

LA PROTECTION
DES REFUGIES
EN DROIT
INTERNATIONAL

LA PROTECTION DES REFUGIES EN DROIT INTERNATIONAL

Sous la direction de Erika Feller, Volker Türk
et Frances Nicholson

Droit international



La collection *Droit international* a pour objectif de publier des monographies sur les problématiques les plus actuelles du droit international public. Elle offre aux praticiens la possibilité de suivre les développements du droit international public par ses ouvrages d'une haute qualité scientifique, écrits par des spécialistes de la matière.

Sous la direction de :

Philippe VINCENT, *professeur à l'Université de Liège et aux Facultés universitaires Saint-Louis.*

Dans la même collection :

VINCENT P., *Droit de la mer*, 2008

KIEFFER B., *L'organisation mondiale du commerce et l'évolution du droit international public*, 2008

FELLER E., NICHOLSON F., TÜRK V., *La protection des réfugiés en droit international*, 2008

Photo de couverture :

Chad / Sudanese refugees / Refugee women and children queuing for water in Breidjing camp/

© UNHCR / H. Caux / August 2004

Pour toute information sur notre fonds et les nouveautés dans votre domaine de spécialisation, consultez notre site web : www.larcier.com

© Groupe De Boeck s.a., 2008

Éditions Larcier

Rue des Minimes, 39 • B-1000 Bruxelles

Tous droits réservés pour tous pays.

Il est interdit, sauf accord préalable et écrit de l'éditeur, de reproduire (notamment par photocopie) partiellement ou totalement le présent ouvrage, de le stocker dans une banque de données ou de le communiquer au public, sous quelque forme et de quelque manière que ce soit.

Imprimé en Belgique

Dépôt légal 2008/0031/028

ISBN 978-2-8044-2385-8

NOTES SUR LES AUTEURS ET LES DIRECTEURS DE LA PUBLICATION ¹

T. Alexander Aleinikoff

T. Alexander Aleinikoff est Professeur au Centre de droit de l'Université Georgetown et analyste politique senior au Migration Policy Institute à Washington DC. Spécialiste du droit de l'immigration, des réfugiés et de la citoyenneté, il a publié de nombreux articles dans ces domaines, dans des revues américaines et internationales. De 1994 à 1997, il a travaillé au Service américain de l'Immigration et de la Naturalisation (INS), d'abord comme Conseiller général puis comme Commissaire exécutif associé pour les programmes. Il est co-auteur (avec David A. Martin et Hiroshi Motomura) de *Immigration and Citizenship : Process and Policy* (4^e édition, West Publishing Co., St Paul, MN, 1998).

Daniel Bethlehem

Daniel Bethlehem est entré au Barreau en 1988 et pratique le droit international dans son cabinet, situé au 20 Essex Street à Londres. Il a enseigné le droit international à la London School of Economics de 1992 à 1998. En 1998, il a pris le poste de Directeur adjoint au Centre Lauterpacht de recherche en droit international et occupe un poste d'enseignant-chercheur au Clare Hall College au sein de l'Université de Cambridge. Il intervient régulièrement en tant que conseil à la Cour internationale de Justice et dans d'autres tribunaux internationaux et nationaux.

Rafael Bonoan

Rafael Bonoan est chercheur auprès de l'Institute for Defense Analyses (IDA) à Washington DC, et doctorant dans le Département des sciences politiques du Massachusetts Institute of Technology. Ses domaines principaux de recherche sont les relations internationales, la sécurité et la politique étrangère américaine. Avant de rejoindre l'IDA, il a enseigné les relations internationales en tant que professeur invité à l'Université Ateneo de Manila (Philippines) et il a travaillé comme consultant pour le projet GrantCraft de la Fondation Ford.

Alice Edwards

Alice Edwards est juriste en droit international des réfugiés et en droits de l'Homme. Elle a travaillé comme consultante au Département de la protection internationale du HCR, servant de point de contact pour le « deuxième volet » des Consultations mondiales sur la protection internationale, de juillet 2001 à juillet 2002. De 1998 à cette date, elle était officier de protection du HCR en Bosnie-Herzégovine et au Rwanda. En 1997, elle a travaillé au Mozambique comme chargée de la communication pour l'organisation Food for the Hungry

1. Ces informations étaient correctes au moment de la parution de l'édition anglaise.

International, et en 1998, elle est devenue avocate à Melbourne (Australie). En 1996, elle a participé à la rédaction des actes d'un symposium du HCR sur la persécution liée à l'appartenance sexuelle, qui ont été publiés dans une édition spéciale de l'*International Journal of Refugee Law* en 1997. Pendant son séjour en Bosnie-Herzégovine, elle a effectué des recherches et rédigé une importante étude publiée par le HCR, sous le titre *Daunting Prospects — Minority Women : Obstacles to their Return and Reintegration* (avril 2000).

Erika Feller

Erika Feller est actuellement la Directrice du Département de la protection internationale du Haut Commissariat des Nations Unies pour les réfugiés, à Genève. Le fil conducteur de sa carrière a été son travail dans le domaine du droit international, tant au plan théorique, notamment son élaboration, qu'au plan pratique. Elle possède en outre une connaissance approfondie du travail dans le domaine des droits de l'Homme. Avant d'occuper son premier poste au HCR, en tant que Conseiller juridique senior auprès du Bureau du Directeur, Division du droit des réfugiés et de la doctrine, elle a travaillé pendant quatorze années en tant que diplomate au sein du ministère des Affaires étrangères australien, à Canberra, Berlin, Rome et Genève. Depuis qu'elle a rejoint le HCR, elle a travaillé à Genève, et sur le terrain en tant que représentante du HCR pour la Malaisie, Brunei et Singapour.

Joan Fitzpatrick †

Joan Fitzpatrick était Professeur de droit à l'Université de Washington (Jeffrey & Susan Brotman) à Seattle. Elle était l'auteur de six ouvrages dont *Human Rights in Crisis : The International System for Protecting Rights During States of Emergency* (University of Pennsylvania Press, 1994) et elle a coordonné les ouvrages suivants : *Human Rights Protection for Refugees, Asylum-Seekers, and Internally Displaced Persons : A Guide to International Mechanisms and Procedures* (Transnational Publishers, Ardsley, NY, 2002). Elle était membre du comité de rédaction de l'*American Journal of International Law*. Le HCR regrette profondément son décès prématuré en mai 2003.

Michelle Foster

Michelle Foster est actuellement candidate au diplôme de SJD à l'Université du Michigan. Elle est diplômée de l'Université de New South Wales et a occupé plusieurs postes de juriste en Australie, notamment dans le Service du Procureur général du Commonwealth, le Service du Procureur général de New South Wales, et à l'Université de New South Wales.

Geoff Gilbert

Geoff Gilbert est Professeur de droit à l'Université d'Essex (Royaume-Uni). Il dirige le Département juridique et le LLM en droit international des droits de l'Homme. Il a participé au programme de recherche du Centre des droits de l'Homme de l'Université d'Essex, sur les droits de l'Homme dans les situations de crise extrême, qui a été réalisé au nom du Département britannique pour le développement international. Il a donné des formations dans le domaine des droits de l'Homme pour le compte du Conseil de l'Europe et du HCR en Fédération de Russie (Sibérie et Kalmoukie), Bosnie-Herzégovine, Croatie, ex-République yougoslave de Macédoine et au Kosovo. Il a été expert consultant sur les réfugiés et le terrorisme pour le HCR et, depuis 2002 il est rédacteur en chef de l'*International Journal of Refugee Law*. Ses domaines de spécialité sont le droit international des droits de l'Homme, la protection des réfugiés en droit international et le droit international pénal.

Guy S. Goodwin-Gill

Guy S. Goodwin-Gill est Professeur de droit international des réfugiés et Directeur de recherche à l'Institut des études européennes de l'Université d'Oxford (Royaume-Uni). Depuis octobre 2002, il est chercheur senior au All Souls College d'Oxford. De 1994 à 2000, il a enseigné également le droit de l'asile à l'Université d'Amsterdam (Pays-Bas). Il a travaillé pour le HCR, principalement comme conseiller juridique, de 1976 à 1988, puis a mené des activités d'enseignement, de recherche et de conseil en droit international et dans le domaine des réfugiés, et d'autres questions relatives aux migrations. Il est le rédacteur fondateur de l'*International Journal of Refugee Law*, et il en a été le rédacteur en chef de 1989 à 2001. Parmi ses publications, on trouve *The Refugee in International Law* (2^e édition, Clarendon Press, Oxford, 1996) et *The Reality of International Law : Essays in Honour of Ian Brownlie* (Clarendon Press, Oxford, 1999), en tant que co-directeur et auteur (pour le dernier ouvrage). Depuis 1997, il est président du Refugee Legal Centre (organisation non gouvernementale britannique assistant et représentant les réfugiés et les demandeurs d'asile) et, depuis 2000, il a été nommé par les Nations Unies comme Président de la Commission d'appel des médias du Kosovo. Il est membre du Barreau d'Angleterre et du Pays de Galles.

Rodger Haines QC

Rodger Haines QC (Queen's Counsel) a été nommé à la New Zealand Refugee Status Appeals Authority (Instance d'appel des réfugiés de Nouvelle-Zélande) lors de sa création en 1991, et il est l'auteur de nombreuses décisions importantes de cette instance. Il en est actuellement le Président adjoint. Depuis 1993, il enseigne le droit de l'immigration et des réfugiés à la Faculté de droit, Université d'Auckland (Nouvelle-Zélande).

James C. Hathaway

James C. Hathaway est Professeur de droit à l'Université du Michigan (États-Unis), et il en est le Directeur-fondateur du Programme en droit des réfugiés et de l'asile, dans lequel les étudiants ont la possibilité d'étudier le droit des réfugiés dans une perspective internationale, comparée et interdisciplinaire. Il est également chercheur associé senior invité au Refugee Studies Centre de l'Université d'Oxford (Royaume-Uni). Il a été Professeur de droit et Recteur adjoint de la Faculté de droit Osgoode Hall de Toronto (Canada) et Professeur invité des Universités de Tokyo et de Californie. Parmi ses publications, on trouve *The Law of Refugee Status* (Butterworths, Toronto, 1991), *Reconceiving International Refugee Law* (Martinus Nijhoff, La Haye, 1997) en tant que Directeur, et plus de quarante articles. Il appartient aux comités de rédaction des revues *Journal of Refugee Studies* et *Immigration and Nationality Law Reports*, et dirige le Refugee Caselaw Site, un site Internet qui recueille, indexe et publie une sélection de décisions judiciaires récentes dans le domaine du droit des réfugiés. Il a récemment été nommé à la direction du premier cours spécialisé en droit des réfugiés pour l'Association internationale des juges du droit des réfugiés et il termine son prochain livre intitulé *The Rights of Refugees under International Law*.

Kate Jastram

Kate Jastram est actuellement Professeur à la Faculté de droit Boalt Hall de l'Université de Californie à Berkeley (États-Unis). Elle est actuellement en congé du HCR, où elle a occupé différents postes à Genève, notamment comme Officier de liaison senior pour les droits de l'Homme et comme Représentante régionale adjointe pour les États-Unis et les Caraïbes. Avant de rejoindre le HCR, elle était Directrice du projet sur les réfugiés et l'asile de l'orga-

nisation Minnesota Advocates for Human Rights et travaillait à San Francisco en tant qu'avocate spécialisée en droit de l'immigration et de la nationalité. Elle a travaillé comme consultante auprès du Migration Policy Institute, de l'Institute of International Law and Economic Development et du International Migration Policy Program de la Fondation Carnegie pour la paix internationale. Elle est auteur, co-auteur ou directrice d'un certain nombre de monographies et de documents de formation et d'information sur le droit des réfugiés et les droits de l'Homme.

Walter Kälin

Walter Kälin est Professeur de droit constitutionnel et international à la Faculté de droit de l'Université de Berne (Suisse). Ses ouvrages incluent des études sur le principe du non-refoulement (1982), la loi suisse sur l'asile (1990), la question des droits fondamentaux dans les sociétés multiculturelles (2000) et des annotations aux Principes directeurs sur les déplacements de personnes à l'intérieur de leur propre pays (2000). Il a été Rapporteur spécial de la Commission des droits de l'Homme des Nations Unies sur la situation des droits de l'Homme au Koweït pendant l'occupation irakienne (1991-1992) et il a travaillé à plusieurs reprises comme consultant pour le HCR, le Haut Commissaire des Nations Unies pour les droits de l'Homme, le Programme de développement des Nations Unies et d'autres organisations.

Sir Elihu Lauterpacht QC

Elihu Lauterpacht est entré au Barreau en 1950, a été nommé QC (Queen's Counsel) en 1970 et a été fait Chevalier en 1996. Il pratique dans un cabinet situé 20 Essex Street à Londres. Il est devenu membre du Trinity College à l'Université de Cambridge (Royaume-Uni) en 1953. Fondateur du Centre de recherche en droit international en 1983, il en a été le premier Directeur jusqu'en 1995, puis le Président d'honneur. Il a été nommé Professeur honoraire en droit international à l'Université de Cambridge en 1994. Il a été juge *ad hoc* dans *l'affaire du génocide* devant la Cour internationale de Justice, siège régulièrement comme arbitre dans des procédures internationales et intervient fréquemment en tant que conseil devant les tribunaux nationaux et internationaux.

Kathleen Newland

Kathleen Newland est Co-directrice et cofondatrice du Migration Policy Institute, un groupe de réflexion sur les questions de migration et de réfugiés, établi à Washington DC en 2001. Auparavant, elle était Associée senior à la Fondation Carnegie pour la paix internationale, où elle a codirigé le International Migration Policy Program. Elle préside le Conseil d'administration de la Women's Commission for Refugee Women and Children, et siège au Conseil d'administration de l'International Rescue Committee. En 1992-93, elle a rédigé le premier *State of the World's Refugees*, rapport du HCR. De 1988 à 1992, elle a enseigné à la London School of Economics, elle a également cofondé et dirigé Humanities, un fonds pour l'éducation destiné à développer la sensibilisation aux questions humanitaires internationales. Elle est l'auteur ou la directrice de cinq ouvrages, onze monographies plus courtes et d'autres publications, et elle a produit trois films documentaires sur les questions humanitaires.

Frances Nicholson

Frances Nicholson est consultante, dans le domaine de la recherche et de la rédaction, sur les questions de protection des réfugiés et de droits de l'Homme. Elle est co-directrice de la publication de *Refugee Rights and Realities : Evolving International Concepts and Regimes*

(Cambridge University Press, 1999) et a travaillé pour le HCR comme responsable de la publication *The State of the World's Refugees 2000/Les Réfugiés dans le Monde* (Oxford University Press, 2000). Après avoir terminé un master en relations internationales à l'Université de Cambridge (Royaume-Uni), elle a travaillé comme chercheuse (Airey Neave) au Human Rights Law Centre de l'Université de Nottingham (Royaume-Uni). Ses travaux récents incluent la rédaction et la sous-direction du rapport *Kosovo/Kosova, As Seen, As Told* pour le Bureau des institutions démocratiques et des droits de l'Homme de l'Organisation pour la sécurité et la coopération en Europe (OSCE) et la rédaction de documents de travail pour les Consultations mondiales du HCR sur la protection internationale.

Volker Türk

Volker Türk est actuellement Responsable de la Division de la politique de protection et de l'aide juridique, du Département de la protection internationale du HCR, à Genève. Cette Division a assumé des responsabilités significatives dans le processus des Consultations mondiales. De 1997 à début 2000, il a travaillé comme Chef adjoint de mission (protection) pour les opérations du HCR en Bosnie-Herzégovine et au Kosovo. De 1995 à 1997, il a été conseiller juridique à la Division de la protection internationale du HCR à Genève ; de 1993 à 1995, conseiller juridique régional pour l'Europe centrale et orientale (Bureau Europe, HCR, Genève) et de 1991 à 1993, officier de protection pour le bureau du HCR au Koweït. Il a également effectué des missions de courte durée en Asie centrale et en République démocratique du Congo. Auparavant, il a travaillé comme assistant à l'Institut du droit international à l'Université de Vienne, où il a terminé sa thèse de doctorat sur le HCR et son mandat (publiée en allemand par Duncker & Humblot, Berlin, 1992). De 1985 à 1988, il a été assistant de recherche à l'Institut de droit pénal de l'Université de Linz (Autriche). Il a beaucoup publié en matière de droit international des réfugiés.

AVANT-PROPOS

Je me réjouis de la publication de cette édition en langue française du livre *Refugee Protection in International Law : UNHCR's Global Consultations on International Protection*, qui contribue à rendre plus accessible au monde francophone les dilemmes et les développements du droit international contemporain relatif aux réfugiés.

Ce livre représente une issue majeure du « deuxième volet » des Consultations mondiales du HCR sur la protection internationale de 2000–02. Ce volet des Consultations était consacré à l'analyse et à la discussion de questions requérant une clarté accrue sur certains aspects de la Convention de 1951 relative au Statut des Réfugiés à la lumière d'interprétations modernes, dont certaines avaient commencé à diverger tant au sein de certains États qu'entre certains États.

Depuis sa publication en anglais en 2003, et l'actuelle édition française, l'analyse et les conclusions des processus exposées dans ce livre servent d'outil de plus en plus utile aux juristes, juges, fonctionnaires gouvernementaux et autres personnes qui cherchent à clarifier l'interprétation de questions diverses en matière de droit international relatif aux réfugiés.

Ce livre a également servi de base à une série de Principes directeurs du HCR sur la protection internationale, publiés conformément au mandat du Haut Commissariat, tel que contenu dans son Statut de 1950 en conjonction avec l'article 35 de la Convention de 1951 et l'article II de son Protocole de 1967. Il fut demandé au Haut Commissariat de les publier dans l'Agenda pour la Protection, qui fut lui-même approuvé par le Comité exécutif du HCR et accueilli par l'Assemblée Générale en 2002. Ces Principes directeurs, qui sont disponibles sur le site Internet du HCR en plusieurs langues, dont le français, servent d'orientation en matière d'interprétation aux gouvernements, aux praticien(ne)s du droit, aux décisionnaires et à la magistrature, ainsi qu'aux membres du personnel du HCR qui effectuent la détermination du statut de réfugié sur le terrain. Elles complètent le *Guide du HCR des procédures et critères à appliquer pour déterminer le statut de réfugié au regard de la Convention de 1951 et du Protocole de 1967 relatifs au statut des réfugiés*.

Jusque mi-2007, sept Principes directeurs ont été publiés dans cette série. Ils proviennent de nombreuses questions traitées dans ce livre : la persécution liée au genre ; l'appartenance à un certain groupe social ; la cessation dans le contexte de l'article 1 C 5 et 1 C 6 de la Convention de 1951 ; la possibilité de fuite ou de réinstallation interne ; l'application des clauses d'exclusion ; les demandes d'asile fondées sur la religion, et l'application de l'article 1 A 2 de la Convention aux victimes de la traite et aux personnes risquant d'être victimes de la traite.

Nous espérons que ces Principes directeurs, qui s'appuient fortement sur l'analyse de la jurisprudence comparative accompagnant le deuxième volet du processus des Consultations mondiales, contribueront à surmonter les divergences dans la pratique des États et à promouvoir une approche plus harmonisée et plus structurée de l'interprétation de la Convention de 1951. Cela commence déjà : un nombre croissant de cours et tribunaux citent des contributions et des conclusions des tables rondes d'expert(e)s contenues dans ce livre, ainsi que des Principes directeurs sur la protection internationale qui en découlent.

Je loue la publication de ce livre en français, dans l'attente qu'il rende son contenu important encore plus accessible au monde francophone.

António Guterres
Haut Commissaire des Nations Unies pour les Réfugiés
Genève, juillet 2007

PRÉFACE

Le monde a radicalement changé depuis la création du HCR et l'entrée en vigueur de la *Convention relative au statut des réfugiés* il y a cinquante ans. Le régime moderne de protection internationale des réfugiés a été construit au lendemain de la Seconde Guerre mondiale et il représente désormais une structure complexe, assurant une protection vitale à des millions de personnes déplacées de force. Au cœur de cette structure, la Convention et le *Protocole de 1967*, sont largement reconnus comme des instruments durables qui représentent la « cheville ouvrière du régime de protection internationale des réfugiés » comme l'ont déclaré les États parties à la Convention et/ou au Protocole en décembre 2001.

D'aucuns ont toutefois parfois tiré des conclusions tendant à remettre en question la pertinence actuelle de la Convention, ou recommandant de la réformer totalement, voire de l'abandonner. Ces conclusions sont erronées et même dangereuses. Elles contribuent à éroder la qualité de l'asile, car l'engagement des États à assurer une protection en vertu des instruments existants commence à faiblir. Le HCR reconnaît bien sûr que les défis actuels sont nombreux et variés et qu'il y a des lacunes dans le cadre de protection, même si, en son sein, les principes fondamentaux du régime de la Convention sont plus que jamais valables et nécessaires.

Les Consultations mondiales sur la protection internationale manifestent la volonté du HCR d'identifier les défis modernes auxquels la protection des réfugiés est confrontée, de consolider les soutiens en faveur du cadre international des principes de protection, et d'explorer les possibilités de renforcer la protection au moyen de nouvelles approches, qui respectent néanmoins les préoccupations et les contraintes des États et des autres acteurs. Ce processus avait pour objectif de promouvoir une meilleure compréhension des dilemmes actuels en matière de protection, dans la perspective tant des prestataires que des bénéficiaires de la protection internationale. Il n'est pas toujours facile de concilier les intérêts des États et les besoins des réfugiés, mais il est évident que le premier pas dans cette direction ne peut être fait qu'après en avoir correctement mesuré les possibilités et les limites.

Les Consultations ont également été conçues pour favoriser une meilleure coopération entre tous les acteurs concernés. L'identification des meilleures pratiques, ou au moins de leurs principes de base, pour faire fonctionner les systèmes d'asile de manière plus équitable et plus efficace, parallèlement à un raffermissement de la volonté politique d'améliorer la protection, non pas sur une base *ad hoc* et discrétionnaire, mais de façon prévisible et cohérente dans le cadre de critères acceptés au plan international, constituaient également des objectifs. Il en était de

même concernant une approche plus sensée du partage des responsabilités, afin d'allouer les responsabilités de manière plus rationnelle et d'équilibrer les charges de manière plus équitable. Enfin, les Consultations mondiales avaient pour but de contribuer à améliorer la mise en œuvre des principes de base importants, notamment en clarifiant leur signification dans le contexte actuel.

Les différentes questions soulevées au cours des Consultations mondiales ont été réparties en trois « volets ». Le premier s'est achevé par une réunion sans précédent des ministres des États parties à la *Convention de 1951* et/ou au *Protocole de 1967*, qui a eu lieu à Genève en décembre 2001. La Déclaration qui en est issue — la première adoptée par tous les États parties — est reproduite au chapitre 1.3 de cette publication. Cette Déclaration constitue une mesure importante de l'engagement politique pour améliorer la protection des réfugiés dans un cadre conventionnel renforcé. Le « deuxième volet » des Consultations s'est traduit par une série de tables rondes d'experts qui se sont tenues au cours de l'année 2001 sur certaines questions d'interprétation de la *Convention de 1951* nécessitant d'être clarifiées (cf. tableau p. xxi). Il en résultera, nous l'espérons, une harmonisation dans la manière d'appliquer la Convention dans le monde d'aujourd'hui. Le « troisième volet » a rassemblé des États et d'autres acteurs dans le cadre du Comité exécutif du Programme du Haut Commissaire pour discuter de différentes questions spécifiques ou thématiques en matière de protection des réfugiés, qui ne sont pas directement, ou pas adéquatement, couvertes par la Convention et le Protocole.

Dans l'ensemble, le processus des Consultations mondiales a favorisé un esprit de coopération pour aborder les questions de réfugiés. Il a suscité un intérêt pour un dialogue multilatéral visant à trouver des solutions à un ensemble de problèmes de plus en plus internationalisés. Le processus a confirmé la volonté de mettre en commun les préoccupations et de rechercher ensemble des solutions durables à des problèmes dont le règlement ne peut venir que d'une action collective. Le HCR et les États ont élaboré ensemble un Agenda pour la protection, qui devrait contribuer tant à alimenter et orienter le débat qu'à mettre en place des politiques. L'Agenda comprend un programme étendu d'action pour aborder les différentes questions relatives à la protection des réfugiés dans le contexte complexe actuel.

Ce livre constitue une production majeure des tables rondes du « deuxième volet » et des relevés de conclusions qui en ont résulté. Il analyse en détail différentes questions juridiques d'interprétation de la *Convention de 1951* et rassemble les documents de travail rédigés par les experts, présentés aux participants des réunions des tables rondes, et leurs conclusions. Il avait été demandé aux auteurs de faire des propositions pour parvenir à un consensus sur des questions clés d'interprétation de la Convention, afin de favoriser une plus grande cohérence dans l'application de la Convention par les différentes juridictions dans le monde. Il leur avait également été demandé d'intégrer à leur analyse les développements récents du droit international applicable aux déplacements forcés.

