librement consenti. »

Bien entendu une analyse exhaustive de ce développement, qui est encore en pleine mouvance, ne pourrait être entreprise dans les limites de notre étude. Mais pour avoir un aperçu de ces développements, il suffirait de donner une esquisse sommaire en citant quelques exemples d'instruments qui se trouvent à l'origine de certains principes régissant la question de la responsabilité de l'Etat d'origine d'accueillir ses nationaux :

- * - accords de paix entre belligérants (Accord pour un règlement politique global du conflit au Cambodge conclu à Paris le 23 octobre 1991 : Partie V et Annexe 4 sur le rapatriement des réfugiés et des personnes déplacées ; Accords de Dayton du 14 décembre 1995 : Annexe 7 de l'Accord-cadre général pour la paix en Bosnie-Herzégovine relatif aux réfugiés et personnes déplacées, ainsi que l'Annexe 6 concernant les droits de l'homme) ;
- accords normalisant les relations et entérinant des principes de bon voisinage et de coopération (Accord bilatéral entre la République d'Afghanistan et la République Islamique du Pakistan sur le retour volontaire des réfugiés du 14 avril 1988, qui fait partie des Accords de Genève sur le règlement de la situation concernant l'Afghanistan) ;
- accords tripartites entre Etat d'origine, Etat d'accueil et H.C.R. (dans le contexte de l'Afrique et de l'Amérique centrale) ou bilatéraux entre Etat d'origine et H.C.R. (Accord concernant le rapatriement volontaire et la réinstallation des rapatriés d'Afrique du sud)⁹⁵

94. Voir UNHCR, Division of International Protection, *Handbook. Voluntary Repatriation International Protection*, Genève, 1996.

95. Voir « South Africa-United Nations High Commissioner for Refugees : Memorandum of Understanding on the Voluntary Repatriation and Reintegration of South African Returnees » du

A cela il faudrait ajouter les déclarations et plans d'actions adoptés lors de conférences internationales sur les réfugiés, comme par exemple la Conférence internationale sur les réfugiés d'Amérique centrale (CIREFCA) tenue à Guatemala du 29 au 31 mai 1989 qui a adopté la Déclaration et le Plan d'action concerté en faveur des réfugiés, rapatriés et personnes déplacées d'Amérique centrale et la Conférence internationale sur les réfugiés d'Indochine tenue à Genève du 13 au 14 juin 1989 qui adopta le Plan d'action global (CPA).

On constate que dans la plupart des cas, le retour des réfugiés dans leur pays d'origine constitue à présent une partie intégrante de tout règlement politique global d'un conflit. Le rapatriement volontaire tel qu'il émerge de ces instruments suppose certaines conditions impliquant de nouvelles charges qui seraient réparties entre l'Etat d'origine, l'Etat d'accueil, les organismes humanitaires internationaux et la communauté internationale dans son ensemble.

B. Les obligations à la charge de l'Etat d'origine

L'Etat d'origine s'engage à respecter les obligations suivantes :

1. RECONNAISSANCE DU DROIT AU RETOUR DE SES NATIONAUX

Le droit au retour est bien entendu consacré dans divers instruments internationaux et régionaux relatifs aux droits de l'homme à commencer par la Déclaration universelle des droits de l'homme dont l'Article 13(2) déclare : « Toute personne a le droit... de revenir dans son pays⁹⁶. » Ce droit a été étendu aux situations de flux de réfugiés par de nombreuses résolutions de l'Assemblée générale (par exemple les résolutions 194(II) sur le retour des réfugiés palestiniens et 36/148 sur la coopération internationale en vue d'éviter de nouveaux courants de réfugiés) ou du Conseil de sécurité (361 (1974) concernant Chypre, et 820 (1993) concernant la Bosnie-Herzégovine⁹⁷). Dans sa Conclusion no.74 (XLV) le Comité exécutif du H.C.R. a également souligné « la responsabilité des Etats d'origine de réadmettre leurs nationaux et d'assurer leur sécurité et leur bien-être ».