Ce livre débute par une présentation générale de la protection des réfugiés en droit international, suivie par un document portant sur les dimensions de l'âge et du genre dans l'interprétation de la *Convention de 1951* et par le texte de la *Déclaration de 2001 de la Réunion ministérielle des États parties à la Convention de 1951 et/au Protocole de 1967*. La publication contient ensuite neuf chapitres, chacun comprenant un document, rédigé par différents experts reconnus en matière de protection internationale des réfugiés, sur des questions essentielles d'interprétation de la *Convention de 1951*. Celles-ci concernent le non-refoulement, l'entrée irrégulière, l'appartenance à un certain groupe social, la persécution liée au genre, les possibilités de refuge/réinstallation/protection interne, l'exclusion, la cessation, l'unité et la réunification familiales et la responsabilité de surveillance du HCR en vertu de son Statut. Chacune de ces questions a été débattue au cours de la réunion d'une table ronde d'experts en 2001 et les relevés des conclusions de ces réunions sont présentés à la suite des documents pertinents.

Je suis convaincue que cette publication va fournir un outil important pour les juges, les agents chargés de l'instruction, les praticiens du droit, les fonctionnaires, les travailleurs humanitaires, les défenseurs non gouvernementaux de la cause des réfugiés et les milieux universitaires dans leurs différents efforts pour parvenir à l'objectif commun du renforcement de la protection des réfugiés à travers le monde. Pour sa part, le HCR va s'inspirer de ces différentes contributions pour actualiser ses *Principes directeurs*, élaborés conformément à la responsabilité que lui confèrent le paragraphe 8 de son Statut et l'article 35 de la *Convention de 1951* elle-même.

Erika Feller
Directrice de la protection internationale (2003)
Haut Commissaire assistant pour la protection (2007),
Haut Commissariat des Nations Unies pour les réfugiés

REMERCIEMENTS

Le HCR souhaiterait remercier les co-organisateurs des tables rondes d'experts, organisées dans le cadre du « deuxième volet » des Consultations mondiales sur la protection internationale, pour leurs importantes contributions tant sur le fond qu'en termes financiers, sans lesquelles ces événements n'auraient pas pu avoir lieu. Les coorganisateurs étaient l'International Migration Policy Institute de la Fondation Carnegie pour la paix internationale, New York (États-Unis) ; la Fondation luso-américaine pour le développement, Lisbonne (Portugal) ; le Centre Lauterpacht de recherche en droit international, Université de Cambridge (Royaume-Uni) ; l'Institut international de droit humanitaire, San Remo (Italie) et l'Institut Universitaire des Hautes Études Internationales, Genève (Suisse). Les autres importants contributeurs financiers au processus des Consultations mondiales, qui ont de ce fait également rendu ces tables rondes possibles, ont été l'Australie, le Canada, la Commission européenne, le Japon, le Luxembourg, les Pays-Bas, la Norvège, la Suède, la Suisse, le Royaume-Uni et les États-Unis. En outre, les gouvernements du Canada, de la Chine, du Costa Rica, de l'Égypte, de la France, de la Hongrie, de la Norvège et de l'Afrique du Sud ont chacun accueilli des réunions régionales dans le cadre du « troisième volet » des Consultations, qui ont également représenté une contribution importante au processus.

Les directeurs de la publication souhaiteraient remercier tout particulièrement Kate Jastram et Alice Edwards, qui ont apporté une contribution précieuse sur le fond et en termes logistiques, en tant que points de contact pour le « deuxième volet » des Consultations mondiales, ainsi qu'Eve Lester, officier de liaison avec les organisations non gouvernementales (ONG) pour les Consultations.

En outre, ils souhaitent adresser leurs plus sincères remerciements à leurs collègues pour leurs contributions et leurs commentaires, en particulier Nicholas Arons, Alexander Beck, Walter Brill, Walpurga Englbrecht, Diane Goodman, Nathalie Karsenty, Irene Khan, Janice Marshall, Hugh Massey, Sophie Muller, Shahrzad Tadjbakhsh, Mignon van der Liet et Wilbert van Hövell. Merci également à Finola O'Sullivan, Treena Hall, Jennie Rubio, Caro Drake et Martin Gleeson de Cambridge University Press, ainsi qu'à Lesley Dingle de la Squire Law Library de Cambridge, pour leur aimable soutien dans la réalisation de cette publication en anglais.

L'éditeur a fait son possible pour garantir que les adresses des sites Internet mentionnées dans cet ouvrage soient correctes et opérationnelles au moment de la mise sous presse. L'éditeur n'est toutefois pas responsable des sites Internet et ne peut pas garantir qu'un site donné continuera de fonctionner et que son contenu

restera approprié. Les adresses des sites Internet donnés dans l'édition française restent pour la plupart identiques à l'édition originale. Il faut néanmoins signaler que l'adresse du HCR est <http://www.unhcr.org>.

Les directeurs de la publication remercient également toutes les personnes qui se sont chargées de la traduction française et de sa vérification, notamment Jean-Paul Cavalieri, Angèle Dikongue-Atangana, Walpurga Englbrecht, Philippe Leclerc, Sophie Muller, Marie-Sophie Peyre, Véronique Planès-Boissac, Yasser Saad, Françoise Stichelbaut et Béatrice Ureche. Nous remercions également Cordelia Hamilton de Cambridge University Press et la maison d'édition Larcier d'avoir soutenu la publication de ce livre en français.

TABLES RONDES D'EXPERTS ET SUJETS ABORDÉS AU COURS DU « DEUXIÈME VOLET » DES CONSULTATIONS MONDIALES

Tables rondes	Sujets
<p>1^{re} table ronde Date : 3-4 mai 2001 Lieu : Lisbonne Co-organisateur : Fondation Carnegie pour la paix internationale, Washington DC Accueilli par : Fondation luso-américaine pour le développement, Lisbonne, Portugal</p>	<ul style="list-style-type: none"> • Cessation (article 1 C) • Exclusion (article 1 F)
<p>2^e table ronde Date : 9-10 juillet 2001 Lieu : Cambridge Co-organisateur : Centre Lauterpacht de recherche en droit international, Cambridge, Royaume-Uni</p>	<ul style="list-style-type: none"> • Principe de non-refoulement (article 33) • Responsabilité de surveillance (article 35)
<p>3^e table ronde Date : 6-8 septembre 2001 Lieu : San Remo Co-organisateur : Institut international pour le droit humanitaire, San Remo, Italie</p>	<ul style="list-style-type: none"> • Appartenance à un certain groupe social (article 1 A 2) • Persécution liée au genre (article 1 A 2) • Possibilité de protection interne / réinstallation interne/fuite interne
<p>4^e table ronde Date : 8-9 novembre 2001 Lieu : Genève Co-organisateur : Institut Universitaire des Hautes Études Internationales, Genève, Suisse</p>	<ul style="list-style-type: none"> • Entrée irrégulière (article 31) • Unité de famille (Acte final de la Conférence des Nations Unies de 1951)

ABRÉVIATIONS

All ER	<i>All England Law Reports</i> (Royaume-Uni)
ALR	<i>Australian Law Reports</i> (Australie)
BIA	<i>Board of Immigration Appeals</i> (Commission des recours en matière d'immigration, États-Unis)
BIT	Bureau International du Travail
BverwG	<i>Bundesverwaltungsgericht</i> (Cour administrative fédérale, Allemagne)
BVG	<i>Bundesverfassungsgericht</i> (Cour constitutionnelle fédérale, Allemagne)
CA	Cour d'appel
CADH	Convention américaine des Droits de l'Homme, 1969
CADHP	Charte africaine des droits de l'homme et des peuples (Charte de Banjul), 1981
CAHAR	Comité <i>ad hoc</i> d'experts sur les aspects juridiques de l'asile territorial, des réfugiés et des apatrides (Conseil de l'Europe)
CASWANAME	Bureau pour l'Asie centrale, l'Asie du Sud-Ouest, l'Afrique du Nord et le Moyen-Orient (HCR)
CCT	Convention contre la torture, 1984
CDE	Convention relative aux droits de l'enfant, 1989
CDH	Comité des droits de l'homme
CDI	Commission du droit international
CDR	Centre de documentation et de recherche (HCR)
CEDEF	Convention sur l'élimination de toutes les formes de discrimination à l'égard des femmes, 1979
CEDH	Convention européenne de sauvegarde des Droits de l'Homme et des Libertés fondamentales, 1950
CEDR	Convention sur l'élimination de toutes les formes de discrimination raciale, 1965
CERE	Conseil européen sur les réfugiés et les exilés
CFR	<i>Code of Federal Regulations</i> (Code de la réglementation fédérale, USA)
Charte de Banjul	Charte africaine des droits de l'homme et des peuples, 1981
CICR	Comité international de la Croix-Rouge
CIJ	Cour internationale de Justice
CIREFCA	Conférence internationale sur les réfugiés d'Amérique centrale

CISR	Commission de l'immigration et du statut de réfugié (Canada)
CJ	<i>Chief Justice</i>
CLR	<i>Commonwealth Law Reports</i>
Comité exécutif	Comité exécutif du Programme du Haut Commissaire
Convention de l'OUA	Convention de l'OUA régissant les aspects propres aux problèmes des réfugiés en Afrique
CPI	Cour pénale internationale
CPJI	Cour permanente de justice internationale
CRR	Commission des recours des réfugiés (France)
DAC	Comité d'aide au développement (OCDE)
Déclaration de Carthagène	Déclaration de Carthagène sur les réfugiés, 1984
Déclaration universelle	Déclaration universelle des droits de l'homme, 1948
DIP	Division de la protection internationale (HCR) jusqu'en 1999 ; Département de la protection internationale depuis 1999
DLR	<i>Dominion Law Reports</i>
DUDH	Déclaration universelle des droits de l'homme, 1948
ECOSOC	Conseil économique et social des Nations Unies
EHRH	<i>European Human Rights Reports</i>
ELENA	<i>European Legal Network on Asylum</i> (Réseau des avocats européens sur l'asile, CERE)
EPAU	Unité d'évaluation et d'analyse politique (HCR)
FCA	<i>Federal Court of Australia</i> (Cour fédérale d'Australie)
FGM	<i>Female genital mutilation</i> (mutilations génitales féminines)
FISCRCR	Fédération internationale des Sociétés de la Croix-Rouge et du Croissant-Rouge
HCA	<i>High Court of Australia</i> (Haute Cour d'Australie)
HCDH	Haut Commissaire des Nations Unies aux droits de l'Homme
HCR	Haut Commissariat des Nations Unies pour les réfugiés
IAA	<i>Immigration Appellate Authority</i> (Instance d'appel en matière d'immigration, Royaume-Uni)
IARLJ	Association internationale des juges du droit des réfugiés
IAT	<i>Immigration Appeal Tribunal</i> (Cour d'appel en matière d'immigration, Royaume-Uni)
ICVA	Conseil international des Agences Bénévoles
IFA	<i>internal flight alternative</i> (possibilité de fuite interne)
ILM	<i>International Legal Materials</i>
ILR	<i>International Law Reports</i>
Imm AR	<i>Immigration Appeal Reports</i> (Royaume-Uni)
INA	<i>Immigration and Nationality Act</i> (Loi sur l'immigration et la nationalité, États-Unis)

INLA	<i>Irish National Liberation Army</i> (Armée de libération nationale irlandaise)
INLR	<i>Immigration and Nationality Law Reports</i>
INS	<i>Immigration and Naturalization Service</i> (Service d'immigration et de naturalisation, États-Unis)
IPA	<i>internal protection alternative</i> (possibilité de protection interne)
IRA	<i>internal relocation alternative</i> (possibilité de réinstallation interne)
J	<i>Justice</i>
JO	Journal officiel de l'Union européenne
LCHR	<i>Lawyers Committee for Human Rights</i> (Comité des avocats pour les droits de l'Homme)
MINBYUN	Avocats pour une société démocratique (République de Corée)
NVwZ	<i>Neue Zeitschrift für Verwaltungsrecht</i>
NZLR	<i>New Zealand Law Reports</i>
OCDE	Organisation de coopération et de développement économiques
OEA	Organisation des États américains
OGH	<i>Oberster Gerichtshof</i> (Cour suprême, Autriche)
OIM	Organisation internationale pour les migrations
OIR	Organisation internationale pour les réfugiés
ONG	Organisation non gouvernementale
ONU	Organisation des Nations Unies
OUA	Organisation de l'Unité Africaine (dénommée Union africaine depuis 2002)
PIDCP	Pacte international relatif aux droits civils et politiques, 1966
PIDESC	Pacte international relatif aux droits économiques, sociaux et culturels, 1966
Principes afro-asiatiques relatifs aux réfugiés	Principes relatifs au traitement des réfugiés adoptés par le Comité juridique consultatif Afrique/Asie, 1966
QBD	<i>Queen's Bench Division</i>
RBAC	Bureau régional pour les Amériques et les Caraïbes (HCR)
RDDE	Revue du droit des étrangers
RéfLex	Base de données contenant des condensés de décisions récentes en droit canadien de l'immigration et de la protection des réfugiés rendues par la CISR, la SSR, la Section d'appel de l'immigration (SAI), la Section d'arbitrage (SA) et par la Cour fédérale du Canada, disponible sur http://www.irb-cisr.gc.ca/fr/decisions/reflex/index_f.htm
Refworld	Base de données sous forme de CD-Rom du HCR contenant des informations relatives aux réfugiés notamment de la jurisprudence et des traités, disponible sur http://www.unhcr.org/cgi-bin/texis/vtx/refworld/rwmain

REK	<i>Rechtseenheidskamer</i> (Chambre d'harmonisation du droit, Pays-Bas)
RRT	<i>Refugee Review Tribunal</i> (Tribunal de contrôle en matière de réfugiés, Australie)
RSAA	<i>Refugee Status Appeals Authority</i> (Instance d'appel des réfugiés, Nouvelle-Zélande)
RWLG	<i>Refugee Women's Legal Group</i> (Groupe juridique des femmes réfugiés, Royaume-Uni)
SCPI	Sous-Comité plénier sur la protection internationale (Comité exécutif)
SCR	<i>Supreme Court Reports</i> (Canada)
SOPEMI	Rapport annuel sur les tendances des migrations internationales (OCDE)
SSR	Section du statut de réfugié (Canada)
STE	Série des Traités Européens (Conseil de l'Europe)
STSN	Série des traités de la Société des Nations
TNP	Traité sur la non-prolifération des armes nucléaires
TPIR	Tribunal pénal international pour le Rwanda
TPIY	Tribunal pénal international pour l'ex-Yougoslavie
TPS	<i>temporary protected status</i> (statut de protection temporaire, États-Unis)
UKTS	<i>United Kingdom Treaty Series</i>
UNESCO	Organisation des Nations Unies pour l'éducation, la science et la culture
UNFPA	Fonds des Nations Unies pour la population
UNGA	<i>United Nations General Assembly</i> (Assemblée générale des Nations Unies)
UNGAOR	<i>United Nations General Assembly Official Records</i>
UNICEF	Fonds des Nations Unies pour l'enfance
UNITA	Union nationale pour l'indépendance totale de l'Angola
UNREF	Fonds des Nations Unies pour les réfugiés
UNSC	<i>United Nations Security Council</i> (Conseil de sécurité des Nations Unies)
UNTS	<i>United Nations Treaty Series</i> (Recueil des Traités des Nations Unies)
USC	<i>United States Code</i> (Code des États-Unis)
WARIPNET	ONG d'Afrique de l'Ouest pour les réfugiés et les déplacés internes (Sénégal)
WLK	<i>Weekly Law Reports</i> (Royaume-Uni)
ZaöRV	<i>Zeitschrift für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht</i>

Première partie

Introduction

Sommaire

1.1

La protection des réfugiés en droit international :
perspective globale 27

1.2

Les dimensions de l'âge et du genre
en droit international des réfugiés 73

1.3

Déclaration des États parties à la Convention
de 1951 et/ou à son Protocole de 1967
relatifs au statut des réfugiés 113

LA PROTECTION DES RÉFUGIÉS EN DROIT INTERNATIONAL : PERSPECTIVE GLOBALE

Volker TÜRK et Frances NICHOLSON *

Table des matières

I.	Contexte	28
II.	Structure de l'ouvrage et objectif de cette présentation générale	31
III.	Les neuf thèmes abordés dans les documents de travail et dans les Relevés des conclusions des tables rondes	34
A.	La portée et le contenu du principe du non-refoulement	34
B.	L'article 31 de la Convention de 1951 relative au statut des réfugiés : l'entrée irrégulière	39
C.	L'appartenance à un certain groupe social	42
D.	La persécution liée au genre	45
E.	La possibilité de fuite, de réinstallation ou de protection internes	49
F.	L'exclusion	55
G.	La cessation	58
H.	L'unité de la famille et la protection des réfugiés	60
I.	La responsabilité de surveillance du HCR	62
IV.	La protection contre la persécution au XXI ^e siècle	64
V.	Conclusion	70

* Les opinions exprimées sont les opinions personnelles des auteurs et ne sont pas nécessairement celles des Nations Unies ou du HCR.

I. Contexte

*La Convention de 1951 et le Protocole de 1967 relatifs au statut des réfugiés*¹ sont l'incarnation juridique moderne de la tradition ancienne et universelle consistant à offrir un sanctuaire aux personnes à risque et en danger. Ces deux instruments reflètent une valeur humaine fondamentale faisant l'objet d'un consensus général, et ils constituent les premiers et les seuls instruments au niveau global qui régissent spécifiquement le traitement des personnes contraintes de quitter leur foyer en raison d'une rupture avec leur pays d'origine. Depuis un demi-siècle, ces textes ont montré clairement leur capacité d'adaptation aux changements de situation. Bénéficiant d'abord aux réfugiés européens de la Deuxième Guerre mondiale, la Convention est parvenue à offrir un cadre de protection aux réfugiés fuyant les persécutions de régimes répressifs, les troubles causés par les guerres d'indépendance ou les nombreux conflits ethniques ayant succédé à la période de guerre froide².

La protection internationale des réfugiés s'avère aussi nécessaire aujourd'hui qu'elle l'était lors de l'adoption de la *Convention de 1951* il y a plus de cinquante ans. Depuis la fin de la guerre froide, des tensions interethniques latentes, souvent exploitées par des politiciens populistes, ont éclaté en conflits et en troubles. Des communautés qui cohabitaient depuis des générations ont été séparées et des millions de personnes ont été déplacées, que ce soit en ex-Yougoslavie, dans la région des Grands Lacs, dans le Caucase ou en Afghanistan. Le fait de prendre délibérément pour cible des civils et de provoquer leur fuite ne représente pas seulement une méthode de guerre mais est devenu l'objectif même du conflit. Très clairement, ces déplacements forcés sont motivés par des raisons qui relèvent sans conteste de la définition du réfugié telle que stipulée dans la Convention. Pourtant, dans certaines régions, les États ont souvent eu des difficultés à l'admettre dès le début de la crise et ont préféré élaborer des réponses *ad hoc* et discrétionnaires.

Il existe également de nombreuses situations de réfugiés qui perdurent, car elles résultent de conflits qui n'ont pas été réglés par la fin de la guerre froide et qui ont perduré de manière autonome, souvent financés par le pillage de ressources naturelles précieuses et/ou par le commerce illicite des armes légères³. L'instabilité et l'insécurité endémiques forment souvent le terreau des déplacements à l'intérieur et à l'extérieur d'États en crise ou d'États dont le gouvernement central ne contrôle

1. Nations Unies, *Recueil des Traités*, vol. 189, n° 150 ; Nations Unies, *Recueil des Traités*, vol. 606, n° 267.

2. Voir, en général, HCR, *Les réfugiés dans le monde* (Éditions Autrement, 2000).

3. Voir, par exemple, la résolution de l'Assemblée générale des Nations Unies sur le rôle des diamants dans les conflits, UN doc. A/RES/55/56, 1 décembre 2000 ; voir également en général <http://www.un.org/peace/africa/Diamond.html>. Au sujet de la conférence des Nations Unies sur le commerce illicite des armes légères sous tous ses aspects, New York, 9-20 juillet 2001, voir UN doc. A/CONF.192/15 et <http://disarmament.un.org/cab/smallarms/>.

qu'une partie du territoire, offrant difficilement les conditions propices à un retour dans la sécurité.

Les déplacements résultant de telles situations peuvent poser des problèmes spécifiques aux pays d'accueil, en particulier s'ils accordent l'asile à d'importantes communautés de réfugiés, et ceci parfois pendant des décennies. C'est pourquoi le partage des responsabilités, afin d'alléger le fardeau pesant sur un État donné lorsqu'il est incapable de l'assumer complètement, représente un réel défi. Il est également nécessaire de mettre en place des mécanismes de partage, et non de transfert, de ce fardeau, afin d'établir, le moment venu, un partage des responsabilités dans une situation donnée.

La xénophobie et l'intolérance envers les étrangers, et en particulier envers les réfugiés et les demandeurs d'asile, se sont également développées au cours des dernières années et cela constitue un problème majeur. Certains médias et politiciens semblent être de plus en plus enclins à tirer profit de cette situation dans leur propre intérêt.

En outre, depuis les attaques du 11 septembre 2001 aux États-Unis, les questions de sécurité dominent le débat, y compris en matière de migration, et ont parfois occulté les intérêts légitimes des personnes en quête de protection. Un certain nombre d'États ont, par exemple, réformé leur dispositif d'asile sous un angle sécuritaire et ont, à cette occasion, durci les procédures et introduit des modifications significatives, en élargissant notamment les motifs de détention ou en réexaminant les demandes dans le but de détecter des menaces potentielles à la sécurité. Dans certains cas, le contexte de l'après 11 septembre a été utilisé pour élargir le champ des mesures prévues dans la *Convention de 1951* concernant la possibilité d'exclure des réfugiés du statut de réfugié et/ou de les expulser. Le degré de collaboration entre les autorités responsables de l'immigration et de l'asile et les services de renseignements et de lutte contre la criminalité s'est également intensifié.

L'augmentation des migrations illégales, y compris le trafic et la traite des êtres humains, représente un défi supplémentaire. Ces évolutions sont en partie une conséquence de la mondialisation, qui a favorisé et renforcé les réseaux de transport et de communication et a suscité des attentes. L'augmentation des migrations illégales peut aussi être vue comme étant, en partie, le résultat des politiques restrictives en matière d'immigration menées par de nombreux États industrialisés, qui poussent les migrants économiques comme les réfugiés à emprunter des voies illégales, qu'ils soient à la recherche d'une vie meilleure ou, plus fondamentalement, d'une protection contre la persécution. Les exigences de visa, les sanctions imposées aux transporteurs, les accords de réadmission, les officiers d'immigration postés à l'étranger et d'autres mesures similaires sont des outils de contrôle migratoire qui doivent prévoir des garanties de protection et des procédures adéquates afin que les réfugiés puissent atteindre des lieux sûrs.

Plus spécifiquement, en ce qui concerne l'interprétation de la *Convention de 1951* elle-même, certains États emploient diverses formes complémentaires de pro-

tection qui ont eu, dans certains cas, pour effet de détourner des réfugiés conventionnels vers des formes de protection moindre. Lorsque la protection fournie par les instruments internationaux en matière de droits de l'Homme est prise en compte, il en résulte que de nombreux États disposent désormais de plusieurs procédures pour déterminer les besoins de protection internationale. Cette évolution conduit à s'interroger sur les relations entre d'une part, le droit international des réfugiés et d'autre part, le droit international humanitaire et des droits de l'Homme.

Au sein de la procédure d'asile, les systèmes de nombreux États font face au défi important d'assurer un équilibre satisfaisant entre les besoins d'équité et d'efficacité. Les dilemmes sont innombrables. Comment des notions telles que celles de pays tiers sûr et de pays d'origine sûr ou encore de procédures accélérées pour les demandes manifestement infondées, qui ont été introduites dans de nombreuses juridictions, peuvent-elles être mises en œuvre de manière à la fois efficace et de manière attentive aux principes de protection ? Les victimes de violences et de persécutions émanant d'agents non étatiques, c'est-à-dire des milices, des groupes paramilitaires, des rebelles séparatistes, des bandits, de la mafia, des époux violents, ont-elles le droit à la protection du statut de réfugié dans un autre État ? Dans quelle mesure la notion de « persécution » et le motif de « l'appartenance à un certain groupe social » énoncés dans la définition du réfugié de la *Convention de 1951*, peuvent-ils être raisonnablement interprétés de façon à protéger les femmes victimes de violences liées au genre, bien entendu pour le viol en période de conflit mais aussi peut être vis-à-vis de pratiques traditionnelles dangereuses, de la traite ou de la violence domestique ? Si seule une partie de l'État d'origine est affectée par un conflit, dans quelle mesure les personnes sont-elles en mesure de se réinstaller dans d'autres zones à l'intérieur de cet État et quel impact cela a-t-il sur leur demande de protection en tant que réfugié ? Quelle influence d'autres conventions telles que la *Convention de 1989 sur les droits de l'enfant*⁴ ont-elles sur les procédures d'asile et le traitement des enfants réfugiés ?

Des approches divergentes au sein de certaines régions ont également conduit des États à élaborer des cadres juridiques spécifiques communs à leur région pour traiter les demandes d'asile. Ces efforts peuvent renforcer la protection des réfugiés, mais doivent en même temps garantir la cohérence avec le régime de la *Convention de 1951* et donc promouvoir son « application intégrale et globale »⁵. Des concepts tels que les notions de pays d'origine sûr ou de pays tiers sûr élaborés dans certaines régions sont parfois également « exportés » vers d'autres régions du monde qui reçoivent beaucoup moins de demandeurs d'asile ou qui ont des capacités de protection moins développées.

4. Résolution 44/25 de l'Assemblée générale des Nations Unies, 20 décembre 1989.

5. Voir, par exemple, Conseil européen, « Conclusions de la présidence », Tampere, Finlande, 16-17 octobre 1999, paragraphe 13.

Enfin, la mise en œuvre complète du régime de protection internationale, avec la *Convention de 1951* pour noyau central, dépend de la capacité de la communauté internationale à trouver des solutions durables aux situations de déplacements forcés, que ce soit par le rapatriement librement consenti, la réinstallation dans un pays tiers, l'intégration sur place ou une combinaison de ces éléments. Le défi consiste à trouver des solutions pour les individus, comme pour les groupes de réfugiés, qui soient à la fois durables et fondées sur la protection.

En résumé, la *Convention de 1951* et le *Protocole de 1967* constituent les instruments mondiaux qui établissent les principes fondamentaux sur lesquels repose toute la protection internationale des réfugiés. Leur signification juridique, politique et éthique va bien au-delà de leurs termes mêmes. Le renforcement de la Convention en tant que pierre angulaire du régime de protection des réfugiés représente une préoccupation commune. Le *Haut Commissariat des Nations Unies pour les réfugiés* (HCR), en tant que gardien de la Convention, a un rôle particulier à jouer, mais cette tâche nécessite l'engagement de tous les acteurs concernés⁶.

II. Structure de l'ouvrage et objectif de cette présentation générale

Les différentes parties de cet ouvrage portent sur neuf thèmes juridiques pertinents aujourd'hui pour le régime international de protection des réfugiés et, en particulier, pour l'interprétation de la *Convention de 1951*. Ces neuf thèmes ont été abordés au cours du « deuxième volet » des *Consultations mondiales sur la protection internationale*, lancées par le HCR en 2000, et sont présentés dans le tableau figurant à la page xxi du présent ouvrage⁷. Cet ouvrage est par conséquent un résultat concret du deuxième volet et figure expressément dans *l'Agenda pour la protection*⁸. Les défis plus larges posés par le régime de protection des réfugiés au plan politique, opérationnel et autres, abordés au cours du dernier des trois « volets » des Consulta-

6. Voir, en général, E. Feller, « International Refugee Protection 50 Years On : The Protection Challenges of the Past, Present and Future », 83 *International Review of the Red Cross*, septembre 2001, pp. 581-605 ; parmi les autres éditions spéciales parues à l'occasion des cinquantièmes anniversaires de la *Convention de 1951* et du HCR, on trouve le 14 (1) *Revue Québécoise de droit international*, 2001, 10 *Forced Migration Review*, avril 2001 et 35 *International Migration Review*, printemps 2001. Voir également, HCR, *The State of the World's Refugees*, supra note 2 ; G. Loescher, *The UNHCR and World Politics : A Perilous Path* (Oxford University Press, 2001) ; I.C. Jackson, *The Refugee Concept in Group Situations* (Kluwer Law International, La Haye, 1999).

7. Pour plus de détails, voir également la préface rédigée par le Directeur de la protection internationale, E. Feller, dans cette publication ; Consultations mondiales du HCR sur la protection internationale, « Mise à jour », août 2002.

8. HCR, « Agenda pour la protection », UN doc. A/AC.96/965/Add.1, 26 juin 2002.

tions mondiales, ne relèvent pas de cette publication, qui est axée sur certains aspects de la protection juridique des réfugiés⁹.

L'objectif de cette présentation générale est de compléter les discussions au cours desquelles les neuf thèmes juridiques exposés dans cet ouvrage ont été développés, surtout dans le contexte du « deuxième volet » des Consultations mondiales, mais également au-delà. Cette présentation a pour objet de mettre en lumière les principaux principes abordés dans les documents de travail et pendant les débats des quatre tables rondes d'expert(e)s organisées sur ces sujets en 2001. Parallèlement, elle tente de faire la synthèse des avancées possibles sur certaines questions, tout en gardant à l'esprit la complexité de nombreux aspects du débat. Nous espérons que cette présentation pourra servir de guide aux lectrices et aux lecteurs et apportera une contribution supplémentaire aux réflexions actuelles sur ces questions.

Outre cette présentation générale, la première partie contient une étude sur l'interprétation de la *Convention de 1951* tenant compte des paramètres de l'âge et du genre. Cette étude fournit des indications sur la manière dont l'égalité entre les sexes et la sensibilité à l'âge sont ou pourraient être prises en compte pour garantir la mise en œuvre du droit international des réfugiés. La première partie comprend également le texte de la Déclaration adoptée lors de la première Réunion ministérielle des États parties à la *Convention de 1951* et/ou au *Protocole de 1967* co-organisée par le HCR et le gouvernement suisse à Genève les 12 et 13 décembre 2001 dans le cadre du « premier volet » des Consultations mondiales.

Les neuf parties qui suivent traitent chacune d'une question juridique essentielle, à savoir : le non-refoulement, l'entrée irrégulière, l'appartenance à un certain groupe social, la persécution liée au genre, la possibilité de fuite, de réinstallation ou

9. Les documents de travail rédigés pour le « troisième volet » des Consultations mondiales avec l'objectif d'aborder ces thèmes sont les suivants : HCR, « Protection des réfugiés lors d'afflux massifs : cadre général de la protection », UN doc. EC/GC/01/4, 19 février 2001 ; HCR, « Le caractère civil de l'asile : séparer les éléments armés des réfugiés », UN doc. EC/GC/01/5, 19 février 2001 ; HCR, « Aspects pratiques de la protection physique et juridique eu égard à l'enregistrement », UN doc. EC/GC/01/06, 19 février 2001 ; HCR, « Mécanismes de coopération internationale afin de partager les responsabilités et le fardeau lors d'afflux massifs », UN doc. EC/GC/01/7, 19 février 2001 ; HCR et OIM, « Protection des réfugiés et contrôle des migrations : positions du HCR et de l'OIM », UN doc. EC/GC/01/11, 31 mai 2001 ; HCR, « Processus d'asile (procédures d'asile justes et efficaces) », UN doc. EC/GC/01/12, 31 mai 2001 ; HCR, « Accueil des demandeurs d'asile, y compris les normes de traitement dans le contexte des différents systèmes d'asile », UN doc. EC/GC/01/17, 4 septembre 2001 ; HCR, « Formes complémentaires de protection », UN doc. EC/GC/01/18, 4 septembre 2001 ; HCR, « Renforcement des capacités de protection dans les pays hôtes », UN doc. EC/GC/01/19, 19 avril 2002 ; HCR, « Rapatriement librement consenti », UN doc. EC/GC/02/5, 25 avril 2002 ; HCR, « Intégration sur place », UN doc. EC/GC/02/6, 25 avril 2002 ; HCR, « Renforcer et élargir la réinstallation aujourd'hui : dilemmes, défis et possibilités », UN doc. EC/GC/02/7, 25 avril 2002 ; HCR, « Femmes réfugiées », UN doc. EC/GC/02/8, 25 avril 2002 ; HCR, « Enfants réfugiés », UN doc. EC/GC/02/9, 25 avril 2002. Ces documents sont disponibles sur le site Internet du HCR, www.unhcr.org.

de protection interne, l'exclusion, la cessation, l'unité et la réunifications familiales et la responsabilité de surveillance du HCR.

Chacune des parties contient, en premier lieu, le document de travail ayant servi de base de discussion lors de la table ronde d'expert(e)s concernée. Ce document expose la position personnelle de l'expert(e) en droit des réfugiés qui l'a rédigé. Dans certains cas, le document défend une interprétation donnée plutôt que la gamme des approches existantes. Ces documents ne sont donc pas censés représenter une position définitive mais font plutôt partie d'un processus visant à faire avancer le débat sur des questions essentielles d'interprétation sur lesquelles la doctrine et la jurisprudence continuent de faire l'objet de divergences. Chaque document a été actualisé à la lumière des discussions et des évolutions importantes intervenues depuis les tables rondes et est donc plus exhaustif que les versions antérieures qui figuraient sur le site Internet du HCR (www.unhcr.org) au moment du « second volet » des Consultations mondiales.

En second lieu, chaque partie contient le *Relevé des conclusions* de la table ronde d'experts concernée, qui reflète la teneur des discussions. Ces Conclusions ne représentent pas les opinions individuelles de chaque participant, ni nécessairement celles du HCR, mais elles reflètent en grande partie le consensus qui s'est dégagé des discussions sur le thème abordé. Enfin, chaque partie inclut une liste des participants à la table ronde. En vue de garantir une discussion approfondie et fructueuse sur les différents thèmes et compte tenu des contraintes financières et d'espace, le HCR a été obligé de limiter le nombre de participants à ces tables rondes. Les participants ont été sélectionnés par le HCR sur la base de leur expérience et de leur expertise. En établissant les listes pour les quatre tables rondes, le Département de la protection internationale du HCR a examiné les travaux universitaires sur les thèmes concernés, a pris en considération les noms suggérés par les gouvernements et par les organisations non gouvernementales (ONG) et a consulté les bureaux du HCR sur le terrain. Le HCR a veillé à garantir une diversité de points de vue en incluant des experts issus des gouvernements, ainsi que des ONG, des universités, des instances judiciaires et des praticiens du droit. L'équilibre entre les provenances géographiques et entre les hommes et les femmes a également été pris en considération. Afin d'élargir le débat et d'attirer un nombre encore plus important d'experts, les documents ont été diffusés sur le site Internet du HCR pour susciter des commentaires, ce qu'ont fait des États, des ONG et de nombreuses personnes.

Les consultations menées dans le cadre du « deuxième volet », notamment les *Relevés des conclusions*, alimentent déjà le processus d'élaboration des politiques au niveau international. S'appuyant sur ce processus, le HCR entreprend actuellement la révision, la mise à jour et la publication de ses Principes directeurs sur de nombreux thèmes abordés au cours des tables rondes. Ces documents sont publiés comme un ensemble de « Principes directeurs du HCR sur la protection inter-nationale », dont les deux premiers ont été publiés en mai 2002, suivis

par un troisième en février 2003¹⁰. Ces Principes directeurs sont publiés conformément au rôle de surveillance du HCR que lui confèrent son Statut¹¹ ainsi que l'article 35 de la *Convention de 1951* et l'article II du Protocole de 1967. Leur objectif est de fournir des conseils d'interprétation juridique à l'attention des gouvernements, des juristes, des instances décisionnelles et des autorités judiciaires ainsi que du personnel du HCR chargé de la détermination du statut de réfugié sur le terrain. Au niveau régional, les Relevés des conclusions des réunions des tables rondes du « deuxième volet » ont également commencé à alimenter les discussions au sein d'autres forums. C'est le cas, par exemple, du *Comité ad hoc d'experts sur les aspects juridiques de l'asile territorial, des réfugiés et des apatrides du Conseil de l'Europe* (CAHAR), comme cela est décrit avec plus de détails dans la partie III.C ci-dessous relative à l'appartenance à un certain groupe social.

III. Les neuf thèmes abordés dans les documents de travail et dans les Relevés des conclusions des tables rondes

Cette section donne un aperçu rapide de chacun des neuf thèmes abordés dans les documents de travail et lors des tables rondes d'experts. Elle met en avant les nouvelles problématiques et les idées importantes qui ont résulté du processus d'analyse, de discussion et de synthèse mené au cours du « deuxième volet » des Consultations mondiales. Le cas échéant, elle attire l'attention sur les domaines où des interprétations ou des méthodes d'analyse divergentes subsistent.

A. La portée et le contenu du principe du non-refoulement

La 2^e partie de cette publication contient un avis juridique rédigé par Sir Elihu Lauterpacht QC et Daniel Bethlehem sur la portée et le contenu du principe du non-refoulement. Il procède à une étude détaillée des normes et instruments internationaux et régionaux en matière de droits de l'Homme et des réfugiés se rapportant au principe du non-refoulement, tant sous l'angle de l'article 33 de la *Conven-*

10. HCR, « Principes directeurs sur la protection internationale : 'Appartenance à un certain groupe social' dans le cadre de l'article 1 A 2 de la *Convention de 1951* et/ou son Protocole de 1967 relatifs au statut des réfugiés », HCR/GIP/02/02, 7 mai 2002 ; HCR, « Principes directeurs sur la protection internationale : Persécution liées au genre dans le cadre de l'article 1 A 2 de la *Convention de 1951* et/ou son Protocole de 1967 relatifs au statut des réfugiés », HCR/GIP/02/01, 7 mai 2002 ; HCR, « Cessation du statut de réfugié dans le contexte de l'article 1 C 5 et 6 de la *Convention de 1951* relative au statut des réfugiés (clauses sur 'les circonstances ayant cessé d'exister') », HCR/GIP/03/03, 10 février 2003, disponibles sur www.unhcr.org.

11. Statut du Haut Commissariat des Nations Unies pour les réfugiés, A/RES/428 (V), 14 décembre 1950.

tion de 1951 que du droit international des droits de l'Homme, ainsi que de leur application par les tribunaux internationaux et de leur transposition dans la législation interne. De notre point de vue, cela constitue une illustration tangible et à large spectre de la pratique des États ainsi que de l'*opinio juris*.

L'avis et le Relevé des conclusions de la table ronde qui a eu lieu à Cambridge (Royaume-Uni) en juillet 2001 affirment tous deux que le non-refoulement est un principe de droit international coutumier¹². La Déclaration de la Réunion ministérielle de décembre 2001, mentionnée plus haut, affirme également que le principe du non-refoulement est consacré dans le droit international coutumier¹³.

L'avis montre que, conformément au droit de la responsabilité de l'État, la responsabilité des États du fait de leurs actes englobe toute mesure conduisant au refoulement, y compris certaines pratiques d'interception, de refus d'admission à la frontière, ou de refoulement indirect. Sur ce point, l'avis analyse les projets d'articles sur la responsabilité de l'État adoptés par la *Commission du droit international des Nations Unies* le 31 mai 2001¹⁴ et approuvés par l'Assemblée générale à la fin de la même année¹⁵, et montre en quoi ils affectent l'action des États. Ces actes peuvent avoir lieu au-delà des frontières de l'État ou être effectués par des personnes ou des organes agissant au nom de l'État ou dans l'exercice des prérogatives de puissance publique de celui-ci, dans le cadre des postes d'embarquement, de transit, dans les zones internationales, etc. Ils ont souvent lieu à la frontière, loin du regard du public, au-delà des frontières dans d'autres pays ou en haute mer : l'interdiction du refoulement s'applique dans toutes ces situations.

Dans leur analyse détaillée, Sir Elihu et Bethlehem font également la distinction entre le refus d'admission, le renvoi ou l'expulsion de quelque manière que ce

12. Voir aussi, par exemple, Comité exécutif, Conclusion No. 25 (XXXIII), 1982, paragraphe b). Un article récent va jusqu'à affirmer que le principe du non-refoulement a acquis le statut de *jus cogens*. Voir J. Allain, « The *Jus Cogens* Nature of Non-Refoulement », 13(4) *International Journal of Refugee Law*, 2001, pp. 533-58.

13. La Déclaration prend acte :

de la pertinence et de la capacité d'adaptation constantes de ce corps international de droits et de principes [comprenant la *Convention de 1951*, son Protocole de 1967, d'autres instruments internationaux et régionaux de protection des droits de l'Homme et des réfugiés], y compris à sa base, le principe de non-refoulement dont l'applicabilité est consacrée dans le droit coutumier international.

Pour le texte complet de la Déclaration, voir la partie 3.1 de cette publication.

14. Commission du droit international, « Articles sur la responsabilité de l'État pour fait internationalement illicite », UN doc. A/CN.4/L.602, 31 mai 2001. Voir aussi J. Crawford, *The International Law Commission's Articles on State Responsibility : Introduction, Text and Commentaries* (Cambridge University Press, 2002), ch. 2.

15. Dans une résolution du 12 décembre 2001, l'Assemblée générale des Nations Unies a « rendu hommage à la Commission du droit international pour [...] avoir terminé l'élaboration du projet d'articles ». Voir Assemblée générale des Nations Unies, « Rapport de la Commission du droit international sur les travaux de sa cinquante-troisième session », UN doc. A/RES/56/82, 18 janvier 2002, paragraphe 2.

soit vers la torture ou les peines ou traitements cruels, inhumains ou dégradants et les mesures qui aboutissent au renvoi vers une menace de persécution pour un motif de la Convention. Le premier cas s'inscrit dans le cadre des principes du droit international des droits de l'Homme et n'autorise aucune limite ou exception. Dans le cas du renvoi vers une menace de persécution, une dérogation n'est permise que lorsqu'il existe des raisons impérieuses de sécurité nationale ou de sûreté publique et lorsque la menace de persécution n'équivaut pas et ne serait pas considérée comme assimilable à un risque de torture ou de peines ou traitements cruels, inhumains ou dégradants et ne relèverait pas du champ d'application d'autres principes coutumiers de droits de l'Homme auxquels il ne peut être dérogé. L'application de ces exceptions est conditionnée au respect strict des principes de garantie de procédure régulière et à l'exigence que toutes les mesures raisonnables soient d'abord prises en vue de faire admettre l'intéressé dans un pays tiers.

Depuis la rédaction de cet avis, les attaques du 11 septembre 2001 aux États-Unis et leurs conséquences ont conduit les gouvernements à envisager et/ou instaurer une gamme de mesures de sécurité¹⁶. Il est bien sûr légitime que les États soient soucieux de veiller à ce que personne n'utilise les moyens d'entrer ou de résider sur leur territoire à des fins de terrorisme. Il est toutefois essentiel que les contrôles plus stricts aux frontières, les mesures renforcées d'interception, en particulier envers les immigrants illégaux, et toutes les autres mesures de ce genre, incluent également des mécanismes garantissant l'identification des personnes ayant besoin d'une protection internationale en tant que réfugiés. Par conséquent, il est important, par exemple, que les procédures de recevabilité ne remplacent pas l'examen de la demande sur le fond, ce qui pourrait conduire à l'absence d'identification par l'État d'une personne risquant d'être renvoyée vers la persécution¹⁷.

Dans le contexte actuel, il est important de rappeler que le principe du non-refoulement s'applique également en matière d'extradition¹⁸. La *Convention de 1951* ne s'oppose en principe pas à l'extradition et aux poursuites engagées dans des pays tiers à l'encontre des réfugiés reconnus, dans la mesure où le statut de réfugié de l'intéressé est respecté par l'État tiers, comme l'énonce l'article 32 § 2. Dans ce cas, les obligations de l'État envers le réfugié seraient en fait transférées à l'État ayant

16. Voir, en général, HCR, « Addressing Security Concerns Without Undermining Refugee Protection », novembre 2001.

17. *Ibid.*, paragraphes 5-9. Voir aussi HCR, « Regional Workshops in Ottawa, Ontario (Canada) and in Macau », UN doc. EC/GC/01/13, 31 mai 2001 ; HCR, « Protection des réfugiés et contrôle des migrations : positions du HCR et de l'OIM », UN doc. EC/GC/01/11, 31 mai 2001 ; HCR, « Interception de demandeurs d'asile et de réfugiés : le cadre international et les recommandations en vue d'une approche globale », UN doc. EC/50/SC/CRP.17, 9 juin 2000 ; HCR, « Processus d'asile (procédures d'asile justes et efficaces) », *supra* note 9.

18. Voir, en général, Comité exécutif, Conclusion No. 17 (XXXI), 1980. Cette question est également abordée dans le document rédigé par G. Gilbert sur les clauses d'exclusion, dans la partie 7.1 de cette publication.

demandé l'extradition. Il serait alors nécessaire de se mettre d'accord pour que l'intéressé revienne à la fin des poursuites judiciaires et/ou après avoir purgé sa peine (sauf bien entendu si une exclusion, un retrait ou une cessation interviennent), afin d'éviter tout risque de refoulement indirect. Les demandes d'extradition émises par le pays d'origine peuvent toutefois être faites dans l'intention de persécuter et elles doivent donc être examinées avec une attention particulière. Si, dans un cas donné, l'extradition conduisait au retour vers le lieu de persécution, la réponse appropriée consisterait à engager les poursuites dans le pays d'asile¹⁹.

Tandis que l'extradition est une réponse aux crimes commis ailleurs, l'exception au principe du non-refoulement prévu à l'article 33 § 2 de la *Convention de 1951* pourrait également entrer en jeu dans des circonstances exceptionnelles en cas de crimes commis dans le pays d'accueil. La Convention prévoit que les réfugiés ont des obligations ou des devoirs à l'égard du pays d'accueil. Cela reflète la nécessité que les réfugiés ne soient pas considérés, et qu'ils ne se perçoivent pas non plus eux-mêmes, comme une catégorie située en-dehors ou au-delà du droit. Bien qu'ils représentent une catégorie particulière de non-nationaux, ils doivent respecter les lois de leur pays d'accueil de la même manière que les autres personnes présentes sur le territoire. S'ils transgressent la loi ou s'ils troublent l'ordre public dans leur pays d'asile, ils sont totalement responsables en vertu de la législation nationale applicable. Alors que les mesures d'application du droit pénal n'affectent en principe pas leur statut de réfugié, l'article 33 § 2 prévoit une exception au principe du non-refoulement. Cela signifie en substance que les réfugiés peuvent exceptionnellement être renvoyés pour deux motifs : 1) dans les cas de menace grave pour la sécurité nationale du pays d'accueil ; 2) dans les cas où leurs antécédents criminels, graves et établis, constituent une menace continue pour la communauté de ce pays. Les différents éléments de ces circonstances extrêmes et exceptionnelles doivent toutefois être interprétés de manière restrictive. Toute mesure définitive prise par l'État devra en outre prendre en compte les autres obligations découlant du droit international des droits de l'Homme²⁰.

19. Lorsqu'un crime grave a été commis, les conventions multilatérales, notamment dans le contexte de la lutte contre le terrorisme, ont récemment prévu une obligation d'extrader ou de poursuivre. Dans le contexte de l'après-11 septembre 2001, il existe un risque que la tendance accrue à dépolitiser les infractions dans le contexte de l'extradition conduise à reléguer les considérations relatives à la persécution au second plan dans le cadre de l'examen global des cas.

20. Pour plus d'informations, voir Comité des droits de l'Homme, « Observation générale No. 15 : situation des étrangers au regard du Pacte », 1986, UN doc. HRI/GEN/1/Rev/5, pp. 127-9, paragraphes 9-10 ; Commission des migrations, des réfugiés et de la population de l'Assemblée parlementaire du Conseil de l'Europe, « Procédures d'expulsion conformes aux droits de l'Homme et mises en œuvre dans le respect de la sécurité et de la dignité », 10 septembre 2001 ; Commissaire aux droits de l'Homme du Conseil de l'Europe, « Recommandation relative aux droits des étrangers souhaitant entrer sur le territoire des États membres du Conseil de l'Europe et l'exécution des décisions d'expulsion », CommDH/Rec(2001), 19 septembre 2001, disponible sur <http://www.commissioner.coe.int/new/dyn/docs.asp?L=2&S=3>.

L'article 33 § 2 prévoit que les réfugiés représentant une telle menace peuvent être expulsés en exécution d'une décision rendue conformément à la procédure prévue par la loi. Dans ces cas, le danger pour le pays d'accueil doit être très important. En outre, il doit exister un lien rationnel entre le renvoi du réfugié et l'élimination du danger, le refoulement doit constituer le dernier recours possible pour éliminer le danger, et le danger pour le pays d'accueil doit l'emporter sur le risque auquel est exposé le réfugié après son refoulement. Dans ces cas, les garanties procédurales de l'article 32 s'appliquent, y compris l'obligation pour les États d'accorder au réfugié un délai raisonnable pour chercher à se faire admettre dans un autre pays. Compte tenu de ces garanties, il n'est pas approprié d'avoir recours à cette exception au principe du non-refoulement pour contourner ou court-circuiter les procédures d'extradition.