L'accord sur le Cambodge et celui de Dayton consacrent ce droit au retour. En ce qui concerne ce dernier, il est intéressant de noter que l'Annexe 7 sur les réfugiés qui s'y réfère (Article 1)⁹⁸ ne fait que réitérer l'Article II(5)

4 septembre 1991, *ILM*, vol. 31, 1992, pp. 522-541. Mention pourrait être faite dans ce contexte de l'accord entre les Etats-Unis et Cuba concernant la normalisation de la migration ; voir *Cuba-United States : Joint statement on Normalization of Migration, Building on the Agreement of September 9, 1994* (Joint Statement, May 2, 1995 ; Joint Communiqué Containing Agreement, New York, September 9, 1994), *ILM*, vol. 35, 1996, p. 327.

96. Voir note 51 *supra* et Goodwin-Gill (note 58), pp. 100-101.

97. Un projet de résolution (S/12119) affirmant le droit au retour du peuple palestinien fut rejeté au Conseil de sécurité à cause d'un veto américain (S/PV.1938, p. 62).

98. Annexe 7, Art.1 : « All refugees and displaced persons have the right freely to return to their homes of origin... The early return of refugees and displaced persons is an important objective of the settlement of the conflict in Bosnia and Herzegovina. The Parties confirm that they will accept the return of such persons who have left their territory, including those who have been accorded temporary protection by third countries. » Par contre, l'Accord sur le rapatriement des réfugiés en Afghanistan ne fait nulle référence directe ou indirecte au droit de l'individu de quitter

de la nouvelle constitution de la Bosnie-Herzégovine qui innove en entérinant dans un texte constitutionnel le droit pour les réfugiés et les personnes déplacées de rentrer librement dans leur foyer d'origine⁹⁹. Cette référence aux personnes déplacées, on le note, se retrouve dans les résolutions du Conseil de Sécurité concernant Chypre et la Bosnie-Herzégovine – ceci nul doute pour prendre en compte les frontières *de facto*¹⁰⁰.

2. OBLIGATION DE CRÉER LES CONDITIONS PROPICES AU RETOUR VOLONTAIRE DES RÉFUGIÉS

Mais il faut encore que l'Etat d'origine réalise ce droit en acceptant non seulement le retour spontané de ses nationaux mais aussi leur rapatriement volontaire qui est soumis à certaines conditions préalables : il doit être librement consenti ; il doit se faire sans entrave et dans la sécurité et dignité, donc sans risque de harcèlement, d'intimidation ou autre contrainte de la part de l'Etat d'origine (mais aussi de celle de l'Etat d'accueil). La sécurité durant le retour devra être assurée par divers moyens, tels que la désignation de certains passages frontières ainsi que le déminage. L'Etat d'origine est donc appelé à prendre toutes les mesures qui s'imposent pour faciliter le retour et assister les organismes humanitaires dans cette tâche.

La catégorie de personnes bénéficiant de ce droit est sans nul doute les nationaux, mais certains accords couvrent également ceux qui résidaient au préalable dans le territoire. L'Accord entre l'Afrique du Sud et le H.C.R. démontre que c'est à l'Etat d'origine de désigner ses nationaux, ainsi que de déterminer ceux qui tomberaient sous la coupe de ses lois sur l'immigration ; le H.C.R. s'engageant à reprendre tout réfugié qui serait exclu du bénéfice du droit de retour¹⁰¹.

A la charge de l'Etat d'origine la création des conditions positives – politiques, économiques et sociales – propices au retour librement consenti ainsi qu'à la réintégration des réfugiés. Le guide du H.C.R. concernant le rapatriement volontaire résume quelques-unes de ces conditions qui se trouvent aussi élaborées dans la plupart des instruments régissant le rapatriement. L'Etat d'origine devra prévoir les garanties suivantes :

tout pays (y compris le sien) et d'y revenir, se bornant à affirmer que « tous les réfugiés seront autorisés à rentrer librement dans leur patrie » (art.II-a) et qu'ils se verront « offrir la possibilité » d'un tel rapatriement (art.I) (voir V.-Y. Ghébal et Richard L'Homme, « Les Accords de Genève sur le règlement de la situation concernant l'Afghanistan », *AFDI*, 1988, vol. 34, pp. 91-107, p. 104).

99. Annexe 4 de l'Accord-cadre général.

100. L'Accord pour un règlement politique global du conflit au Cambodge utilise le terme « personnes déplacées » dans le sens de personnes se trouvant à l'extérieur du Cambodge et n'ayant pas obtenu le statut officiel de réfugié.