Ces questions ont été examinées dans la décision de la Cour suprême du Canada de janvier 2002 dans l'affaire *Suresh*²¹. La Cour a accepté l'argument du HCR, développé dans ses observations, selon lequel l'article 33 de la *Convention de 1951* ne doit pas être utilisé pour nier des droits que d'autres instruments juridiques reconnaissent à chacun sans exception. Elle a conclu que le droit international, en général, s'opposait à l'expulsion risquant d'aboutir à la torture, même lorsque des intérêts de sécurité nationale étaient en jeu. Dans un passage essentiel, la Cour déclare en substance :

À notre avis, la prohibition de l'expulsion d'un réfugié dans un pays où il risque la torture que prévoient le Pacte [*Pacte international relatif aux droits civils et politiques*] et la CCT [*Convention contre la torture*] reflète la norme internationale généralement admise. L'article 33 de la *Convention relative au statut des réfugiés* protège de façon limitée les réfugiés contre les menaces pour leur vie et leur sécurité, quelle qu'en soit la source. Par contraste, la CCT protège chacun, sans dérogation, contre la torture sanctionnée par l'État. En outre, la *Convention relative au statut des réfugiés* est l'expression d'une « profonde sollicitude [...] pour les réfugiés » et son objectif principal est d'« assurer à ceux-ci l'exercice le plus large possible des droits de l'homme et des libertés fondamentales » (préambule). Ce fait réfute l'argument voulant que les dispositions de la *Convention relative au statut des réfugiés* puissent être invoquées pour nier des droits que d'autres instruments juridiques reconnaissent universellement à chacun²².

La Cour a reconnu que la « prévalence » de la Convention contre la torture en droit international était compatible avec la position adoptée par le Comité contre la torture²³. Elle estime que « le rejet de la prise par l'État de mesures générales susceptibles d'aboutir à la torture, et en particulier de mesures d'expulsion susceptibles d'avoir cet effet, est virtuellement catégorique » et soutient que « l'examen de la jurisprudence, tant nationale qu'internationale, tend à indiquer que la torture est

21. *Suresh c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, Cour suprême du Canada, [2002] SCC 1, 11 janvier 2002, disponible sur <http://www.lexum.umontreal.ca/csc-ccc/en/rec/html/suresh.html>.

22. *Ibid.*, paragraphe 72. *Pacte international de 1966 relatif aux droits civils et politiques*, Nations Unies, *Recueil des Traités*, vol. 999, n° 171 ; *Convention de 1984 contre la torture et autres peines ou traitements cruels, inhumains ou dégradants*, UN doc. A/RES/39/46.

23. *Suresh*, *supra* note 21, paragraphe 73.

une pratique si répugnante qu'elle supplantera dans pratiquement tous les cas les autres considérations qui sont mises en balance, même les considérations de sécurité »²⁴. Cette évaluation pourrait apparaître comme une position moins ferme que l'interdiction absolue de la torture telle qu'énoncée dans la Convention contre la torture et dans d'autres instruments de droits de l'Homme. Reste à voir si les tribunaux nationaux, régionaux ou internationaux vont identifier des cas où le danger pour l'État l'emporte sur la menace de torture en cas de retour et comment cette position pourrait être conciliée avec l'interdiction absolue de renvoyer quiconque vers un lieu où il risquerait d'être torturé comme cela est énoncé dans de nombreux instruments internationaux en matière de droits de l'Homme (via une interprétation cohérente, pour certains instruments, de leurs organes de surveillance).

Très récemment, en mai 2002, le Conseil de l'Europe a ouvert à la signature le *Protocole No. 13 à la Convention Européenne de 1950 de sauvegarde des Droits de l'Homme et des Libertés fondamentales relatif à l'abolition de la peine de mort en toutes circonstances*²⁵. Ce nouveau Protocole à la Convention, en interdisant la peine de mort même « en temps de guerre ou de menace imminente de guerre » (circonstances qui étaient exclues de l'application de l'abolition de la peine de mort énoncée par le Protocole No. 6²⁶) peut renforcer encore l'interprétation jurisprudentielle de la portée du non-refoulement. La jurisprudence issue de la *Convention européenne des Droits de l'Homme* traite généralement de l'interdiction du renvoi vers la torture ou autre peine ou traitement inhumain ou dégradant en vertu de l'article 3 de la Convention plutôt que du renvoi vers la peine de mort. De son côté, la Commission européenne des Droits de l'Homme a jugé que l'extradition ou l'expulsion d'une personne vers un autre État où existait un risque réel que la peine de mort soit imposée pouvait constituer une violation du Protocole No. 6²⁷. L'entrée en vigueur prochaine du Protocole No. 13 peut, et selon nous devrait, avoir pour effet d'interdire de manière absolue le retour de personnes en provenance d'États parties à ces Protocoles vers des situations où elles pourraient être exposées à la peine de mort.

B. L'article 31 de la Convention de 1951 relative au statut des réfugiés : l'entrée irrégulière

La 3^e partie de cette publication porte sur la question de l'interprétation de l'article 31 de la *Convention de 1951* qui consacre le principe de l'immunité de sanctions pénales pour les réfugiés qui arrivent directement d'un territoire où leur vie ou

24. *Ibid.*, paragraphe 76.

25. Série des Traités Européens (STE) No. 187 et, pour la Convention, STE No. 5.

26. 28 avril 1983, STE No. 114.

27. *Y. c. Pays-Bas*, Requête No. 22742/93, 76 Décisions et Rapports 164, 1994 ; *Aylor Davis c. France*, Requête No. 22742/93, 76 Décisions et Rapports 164, 1994 ; *Leong Chong Meng c. Portugal*, Requête No. 25862/95, 1995 ; *Alla Raidl c. Autriche*, Requête No. 25342/94, 1995. Voir aussi N. Mole, *Asylum and the European Convention on Human Rights* (Dossiers Droits de l'Homme No. 9 (révisés) du Conseil de l'Europe, Strasbourg, 2000), p. 24.

leur liberté est menacée et qui entrent ou se trouvent dans un pays sans autorisation, dès lors qu'ils se présentent aux autorités « sans délai » et leur « exposent des raisons reconnues valables » de leur entrée ou présence irrégulière. Le document de travail rédigé par Guy Goodwin-Gill analyse les origines des dispositions de l'article 31, sa transposition en droit interne, la jurisprudence pertinente, la pratique des États, les Conclusions du Comité exécutif du Programme du Haut Commissaire pour les réfugiés ainsi que les normes internationales pertinentes pour une bonne interprétation de cet article.

Le document rédigé par Goodwin-Gill et les discussions de la table ronde d'experts de novembre 2001 à Genève analysent la portée et la définition des termes de l'article 31 § 1, y compris, en particulier, les expressions « arrivant directement », « sans délai », « raisons reconnues valables » et « sanctions pénales ». Ils concluent qu'il est généralement reconnu que les réfugiés n'ont pas besoin d'arriver directement, au sens littéral, de territoires où leur vie ou leur liberté est menacée. L'article 31 § 1 était plutôt destiné à s'appliquer aux personnes qui ont brièvement transité par d'autres pays ou qui n'ont pas été en mesure de trouver une protection effective dans le(s) premier(s) pays vers le(s)quel(s) elles ont fui et il a été interprété de cette manière. Il est également généralement admis que les demandeurs d'asile sont présumés avoir le droit de bénéficier de l'article 31 jusqu'à ce qu'il ait été « établi, par une décision définitive et à l'issue d'une procédure équitable, qu'ils n'ont pas besoin d'une protection internationale²⁸ ».

Quant à l'article 31 § 2, il recommande aux États de ne pas appliquer aux déplacements des réfugiés relevant du paragraphe 1 d'autres restrictions que celles qui sont « nécessaires » et uniquement dans l'attente que leur statut soit régularisé dans le pays d'accueil ou qu'ils aient réussi à se faire admettre dans un autre pays. Afin de garantir qu'ils adhèrent aux normes énoncées à l'article 31 § 2, les États doivent également prévoir « des dispositions appropriées [...] au niveau national pour garantir que seules les restrictions nécessaires à chaque cas sont appliquées, qu'elles satisfont aux autres exigences de cet article et que les normes applicables, en particulier en matière de droits de l'Homme, sont prises en compte²⁹ ». Les développements du droit international des droits de l'Homme signifient que toute restriction peut être imposée sur la base d'une décision administrative, quasi-judiciaire ou judiciaire, dès lors qu'un recours est possible auprès d'un organe judiciaire. Les participants à la table ronde sont également convenus que « le pouvoir des États d'imposer une restriction doit être lié à un objet ou à un but reconnu et il doit y avoir une relation de proportionnalité raisonnable entre la fin et les moyens. Les restrictions au déplacement ne doivent pas être imposées de manière illégale et arbitraire³⁰ ».

28. Consultations mondiales sur la protection internationale, « Relevé des conclusions : article 31 de la Convention de 1951 », table ronde d'experts, Genève, novembre 2001, paragraphe 10.g).

29. *Ibid.*, paragraphes 5 et 8.

30. *Ibid.*, paragraphe 11.a).

Dans ce contexte, la détention des demandeurs d'asile et des réfugiés représente une mesure exceptionnelle à appliquer dans des cas individuels, lorsque l'autorité appropriée a estimé que cette mesure était nécessaire, à la lumière des circonstances de l'espèce. Cette appréciation doit être menée sur la base de critères prévus par la loi conformément au droit international des réfugiés et des droits de l'Homme. Cette mesure ne doit donc pas être appliquée de manière illégale et arbitraire mais seulement lorsque c'est nécessaire pour les raisons énumérées dans la Conclusion No. 44 du Comité exécutif, par exemple pour la protection de la sécurité nationale ou de l'ordre public (notamment quand il y a un risque réel que la personne ne s'enfuit). Les *Principes directeurs du HCR de 1999 sur les critères et les normes applicables quant à la détention des demandeurs d'asile* fournissent des orientations supplémentaires et actualisées³¹. Les Principes directeurs et le Relevé des conclusions réaffirment les principes généralement reconnus concernant les familles et les enfants, y compris le fait que les enfants de moins de dix-huit ans ne doivent en principe pas être détenus et que, quand des familles sont exceptionnellement détenues,

31. HCR, « Principes directeurs sur la détention des demandeurs d'asile : Révision », 26 février 1999. Voir aussi, HCR, « Détention des demandeurs d'asile et des réfugiés : le cadre, le problème et la pratique recommandée », UN doc. EC/49/SC/CRP.13, 4 juin 1999 ; HCR, « Detention of Asylum-Seekers in Europe », vol. 1 (4), *European Series*, octobre 1995. En plus des droits qui figurent dans les traités généraux de droits de l'Homme, les normes applicables comprennent les « UN Standard Minimum Rules for the Treatment of Prisoners » de 1955, Résolutions 663 C (XXIV), 31 juillet 1957 et 2076 (LXII), 13 mai 1977 du Conseil économique et social ; UN « Body of Principles for the Protection of All Persons under Any Form of Detention or Imprisonment » de 1988 ; Commission des droits de l'Homme, « Rapport du Groupe de travail sur la détention arbitraire : Délibération No. 5 sur la situation des immigrants et des demandeurs d'asile du Groupe de travail sur la détention arbitraire », UN doc. E/CN.4/2000/4, Annexe II, 28 décembre 1999 ; Sous-Commission de la promotion et de la protection des droits de l'Homme, « Résolution sur la détention de demandeurs d'asile », UN doc. E/CN.4/Sub.2/2000/46, 18 août 2000, pp. 66-7. Les dispositions régionales incluent l'article 5 § 1 de la Convention européenne des Droits de l'Homme ; l'article 7 § 2 de la Convention américaine des Droits de l'Homme, OEA Treaty Series No. 35 ; l'article 5 de la Charte africaine des Droits de l'Homme et des Peuples, 21 ILM, 58, 1982 ; Conseil de l'Europe, Commissaire aux droits de l'Homme, « Recommandation relative aux droits des étrangers souhaitant entrer sur le territoire des États membres du Conseil de l'Europe et l'exécution des décisions d'expulsion », CommDH/Rec(2001), 19 septembre 2001. Pour les lignes directrices publiées au niveau national, voir le Service d'Immigration et de Naturalisation (INS) des États-Unis, « Detention Operations Manual » (comprenant un ensemble complet de normes relatives à la détention), disponible sur <http://www.ins.gov/graphics/lawsregs/guidance.htm> ; Commission de l'immigration et du statut de réfugié du Canada, « Ligne directrice 4 : lignes directrices relatives à la détention », 12 mars 1998, disponible sur <http://www.irb.gc.ca/en/about/guidlines/detention/detention-e.htm> ; Australian Human Rights and Equal Opportunity Commission, « Immigration Detention Guidelines », mars 2000, disponible sur http://www.hreoc.gov.au/human_rights/asylum_seekers/index.html#idc_guidelines/ ; Conseil européen sur les réfugiés et les exilés (CERE/ECRE), « Research Paper on Alternatives to Detention : Practical Alternatives to the Administrative Detention of Asylum Seekers and Rejected Asylum Seekers », septembre 1997, disponible sur http://www.ecre.org/policy/research_papers.html.

elles ne doivent pas être séparées³².

Bien que certains États aient tendance à avoir recours ou à développer la pratique de détenir des demandeurs d'asile, souvent, semble-t-il, dans l'objectif de dissuader des arrivées irrégulières futures, les solutions autres que la détention mériteraient néanmoins d'être examinées de manière plus approfondie. Comme l'ont noté Goodwin-Gill et les participants à la table ronde :

De nombreux États sont capables de gérer leurs systèmes d'asile et leurs politiques d'immigration sans recourir à la contrainte physique. Des solutions de substitution doivent toujours être envisagées, pour chaque cas individuel, avant de recourir à la détention. Elles comprennent l'obligation de résidence et de présentation, les cautions, la supervision par la communauté et les centres ouverts. Ces solutions peuvent être étudiées avec la participation de la société civile³³.

Des efforts visant à promouvoir des procédures d'asile équitables mais accélérées, couplés au renvoi rapide des personnes considérées comme n'ayant pas besoin d'une protection internationale, peuvent également diminuer la nécessité de recourir à la détention.

Lorsque les États gardent les demandeurs d'asile en détention, ils ne doivent pas utiliser les prisons ordinaires où sont détenus les criminels. Les garanties procédurales doivent au moins comporter le droit de formuler un recours sur la légalité et la nécessité de la détention par une cour ou un tribunal indépendant, conformément à la règle de droit et à la procédure prévue par la loi. Les réfugiés et les demandeurs d'asile doivent être informés de leurs droits, avoir accès à des conseils et aux instances judiciaires et mis en mesure de pouvoir contacter le HCR³⁴.

C. L'appartenance à un certain groupe social

La 4^e partie examine l'interprétation de l'expression « appartenance à un certain groupe social » figurant dans la définition du réfugié de l'article 1 A 2 de la *Convention de 1951*³⁵. C'est le motif de persécution le moins clair dans la définition du réfugié³⁶, mais il a récemment trouvé sa place auprès des quatre autres motifs de la Convention (race, religion, nationalité et opinions politiques) permettant ainsi une

32. « Relevé des conclusions : Article 31 de la *Convention de 1951* », *supra* note 28, paragraphe 11.f).

33. *Ibid.*, paragraphe 11.g).

34. *Ibid.*, paragraphe 11.i).

35. L'article 1 A 2 de la *Convention de 1951* prévoit :

Aux fins de la présente Convention, le terme « réfugié » s'appliquera à toute personne qui : ...

2) [...] craignant avec raison d'être persécutée du fait de sa race, de sa religion, de sa nationalité, de son appartenance à un certain groupe social ou de ses opinions politiques, se trouve hors du pays dont elle a la nationalité et qui ne peut ou, du fait de cette crainte, ne veut se réclamer de la protection de ce pays ; ou qui, si elle n'a pas de nationalité et se trouve hors du pays dans lequel elle avait sa résidence habituelle à la suite de tels événements, ne peut ou, en raison de ladite crainte, ne veut y retourner.

application complète de la définition du réfugié. En fonction des circonstances propres à chaque cas et à la société d'origine, plusieurs catégories de groupes sociaux particuliers ont été identifiées, notamment des sous-catégories de femmes, de familles, de groupes professionnels, d'objecteurs de conscience ou d'homosexuels.

Deux méthodes d'analyse ont été développées par les juridictions de *common law* : celle des « caractéristiques protégées » et celle de la « perception sociale ». En revanche, dans les juridictions de droit civil, le raisonnement sous-tendant la reconnaissance de certains groupes sociaux est en général moins développé, bien que les types de groupes reconnus comme relevant de ce motif soient souvent similaires. Le document rédigé par T. Aleinikoff expose le développement de ces deux méthodes d'analyse dans huit juridictions différentes.

Ce qu'on appelle l'analyse des « caractéristiques protégées » consiste à déterminer si un groupe est uni par une caractéristique immuable ou par une caractéristique si essentielle pour la dignité humaine qu'une personne ne doit pas être contrainte d'y renoncer. Une caractéristique immuable peut être innée (comme le sexe ou l'origine ethnique) ou impossible à modifier pour d'autres raisons (comme le fait historique d'une association, d'une profession ou d'un statut antérieurs). À l'inverse, l'analyse de la « perception sociale » consiste à examiner si un groupe partage une caractéristique commune qui le distingue de l'ensemble de la société. Cette approche est particulièrement développée dans la jurisprudence australienne, tandis que l'autre domine davantage au Canada, au Royaume-Uni et aux États-Unis.

Les analyses selon l'une ou l'autre méthode convergent fréquemment, dans la mesure où les groupes dont les membres sont visés en raison d'une caractéristique commune immuable ou essentielle sont également souvent perçus comme un groupe social dans leurs sociétés. Il se peut toutefois que les deux analyses conduisent parfois à des conclusions différentes, et des « dénis » de protection surviennent alors, lorsque l'une ou l'autre méthode est utilisée seule. Comme le souligne Aleinikoff, tandis que « la plupart des groupes définis par des 'caractéristiques protégées' ont des chances d'être perçus comme des groupes sociaux, il peut également exister certains groupes sociaux qui ne sont pas basés sur des caractéristiques protégées³⁷ ». C'est pourquoi l'approche de « la perception sociale va au-delà des caractéristiques protégées en reconnaissant que les facteurs externes peuvent être importants pour définir correctement le groupe social³⁸ ».

Pour éviter ces dénis de protection et pour que l'interprétation soit conforme à l'objet et au but de la *Convention de 1951*, le document rédigé par Aleinikoff et le Relevé des conclusions de la réunion de la table ronde d'experts à San Remo (Italie) en septembre 2001 suggèrent de combiner les deux méthodes d'analyse. Cette propo-

36. Ce motif a été ajouté à la définition du réfugié de la Convention tard dans les négociations et il ne figure pas dans le Statut du HCR de 1950.

37. Voir le document rédigé par T.A. Aleinikoff dans la partie 4.1 de cette publication.

38. *Ibid.*

sition est reprise dans les *Principes directeurs du HCR sur la protection internationale relatifs à l'appartenance à un certain groupe social* publiés en mai 2002. Un certain groupe social y est défini comme :

Un groupe de personnes qui partagent une caractéristique commune autre que le risque d'être persécutées, ou qui sont perçues comme un groupe par la société. Cette caractéristique sera souvent innée, immuable, ou par ailleurs fondamentale pour l'identité, la conscience ou l'exercice des droits humains³⁹.

En examinant si une demandeuse ou un demandeur prétendant appartenir à un certain groupe social répondait à la définition du réfugié, les cours et tribunaux de *common law* ont généralement reconnu que la persécution ou la crainte de persécution ne devait pas constituer l'unique facteur définissant l'appartenance, bien que cela puisse être un élément pertinent pour déterminer la visibilité d'un groupe dans une société donnée. Comme cela est énoncé dans une affaire bien connue :

Alors qu'un comportement de persécution ne peut définir un groupe social, les actions de ceux qui persécutent peuvent permettre d'identifier ou même de susciter l'émergence d'un groupe social dans la société. Les gauchers ne constituent pas un certain groupe social. Mais s'ils étaient persécutés parce qu'ils étaient gauchers, ils deviendraient sans aucun doute identifiables au sein de leur société comme un certain groupe social. La persécution liée au fait d'être gaucher créerait la perception publique que les gauchers constituent un certain groupe social. Mais ce serait l'attribut de « gaucher » qui les identifierait en tant que certain groupe social et non le fait d'être persécutés⁴⁰ ».

De même, il est largement admis qu'une demandeuse ou un demandeur prétendant appartenir à un certain groupe social n'est pas tenu de prouver que les membres de ce groupe se connaissent entre eux ou se réunissent en tant que groupe. Il n'y a pas d'exigence de cohésion pour ce motif, pas plus que pour les autres motifs de la Convention et la question pertinente est de savoir s'il existe un élément commun que les membres du groupe partagent⁴¹.

Outre les Principes directeurs sur la protection internationale mentionnés plus haut, le « deuxième volet » des Consultations mondiales sur ce thème a alimenté d'autres processus en cours au niveau régional. Par exemple, le Relevé des conclusions issu de la table ronde d'experts sur « l'appartenance à un certain groupe social » a été utilisé comme point de départ des discussions sur la signification de cette expression par un groupe de travail du CAHAR au sein du Conseil de l'Europe

39. HCR, « Principes directeurs sur la protection internationale : 'Appartenance à un certain groupe social' », *supra* note 10, paragraphe 11.

40. *Applicant A. c. Minister for Immigration and Ethnic Affairs*, Haute Cour d'Australie, (1997) 190 CLR 225 à 264 ; 142 ALR 331, par le juge McHugh. Notons que certaines juridictions de droit civil n'ont pas de problème à accepter comme un certain groupe social un groupe défini par la persécution subie.

41. Le jugement dans l'affaire *Secretary of State for the Home Department c. Montoya*, UK Immigration Appeal Tribunal, Appel No. CC/15806/2000, 27 avril 2001, énonce la position suivante : « Il n'est pas nécessaire de montrer que le [groupe social particulier] est un groupe uni, organisé ou interdépendant. La cohésion n'est pas une condition nécessaire (ni suffisante) pour qu'un certain groupe social existe » (traduction libre). Plus généralement, le jugement invoque la jurisprudence de différents pays de *common law* pour développer en détail certaines questions où la jurisprudence est établie.

qui s'est tenu à Strasbourg les 14 et 15 mars 2002. Différentes idées exprimées dans les conclusions ont également été reprises dans les recommandations du groupe de travail. Ceci n'est qu'un exemple, mais lors du lancement des Consultations mondiales, le HCR espérait beaucoup que ce processus alimenterait d'autres initiatives, au niveau international, régional ou national, en vue d'atteindre un plus large consensus et davantage de clarté sur des questions clés que pose aujourd'hui le droit des réfugiés en vertu de la *Convention de 1951*.

D. La persécution liée au genre

La définition du réfugié ne mentionne pas spécifiquement le genre et le sexe mais la prise de conscience de l'importance du genre en droit des réfugiés a progressé tant au plan théorique qu'au plan pratique au cours des dix dernières années. La 5^e partie de cet ouvrage examine ces questions. Il est désormais largement admis que « la définition du réfugié, correctement interprétée, peut englober les demandes liées au genre » et que le genre « peut influencer ou dicter le type de persécution ou de sévices subis et les raisons d'un tel traitement⁴² ». Telle est la conclusion de la table ronde d'experts de San Remo de septembre 2001 sur cette question, et dans la jurisprudence de nombreux pays⁴³.

La distinction claire entre les termes « genre » et « sexe » est un élément important de cette conception. Les *Principes directeurs du HCR sur la protection internationale relatifs à la persécution liée au genre* publiés en mai 2002 énoncent cette distinction comme suit :

Le genre fait référence aux relations entre les hommes et les femmes basées sur des identités définies ou construites socialement ou culturellement, sur des fonctions, des rôles et des responsabilités qui sont attribués aux hommes et aux femmes, tandis que la définition du terme « sexe » est d'ordre biologique. Ainsi le genre n'est pas statique ou inné mais acquiert, au fil du temps, une signification construite socialement et culturellement. Les demandes liées au genre

42. Consultations mondiales sur la protection internationale, « Relevé des conclusions : Persécution liée au genre », table ronde d'experts de San Remo, 6-8 septembre 2001, paragraphes 1 et 3. Voir aussi le Symposium du HCR sur la persécution liée au genre, organisé en février 1996, qui a donné lieu à une édition spéciale du *International Journal of Refugee Law*, automne 1997 ; HCR, « Principes directeurs sur la protection internationale : Persécution liée au genre », *supra* note 10.

43. Voir R. Haines, « La persécution liée au genre » ; A. Edwards, « Les dimensions de l'âge et du genre en droit international des réfugiés » ; T.A. Aleinikoff, « Caractéristiques protégées et perceptions sociales : analyse de l'expression 'appartenance à un certain groupe social' », respectivement dans les parties 5.1, 1.2 et 4.1 de cette publication. Parmi les publications récentes, on trouve W. Kälin ; « Gender-Related Persecution in Swiss Asylum Law », dans *Switzerland and the International Protection of Refugees* (ed. V. Chetail et V. Gowlland-Debbas, Kluwer Law International, La Haye, 2002) ; N. Kelley, « The Convention Refugee Definition and Gender-Based Persecution : A Decade's Progress », 13(4) *International Journal of Refugee Law*, 2001, pp. 559-68 ; K. Musalo et S. Knight, « Steps Forward and Steps Back : Uneven Progress in the Law on Social Group and Gender-Based Claims in the United States », 13(1/2) *International Journal of Refugee Law*, 2001, pp. 51-70 ; T. Spijkerboer, *Gender and Refugee Status* (Ashgate, Aldershot, 2000) ; H. Crawley, *Refugees and Gender : Law and Process* (Jordans, Bristol, 2001).

peuvent être présentées aussi bien par des hommes que par des femmes, même si, en raison des formes spécifiques de persécution, ces demandes sont le plus souvent présentées par des femmes. Dans certains cas, le sexe du demandeur peut avoir une influence significative sur la demande et la personne chargée de prendre la décision devra y être attentive. Dans d'autres cas, cependant, la demande d'une femme en quête d'asile n'aura rien à voir avec le fait que cette dernière est de sexe féminin⁴⁴.

La publication, dans de nombreux États, par les autorités gouvernementales et les ONG, de lignes directrices sur la persécution liée au genre a renforcé la prise de conscience sur ces questions et leur prise en compte dans le traitement des demandes d'asile. Elle a constitué une source d'inspiration précieuse pour le HCR lors de la rédaction des Principes directeurs de mai 2002 mentionnés plus haut. Dans certains pays, la législation prévoit explicitement que la persécution liée au genre relève du statut de réfugié. Il est parfois spécifié que le motif de l'« appartenance à un certain groupe social » peut inclure les cas de persécution liée au genre⁴⁵. Parfois la législation déclare que la persécution en raison du genre et/ou de l'orientation sexuelle peut conduire à l'octroi du statut de réfugié⁴⁶. Dans les deux cas, cela ne justifie pas la nécessité d'un motif conventionnel supplémentaire. Nous considérons plutôt que ces précisions sont ajoutées pour la clarté de l'interprétation.

Le document de Rodger Haines, qui figure dans cet ouvrage, examine comment la définition de réfugié peut être interprétée en tenant compte du genre dans les cas de demandes d'asile déposées par des femmes. La grande majorité des juridictions a reconnu que la *Convention de 1951* couvre des situations où les agents de persécution non étatiques, y compris les maris et les autres membres de la famille, infligent des sévices graves, lorsque l'État n'a pas la capacité ou la volonté d'assurer une protection contre ces sévices. C'est là un point déterminant. Comme l'énoncent les *Principes directeurs du HCR de 2002 sur la persécution liée au genre* :

44. HCR, « Principes directeurs sur la protection internationale : Persécution liée au genre », *supra* note 10, paragraphe 3. Voir aussi Crawley, *Refugees and Gender*, *supra* note 43, pp. 6-9.

45. Par exemple, l'article 1 de la loi irlandaise de 1996 sur les réfugiés précise que l'appartenance à un certain groupe social inclut « les personnes dont la caractéristique commune est l'appartenance au sexe féminin ou masculin ou qui ont une orientation sexuelle particulière » (traduction libre). La loi sud africaine de 1998 sur les réfugiés précise également que les membres d'un certain groupe social peuvent inclure les personnes persécutées en raison de leur genre, de leur orientation sexuelle, de leur classe ou de leur caste.

46. En Suisse, l'article 3 § 2 de la Loi de 1998 sur l'asile énonce que « les motifs de fuite spécifiques aux femmes doivent être pris en compte ». En Suède, le ministre des migrations, de l'asile et la coopération au développement a annoncé en janvier 2002 que la législation de 1997 serait modifiée pour préciser que les personnes persécutées en raison de leur orientation sexuelle doivent se voir accorder le statut de réfugié (plutôt que la protection complémentaire comme auparavant). En Allemagne, la loi relative à l'immigration approuvée par le Parlement en mars 2002 interdit spécifiquement (article 60) le refoulement d'étrangers exposés à la persécution en raison de leur genre (en plus des cinq motifs de la Convention).

Ce qui détermine une crainte fondée de persécution dépend des circonstances particulières de chaque cas individuel. Les demandeurs, hommes et femmes, peuvent être sujets aux mêmes formes de danger, mais ils peuvent également être exposés à des formes de persécution spécifiques à leur sexe [...] Il ne fait aucun doute que le viol et d'autres violences liées au genre, comme la violence liée à la dot, les mutilations génitales féminines, la violence familiale et la traite des êtres humains, sont des actes infligeant de graves souffrances, mentales et physiques, et qu'ils sont utilisés comme formes de persécution, qu'ils soient perpétrés par des États ou par des personnes privées⁴⁷.

Ces questions sont également examinées dans la partie 1.2 de cet ouvrage, rédigée par Alice Edwards, et portant sur les dimensions de l'âge et du genre en droit international des réfugiés.

Il est important de rappeler que les demandes d'asile fondées sur l'orientation sexuelle contiennent aussi un élément de genre. En effet, ces demandes sont désormais reconnues dans de nombreuses juridictions de *common law* et de droit civil⁴⁸. Comme mentionné dans les Principes directeurs du HCR de 2002 relatifs à la persécution liée au genre :

[...] La sexualité ou les pratiques sexuelles d'une ou d'un requérant(e) peuvent être des éléments pertinents dans le cadre de la demande de statut de réfugié, lorsque la ou le requérant(e) a été l'objet de persécutions (y compris discriminatoires) en raison de sa sexualité ou ses pratiques sexuelles. Dans nombre de cas, la ou le requérant(e) refuse de se conformer à des rôles sociaux ou culturels prédéfinis ou à des comportements attribués à l'un ou l'autre sexe. Les demandes les plus courantes concernent des homosexuel(le)s, des transsexuel(le)s ou des travesti(e)s qui ont été exposé(e)s à de graves manifestations publiques d'hostilité, des actes de violence, des mauvais traitements ou des discriminations graves ou cumulées⁴⁹.

Une autre question particulièrement préoccupante actuellement concerne les besoins potentiels de protection internationale en tant que réfugiés de personnes, en particulier les femmes et les mineurs, qui sont victimes de la traite des êtres humains⁵⁰ et soumises à la prostitution forcée et à d'autres formes d'exploitation sexuelle. Ces pratiques constituent « une forme de violence ou d'abus liés au genre qui peuvent même conduire à la mort⁵¹ ». Elles peuvent être considérées comme

47. HCR, « Principes directeurs sur la protection internationale : Persécution liée au genre », *supra* note 10, paragraphe 9 (sans les notes de bas de page).

48. European Legal Network on Asylum (ELENA), « Research Paper on Sexual Orientation as a Ground for Recognition of Refugee Status », Conseil européen sur les réfugiés et les exilés (ECRE/CERE), Londres, septembre 1997.

49. HCR, « Principes directeurs sur la protection internationale : Persécution liée au genre », *supra* note 10, paragraphe 16.

50. Une distinction est faite ici entre le trafic et la traite, comme dans les deux *Protocoles additionnels à la Convention des Nations Unies contre la criminalité transnationale organisée*, UN doc. A/55/383, novembre 2000.

51. HCR, « Principes directeurs sur la protection internationale : Persécution liée au genre », *supra* note 10, paragraphe 18 ; HCR, « Femmes réfugiées », *supra* note 9, paragraphes 18-19. Voir aussi A/Edwards, « Resettlement : A Valuable Tool in Protecting Refugee, Internally Displaced and Trafficked Women and Girls », 11 *Forced Migration Review*, octobre 2001, p. 31 à p. 34.

une forme de torture et de traitement cruel, inhumain ou dégradant et peuvent « entraîner de graves restrictions aux droits des femmes de circuler librement, en raison de l'enlèvement, l'incarcération, et/ou la confiscation de passeports ou autres documents d'identité ⁵² ». De plus, les femmes et les mineur(e)s victimes de la traite des êtres humains « peuvent être exposé(e)s à de graves conséquences après s'être enfui(e)s et/ou être rentré(e)s dans leur pays, telles que des représailles de la part de trafiquants ou de réseaux, des risques sérieux d'être à nouveau victimes de la traite des êtres humains, un ostracisme familial ou communautaire ou une grave discrimination ⁵³ ». Ces considérations ont récemment conduit les décideurs de certains États à octroyer le statut de réfugié à des victimes de la traite des êtres humains ou à leur accorder une protection complémentaire ⁵⁴.

Lorsque des demandes d'asile concernent la persécution liée au genre, il peut s'avérer particulièrement important d'évaluer le rôle de la loi dans la persécution. Par exemple, une loi peut être considérée comme infligeant en elle-même une persécution, mais elle peut ne plus être appliquée, et dans ce cas la persécution peut ne pas satisfaire le critère de la crainte fondée ⁵⁵. Par ailleurs, même si une loi existe pour interdire la pratique de persécutions, comme les mutilations génitales féminines ou d'autres pratiques traditionnelles dangereuses, l'État peut toujours continuer à encourager ou à tolérer les pratiques, ou ne pas être capable d'y mettre effectivement un terme. Dans ces cas, la pratique équivaut à une persécution nonobstant l'existence d'une loi visant à l'interdire.

Il reste toutefois un long chemin à parcourir pour que l'interprétation des décisions et des lignes directrices relatives à la persécution liée au genre adoptées dans de nombreux États soit cohérente. Il est nécessaire de renforcer la formation, l'engagement et les moyens pour assurer que les garanties appropriées ainsi qu'un environnement favorable à la prise en compte de cet aspect soient créés et soutenus. Par exemple, il faut que les femmes, si elles le souhaitent, soient en mesure de déposer une demande d'asile en leur nom propre et de manière confidentielle, sans la présence des membres masculins de la famille. Il est également important de fournir des conseils juridiques et des informations sur la procédure d'asile aux femmes et filles demandeuses d'asile d'une façon et dans une langue qu'elles comprennent. L'augmentation qui a été constatée au niveau du nombre de femmes employées et formées dans de nombreux systèmes d'asile constitue une amélioration notoire. Comme l'affirme le HCR, « sans ces garanties minimales, les demandes de statut de réfugié déposées par les femmes ne seraient souvent pas entendues ⁵⁶ ».

52. HCR, « Principes directeurs », *ibid.*

53. *Ibid.*

54. Pour des exemples, voir l'étude rédigée par A. Edwards dans la partie 1.2 de cette publication.

55. Voir *Modinos c. Chypre*, Cour européenne des Droits de l'Homme, Série A, No. 259, 16 EHRR 485, 25 mars 1993 ; plus récemment, *Secretary of State for the Home Department c. Z.* ; *A. c. Secretary of State for the Home Department* ; *M.* ; *c. Secretary of State for the Home Department*, Cour d'appel d'Angleterre, appel joint des affaires n°. C./2001/2766, C./2001/2520 et C./2001/2325, [2002] EWCA Civ 952, 5 juillet 2002.

E. La possibilité de fuite, de réinstallation ou de protection internes

À partir du milieu des années 1980, un certain nombre de pays d'asile ont eu de plus en plus souvent recours au concept intitulé de diverses manières comme la possibilité de fuite interne, de réinstallation interne ou de protection interne, pour refuser le statut de réfugié aux demandeurs n'ayant pas de crainte fondée de persécution dans l'ensemble du pays d'origine. Ce concept, exposé dans la 6^e partie de cet ouvrage, ne figure pas explicitement dans la *Convention de 1951* bien qu'il puisse être considéré comme inhérent à ce texte⁵⁷. Pour les quarante-deux États parties à la Convention de l'OUA sur les réfugiés, la question de fuite interne ne se pose en aucun cas, dans la mesure où en plus de la définition du réfugié de la *Convention de 1951*, elle inclut spécifiquement les événements provoquant la fuite « dans une partie ou dans la totalité de son pays d'origine »⁵⁸.

Diverses méthodes d'analyse ont été développées, puis appliquées, sans cohérence entre et au sein même des juridictions. C'est la raison pour laquelle cette question a été intégrée dans le « deuxième volet » des Consultations mondiales, et certains progrès d'harmonisation ont été réalisés. Plusieurs aspects de cette question, sur lesquels on peut désormais considérer qu'un certain consensus existe, sont décrits dans le Relevé des conclusions de la réunion de la table ronde d'experts qui s'est tenue à San Remo (Italie) en septembre 2001 et qui est reproduit dans la partie 6.2 de cet ouvrage.

Ils reconnaissent, par exemple, que « la pertinence de la prise en compte de la notion de possibilité de protection interne/réinstallation interne/fuite interne dépend des circonstances propres à chaque cas individuel⁵⁹ ». Cela peut sembler évi-

56. HCR, « Femmes réfugiées », *supra* note 9, paragraphe 15. Voir, entre autres, HCR, « Principes directeurs sur la protection internationale : Persécution liée au genre », *supra* note 10, paragraphes 35-36 ; Crawley, *Refugees and Gender*, *supra* note 43, ch. 10 ; G. Hinshelwood, « Interviewing Female Asylum Seekers », *International Journal of Refugee Law*, édition spéciale, 1997, pp. 159-64.

57. Voir, par exemple, *Rasaratnam c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration)*, Cour fédérale du Canada, [1992] 1 FC 706, [1992] 1 FCJ 706 (CA), 1991 ; *Thirunavukkarasu c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration)*, Cour d'appel du Canada, [1994] 1 FC 589, 10 novembre 1993.

58. Convention de 1969 de l'Organisation de l'Unité Africaine (OUA) régissant les aspects propres aux problèmes des réfugiés en Afrique, Nations Unies, *Recueil des Traités*, vol. 1001, n° 45. L'article I(2) définit le terme « réfugié » comme s'appliquant :

à 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 (c'est nous qui soulignons).

59. Consultations mondiales sur la protection internationale, « Relevé des conclusions sur la possibilité de protection interne/réinstallation interne/refuge interne », 6-8 septembre 2001, paragraphe 1. L'expression « possibilité de protection interne/réinstallation interne/refuge interne » a été adoptée lors de la réunion de la table ronde pour reconnaître les différents termes utilisés pour décrire cette notion. L'intitulé exact est moins important que l'évaluation globale des circonstances propres à chaque cas individuel.

dent, mais le corollaire est que la fuite ou la réinstallation interne n'est pas un raccourci procédural pour statuer sur la recevabilité des demandes⁶⁰. Il est au contraire nécessaire de procéder à un examen sur le fond des demandes qui soulèvent des questions de fuite interne pour apprécier correctement les circonstances de l'espèce.

Un autre point sur lequel un plus large consensus semble émerger porte sur la nécessité de ne pas recourir à des procédures accélérées ou de recevabilité, pour l'examen de la fuite ou de la réinstallation interne, compte tenu de la complexité des questions soulevées. C'est la position exprimée dans la proposition de directive de la Commission européenne de 2000 sur les procédures d'asile qui permet aux États membres d'adopter ou de maintenir des procédures accélérées pour les demandes présumées manifestement infondées mais qui exclut explicitement les cas de fuite interne de ce type de procédures⁶¹. Cela représente une évolution positive par rapport au texte (non contraignant) de la *Résolution de Londres sur les demandes manifestement infondées* approuvé par les ministres de l'immigration de la Communauté européenne en 1992 qui considérait les cas de fuite interne comme manifestement infondés et déclarait qu'ils pouvaient être examinés au moyen de procédures de recevabilité ou de procédures accélérées⁶². Les affaires impliquant une possibilité de fuite/réinstallation interne doivent donc être examinées dans le cadre de la procédure d'asile normale.

En général, on reconnaît également (en dépit de quelques décisions de justice antérieures indiquant le contraire⁶³) que quand le retour vers une autre région est envisagé, l'examen doit porter sur l'avenir et évaluer la situation de la personne concernée en cas de retour. Pour cette évaluation, les raisons à l'origine de la fuite peuvent naturellement donner des indications sur toute difficulté potentielle grave à laquelle la personne pourrait être exposée en cas de retour. De même, on reconnaît la nécessité que le lieu spécifique de réinstallation interne soit accessible réellement, physiquement, juridiquement et en toute sécurité.

60. HCR, *Position Paper : Relocating Internally as a Reasonable Alternative to Seeking Asylum (The So-called « 'Internal Flight Alternative' or 'Relocation Principles')*, février 1999, paragraphes 2 et 18.

61. Commission européenne, *Proposition de directive du Conseil relative à des normes minimales concernant la procédure d'octroi et de retrait du statut de réfugié dans les États membres*, COM(2000) 578 final, 20 septembre 2000, article 28 § 2.a). La proposition modifiée de directive du Conseil sur ce sujet présentée par la Commission le 18 juin 2002, COM(2002) 326 final, revoit les dispositions relatives aux demandes manifestement infondées et l'exposé des motifs explique que vu la nouvelle approche retenue, « il n'est plus nécessaire de conserver l'exception prévue à l'article 28 § 2.a) ». Il semblerait donc que la position est la même que celle adoptée dans la première proposition.

62. Conseil des ministres (de l'immigration) de la Communauté européenne, « Résolution sur les demandes d'asile manifestement infondées », 30 nov. — 1^{er} déc. 1992, paragraphe 7. Voir R. Plender (ed.), *Basic Documents on International Migration Law* (Martinus Nijhoff, La Haye, 1999), pp. 474-7.

63. Voir H. Storey, « The Internal Flight Alternative Test : The Jurisprudence Re-examined », 10 *International Journal of Refugee Law*, 1998, p. 499 à pp. 509-11.

Des divergences subsistent toutefois au sujet de la pertinence de l'agent de persécution, en particulier dans les cas impliquant des acteurs non étatiques, lorsque des questions de fuite ou de réinstallation interne apparaissent, ainsi que sur l'approche conceptuelle sur laquelle doit reposer l'analyse de la possibilité d'une telle réinstallation ou fuite interne. De même, l'application correcte de l'analyse du « caractère raisonnable » utilisé dans la majorité des juridictions pour évaluer la viabilité de la zone de réinstallation nécessite une plus grande clarté.

Selon nous, la question de savoir si l'agent de persécution est l'État ou un agent non étatique est importante dans les cas de fuite ou de réinstallation interne. La nécessité d'examiner une possibilité de fuite ou de réinstallation interne n'est pertinente que lorsque la crainte de persécution est limitée à une zone particulière du pays, en dehors de laquelle cette crainte ne peut être matérialisée. Comme le mentionne le HCR dans son document de 2001 sur l'interprétation de l'article 1 : « En pratique, cette constatation exclut pratiquement tous les cas où la persécution que craignent les demandeurs émane d'agents étatiques ou est encouragée ou tolérée par eux, dans la mesure où ceux-ci sont censés exercer leur autorité sur l'ensemble du territoire⁶⁴ ». Ces agents étatiques incluent aussi généralement les autorités gouvernementales locales et régionales, dans la mesure où elles tiennent leur autorité du gouvernement national. À l'inverse, lorsque la crainte émane d'agents non étatiques, la prise en compte d'une possibilité de réinstallation interne sera plus souvent pertinente.

Concernant la question de l'approche conceptuelle de cette notion dans le cadre de la définition du réfugié, il existe différentes approches. L'une d'elles considère que cela fait partie de l'analyse de l'existence d'une « crainte fondée » de persécution pour un motif de la Convention. Une autre approche consiste à estimer que cela relève de la question de savoir si le demandeur d'asile « ne peut ou ... ne veut se réclamer de la protection de ce pays ».

Cette dernière approche, adoptée par les *Recommandations de Michigan sur l'alternative de protection interne* publiées en avril 1999⁶⁵, est exposée dans cet ouvrage dans le document rédigé par James C. Hathaway et Michelle Foster. Elle est désormais appliquée par la *New Zealand Refugee Status Appeals Authority* (Instance d'appel des réfugiés de Nouvelle-Zélande). Il s'agit d'une approche en deux étapes qui établit, dans un premier temps, le risque de persécution pour un motif de la Convention dans au moins une partie du pays, puis détermine si la personne concernée peut ou veut se réclamer de la protection du pays d'origine en se fondant sur une évaluation de la possibilité pour le demandeur d'asile d'avoir accès à une protection

64. HCR, *L'interprétation de l'article 1 de la Convention de 1951 relative au statut des réfugiés*, avril 2001, paragraphe 13 (notes de bas de page omises).

65. Voir J.C. Hathaway, « The Michigan Guidelines on the Internal Protection Alternative », 21(1) *Michigan Journal of International Law*, 1999, p. 131, disponible sur <http://www.refugeecaselaw.org/refugee/guidelines.htm>.

interne réelle contre le risque de persécution. Hathaway et Foster identifient alors quatre étapes pour évaluer l'existence d'une possibilité de protection interne :

Premièrement, la zone de réinstallation proposée est-elle accessible à l'intéressé, sur le plan pratique, sur le plan juridique et en termes de sécurité ? Deuxièmement, cette possibilité offre-t-elle un « antidote » à la crainte fondée de persécution dont il est prouvé qu'elle existe dans le lieu d'origine du demandeur, en d'autres termes, présente-t-elle moins qu'un « risque réel » ou une « possibilité sérieuse » par rapport au risque encouru à l'origine ? Troisièmement, est-il certain qu'il n'existe pas de nouveaux risques de persécution dans cette zone, ou de refoulement direct ou indirect vers le lieu d'origine ? Quatrièmement, existe-t-il au moins le niveau minimal de protection étatique réelle dans la zone proposée⁶⁶ ?

L'approche la plus courante préfère une analyse globale de la demande d'asile, dans laquelle les différents éléments de la définition du réfugié sont considérés comme étroitement liés⁶⁷. C'est seulement après avoir établi la nature de la persécution redoutée, en particulier la question de l'agent de persécution, qu'on pourra être certain de la pertinence ou non d'une fuite interne. Si c'est le cas, une compréhension claire de la persécution crainte est un élément intrinsèque de l'évaluation de la viabilité de tout lieu de réinstallation dans le pays d'origine.

Selon cette méthode d'analyse, l'approche conceptuelle sur laquelle repose l'évaluation de la possibilité de fuite interne est considérée comme faisant partie de l'examen de l'élément de la définition du réfugié relatif au bien-fondé de la persécution crainte⁶⁸. Le fait de rattacher l'analyse de toute possibilité de fuite ou de réinstallation interne à cet élément, loin de fournir « une base pour anticiper l'analyse du danger dans le lieu d'origine », comme le soutiennent Hathaway et Foster dans leur conclusion, garantit que toute évaluation du risque dans un autre lieu s'appuie sur une compréhension claire de la validité et de la base de la crainte dans le lieu d'origine. Cette compréhension est donc un élément essentiel de l'évaluation de la question de savoir s'il existe dans le lieu alternatif envisagé cette crainte fondée de persécution, ou d'une autre, (que ce soit pour un motif conventionnel ou pas), ou bien s'il existe une crainte d'être renvoyé de force vers le lieu d'origine.

Dans cette approche, un élément essentiel est la question de savoir s'il est raisonnable pour le demandeur d'asile concerné de s'établir dans la zone de réinstallation envisagée. Cette analyse du « caractère raisonnable » conduit à évaluer le risque de persécution future et à se demander si la réinstallation exposerait l'intéressé à des difficultés excessives. Elle a été adoptée par la grande majorité des juridictions comme constituant l'analyse appropriée dans ces cas⁶⁹. D'une manière plus générale, le concept de caractère raisonnable est largement admis et appliqué dans d'autres domaines du droit. Selon nous, cette analyse ne justifie pas d'« imposer ce qui revient à une obligation de se cacher (par exemple, en abandonnant ses convic-

66. Voir le document rédigé par J.C. Hathaway et M. Foster dans la partie 6.1 de cette publication.

67. Voir aussi le titre IV de l'introduction ci-dessous.

68. C'est également la position adoptée par Fortin, « The Meaning of 'Protection' in the Refugee Definition », 12 *International Journal of Refugee Law*, 2001, pp. 548-76.

tions religieuses ou politiques)⁷⁰ ». Au contraire, établir cette présomption reviendrait exactement à cela : déraisonnable, et également contraire aux normes élémentaires de protection des droits de l'Homme et donc à une mauvaise application tant de l'analyse du caractère raisonnable que du droit international.

Pour leur part, Hathaway et Foster rejettent l'analyse du caractère raisonnable « en faveur d'un engagement à évaluer le caractère suffisant de la protection accessible au demandeur d'asile à cet endroit [dans la zone de réinstallation envisagée] ». Dans les quatre étapes proposées par Hathaway et Foster (en particulier la troisième et la quatrième étape), on retrouve en fait des éléments du caractère raisonnable. Par exemple, le retour d'une personne vers un désert inhabitable représente-t-il un retour vers un endroit où les normes minimales de protection réelle de l'État sont satisfaites ou est-il simplement déraisonnable ? Hathaway et Foster reconnaissent eux-mêmes que le résultat est le même.

Il subsiste toutefois une différence importante entre les deux approches. En effet, le fait d'exiger l'évaluation de la capacité de l'État ou de sa volonté d'assurer une protection à l'intéressé dans chaque cas, comme le préconisent les Recommandations du Michigan, ajoute effectivement un critère supplémentaire à la définition du réfugié. Comme énoncé plus haut, c'est plutôt dans les cas impliquant des agents de persécution non étatiques qu'il est nécessaire d'examiner s'il y a un manque de protection.