101. Dans un autre contexte, celui du retour de personnes se trouvant en situation irrégulière et donc souvent sans documents officiels, toute controverse relative à leur nationalité fut évitée par les pays d'accueil de l'Union Européenne par le biais d'accords de réadmission conclus avec les pays de l'Est ; voir par exemple : Accord relatif à la réadmission des personnes en situation irrégulière, conclus par la Belgique, la France, l'Allemagne, l'Italie, le Luxembourg, les Pays-Bas et la Pologne le 10 décembre 1991 ; celui conclu par les pays du Benelux et la Slovaquie le 16 novembre 1992 ; et les quelques 60-70 autres arrangements bilatéraux (Voir Secretariat of the Inter-governmental Consultations on Asylum, Refugee and Migration Policies in Europe, North America and Australia, *Working Paper on Readmission Agreements*, August 1994 et UNHCR, *Overview of Re-Admission Agreements in Central Europe*, September 1993).

a) *Une amnistie générale.* Le retour doit se faire sans risques d'arrestations, de détentions, d'emprisonnements ou de poursuites judiciaires. La Convention de l'OUA dans son Article V, alinéa 4, prévoit ces garanties par l'Etat d'origine. Néanmoins, la catégorie des personnes et les délits bénéficiant de cette amnistie sont bien cernés. Par exemple, dans l'accord conclu entre le gouvernement sud-africain et le H.C.R., l'Afrique du Sud s'engage à faire bénéficier de cette amnistie toute personne ayant commis un délit politique avant le 8 octobre 1990. Quant à celui de Dayton, il exclut du bénéfice de l'amnistie tout réfugié ou toute personne déplacée inculpés d'une violation grave du droit humanitaire international telle que définies dans les statuts du Tribunal international pour l'ex-Yougoslavie depuis le 1^{er} janvier 1991 ou d'un crime de droit commun sans rapport avec le conflit¹⁰².

b) *Des garanties relatives au respect des droits de l'homme et libertés fondamentales.* Ceci implique la cessation de toutes les violations à la base de l'exode (pour l'Accord de Dayton, par exemple, cela signifie surtout la fin de l'incitation à l'hostilité ou à la haine ethniques et l'épuration ethnique), le respect des droits civils et politiques, ainsi qu'économiques et sociaux (par exemple pour l'Accord sur l'Afghanistan, ceci inclut le droit au travail, des conditions de vie satisfaisantes, l'accès aux prestations sociales, et des bénéfices du partage des terres). Est garanti pour les réfugiés le principe fondamental de non-discrimination, qui suppose concrètement l'abrogation de toutes les législations ou pratiques discriminatoires, l'assurance de l'égalité de traitement au même titre que les autres citoyens dans l'octroi des droits et privilèges (y compris la liberté de religion), et la protection des minorités. Ces instruments sont renforcés par d'autres dispositions plus générales – non spécifiquement réservées aux réfugiés – comme celles contenues dans l'Accord-cadre général de Dayton, Annexes 4 (Constitution de Bosnie-Herzégovine) et 6 (Droits de l'homme) ou dans la Troisième Partie de l'Accord pour un règlement politique global du conflit au Cambodge garantissant le respect des droits de l'homme.

c) *La garantie du droit de circuler librement.* L'Etat d'origine s'engage à garantir aux rapatriés le droit de choisir librement leur domicile et de circuler librement sur le territoire national. Ce droit comporterait de préférence le retour dans le lieu de résidence d'origine, sur la base du principe de l'unité de la famille.

3. OBLIGATION DE RESTITUER OU D'INDEMNISER

Le principe de restitution des biens ou l'indemnité pour la destruction ou le dommage subi par ces biens a été établi par le biais de diverses formules. L'Assemblée générale a insisté sur l'application de ce principe à la question du retour du peuple palestinien. La résolution 194(II) réclame une double indemnisation – pour les biens des réfugiés ne désirant pas retourner et pour