Il est sans doute difficile de définir ce qui est raisonnable du fait des différences radicales qui existent entre la situation dans le pays d'origine et dans le pays d'asile. Ces différences reflètent les inégalités globales qui résultent de l'instabilité et du conflit, des inégalités économiques, du respect insuffisant des droits de l'Homme et des attentes culturelles variables dans différentes parties du monde. Les normes fondamentales des droits de l'Homme sont néanmoins une mesure importante pour toute évaluation du caractère raisonnable, à la fois de la question de savoir si une crainte fondée subsisterait dans la zone alternative et de celle de savoir si, en pratique, la réinstallation serait durable en termes économiques et sociaux.

L'analyse du caractère raisonnable contraste avec la quatrième étape décrite dans le document rédigé par Hathaway et Foster. Selon cette dernière, il suffit, pour que la réinstallation soit possible, que les normes minimales de protection étatique effective, figurant aux articles 2 à 33 de la *Convention de 1951*, soient considérées comme respectées. Cela semble impliquer que la réinstallation d'une personne est

69. Parmi les pays ayant adopté l'analyse du caractère raisonnable sous une forme ou une autre, on trouve l'Australie, l'Autriche, le Canada, l'Allemagne (dans certains cas), les Pays-Bas, la Suède, le Royaume-Uni et les États-Unis. D'autres juridictions, dont le New Zealand Refugee Review Tribunal, adoptent des analyses différentes pour déterminer si une possibilité de refuge interne/réinstallation interne existe. Pour plus de détails, voir ELENA, *The Application of the Concept of Internal Protection Alternative* (research paper, Conseil européen sur les exilés et les réfugiés, CERE/ECRE, Londres, 2000).

70. Voir Hathaway et Foster, conclusion de leur document figurant dans la partie 6.1 de cette publication.

possible lorsque ces droits minimaux sont respectés et négliger le fait que, en vertu des instruments internationaux de droits de l'Homme, les États ont l'obligation de garantir un ensemble plus vaste de droits aux personnes qui relèvent de leur juridiction. Cela conduirait, semble-t-il, à une conception restrictive des droits que les États ont l'obligation de garantir, ce qui pourrait avoir comme résultat absurde de considérer qu'une personne persécutée n'aurait pas droit au même niveau de protection qu'un concitoyen⁷¹.

En effet, l'analyse de Hathaway et Foster semble mettre sur le même pied la responsabilité des États consistant à garantir et à assurer les droits et libertés de leurs propres citoyens, et en particulier ceux qui sont déplacés de force sur leur territoire, et le concept de protection internationale des réfugiés. Reconnaisant le risque de méconnaître les différentes notions de protection et les dangers qui s'ensuivent, les rédacteurs des *Principes directeurs relatifs au déplacement de personnes à l'intérieur de leur propre pays*⁷² ont été attentifs à la nécessité de garantir qu'aucun statut spécifique ne soit attribué aux personnes déplacées à l'intérieur de leur propre pays. Même s'ils ont pu, sur certains aspects, établir des parallèles avec le droit des réfugiés, les rédacteurs étaient conscients du danger que le fait de confiner les personnes déplacées à l'intérieur de leur propre pays à un certain statut pourrait potentiellement limiter l'exercice de leurs droits fondamentaux au sens plus large.

Comme mentionné plus haut, une autre norme appliquée inclut le concept d'épreuve indue, qui est plus large, dans la mesure où il inclut l'examen de la violation des droits de l'Homme fondamentaux⁷³. Tandis qu'il est généralement admis que la situation dans la zone de réinstallation doit permettre à la personne concernée de mener une vie relativement normale dans le contexte du pays concerné, il n'y a pas de consensus sur les questions d'accès à l'emploi, au logement et à l'aide sociale. Compte tenu des divergences entre les différents pays du monde en matière de mise en œuvre des droits de l'Homme, en particulier des droits économiques et sociaux, c'est là que l'approche du caractère raisonnable recommandée au paragraphe 91 du *Guide* du HCR⁷⁴ entre en jeu.

71. Voir N. Kelley, « Internal Flight/Relocation/Protection Alternative : Is it Reasonable ? », 14 *International Journal of Refugee Law*, 2002, p. 4.

72. *Principes directeurs relatifs au déplacement de personnes à l'intérieur de leur propre pays* additif au rapport du Représentant du Secrétaire-général pour les personnes déplacées à l'intérieur de leur propre pays, M. Francis Deng, présenté à la Commission des droits de l'Homme, UN doc. E/CN.4/1998/53/Add.2, 11 février 1998.

73. Voir, par exemple, l'affaire principale *Thirunavukkarasu*, *supra* note 57 et *R. c. Secretary of State for the Home Department and another, ex parte Robinson*, Cour d'appel d'Angleterre (section civile), [1997] 4 All ER 210, 11 juillet 1997, qui utilisent toutes les deux l'expression « épreuve indue ». Voir aussi Storey, « The Internal Flight Alternative Test : The Jurisprudence Re-examined », *supra* note 63, p. 527.

74. HCR, *Guide des procédures et critères à appliquer pour déterminer le statut de réfugié* (Genève, 1979, réédité en 1992), paragraphe 91.

Une méthode d'analyse proposée par la juriste Ninette Kelley consiste à adopter « une approche du 'caractère raisonnable' fondée sur les droits de l'Homme⁷⁵ ». Elle suggère que si l'on considère qu'il existe une possibilité raisonnable que le persécuteur ne persécute pas le demandeur d'asile dans la zone de réinstallation interne, il faut examiner « si une protection réelle existe par ailleurs dans cette zone ». Elle propose que le point de référence approprié pour cette évaluation soit la question de savoir « si les droits fondamentaux civils, politiques et socio-économiques du demandeur, tels qu'énoncés dans la Convention sur les réfugiés *et dans les autres instruments principaux en matière de droits de l'Homme* sont protégés à cet endroit⁷⁶ ». Cela ne créerait pas un cadre trop rigide et éviterait en même temps d'adopter une interprétation trop vague des critères du « caractère raisonnable ».

Au vu de ces considérations, l'objectif des *Principes directeurs sur la protection internationale sur la possibilité de fuite ou de réinstallation interne* que le HCR rédige actuellement est de fournir des orientations plus claires sur ces points et les questions connexes, en s'inspirant des discussions et des évolutions récentes afin d'étoffer les Principes directeurs élaborés en février 1999. Des précisions sur la façon d'appliquer l'analyse du caractère raisonnable aideront, nous l'espérons, la majorité des États qui l'appliquent à le faire de manière plus équitable et plus cohérente.

F. L'exclusion

La 7^e partie de cet ouvrage analyse les clauses d'exclusion qui figurent à l'article 1 F de la *Convention de 1951*. L'application correcte des clauses d'exclusion est un enjeu majeur depuis un certain temps⁷⁷. Ceci à la fois dans le contexte de l'identification et de l'exclusion des génocidaires parmi les réfugiés ayant fui le génocide rwandais en 1994, ainsi que pour les politiques d'asile des États industrialisés soucieux de limiter l'accès de ceux qui ne méritent pas la protection de réfugié au bénéfice de la *Convention de 1951*. L'application correcte des clauses d'exclusion constitue également un aspect important de la lutte contre l'impunité des auteurs de graves violations des droits de l'Homme, en particulier dans le contexte de l'instauration des tribunaux pénaux internationaux pour l'ex-Yougoslavie et pour le Rwanda dans les années 1990, suivie par celle, plus récente, de la Cour pénale internationale. Les préoccupations liées à l'exclusion ont été renforcées depuis les attentats du 11 septembre 2001 contre les États-Unis car les États ont accordé une attention accrue à ces clauses pour éviter que des terroristes abusent des voies de l'asile.

La *Convention de 1951* est très claire sur ce point : certains actes sont tellement graves que leurs auteurs ne méritent pas la protection internationale et le système de protection des réfugiés ne doit pas entraver les poursuites à l'encontre des grands

75. Kelley, « Internal Flight/Relocation/Protection Alternative : Is it Reasonable ? », *supra* note 71, p. 36.

76. *Ibid.* (c'est nous qui soulignons).

77. Voir, par exemple, « The Exclusion Clauses : Guidelines on their Application », 1^{er} décembre 1996 ; « Exclusion from Protection », 12 *International Journal of Refugee Law*, édition spéciale, 2000.

criminels⁷⁸. La définition du réfugié est conçue de manière à permettre d'exclure du champ de la Convention les personnes ayant commis des infractions particulièrement graves. Si elle est correctement appliquée, la Convention ne peut donc pas offrir de repaire aux grands criminels. En effet, l'application rigoureuse des clauses d'exclusion garantit la crédibilité des différents systèmes d'asile.

Quand l'interprétation et l'application de l'article 1 F ont été discutées lors de la réunion de la table ronde d'experts à Lisbonne (Portugal) en mai 2001, les participants ont estimé qu'il fallait adopter « une approche évolutive » et s'inspirer des évolutions intervenues dans d'autres domaines du droit international depuis 1951⁷⁹. Les participants ont examiné les conceptions actuelles des comportements relevant des clauses d'exclusion tout en encourageant une application qui prenne en compte des développements juridiques dans d'autres domaines, en particulier le droit international pénal, le droit international des droits de l'Homme et le droit international humanitaire. Ils ont également estimé que les clauses d'exclusion étaient de nature exceptionnelle et qu'elles devaient être appliquées de manière scrupuleuse et restrictive en raison des conséquences graves que peut avoir l'exclusion du statut de réfugié pour la personne concernée.

Les trois types de crimes différents qui figurent à l'article 1 F sont analysés en détail dans le document rédigé par Geoff Gilbert. Leur énumération est exhaustive. Ils concernent les personnes ayant commis, premièrement, « un crime contre la paix, un crime de guerre ou un crime contre l'humanité », deuxièmement, « un crime grave de droit commun en dehors du pays d'accueil avant d'y être admises comme réfugiés » et troisièmement, des « agissements contraires aux buts et aux principes des Nations Unies ».

L'interprétation de l'article 1 F b) relatif aux crimes graves de droit commun est le domaine dans lequel la pratique des États varie le plus, ce qui explique qu'elle fasse l'objet d'une analyse approfondie. La définition d'une infraction « grave » doit être mesurée à l'aune des normes internationales, en prenant en compte des facteurs tels que la nature de l'acte, le dommage réellement causé, le type de procédure pénale employée, la nature de la peine, et si la plupart des juridictions considéraient cet acte comme un crime grave. Son interprétation est également liée au principe de proportionnalité, la question étant de savoir si les conséquences, c'est-à-dire, le renvoi éventuel vers la persécution, sont proportionnées au type de crime commis. La version actualisée des *Principes directeurs sur la protection internationale relatifs à l'application des clauses d'exclusion*⁸⁰ propose qu'un crime grave soit un crime entraînant la peine capitale ou un acte entraînant une sanction très lourde. Ce serait le cas

78. Voir HCR, *Addressing Security Concerns Without Undermining Refugee Protection*, novembre 2001.

79. Consultations mondiales sur la protection internationale, « Relevé des conclusions : Exclusion du statut de réfugié », table ronde d'experts de Lisbonne, 30 mai 2001, paragraphe 2.

80. HCR, « Principes directeurs sur la protection internationale : Application des clauses d'exclusion : article 1 F de la *Convention de 1951 relative au statut des réfugiés* », à paraître en 2003.

d'un meurtre, un viol, un incendie criminel ou un vol à main armée. Concernant la signification de « droit commun », la plupart des juridictions ont recours à l'analyse de la « prédominance » pour déterminer la nature du crime en question, c'est-à-dire la question de savoir si l'infraction peut être considérée comme ayant un caractère politique prédominant. La motivation, le contexte, les méthodes et la proportionnalité d'un crime par rapport à ses objectifs sont des facteurs importants pour mesurer sa nature politique⁸¹.

Lors de l'examen des cas soulevant des questions d'exclusion, il est important de faire une distinction claire entre l'article 1 F et les autres articles de la Convention, en particulier l'article 33 § 2. Ce dernier concerne le danger futur qu'un réfugié reconnu peut représenter pour le pays d'accueil. Il implique la suppression de la protection contre le refoulement pour les réfugiés qui constituent une menace pour la communauté du pays d'accueil, par exemple, suite à des crimes particulièrement atroces commis dans le pays d'accueil et au risque de récidive. Concernant l'interprétation de l'expression « danger pour la sécurité du pays », la Cour suprême du Canada, dans sa décision de janvier 2002 dans l'affaire *Suresh*, a déclaré que « la menace doit être 'grave', en ce sens qu'elle doit reposer sur des soupçons objectivement raisonnables et étayés par la preuve et faire craindre un préjudice sérieux »⁸².

L'exclusion et l'expulsion constituent des procédures différentes, bien que les États en pratique insistent généralement sur leur volonté d'expulser et de renvoyer de leur territoire les personnes exclues, plutôt que d'engager des poursuites judiciaires à leur encontre. Dans certains cas, cela peut entrer en conflit avec le droit international des droits de l'Homme applicable⁸³. Grâce à l'importance croissante de la compétence pénale internationale et universelle, ce problème sera progressivement résolu.

La complexité des questions que soulèvent les cas d'exclusion est une raison principale avancée pour qu'elles continuent d'être examinées dans le cadre de la procédure d'asile normale, ou d'une unité spécialisée en matière d'exclusion, plutôt qu'au stade de la recevabilité ou dans le cadre de procédures accélérées. Cela garantit qu'une décision individuelle est rendue dans le respect de la procédure prévue par la loi, par une autorité compétente possédant l'expertise requise en droit des réfugiés et en droit pénal. Il est évident que la question de l'applicabilité des clauses d'exclusion ne se pose pas pour chaque demande d'asile. Bien qu'il ne soit pas néces-

81. L'affaire *Minister for Immigration and Multicultural Affairs c. Daljit Singh*, Haute Cour d'Australie, [2002] HCA 7, 7 mars 2002, est une affaire examinée en appel qui apporte des précisions supplémentaires sur l'interprétation de l'expression « crime grave de droit commun » et qui a été rendue après la fin de la rédaction du document de G. Gilbert.

82. *Suresh c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, supra note 21 et analysée dans le document relatif à l'exclusion.

83. Pour les dispositions pertinentes du droit international des droits de l'Homme dans lesquels le non-refoulement figure comme élément de l'interdiction de la torture ou des traitements, cruels, inhumains ou dégradants, voir le document rédigé par Lauterpacht et Bethlehem dans la 2^e partie de cette publication, paragraphes 6-10.

saire d'établir une règle stricte exigeant d'examiner de manière séparée et consécutive les facteurs d'inclusion et d'exclusion, les raisons pour lesquelles la protection du statut de réfugié peut être nécessaire ainsi que les raisons pour lesquelles le demandeur peut ne pas la mériter doivent être examinées ensemble au cours d'une évaluation globale. Il serait possible, par exemple, que l'exclusion soit examinée en premier en cas de condamnation par des tribunaux internationaux dans des affaires relevant très nettement de l'article 1 F c ou en cas de procédure d'appel où l'examen porte spécifiquement sur l'applicabilité des clauses d'exclusion.

G. La cessation

Comme les clauses d'exclusion, les clauses de cessation figurant à l'article 1 C de la *Convention de 1951*, et examinées dans la 8^e partie de cet ouvrage, ont été largement discutées au cours des dernières années. Ceci résulte notamment de la fin d'un certain nombre de situations de réfugiés après la fin de la guerre froide ; ainsi que de la nécessité de trouver des solutions durables en particulier dans le contexte de situations de réfugiés qui perdurent ; et de l'évolution des normes en matière de rapatriement librement consenti et de l'importance accrue de ce moyen comme solution durable souhaitée par la majorité des réfugiés. Bien que cela ne porte pas sur les mêmes points, la cessation, dans le contexte des afflux massifs, et la fin de la protection temporaire, ont provoqué d'importants débats dans les années 1990.

Dans ce contexte, le document rédigé par Joan Fitzpatrick et Rafael Bonoan⁸⁴ examine la pratique et les critères d'application des clauses de cessation. Cela concerne à la fois l'article 1 C 1 à C 4 de la *Convention de 1951*, dans le cas d'un changement relatif aux circonstances personnelles, c'est-à-dire, le réclamation de la protection nationale, le recouvrement de la nationalité, l'acquisition d'une nouvelle nationalité, un rétablissement dans le pays d'origine, ainsi que les changements de circonstances prévus à l'article 1 C 5 et C 6. Concernant le premier cas, Fitzpatrick et Bonoan estiment que « le caractère volontaire, l'intention et la protection effective » sont des éléments essentiels de toute évaluation et ils soulignent l'importance de « l'analyse minutieuse des motivations de l'intéressé et de l'évaluation de la bonne foi et des capacités des autorités étatiques ».

C'est toutefois sur la cessation pour changements de circonstances que les États ont concentré leur attention, même s'ils ont rarement invoqué ces clauses. Il en est ainsi surtout à cause des coûts administratifs en jeu, de la possibilité qu'une personne puisse dans tous les cas avoir le droit de rester sous un autre statut et/ou de la préférence pour la naturalisation au titre de l'article 34 de la *Convention de 1951*. En

84. Ce document est la synthèse de deux documents rédigés séparément par ces auteurs, qui ont été présentés lors de la table ronde d'experts sur la cessation à Lisbonne en mai 2001 : J. Fitzpatrick, « Current Issues in Cessation of Protection under Article 1C of the 1951 Refugee Convention and Article I.4 of the 1969 OAU Convention » ; R. Bonoan, « When is Protection No Longer Necessary ? The 'Ceased Circumstances' Provisions of the Cessation Clauses : Principles and UNHCR Practice, 1973-1999 ».

effet, il ne faut pas assimiler ni associer la cessation avec le retour automatique. Elle peut, par exemple, également être une formalité administrative par laquelle la responsabilité est transférée des autorités traitant des questions de réfugiés à un autre service gouvernemental responsable des questions d'immigration en général.

En s'appuyant sur la pratique du HCR et des États, le document de travail et le Relevé des conclusions de la table ronde d'experts qui s'est tenue à Lisbonne en mai 2001 font état d'un accord substantiel sur le fait que les changements dans le pays d'origine doivent avoir un « caractère fondamental, stable et durable » pour que les clauses de cessation puissent être invoquées⁸⁵. Le Relevé des conclusions recommande également que l'évaluation en vue d'appliquer les clauses de cessation générale inclut la prise « en considération [de] toute une série de facteurs comme la sécurité humaine, la viabilité du retour et la situation générale des droits de l'Homme » et suggère que les réfugiés participent eux-mêmes aux procédures et au processus d'évaluation⁸⁶.

Les exceptions à toute déclaration générale de cessation constituent également un enjeu aujourd'hui. L'une d'elles est relative aux « raisons impérieuses tenant à des persécutions antérieures » figurant à l'article 1 C 5 et C 6. Il est désormais bien établi dans la pratique des États qu'elle va plus loin que les termes mêmes de la disposition pour s'appliquer aux réfugiés relevant de l'article 1 A 2 de la *Convention de 1951*. Dans ces circonstances, la meilleure pratique étatique s'inspirant de l'esprit de la Convention consiste à maintenir le statut de réfugié, bien que les États accordent parfois des statuts subsidiaires aux intéressés qui n'offrent pas nécessairement un statut juridique sûr et ne préservent pas « les droits acquis » comme le préconise le Comité exécutif⁸⁷. D'autres exceptions concernent les personnes dont le retour est interdit en vertu des traités de défense des droits de l'Homme, notamment celles qui subiraient de graves préjudices économiques en cas de rapatriement. Il peut également exister de fortes raisons humanitaires de ne pas appliquer la cessation aux réfugiés dont le long séjour dans le pays d'accueil leur a permis de tisser des liens familiaux, sociaux et économiques forts. Cette exception est reconnue dans la pratique des États par l'octroi de permis de séjour de longue durée à ces personnes.

La cessation, dans le contexte de situations d'afflux massif qui surchargent les procédures d'asile individuelles, constitue également un domaine dans lequel les États ont cherché à développer leurs pratiques, notamment dans le cadre de la Directive de l'Union européenne sur la protection temporaire adoptée en août 2001⁸⁸. Lorsque l'accès à la procédure d'asile a été suspendu pour la durée de la pro-

85. Comité exécutif, Conclusion No. 69 (XLIII) 1992, paragraphe b).

86. Consultations mondiales sur la protection internationale, « Relevé des conclusions : Cessation du statut de réfugié », table ronde d'experts de Lisbonne, 3-4 mai 2001, paragraphes 10 et 12.

87. Comité exécutif, Conclusion No. 69, *supra* note 85, paragraphe e).

88. Directive du Conseil 2001/55/EC du 20 juillet 2001 relative à des normes minimales pour l'octroi d'une protection temporaire en cas d'afflux massif de personnes déplacées et à des mesures tendant à assurer un équilibre entre les efforts consentis par les États membres pour accueillir ces personnes et supporter les conséquences de cet accueil, JO 2001 L 212/12, 7 août 2001.

tection temporaire, il est désormais largement reconnu que les personnes affectées par la fin de la protection temporaire doivent avoir le droit de demander l'asile si elles le souhaitent et doivent également être à même de prouver l'existence de raisons impérieuses tenant à des persécutions antérieures. Un exemple récent concerne le cas des réfugiés albanais du Kosovo qui avaient fui vers l'Albanie entre avril 1998 et mai 1999 et dont le statut temporaire a été révoqué par les autorités albanaïses en mars 2002. La fin de la protection temporaire s'est accompagnée de la possibilité de demander l'asile. Le rapatriement assisté par le HCR pour les personnes souhaitant rentrer chez elles était également prévu⁸⁹.

Il est encore un cas dans lequel la pratique de certains États manque de clarté. Il s'agit de l'application des concepts de cessation au stade des procédures d'examen des demandes d'asile. Cette application est particulièrement complexe dans les cas où la personne a clairement quitté son pays d'origine en tant que réfugié, a déposé une demande d'asile mais son cas n'est examiné qu'après un long délai, au cours duquel les circonstances ont considérablement changé dans son pays. Lorsque des changements fondamentaux sont intervenus dans le pays d'origine au cours de la procédure d'asile, il incombe aux autorités de prouver que ces changements sont fondamentaux et durables⁹⁰.

Le HCR a actualisé ses orientations sur les clauses de cessation en tenant compte des discussions qui ont eu lieu dans le cadre du « deuxième volet » des Consultations mondiales et de la profusion de documents que le HCR a reçue en réponse à ce document de travail⁹¹. Cette mise à jour devra être équilibrée et souple, tout en restant conforme aux principes essentiels qui sous-tendent la logique des clauses de cessation.

H. L'unité de la famille et la protection des réfugiés

La 9^e partie de cet ouvrage examine la portée du droit à l'unité de la famille et la manière d'utiliser la réunification familiale pour mettre en œuvre ce droit. Le fondement de ce droit se trouve dans la Recommandation B de *l'Acte final de la Conférence de plénipotentiaires de 1951* qui affirme notamment que « l'unité de la famille [...] est un droit essentiel du réfugié⁹² ». Il se base également sur des dispositions du droit international des droits de l'Homme qui s'appliquent à tous les êtres humains, quel que soit leur statut. Dans le cas des réfugiés, la responsabilité de respecter ce droit incombe également en partie au pays d'asile dans la mesure où, contrairement aux migrants volontaires, on ne peut pas attendre des réfugiés qu'ils se regroupent dans leur pays d'origine.

Le document rédigé sur ce sujet par Kate Jastram et Kathleen Newland analyse la portée du droit à l'unité de la famille pour les réfugiés et les demandeurs

89. Commission albanaise nationale pour les réfugiés, « La Commission nationale pour les réfugiés révoque le statut de protection temporaire pour les Kosovars restant », article de presse, 29 mars 2002.

90. Consultations mondiales sur la protection internationale, « Relevé des conclusions : Cessation du statut de réfugié », *supra* note 86, paragraphe 27.

91. Voir *supra* note 10.

d'asile en droit international. Ce faisant, il se base non seulement sur la pratique pertinente des États et la doctrine, mais également sur l'expérience du HCR sur le terrain et sur des cas de réinstallation, grâce aux informations fournies par les bureaux du HCR sur le terrain et par la Division de la Réinstallation au Siège du HCR à Genève. Le document donne des exemples de l'expérience pratique et des difficultés rencontrées par le HCR, par exemple quand des familles de réfugiés cherchent à se regrouper.

Il aborde la question du « statut dérivé » par lequel les membres de la famille qui accompagnent une personne reconnue réfugiée se voient également accorder le statut de réfugié ou un statut similaire auquel sont attachés les mêmes droits. Compte tenu de la prise de conscience accrue des formes de persécution liées au genre et spécifiques à l'enfant, le Relevé des conclusions de la table ronde qui s'est tenue à Genève en novembre 2001 affirme également que « tout membre de la famille doit pouvoir être entendu lors d'un entretien séparé s'il le souhaite et les principes de confidentialité doivent être respectés⁹³ ».