102. Annexe 7, Art. VI : « Any returning refugee or displaced person charged with a crime, other than a serious violation of international humanitarian law as defined in the Statute of the International Tribunal for the Former Yugoslavia since January 1, 1991 or a common crime unrelated to the conflict, shall upon return enjoy an amnesty. In no case shall charges for crimes be imposed for political or other inappropriate reasons or to circumvent the application of the amnesty. »

la perte ou le dommage subi par leurs biens. Elle déclare : « ...qu'il y a lieu de permettre aux réfugiés qui le désirent de rentrer dans leurs foyers le plus tôt possible et de vivre en paix avec leurs voisins, et que des indemnités doivent être payées à titre de compensation pour les biens de ceux qui décident de ne pas rentrer dans leurs foyers et pour tout bien perdu ou endommagé lorsque, en vertu des principes du droit international ou en équité, cette perte ou ce dommage doit être réparé ». Ce paragraphe (11) a été réaffirmé régulièrement par les résolutions de l'AG. Par contre, la résolution 36/148, comme la résolution 41/70 affirment uniquement le droit de ceux qui choisissent de ne pas rentrer dans leurs foyers de recevoir une indemnité adéquate.

Bien que ni les accords relatifs au Cambodge et à l'Afghanistan, ni les programmes de rapatriement entrepris par le H.C.R. jusqu'à une date récente, n'aient abordé la question de l'indemnisation des réfugiés, de plus récents instruments la prévoient.

L'Accord concernant le rapatriement en Afrique du Sud se réfère à une indemnité discrétionnaire qui pourrait être accordée à certains rapatriés selon des critères à déterminer par le gouvernement de l'Afrique du Sud en prenant en compte l'avis consultatif de certains organes établis à cette fin dans le cadre desquels le H.C.R. serait autorisé à représenter les rapatriés.

Quant à l'Annexe 7 de l'Accord de Dayton, il prévoit soit la restitution des biens des réfugiés dont ils ont été dépouillés au cours des hostilités depuis 1991 soit, si cela s'avère impossible, l'indemnisation. L'innovation consiste en la consécration de ce principe de restitution ou d'indemnisation des réfugiés (et personnes déplacées) dans la nouvelle Constitution de Bosnie-Herzégovine, repris dans l'Annexe 7¹⁰³. De plus, tout un mécanisme est prévu pour la mise en œuvre de ce principe (Chapitre 2) : une Commission indépendante pour les personnes déplacées et les réfugiés composée de neuf membres dont trois (inclus celui qui présidera la Commission) sera nommée par le Président de la Cour européenne des droits de l'homme et dont le mandat serait de recevoir et de se prononcer sur toutes demandes (de restitution ou d'indemnisation équitable) concernant les biens immeubles en Bosnie-Herzégovine lorsque ces biens n'ont pas été volontairement cédés. La mise sur pied d'un Fonds pour la sauvegarde des biens des réfugiés et des personnes déplacées a également été prévue. Il est aussi intéressant de noter l'Article XI (3) qui déclare : « In determining the lawful owner of any property, the Commission shall not recognize as valid any illegal property transaction, including any transfer that was made under duress, in exchange for exit permission or documents, or that was otherwise in connection with ethnic cleansing. » Le Conseil de Sécurité avait déjà fait une déclaration similaire prononçant la nullité de telles transactions dans sa résolution 820 (alinéa 7).

Mais, premièrement, cette indemnisation demeure restreinte. Il faut relever qu'au cours du débat sur le projet de résolution aboutissant sur l'adoption de la Rés. 194 de l'Assemblée générale, l'Egypte avait considéré que l'indemnisation devait aller au-delà des pertes des biens, pour inclure d'autres pertes

103. Annexe 7, Art.1 : « ...They shall have the right to have restored to them property of which they were deprived in the course of hostilities since 1991 and to be compensated for any property that cannot be restored to them... »

telles que celles relatives à la disparition des membres de la famille¹⁰⁴. Cette proposition ne fut pas retenue dans le projet de résolution final.

Deuxièmement, dans les quelques exemples que nous avons cités ci-dessus, l'indemnisation se conçoit plutôt comme une obligation primaire de respecter les droits acquis — obligation qui est étendue au-delà du cadre traditionnel réglant la protection des étrangers. Il ne s'agit plus d'entériner le principe d'indemnisation en tant que réparation pour dommage subi du fait du départ et donc découlant d'un droit de la responsabilité¹⁰⁵, comme le proposaient les Principes relatifs au traitement des réfugiés, adoptés par le Comité juridique consultatif Afrique-Asie lors de sa huitième session à Bangkok en 1966¹⁰⁶, ainsi que la *Declaration of Principles of International Law on Compensation to Refugees* adoptée par l'International Law Association lors de sa 65^e Conférence du Caire en avril 1992¹⁰⁷. Le premier prévoit dans son Article V un droit à l'indemnité « de l'Etat ou du pays qu'il a quitté ou sur le territoire duquel il ne peut revenir » qui couvrirait non seulement la destruction ou le dommage subi par des biens, mais qui serait aussi fondée sur d'autres préjudices, tels que « le dommage corporel, la privation de la liberté de la personne au mépris des droits de l'homme, la mort des personnes qui étaient à la charge du réfugié ou de la personne qui avait le réfugié à sa charge » causés par l'Etat. Le second, partant de la présomption d'illicéité de l'acte générateur de flux de réfugiés, voit le retour du réfugié comme une *restitutio* et l'indemnité comme une forme de réparation dans l'impossibilité de celui-ci (Principe 5) :

« A State that has committed an 'internationally wrongful act' through the generation of refugees shall be required, as appropriate :

- a) to discontinue the act ;
- b) to apply remedies provided under the municipal law ;
- c) to restore the situation to that which existed prior to the act ;
- d) to pay compensation in the event of the impossibility of the restoration of the pre-existing situation ; and
- e) to provide appropriate guarantees against the repetition or recurrence of the act.

En dernier lieu, il faudrait souligner la complexité de la question d'indemnisation en cas de flux massif et les problèmes inhérents à sa mise en œuvre dans la pratique. Si l'on songe par exemple au cas de l'Afrique du Sud¹⁰⁸, il paraît difficile, voire impossible, d'imposer à toute une nation, suite à un changement politique majeur (précondition de la plupart des rapatriements) un fardeau économique et financier d'une telle ampleur dans le but

104. Voir Lee (note 29), p. 545.

105. La Commission d'indemnisation des Nations Unies pour l'Irak a prévu une indemnisation aux réfugiés pour dommages corporels graves ou décès subis dans les camps de réfugiés comme conséquence directe de l'invasion illégale par l'Irak du Kuweit. Mais le terme de « réfugiés » doit être pris ici dans son sens large — c'est-à-dire couvrant tous ceux qui ont dû fuir devant l'invasion de l'Irak et se trouvant temporairement dans la difficulté de regagner leurs pays d'origine. (Voir Doc.NU S/AC.26/1994/1 du 26 May 1994).

106. Voir H.C.R., *Recueil de Textes* (note 14).

107. Lee, « Declaration of Principles... » (note 63).

108. Voir Tomuschat (note 25).

d'acquiescer de sa responsabilité un gouvernement précédent, aux mains duquel toute la nation a subi des conséquences néfastes. Les problèmes posés par l'indemnisation de biens détruits ou perdus à différents stades d'une occupation longue de presque cinquante ans ont aussi été démontrés en ce qui concerne le cas palestinien – la réglementation de cette question a été en fait remise aux négociations ultérieures entre Israël et la Palestine pour un statut permanent¹⁰⁹. Les précédents historiques démontrent également que les tentatives d'indemnisation prévues dans des accords internationaux tels que ceux réglant l'échange de populations entre la Grèce et la Turquie, ou l'Inde et le Pakistan, n'ont pas toujours été menées à bien. Bien entendu, il y aurait quelques exceptions : l'indemnisation par la République fédérale d'Allemagne des juifs contraints à quitter durant la période nazie (pour la perte de leurs biens, et l'atteinte à leur liberté et dignité), ou encore par le Gouvernement de l'Ouganda après le départ de Idi Amin suite à l'expulsion en 1972 de milliers d'Ougandais d'origine indienne¹¹⁰. Reste à voir la mise en œuvre des principes établis par les accords de Dayton.

Si le principe d'indemnisation des réfugiés pour la destruction et le dommage subi par des biens est un principe qui commence à s'affirmer, l'écart entre ce régime et celui de la responsabilité classique se reflète en particulier dans la substitution au principe de réparer de la possibilité même de l'Etat d'origine de recevoir de l'assistance financière de la communauté internationale pour la réinsertion de ses nationaux. Nous arrivons donc en dernier aux obligations à la charge des autres Etats et institutions internationales.