Les mesures des États visant à expulser ou à renvoyer un membre d'une famille de réfugiés intacte déjà présente dans le pays d'asile peuvent également porter préjudice à l'unité de la famille. Dans ces cas, l'État doit soupeser un certain nombre de droits et de considérations qui limitent sa marge de manœuvre s'il souhaite séparer une famille. L'expulsion ou le renvoi pourrait constituer une violation du droit à l'unité de la famille à moins d'être justifié selon les normes internationales. La Cour européenne des Droits de l'Homme a considéré qu'une violation était établie dans l'affaire *Amrollahi c. Danemark* (Requête No. 56811/00, décision du 11 juillet 2002) et elle a exposé les critères à prendre en considération dans cette évaluation. L'affaire concernait un ressortissant iranien qui avait déserté l'armée iranienne et fui vers le Danemark. Il s'était vu accorder tout d'abord un permis de séjour temporaire puis permanent et s'était marié avec une Danoise avec laquelle il avait eu deux enfants. Après sa condamnation pour trafic de drogue, les autorités

92. *Acte final de la Conférence de plénipotentiaires des Nations Unies sur le statut des réfugiés et des apatrides*, 1951, UN doc. A/CONF.2/108/Rev.1, 26 novembre 1952, Recommandation B. Il n'y a pas de référence à un droit à l'unité de la famille en soi dans la *Convention de 1951* elle-même, sauf de manière indirecte à l'article 12 § 2 qui impose aux États parties de respecter « les droits précédemment acquis par le réfugié et découlant du statut personnel, et notamment ceux qui résultent du mariage » et à l'article 24 qui prévoit que les États parties accorderont aux réfugiés le même traitement qu'aux nationaux en ce qui concerne les allocations familiales et les autres prestations de sécurité sociale. Voir aussi, au niveau régional, Conseil de l'Europe, Comité des ministres, *Recommandation No. R (99)23 aux États membres relative au regroupement familial des réfugiés et des autres personnes ayant besoin d'une protection internationale*, 15 décembre 1999 ; Conseil de l'Europe, Comité des ministres, *Recommandation Rec(2002)4 relative au statut juridique des personnes admises pour la réunification familiale*, 26 mars 2002 ; Commission européenne, *Proposition modifiée de directive du Conseil relative au droit au regroupement familial*, COM(2002) 225 final, 2 mai 2002, ch. V.

93. Consultations mondiales sur la protection internationale, « Relevé des conclusions : Unité de la famille », table ronde d'experts de Genève, novembre 2001, paragraphe 7.

danoises ont toutefois cherché à l'expulser dans l'intérêt de la prévention contre les troubles et la criminalité et en se fondant sur son absence de crainte fondée de persécution en Iran. La Cour a estimé que son expulsion était conforme à la procédure prévue par la loi mais que comme il était *de facto* impossible pour lui et sa famille de continuer à vivre ensemble en dehors du Danemark, elle serait disproportionnée par rapport aux buts poursuivis et violerait le droit au respect de la vie familiale.

La définition de la famille envers laquelle l'État a des obligations est une question qui fait l'objet de pratiques et d'attentes culturelles divergentes et sur laquelle la pratique des États varie. Comme cela est indiqué dans le Relevé des conclusions :

La question de l'existence ou de la non-existence d'une famille est essentiellement une question de fait qui doit être déterminée au cas par cas, par une approche souple qui tienne compte des différences culturelles et des facteurs de dépendance économique et émotionnelle. Aux fins du regroupement familial, la « famille » comprend, au minimum, les membres de la famille nucléaire (conjoint et enfants mineurs)⁹⁴.

En résumé, la réunification familiale peut être considérée comme un moyen pratique de mettre en œuvre le droit à l'unité de la famille, dans la mesure où celle-ci peut être perturbée par la fuite. Les conclusions de la table ronde d'experts de novembre 2001 qui s'est tenue à Genève affirment que « le respect du droit à l'unité de la famille exige non seulement que les États s'abstiennent d'agir d'une manière qui aboutirait à des séparations familiales mais aussi qu'ils prennent des mesures pour maintenir l'unité de la famille et réunir les membres qui ont été séparés⁹⁵ ». Dans certains cas, lorsque les membres de la famille sont dispersés dans différents pays d'asile, il peut toutefois s'avérer difficile de se mettre d'accord sur des critères pour déterminer où la réunification familiale doit en fin de compte avoir lieu. C'est un domaine où des normes internationales supplémentaires doivent être établies. En effet, si des familles restent groupées ou sont en mesure de se regrouper, cette stabilité accrue renforce énormément la capacité des réfugiés à devenir autonomes et favorise la réalisation complète de solutions durables.

I. La responsabilité de surveillance du HCR

La question du rôle de surveillance du HCR sur la base de son Statut conjointement avec l'article 35 de la *Convention de 1951* et l'article II du Protocole de 1967 a reçu une attention particulière ces dernières années, non seulement du fait du sentiment que la mise en œuvre de la *Convention de 1951* n'est pas adéquate ou est insuffisante dans de nombreuses parties du monde, mais aussi que le renforcement de la supervision internationale pourrait garantir un meilleur respect des normes. Tel est

94. *Ibid.*, paragraphe 8. Pour la situation particulière des enfants séparés et de l'unité de la famille, voir HCR, « Enfants réfugiés », *supra* note 9, paragraphes 14-17.

95. « Relevé des conclusions : Unité de la famille », *supra* note 92, paragraphe 5. Voir aussi HCR, « Femmes réfugiées », *supra* note 9, paragraphes 14-17.

l'objet de la 10^e partie de cet ouvrage. Le document rédigé par Walter Kälin identifie différentes méthodes actuelles de suivi du respect des traités internationaux, en particulier dans le domaine des droits de l'Homme. En outre, il décrit un certain nombre de systèmes de surveillance instaurés dans d'autres secteurs placés sous la responsabilité d'organisations internationales, notamment les systèmes mis en place dans le cadre de l'Organisation Internationale du Travail, de l'Organe international de contrôle des stupéfiants et de l'Organisation de coopération et de développement économiques. Kälin analyse certains problèmes posés par le fait de s'inspirer des modèles existants et propose des options à la fois pour des réformes plus radicales et pour une version « allégée » afin de renforcer le suivi de la mise en œuvre de la *Convention de 1951* de manière complémentaire avec la propre responsabilité de surveillance du HCR. Le Relevé des conclusions de la table ronde d'experts qui s'est tenue à Cambridge en juillet 2001 s'inspire de cette analyse et présente également plusieurs approches possibles.

Le HCR, pour sa part, a adopté certaines pratiques d'organisation destinées à parvenir à cet objectif et à cette fonction de base sans pour autant compromettre l'efficacité opérationnelle de ses activités sur le terrain. Le succès de ces pratiques repose en particulier sur la capacité de l'organisation à suivre la pratique des États (y compris la jurisprudence), à l'analyser et à intervenir en cas de nécessité pour redresser la situation ou enrayer des évolutions négatives. Ces pratiques, qui sont largement admises comme couvrant un vaste ensemble d'interventions et d'activités de promotion, ont d'une manière générale reçu le consentement des États dont la coopération est une condition préalable à l'exercice effectif de toute fonction de surveillance. Ces pratiques et l'acceptation des États constituent également la toile de fond du cadre (opérationnel) de base du rôle de surveillance du HCR.

Un exemple récent de ces pratiques concerne la consolidation et l'actualisation des Principes directeurs et des positions du HCR sous la forme d'un ensemble de *Principes directeurs sur la protection internationale*, dont les premiers sont parus en mai 2002⁹⁶. Cette présentation plus systématique découle directement de la responsabilité de surveillance de l'organisation. Elle suit ainsi la tradition consistant à conseiller les autorités, les instances judiciaires et d'autres organismes sur l'interprétation et l'application pratique des dispositions des instruments internationaux en matière de réfugiés. D'une certaine manière, les *Principes directeurs sur la protection internationale*, bien qu'issus d'un long processus de consultations de différents acteurs à travers le monde dans le cadre du « deuxième volet » des Consultations mondiales, ne sont qu'un début. L'étape suivante sera leur mise en œuvre, ce qui nécessite un réel engagement ainsi qu'une bonne compréhension des enjeux soulevés.

Le rôle de surveillance du HCR doit toutefois être renforcé. Ce faisant, il est essentiel de garder à l'esprit les enseignements tirés des mécanismes concernant les droits de l'Homme où la prolifération de mécanismes de suivi a conduit à des problè-

96. Voir *supra* note 10. *Ibid.* pour les Principes directeurs publiés en février 2003.

mes de doublon, de compartimentation et de coordination, portant ainsi préjudice à leur efficacité. Cela doit être évité dans le contexte de la protection des réfugiés. Ce point a été largement évoqué au cours d'une réunion de la table ronde des délégués, le 13 décembre 2001 dans le cadre de la Réunion ministérielle de Genève : ces délégués ont souligné leur préférence pour une approche souple et dynamique des situations, plutôt que des structures rigides. Dans ce cadre, il a notamment été proposé de reconstituer, en le réformant, un Sous-comité pour la protection internationale au sein du Comité exécutif, qui réunirait les parties intéressées au premier chef par les questions de protection internationale et leur permettrait de les traiter d'une manière systématique, détaillée et cependant dynamique⁹⁷. Quel que soit le modèle ou le dispositif qui verra finalement le jour dans le domaine de la protection internationale des réfugiés, il devra s'appuyer sur la structure existante (le HCR) et faire progresser les résultats qui ont déjà été accomplis⁹⁸.

IV. La protection contre la persécution au XXI^e siècle

Au cours des cinquante dernières années, le développement du droit international des réfugiés et des droits de l'Homme a été le fer de lance d'une révolution dans l'ensemble du système juridique international. Auparavant, la façon dont un État traitait ses citoyens était considérée comme une question interne relevant de sa souveraineté. Si un État violait les droits des étrangers sur son territoire, l'État de nationalité pouvait intervenir pour assurer une protection diplomatique ou consulaire à ses ressortissants. Pour les réfugiés, il existait un vide de protection et il était nécessaire d'instaurer un régime de droits qui leur soit spécifique. Le cadre de la protection internationale est antérieur à la création du HCR ; il résulte notamment des différents arrangements juridiques et institutionnels qui existaient avant l'établissement du HCR et l'adoption de la *Convention de 1951*⁹⁹. Il repose essentiellement sur différentes sources de droit international et a évolué dans le temps, partant de l'idée de la protection internationale comme moyen de substitution à la protection consulaire et diplomatique pour y inclure des notions plus larges de protection des droits de l'Homme.

Avec le renforcement de ces protections, l'individu a commencé à être reconnu comme le titulaire en propre des droits de l'Homme. La défaillance ou l'incapacité du pays d'origine à assumer ses responsabilités en matière de respect des

97. Réunion ministérielle des États parties à la *Convention de 1951* et/ou à son Protocole de 1967 relatifs au statut des réfugiés, « Rapport du président de la table ronde 1 'Cadre de la *Convention de 1951* et du Protocole de 1967 : renforcer la mise en œuvre' », 13 décembre 2001.

98. Voir aussi Agenda pour la protection, *supra* note 8, p. 7 ; HCR, « Le Forum », 20 octobre 2002 ; HCR, « Convention Plus : questions et réponses », 20 janvier 2003.

99. En effet, le préambule de la *Convention de 1951* mentionne expressément le souhait de réviser et de codifier les accords internationaux antérieurs relatifs au statut des réfugiés et d'étendre « l'application de ces instruments et la protection qu'ils constituent ».

droits de l'Homme est devenue une question de préoccupation et de responsabilité internationales, relevant même de l'intervention humanitaire. Aujourd'hui, l'institution de la protection internationale des réfugiés, tout en étant unique dans le système juridique international, est ancrée dans le régime plus large de protection internationale des droits de l'Homme et, d'une manière générale, est également liée à des formes effectives de coopération internationale¹⁰⁰. Reconnaisant cet état de fait, les tribunaux de différentes juridictions ont déclaré à plusieurs reprises que la Convention était un instrument vivant capable d'accorder une protection aux réfugiés dans un environnement international en évolution¹⁰¹. Ses éléments fondamentaux, c'est-à-dire la définition du réfugié et le principe du non-refoulement, sont plus que jamais valables. Ils doivent être interprétés à la lumière de ces développements juridiques internationaux, non seulement dans le cadre de l'examen des demandes d'asile mais également dans les domaines connexes de l'immigration et de l'extradition.

Des interprétations variées subsistent, bien entendu, entre les juridictions, sur la question des bénéficiaires de la protection internationale et sur la définition de la persécution au sens de la *Convention de 1951*. En effet, la Convention, tout comme les autres instruments internationaux, ne prescrit pas un comportement spécifique tant que le résultat requis est atteint. Le présent ouvrage fait partie d'un processus visant à établir un plus grand terrain d'entente dans l'interprétation de la Convention par les États, leurs tribunaux et les décideurs, ainsi qu'à identifier les secteurs nécessitant des efforts supplémentaires. Une interprétation plus cohérente de la Convention par les différentes juridictions pourrait, entre autres, réduire les motivations des déplacements secondaires que peuvent créer des interprétations divergentes.

Une analyse globale des différents éléments de la définition du réfugié tels qu'interprétés par les différentes juridictions dépasserait le cadre de cette présentation générale. Alors que la Convention s'engage dans un autre demi-siècle, les questions essentielles et étroitement liées que sont la crainte de persécution et l'absence de protection dans le contexte actuel appellent néanmoins quelques observations.

Il n'existe pas de définition juridique du terme « persécution » aux fins de la détermination du statut de réfugié dans la *Convention de 1951*, ni ailleurs dans le droit international¹⁰². Ceci étant dit, il est vrai que la persécution est désormais définie dans le Statut de 1998 de la Cour pénale internationale. Mais la définition qui est énoncée est manifestement limitée à la persécution dans la cadre de la définition d'un crime de nature particulièrement grave, qui justifie la compétence pénale inter-

100. V. Türk, « UNHCR's Supervisory Responsibility », 14(1) *Revue Québécoise de Droit International*, 2001, p. 135 à p. 138.

101. Voir, par exemple, *R. c. Uxbridge Magistrates' Court and Another, ex parte Adimi*, Haute Cour d'Angleterre (Divisional Court), [1999] Imm AR 560, 29 juillet 1999 ; *Refugee Appeal No. 71462/99*, New Zealand Refugee Status Appeals Authority, 27 septembre 1999 ; *R. c. Secretary of State for the Home Department, ex parte Adan* ; *R. c. Secretary of State for the Home Department, ex parte Aitseguer (appels joints)*, Chambre des Lords du Royaume-Uni, [2001] 2 WLR 143, 19 décembre 2000.

102. G.S. Goodwin-Gill, *The Refugee in International Law* (2^e édition, Clarendon, Oxford, 1996), p. 66.

nationale et qui figure parmi les crimes du même type, énumérés dans le Statut de la Cour pénale internationale¹⁰³. Par conséquent, cela n'est pas pertinent pour la définition de la persécution en droit des réfugiés. À l'inverse, il est toutefois possible de déduire des différents crimes énumérés dans le Statut que leurs victimes sont souvent des réfugiés, ce qui indique l'ampleur de la notion de persécution dans le contexte du droit des réfugiés.

On peut considérer que l'absence de définition de la « persécution » pose problème ou que ce fait a une signification de portée juridique. Ceux pour qui ce fait pose problème ont tenté d'y répondre en proposant une définition telle que « la violation continue ou systématique des droits fondamentaux manifestant une absence de protection étatique », voire plus simplement comme un préjudice grave accompagné d'une absence de protection étatique¹⁰⁴. Une loi australienne récente¹⁰⁵ ainsi que la *Proposition de directive de la Commission européenne relative aux personnes remplissant les normes minimales pour le statut de réfugié et pour la protection subsidiaire*¹⁰⁶ ont ainsi tenté de définir la persécution.

On peut au contraire, donner une signification juridique à cette absence de définition et c'est la position que nous défendons. L'absence de définition de la persécution est une indication de la logique plus profonde de l'interprétation même de la notion de persécution. Tenter de la définir risquerait de limiter un phénomène qui a malheureusement montré sa capacité d'adaptation au cours de l'histoire de l'humanité. Cette absence de définition dans la Convention « indique clairement la volonté de ses auteurs, sur la base des enseignements du passé, d'englober dans ce terme toutes les futures formes de persécution¹⁰⁷ ». Comme l'énonce la position du HCR sur l'interprétation de l'article 1 :

103. Voir Statut, UN doc. A/CONF.183/9, article 7 § 2.

104. Voir J.C. Hathaway, *The Law of Refugee Status* (Butterworths, Toronto, 1991), pp. 104-5 ; Refugee Women's Legal Group, *Gender Guidelines for the Determination of Asylum Claims in the UK*, juillet 1988, p. 5. Cette approche a été adoptée par les tribunaux dans différentes juridictions, comme dans l'affaire *Canada (Procureur général) c. Ward*, Cour suprême du Canada, [1993] 2 SCR 689 ; *R. c. Immigration Appeal Tribunal and Another, ex parte Shah* ; *Islam c. Secretary of State for the Home Department*, Chambre des Lords, [1999] 2 AC 629 ; *Minister for Immigration and Multicultural Affairs c. Khawar*, Haute Cour d'Australie, [2002] HCA 14, 11 avril 2002, paragraphe 115.

105. Australian Migration Legislation Amendment Act (No. 6) 2001, septembre 2001, modifiant la loi de 1958 sur les migrations de telle sorte que, entre autres, l'article 1 A 2 de la *Convention de 1951* ne s'applique pas aux cas où une personne a une crainte fondée de persécution « pour l'un au moins des motifs mentionnés dans cet article à moins que : a) ce motif soit le motif essentiel et significatif ... de la persécution ; et b) la persécution entraîne un préjudice grave pour la personne ; et c) ... un comportement discriminatoire systématique ». Ce texte donne aussi des exemples de cas de « préjudice grave ».

106. Commission européenne, *Proposition de directive du Conseil concernant les normes minimales relatives aux conditions que doivent remplir les ressortissants des pays tiers ou les apatrides pour pouvoir prétendre au statut de réfugié ou les personnes qui, pour d'autres raisons, ont besoin d'une protection internationale*, COM(2001) 510 final, 12 septembre 2001, articles 11 (nature de la persécution) et 12 (motifs de la persécution).

L'évolution continue de la législation internationale en matière de droits de l'Homme, postérieure à l'adoption de la *Convention de 1951*, a contribué à faire progresser l'idée, exprimée dans le Guide des procédures du HCR, que la persécution couvre les violations des droits de l'Homme ou les graves atteintes aux droits fondamentaux de la personne humaine, perpétrées souvent, mais pas toujours, de manière répétitive ou systématique. S'il est généralement admis qu'une « simple » discrimination n'est pas, en soi, *a priori* assimilable à une persécution (bien que des formes particulièrement graves de discrimination puissent sans aucun doute être considérées comme telles), des mesures persistantes de discrimination systématique, associées à d'autres motifs justifiant la crainte de persécution, seront normalement assimilées à une persécution et seront couvertes par le système de protection internationale¹⁰⁸.

Une autre question concerne la signification du terme « protection » dans la phrase « ne peut ou, du fait de cette crainte, ne veut se réclamer de la protection de ce pays ». Certains commentateurs estiment que cette protection fait référence à la protection des droits et libertés fondamentales de la personne, habituellement assurée dans le pays d'origine. Cette approche considère que la protection accordée par la communauté internationale constitue « fondamentalement une forme de protection de remplacement ou de substitution » par rapport à la protection nationale que les États devraient assurer¹⁰⁹. Selon cette approche, « outre l'identification des droits de l'Homme potentiellement menacés dans le pays d'origine, la décision de savoir si la personne est exposée à un risque de 'persécution' doit également englober l'examen de la capacité ou de la volonté de l'État de contrer effectivement ce risque¹¹⁰ ». La jurisprudence d'un grand nombre de juridictions de *common law* accorde une importance considérable à ce point de vue¹¹¹, bien qu'on ait également fait remarquer que « cette interprétation quelque peu élargie peut être considérée, et l'a été, comme un argument supplémentaire (bien que non indispensable) en faveur de l'applicabilité de la Convention aux personnes menacées par des agents de persécution non étatiques¹¹² ».

107. HCR, « Interprétation de l'article 1 », *supra* note 64, paragraphe 16.

108. *Ibid.*, paragraphe 17 (notes de bas de pages omises). Voir aussi HCR, *Guide des procédures et des critères à appliquer pour déterminer le statut de réfugié* (Genève, 1979, réédité en 1992), paragraphes 50-3.

109. Hathaway, *The Law of Refugee Status*, *supra* note 104, p. 135 (traduction libre).

110. *Ibid.*, p. 125 (traduction libre).

111. Voir, par exemple, *Zalzali c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration)*, Cour fédérale d'appel du Canada, 27 ACWS 3d 90, 30 avril 1991 ; et plus récemment, les jugements de Lord Lloyd of Berwick dans *Adan c. Secretary of State for the Home Department*, Chambre des Lords du Royaume-Uni, [1999] 1 AC 293 à 304C-E ; *Horvath c. Secretary of State for the Home Department*, Chambre des Lords du Royaume-Uni, [2000] 3 WLR 379, 6 juillet 2000.

112. HCR, « Interprétation de l'article 1 », *supra* note 64, paragraphe 36 (notes de bas de page omises). Très récemment, les juges McHugh et Gummon de la Haute Cour d'Australie ont estimé que « les théories de la protection 'interne' et de la protection 'de substitution' comme fondation de la construction de la Convention ajoutent une couche de complexité à cette construction qui n'était pas nécessaire » : affaire *Khawar*, *supra* note 104, paragraphe 73 (traduction libre).

D'autres auteurs, dont nous-mêmes, soutiennent que la protection mentionnée dans la définition du réfugié fait référence seulement à la protection diplomatique ou consulaire qui peut être fournie aux nationaux qui se trouvent en dehors de leur pays d'origine¹¹³. Le fait de modifier cette signification risque d'importer des éléments de la doctrine des droits de l'Homme (comme le fait d'épuiser toutes les voies de recours internes) dans le domaine du droit des réfugiés d'une manière inappropriée et qui ajoute *de facto* une exigence supplémentaire, plus restrictive, à la définition du réfugié, ce qui n'est pas conforme au droit international. Comme l'affirme le document du HCR sur l'interprétation de l'article 1 :

En procédant à une analyse du texte qui montre que cet élément est placé en fin de définition et situé juste après « se trouve en dehors du pays dont elle a la nationalité », [...] et en ayant à l'esprit qu'il existe un critère différent pour les personnes apatrides, on peut penser que les intentions des auteurs de la Convention, au moment de sa rédaction et de son adoption, visaient effectivement la protection extérieure. Une analyse historique amène aux mêmes conclusions. Ne pas vouloir se réclamer de cette protection extérieure s'entend par le refus de s'exposer à la possibilité de renvoi vers le pays dont l'intéressé a la nationalité et où il pourrait encourir des craintes de persécution¹¹⁴.

Le document du HCR soutient que les deux approches ne sont pas contradictoires et ajoute : « Quelle que soit la position adoptée, il est important de rappeler que la définition est constituée d'un seul critère holistique, composé d'éléments étroitement liés les uns aux autres. L'articulation de ces éléments entre eux et l'importance à accorder à l'un ou l'autre de ces éléments doivent nécessairement être établies à partir des faits liés à chaque cas individuel¹¹⁵ ». Walter Kälin a également cherché à construire des ponts entre les deux approches en affirmant que l'expression « ne peut se réclamer » de la définition du réfugié :

a perdu beaucoup de sa signification originelle dans la mesure où la fonction de la protection diplomatique ou consulaire a fondamentalement changé depuis l'élaboration de la *Convention de 1951*. Bien que cette protection reste importante à plusieurs égards, elle a perdu sa fonction originelle consistant à garantir les droits fondamentaux des étrangers au temps où les droits de l'Homme au plan international n'existaient quasiment pas [...]

Ces changements [l'émergence du droit international des droits de l'Homme] donnent de bonnes raisons d'interpréter le texte de l'article 1 A 2 [...] en attribuant à la notion de 'protection' figurant dans la clause 'ne peut se réclamer' une signification plus large couvrant également la protection interne. C'est une extension logique de l'idée qu'ont eue à l'origine les rédacteurs de

113. Voir le *Guide*, paragraphes 97-100 qui, concernant cette phrase, bien que non explicites sur ce point, ne donnent que des exemples relatifs à la protection diplomatique ou consulaire. Pour un récit détaillé de la rédaction et des suites de l'histoire de cet élément de la définition, voir aussi Fortin, « The Meaning of 'Protection' », *supra* note 68.