C. Obligations à la charge des organismes humanitaires, Etats d'accueil et communauté internationale

Nous n'allons pas nous attarder sur cette question. Il est évident que dans ce processus les organismes humanitaires, les Etats d'accueil et la communauté internationale tout entière doivent œuvrer pour faciliter le retour volontaire, organisé et ordonné en assistant l'Etat d'origine, conformément à un plan de rapatriement. Toutes les conférences interétatiques réglant ces questions – que ce soit CIREFCA pour l'Amérique centrale, ou celles concernant le Cambodge, l'Afghanistan ou l'ex-Yougoslavie – ou autres accords tel celui sur le Mozambique, prévoient cette coopération et coordination internationales sur la base du principe de solidarité et partage du fardeau¹¹¹. Ils assument des responsabilités tout autant que l'Etat d'origine qui couvrent entre autres :

1. L'ASSISTANCE

La communauté internationale est invitée à accroître son aide aux victimes de tels exodes pendant la période du rapatriement, mais aussi à mettre sur pied des programmes de reconstruction et d'assistance au pays d'origine tout entier.

109. Eyal Benvenisti and Eyal Zamir, « Private Claims to Property Rights in the Future Israeli-Palestinian Settlement », *AJIL*, vol. 89, 1995, pp. 295-340.

110. Voir Lee (note 63), p. 538.

111. Il est intéressant de noter que ce principe est entériné dans la Convention de l'OUA (Article II(4)).

Par exemple, la résolution AG 44/139 sur la Conférence internationale sur les réfugiés d'Amérique centrale, dans son alinéa 8 : « Invite la communauté internationale à faire en sorte que les activités de coopération visant à résoudre le problème des réfugiés soient entreprises en tenant compte aussi bien du sacrifice que les pays d'asile consentent en s'ouvrant aux flux massifs de réfugiés *que de l'effort fait par les pays d'origine pour créer des conditions qui facilitent le retour de leurs ressortissants* » (nos italiques).

2. LE CONTRÔLE INTERNATIONAL DU RESPECT DES DROITS DE L'HOMME

La responsabilité internationale s'étend à la protection des rapatriés par la mise en œuvre de mécanismes d'observation et de contrôle des conditions humanitaires et des Droits de l'homme fondamentaux dans l'Etat d'origine, ainsi que l'application des dispositions des accords relatives à celles-ci. Il suffit de citer les arrangements concernant le Cambodge qui prévoient un mécanisme de contrôle international du respect des droits de l'homme, incluant un droit de regard de la Commission des droits de l'homme de l'ONU, ou les mécanismes similaires élaborés dans les accords de Dayton, pour se rendre compte de la gamme des responsabilités assumées au niveau international.

3. L'EXTENSION DES MANDATS DES ORGANISMES HUMANITAIRES

Le H.C.R. a vu l'extension de son mandat non seulement durant le processus de rapatriement mais aussi après le retour – à sa charge toutes les tâches de protection des rapatriés et de coordination en matière d'assistance au rapatriement. D'autres organisations internationales et non gouvernementales, que leur mandat soit humanitaire, économique ou politique, sont aussi impliquées dans ce processus. Bien entendu, cela demande également que l'Etat d'origine garantisse l'accès illimité des organismes humanitaires à tous les réfugiés et personnes déplacées, afin de faciliter leur travail.

CONCLUSION

On a essayé de montrer que le régime traditionnel de protection internationale des réfugiés axé sur la Convention de 1951 et son Protocole de 1967, ou celui assuré au niveau régional par la Convention de l'OUA, ne touchent pas à la question de la responsabilité de l'Etat d'origine pour des flux massifs émanant de son territoire. Tout au contraire, ces obligations insistent tout particulièrement sur la responsabilité de l'Etat d'accueil – principe de non-refoulement, garantie de certains droits de l'homme, et non-utilisation de son territoire pour des actes subversifs dirigés contre l'Etat d'origine par les réfugiés qu'il accueille.

En ce qui concerne les causes de l'exode, on a vu que bien que la responsabilité de l'Etat d'origine puisse être engagée du fait de toutes violations de ses engagements dans le domaine des droits de l'homme ou droit humanitaire, cette responsabilité continue d'être réglée par le cadre qui lui est propre. Néanmoins, les liens qui se forment entre ceux-ci et le droit spécifique des

réfugiés viennent renforcer la protection de ces individus sur le plan international. Toute tentative de construire une responsabilité directe du pays d'origine envers le pays d'accueil par le biais de concept tel que l'abus de droit ou la responsabilité pour faits non illicites semble difficile à entreprendre.

Nous en sommes donc venus à un nouveau cadre de la responsabilité relative au retour des réfugiés dans leurs pays d'origine. Peut-on considérer ces nouvelles obligations à la charge du pays d'origine qui se profilent à travers les divers instruments de règlement global de conflits comme des obligations secondaires nées d'un fait illicite ? Peut-on voir dans toutes ces dispositions concernant les conditions du retour une obligation de cessation de faits illicites, de garantie de non-répétition ? Peut-on parler de réparation dans le sens d'une *restitutio*, ou d'une indemnisation pécuniaire ? Y a-t-il satisfaction dans la mesure où il y aurait jugement déclaratoire de responsabilité et/ou des excuses de la part de l'Etat originaire de flux de réfugié ? Rien n'est moins certain.

Certes il existe une obligation de cesser les violations relatives aux droits de l'homme et une spécificité dans le sens de l'égalité de traitement des réfugiés sur une base non discriminatoire. Mais le retour des réfugiés demeure (tout au moins théoriquement) volontaire. Quant à l'indemnisation elle se conçoit plutôt comme une obligation primaire de respect des droits acquis. Mais finalement c'est surtout le langage lui-même des accords que nous avons mentionnés ci-dessus — qui parlent de « reconstruction », « de bon voisinage », « de responsabilité de faciliter le rapatriement volontaire des réfugiés dans un esprit humanitaire », « dans l'intérêt d'un processus de réconciliation » — qui révèle l'écart entre ce genre de responsabilité et les principes théoriques de la responsabilité classique et qui démontre la difficulté de maintenir un clivage net entre responsabilité pour fait illicite et celui pour faits non illicites¹¹².

Du point de vue du développement du droit, il n'est pas certain non plus qu'il soit désirable d'insister sur une responsabilité spécifique de l'Etat d'origine — en dehors bien entendu de sa responsabilité dans le cadre des droits de l'homme. La responsabilité classique est une responsabilité interétatique, ce qui veut dire une responsabilité collective. De nos jours, vouloir que toute une population paie pour les crimes de ses gouvernants entraînerait des injustices et des retombées économiques et financières graves. Mieux vaut aller — tout au moins dans certaines situations — dans le sens d'une responsabilité individuelle.

De plus, insister sur la responsabilité de l'Etat d'origine pour des flux massifs équivaut à ignorer la complexité des causes de l'exode comme le souligne le rapporteur spécial Sadruddin Agha Khan. Ne pourrait-on dire même que parmi les causes multiples menant à l'exode massif de Haïti ou de Cuba se trouvaient les sanctions économiques imposées par certains Etats ou par le Conseil de sécurité ?

Finalement, insister sur la responsabilité dans le sens étroit de l'Etat d'ori-

112. Les quelques réponses reçues des Etats membres, à la suite d'une demande du Secrétaire général, au sujet des situations concernant les droits de l'homme susceptibles d'engendrer des réfugiés et des personnes déplacées, ne font pas mention de responsabilité mais parlent plutôt de rôles accrus des institutions internationales, de coopération internationale pour éviter de nouveaux mouvements massifs, de renforcement de la coordination de l'assistance humanitaire d'urgence, des mécanismes d'alerte précoce et de diplomatie préventive, d'augmentation de ressources, et de prévention de conflits (voir E/CN.4/1994/43, annexe I — e.g. Autriche, Cuba, Danemark, Finlande).

gine risque d'être fait aux dépens du droit d'asile — et c'est peut-être cela le but des pays d'accueil accablés par le flot de personnes fuyant les persécutions et les conflits armés. Mais nous avons vu la débâcle du système de « protection sur place » — la « safe haven » de Srbenica en Bosnie. Insister sur la responsabilité de l'Etat d'origine pour les flux massif de populations de son territoire, sans attaquer les causes profondes de l'exode et sans pouvoir garantir la sécurité sur le territoire, équivaudrait à lui demander de faire tout pour priver ses nationaux d'exercer leur droit à chercher l'asile ailleurs.