114. HCR, « Interprétation de l'article 1 », *supra* note 64, paragraphe 35 (notes de bas de page omises). Voir aussi Fortin, « The Meaning of 'Protection' », *supra* note 68.

115. HCR, « Interprétation de l'article 1 », *supra* note 64, paragraphe 37.

la *Convention de 1951* qui considéraient que la persécution et l'absence de protection constituèrent les deux critères fondamentaux de la définition du réfugié¹¹⁶.

Dans le but de créer un terrain d'entente entre ces différentes interprétations du terme « protection » dans la définition du réfugié, il est également important de mentionner qu'une décision récente de la Haute Cour d'Australie a adopté l'interprétation synthétique défendue par le HCR et Kälin. La Cour a estimé qu'il fallait prendre en compte à la fois le sens plus large et le sens plus étroit du terme protection. Le juge Gleeson a jugé :

En admettant que, à cet endroit de l'article [1 A 2], il soit fait référence à la protection au sens plus étroit, l'incapacité ou l'absence de volonté de rechercher la protection diplomatique à l'étranger peut s'expliquer par une absence de protection interne au sens plus large, ou peut être liée à une possibilité que la recherche de cette protection puisse conduire au retour vers le lieu de persécution. Dans les années 1950, des personnes ont fui vers l'Australie pour échapper à la persécution communiste en Hongrie. A leur arrivée, elles n'ont pas demandé quel était le chemin pour aller à l'Ambassade de Hongrie¹¹⁷.

Dans un domaine connexe, celui des agents de persécution non étatiques, qui était un sujet de débat très important dans les années 1990, les efforts visant à établir une interprétation cohérente avec l'objet et le but de la *Convention de 1951* ont commencé à montrer quelques signes positifs de convergence entre les pratiques des États. Ces cas concernent, par exemple, les situations où un État ne veut pas accorder sa protection à certaines catégories de la population (comme le montre la jurisprudence récente en matière de persécution liée au genre) ou encourage/tolère la persécution de ces personnes. Ces cas peuvent également concerner une persécution dans une situation où l'État est trop faible et par conséquent incapable de garantir effectivement le respect des droits de l'Homme sur l'ensemble de son territoire. Les développements récents intervenus en France, en Allemagne et en Suisse, trois États importants qui ne reconnaissaient pas ce concept dans toutes ses dimensions, montrent qu'il existe un progrès vers l'acceptation des personnes qui craignent avec raison d'être persécutées par des agents non étatiques comme relevant de la définition

116. W. Kälin, « Non-State Agents of Persecution and the Inability of the State to Protect », 15 *Georgetown Immigration Law Journal*, 2001, No. 3, pp. 427-8 (traduction libre). Des experts en droit international ont remis en question l'affirmation selon laquelle les développements du droit international des droits de l'Homme avaient rendu la protection diplomatique désuète, insistant alors sur la nécessité des deux formes de protection. Pour sa part, le *Premier rapport sur la protection diplomatique* de la Commission du droit international estime qu'« affirmer que les conventions universelles relatives aux droits de l'Homme ... offrent aux particuliers des recours efficaces pour faire respecter leurs droits fondamentaux, relève de la fantaisie ». Voir Rapporteur spécial, J.R. Dugard, *Premier rapport sur la protection diplomatique*, Commission du droit international, 52^e session, UN doc. A/CN.4/506, 9 mars 2000, paragraphes 10-32.

117. Affaire *Khawar*, *supra* note 104, paragraphe 22.

du réfugié au sens de la *Convention de 1951*¹¹⁸. Au sein de l'Union européenne, la proposition de directive de la Commission européenne sur la définition du réfugié énonce clairement qu'il est indifférent que la persécution émane de l'État ou d'agents non étatiques¹¹⁹.

V. Conclusion

Les aspects variés de l'interprétation de la *Convention de 1951* examinés dans cet ouvrage révèlent l'étendue des pratiques et des expériences qui existent dans les différentes juridictions. Cela ne pose pas nécessairement problème tant que les obligations énoncées par la Convention sont respectées. Mais la définition de conceptions communes plus claires reste un enjeu important auquel les études et les documents figurant dans cet ouvrage entendent contribuer à répondre. En fin de compte, le droit international des réfugiés est moins une science exacte qu'un régime qui doit se montrer réceptif aux situations individuelles.

Selon nous, il est dangereux d'essayer de donner une structure trop rigide et convenue à l'interprétation de la définition du réfugié. Comme l'a reconnu la Haute Cour d'Australie : « La définition contient des éléments particuliers. Ils ne doivent cependant pas conduire le décideur à atomiser ce concept de la Convention. Ils doivent être pris en considération comme un tout¹²⁰ ». Un paradigme figé ne peut pas tenir compte de la diversité de l'expérience humaine et du changement continu des circonstances. C'est pourquoi il est nécessaire d'effectuer une évaluation holistique tenant compte de la situation particulière de la personne concernée. La *Convention de 1951* fournit le cadre général, qui est ancré dans le contexte global du droit inter-

118. Voir V. Türk, « Non-State Agents of Persecution », in *Switzerland and the International Protection of Refugees* (ed. V. Chetail et V. Gowlland-Debbas, Kluwer Law International, La Haye, 2002), pp. 95-109 ; Kälén, « Non-State Agents of Persecution and the Inability of the State to Protect », *supra* note 115 ; les contributions de W. Kälén, R. Marx et M. Combarrous relatives à la persécution émanant d'agents non étatiques pour l'Association internationale des juges en matière de droit des réfugiés, *The Changing Nature of Persecution*, 4^e Conférence, Berne, Suisse, octobre 2000, pp. 43, 60 et 75 respectivement, sont disponibles sur <http://www.ark-cra-ch/iarlj/EN/E-cnt-main1.htm>. En Allemagne, la loi sur l'immigration, promulguée par le président le 20 juin 2002, prévoit expressément que les personnes persécutées par des agents non étatiques pour l'un des motifs de la Convention, ont droit au statut de réfugié. Cette loi a par la suite été invalidée par la Cour constitutionnelle fédérale pour des raisons de forme.

119. Commission européenne, *Proposition de directive du Conseil relative aux normes minimales pour l'octroi du statut de réfugié*, *supra* note 106, article 11 § 2.a).

120. *Chen Shi Hai c. Minister for Immigration and Multicultural Affairs*, Haute Cour d'Australie, (2000) 170 ALR 553, (2000) 201 CLR 293, 13 avril 2000, paragraphe 53 (traduction libre), citant l'affaire *Applicant A. c. Minister for Immigration and Ethnic Affairs*, *supra* note 40, (1997) 190 CLR 225 à 257 par le juge Mc Hugh qui a jugé : « Un instrument doit être conçu comme un tout... et les termes ne doivent pas être séparés de leur contexte ou interprétés d'une manière qui viderait cet instrument de son sens » (traduction libre).

national, et en particulier du droit international des droits de l'Homme et du droit international humanitaire. Les Conclusions du Comité exécutif, les Principes directeurs du HCR et la pratique des États, notamment la jurisprudence, fournissent des indications plus concrètes sur la façon dont les cas individuels pourraient et devraient être traités, mais chaque cas est nécessairement unique.

Les différents thèmes examinés dans cet ouvrage doivent également être considérés dans le contexte des défis plus larges auxquels font face les réfugiés aujourd'hui et qui ont été brièvement exposés au début de cette présentation générale. L'effectivité de la protection internationale des réfugiés dans les années à venir dépend de la capacité des États et de la communauté internationale à relever ces défis, en élaborant des stratégies pour séparer les éléments armés dans les camps de réfugiés, pour gérer les flux migratoires mixtes ou pour parvenir à concrétiser des solutions durables face à la détresse des réfugiés. Ces initiatives font partie de la mosaïque complexe de la coopération internationale qu'il est nécessaire de renforcer si la communauté internationale souhaite régler les problèmes économiques, sociaux et politiques plus vastes que connaissent les pays producteurs de réfugiés, tels que les inégalités globales, le commerce des armes légères, etc., qui ne peuvent que conduire au déplacement forcé de populations à l'intérieur et au-delà des frontières nationales. Pour réussir, ces efforts de coopération internationale nécessitent l'engagement de tous les acteurs, des gouvernements, de la société civile, des organisations internationales, des praticiens du droit, des ONG et des réfugiés eux-mêmes.

C'est dans cet esprit que les Consultations mondiales ont cherché à insuffler une énergie nouvelle dans le développement de la protection internationale des réfugiés et à contrer ainsi les tendances restrictives qui se dégagent aux niveaux national et même régional. Les solutions globales visant à partager plus équitablement le fardeau et les responsabilités de l'accueil des réfugiés se trouvent en fin de compte au niveau international, même si les efforts de coopération régionale peuvent également contribuer à renforcer la protection. Comme le fait remarquer le président de la *Refugee Affairs Appeal Board* (Commission de recours des réfugiés) d'Afrique du Sud :

Les mécanismes régionaux de protection des réfugiés se sont développés à travers le monde. Bien qu'il y ait des avantages à garantir que les pays voisins respectent les normes énoncées par le droit international des réfugiés, nous devons veiller à ne pas créer des « forteresses » régionales [...] S'ils sont correctement mis en œuvre, les programmes régionaux de protection des réfugiés en Afrique et ailleurs pourraient renforcer les droits des réfugiés tout en réduisant les déplacements irréguliers et l'immigration illégale¹²¹.

D'un point de vue juridique, il est utile de développer l'interaction entre le droit international des réfugiés et les autres secteurs du droit, en particulier le droit international et régional des droits de l'Homme et le droit international humanitaire. Un exemple de l'importance de cette interaction concerne les personnes déplacées à

121. A. Arbee (Président, Refugee Affairs Appeal Board, Afrique du Sud), « The Future of International Protection », in *The Changing Nature of Persecution*, supra note 118, p. 271 à la p. 274 (traduction libre).

l'intérieur de leur propre pays, qui ne peuvent pas bénéficier du droit international des réfugiés dans la mesure où elles n'ont pas traversé de frontières internationales. *Les Principes directeurs de 1998 relatifs au déplacement de personnes à l'intérieur de leur propre pays*¹²² peuvent être considérés comme « une avancée car ils reconnaissent l'importance et l'intérêt de prendre en compte les liens qui existent entre ces trois secteurs du droit international [droit international humanitaire, droit international des droits de l'Homme et droit international des réfugiés] et ils s'appuient sur les points forts de chacun d'entre eux¹²³ ». Les développements récents du droit international pénal, qui ont marqué d'immenses progrès vers la traduction en justice des auteurs de crimes contre l'humanité et de crimes de guerre, indiquent également que les auteurs de certains crimes, qui peuvent être à l'origine de la fuite de certaines personnes, ne peuvent rester impunis.

En conclusion, il est sans doute nécessaire de rappeler le contexte dans lequel les questions juridiques complexes abordées dans cet ouvrage se posent. Aucun mot ne nous semble plus adapté que ceux prononcés par la présidente de la Lettonie, Mme Vaira Vike-Freiberga, qui a quitté son pays quand elle était enfant après la Seconde Guerre mondiale, dans la déclaration qu'elle a faite lors de la séance d'ouverture de la Réunion ministérielle des États parties à la *Convention de 1951 et/ou au Protocole de 1967 de décembre 2001* :

Nul ne quitte son pays de son plein gré ou le cœur léger. Quand les gens quittent en masse le lieu où ils sont nés et où ils ont vécu, c'est qu'un malaise très profond règne dans le pays concerné, et nous ne devrions jamais prendre à la légère cette détresse des réfugiés fuyant au-delà de leurs frontières. Ils sont le signe, le symptôme, la preuve d'un très profond mal-être à l'échelle internationale. Quand le moment vient de quitter son foyer, c'est un choix douloureux [...] Le prix à payer peut être très élevé. Trois semaines et trois jours après que ma famille eut quitté les rivages de la Lettonie, ma sœur cadette est morte. Nous l'avons enterrée au bord de la route. Nous n'avons jamais pu revenir sur nos pas, ne fût-ce que pour déposer une fleur sur sa tombe. J'aime penser que je vous parle comme une rescapée au nom de tous ceux qui sont morts dans leur périple, à qui leurs proches n'ont pas toujours pu offrir une sépulture, et au nom des millions de personnes dans le monde qui ne peuvent faire entendre leur voix. Elles n'en sont pas moins des êtres humains qui, elles aussi, souffrent, espèrent, rêvent et ont des aspirations. La plupart d'entre elles rêvent d'une vie normale. [...]

Je vous en conjure [...] lorsque vous penserez aux problèmes des réfugiés, ne le faites pas dans l'abstrait. Ne pensez pas à eux sous l'angle bureaucratique des décisions, des déclarations et des priorités à adopter [...]. Je vous en supplie, pensez aux êtres humains qui sont touchés par vos décisions, pensez aux vies qui comptent sur votre aide¹²⁴.

122. Voir *supra* note 72.

123. R. Brett et E. Lester, « Refugee Law and International Humanitarian Law : Parallels, Lessons and Looking Ahead », 83 *International Review of the Red Cross*, septembre 2001, p. 713 à p. 714 (traduction libre). Voir aussi S. Jacquemet, « The Cross-Fertilization of International Humanitarian Law and International Refugee Law », 83 *International Review of the Red Cross*, septembre 2001, p. 651.

124. Vaira Vike-Freiberga, Présidente de la Lettonie et ancienne réfugiée, Déclaration à la Réunion ministérielle des États parties à la *Convention de 1951 et/ou au Protocole de 1967 relatifs au statut des réfugiés*, Genève, 12 décembre 2001.

LES DIMENSIONS DE L'ÂGE ET DU GENRE EN DROIT INTERNATIONAL DES RÉFUGIÉS

Alice EDWARDS *

Table des matières

I. Contexte	74
A. Le contexte des droits de l'Homme	75
B. Les développements récents	79
1. Le genre	79
2. L'âge	85
II. L'âge et le genre dans la définition du réfugié	88
A. L'inclusion	88
1. Les agents de persécution non étatiques	88
2. L'évaluation de la nature fondée de la crainte	94
3. Éviter la persécution	95
4. « L'appartenance à un certain groupe social » par rapport aux autres motifs	96
5. Les possibilités de refuge interne	101
B. L'exclusion	103
C. La cessation	105
III. L'âge et le genre dans les procédures d'asile	107
IV. Conclusion	109

* Les opinions exprimées sont celles de l'auteur et ne sont pas nécessairement partagées par les Nations Unies ou par le HCR.

I. Contexte

Le droit international des réfugiés a connu des évolutions importantes au cours des cinquante dernières années, car il a dû s'adapter à des situations nouvelles et changeantes en matière de réfugiés ainsi qu'à des défis humanitaires. La suppression de la date limite et des restrictions géographiques opérée par le Protocole de 1967 et les évolutions dans d'autres secteurs du droit international ont « fondamentalement fait évoluer la Convention de 1951 d'un document rédigé à un moment donné de l'histoire en un instrument de défense des droits de l'Homme qui couvre les formes contemporaines de violations des droits de l'Homme¹ ». Le préambule de la Convention de 1951 recommande aux États « d'assurer aux réfugiés l'exercice le plus large possible des droits de l'Homme et des libertés fondamentales », ce qui nécessite de placer l'analyse du droit des réfugiés dans le contexte plus large de l'humanitaire et des droits de l'Homme. Les instruments relatifs au droit international des droits de l'Homme et au droit international humanitaire complètent les garanties accordées aux réfugiés en vertu de la Convention de 1951. Il est important de noter que ces textes renforcent le principe de non-discrimination qui forme la base du droit international en général, ce qui a des implications pour le droit international des réfugiés en particulier. Selon son texte, son objet et son but, la Convention de 1951 doit être interprétée et appliquée de manière non discriminatoire. La codification des droits des femmes et des enfants a également fait considérablement progresser la conception de l'égalité du traitement et des droits dans le cadre de la protection internationale des réfugiés. L'âge et le genre sont donc devenus des dimensions importantes du droit international des réfugiés au cours de la dernière décennie.

Cette étude examinera en particulier les articles 1 A 2, 1 F et 1 C dans cette perspective, complétant ainsi le reste du présent ouvrage. Elle présente un instantané de certains des aspects essentiels de la procédure de détermination du statut de réfugié qui pourraient évoluer par l'intégration d'une analyse sensible à l'âge et au genre. Ce faisant, elle décrit les évolutions de la conception de la définition du réfugié par la prise en compte des formes de persécution spécifiques à l'enfant, la persécution par des agents non étatiques et les demandes fondées sur l'orientation sexuelle ou du fait d'avoir été victime de la traite des êtres humains. Elle remet en question certaines idées reçues qui ont eu pour effet de refuser la protection de la Convention de 1951 à des demandes non conformes à la norme « de l'adulte de sexe masculin ». Ces questions juridiques, qui relèvent néanmoins du cadre du « deuxième volet » des Consultations mondiales, dont l'accent porte sur une interprétation plus claire de la Convention de 1951², ne sont pas examinées sous cet angle

1. Voir le document rédigé par R. Haines sur la persécution liée au genre dans la partie 5.1 de cette publication. Pour la *Convention de 1951 relative au statut des réfugiés*, voir Nations Unies, *Recueil des Traités*, vol. 189, n° 150 et pour son *Protocole de 1967*, voir Nations Unies, *Recueil des Traités*, vol. 606, n° 267.

2. Pour plus d'informations sur les Consultations mondiales du HCR, voir la préface et la partie 1.1 de cette publication.

dans d'autres parties de cette publication. Le fait de les inclure dans cette partie fait ressortir leur importance réelle en droit international des réfugiés, tout en reconnaissant que cette analyse est encore en cours d'évolution.

La première étape logique de l'application non discriminatoire du droit des réfugiés consiste à garantir l'instauration de procédures d'asile sensibles à l'âge et au genre et prenant en compte ces aspects. Il faut aussi tenir compte de l'importance de l'accès égal aux procédures d'asile. Cela implique une myriade de mesures simples visant à favoriser un environnement ouvert et réceptif. La seconde étape consiste à adopter des interprétations du droit international des réfugiés qui soient sensibles à l'âge et au genre. Cela nécessite de mesurer pleinement les différences d'impact que le droit et ses interprétations peuvent avoir sur les femmes par rapport aux hommes, sur les enfants³ par rapport aux adultes et sur les personnes âgées par rapport aux adultes bien portants. Il faut en outre comprendre le double impact des dimensions de l'âge et du genre sur certaines demandes, en particulier celles des jeunes filles. Cela implique nécessairement de bien comprendre les différences entre le sexe et le genre. Le genre fait référence aux relations entre les femmes et les hommes basées sur des identités construites et définies socialement ou culturellement, sur des statuts, des rôles et des responsabilités qui sont attribués à l'un ou l'autre sexe, tandis que le sexe renvoie à une détermination d'ordre biologique⁴.

Bien qu'il y ait eu une tendance générale vers la reconnaissance des demandes liées au genre (moins marquée en ce qui concerne les demandes liées à l'âge), certains États et certaines instances judiciaires continuent de ne pas adopter une interprétation complète de la définition du réfugié. L'âge et le genre sont importants, en particulier pour identifier les types de persécution redoutée, mais l'ensemble de la définition du réfugié doit inclure ces dimensions. Nonobstant l'importance cruciale de cet aspect, le véritable enjeu de la procédure de détermination du statut de réfugié est de tenir compte de la nature individualisée de l'examen, qui se caractérise non seulement par l'âge et le sexe, mais aussi par des facteurs culturels, religieux, politiques, physiques, psychologiques et autres.

A. Le contexte des droits de l'Homme

Pour commencer, il est important de faire remarquer comment le droit international normatif, tout en cherchant à protéger tous les individus, peut exclure certaines personnes de sa portée protectrice en raison du manque de différenciation dans l'impact de ses diverses dispositions sur les différents groupes d'individus. Cer-

3. Dans le contexte de ce document, le terme « enfants » désigne les personnes âgées de moins de dix-huit ans, sauf mention contraire.

4. Voir, entre autres, HCR, *Principes directeurs sur la protection internationale : persécution liée au genre dans le cadre de l'article 1 A 2 de la Convention de 1951 et/ou de son Protocole de 1967 relatifs au statut des réfugiés*, HCR/GIP/02/01, Genève, 7 mai 2002 (ci-après HCR, *Principes directeurs sur la persécution liée au genre*, 2002), paragraphe 3.

tains commentateurs ont affirmé que « la structure normative du droit international a conduit à ce que certaines questions particulièrement préoccupantes pour les femmes soient soit ignorées, soit négligées ⁵ ». Toutefois, l'auteur ne pense pas que ce soit la structure normative du droit international qui a marginalisé les droits de femmes, ni le fait que les lois ont tendance à être rédigées avec des termes neutres par rapport au genre ⁶. Le vrai problème est le gouffre entre l'objectif global du droit international de protéger toutes les personnes et la marginalisation des femmes par rapport à son champ d'application. Cela se reflète dans l'ensemble de la société, les femmes se trouvant souvent en marge de la société. L'application du droit international en général, et du droit international des réfugiés en particulier, est ancrée dans la dichotomie public/privé qui se traduit souvent par la distinction masculin/féminin et politique/apolitique ⁷. Cela n'est pas dû au droit lui-même, mais aux perceptions sociales des rôles et des responsabilités des femmes vis-à-vis des hommes.

Ce n'est qu'à partir du moment où les différences entre les formes de persécution auxquelles les femmes sont exposées ont été identifiées et lorsque une approche globale du droit des réfugiés sensible au genre et prenant en compte cet aspect a été développée que l'on a reconnu que les demandes spécifiques des femmes et les autres demandes fondées sur le genre relevaient du champ de la Convention de 1951. Comme l'a noté Spijkerboer, la « persécution dérivée » des femmes demandeurs d'asile sur la base de leur appartenance familiale est plus facilement acceptée par les agents chargés de l'instruction que la persécution directe où la personne doit établir qu'elle a subi ou qu'elle craint de subir une persécution du fait d'un motif donné de la Convention ⁸. Les demandes d'asile des femmes en particulier sont basées sur des stéréotypes quant aux rôles acceptés ou « perçus » entre hommes et femmes. La suppression de ces stéréotypes s'impose davantage que la création de nouvelles normes internationales. Quiconque ne répond pas à la norme étroite de l'adulte de sexe masculin souffre d'une conception restrictive du droit international. Ces stéréotypes affectent également les demandes des enfants ou des personnes âgées ou d'autres catégories d'âge, qui ne correspondent pas à cette norme. Par exemple, les enfants ne sont pas facilement perçus comme des membres à part entière de la société, bénéficiant de droits égaux à ceux des adultes. C'est le droit individuel de chercher asile et d'en bénéficier devant la persécution qui est reconnu implicitement dans la Convention de 1951. Ainsi, afin de garantir que le droit international des réfugiés s'applique

5. H. Charlesworth, C. Chinkin et S. Wright, « Feminist Approaches to International Law », in *International Rules : Approaches from International Law and International Relations* (ed. R. J. Beck, A. C. Arend et R. D. Vander Lugt, Oxford University Press, 1996), p. 265.

6. À l'exception des traités internationaux qui concernent spécifiquement les femmes, comme la *Convention sur l'élimination de toutes les formes de discrimination à l'égard des femmes*, 1979.

7. H. Crawley, *Refugees and Gender : Law and Process* (Jordans, Bristol, 2001), p. 18.

8. T. Spijkerboer, *Gender and Refugee Status* (Ashgate, Dartmouth, 2000), tel que repris par Crawley, *supra* note 7, p. 19.

de manière non discriminatoire à tous les individus, les dimensions de l'âge et du genre constituent des éléments essentiels de toute analyse.

Les développements de la protection des réfugiés (exposés plus loin) doivent être examinés dans le cadre plus large des avancées dans le domaine du droit international des droits de l'Homme, en particulier la *Convention de 1979 sur l'élimination de toutes les formes de discrimination à l'égard des femmes* et son Protocole facultatif⁹, la *Déclaration de 1993 sur l'élimination de la violence à l'égard des femmes*¹⁰, la *Convention de 1989 relative aux droits de l'enfant*¹¹ et ses *Protocoles facultatifs relatifs à la participation des enfants à des conflits armés, à la vente des enfants, la prostitution infantine et la pornographie infantine*¹², le *Programme d'action de Pékin* adopté en 1995 lors de la Quatrième Conférence mondiale sur les femmes¹³ et la session spéciale de suivi de l'Assemblée générale « Beijing Plus 5 »¹⁴, la jurisprudence des Tribunaux pénaux internationaux pour l'ex-Yougoslavie et pour le Rwanda¹⁵, ainsi que le *Statut de la Cour pénale internationale*¹⁶.

Ces mesures ont fait avancer la tendance globale vers l'inclusion du genre et l'égalité de traitement entre les sexes, et ont accordé une attention particulière aux

9. Nations Unies, *Recueil des Traités*, vol. 1249, n° 13 et Résolution de l'Assemblée générale des Nations Unies A/RES/54/4, 6 octobre 1999.

10. Résolution 48/104 de l'Assemblée générale des Nations Unies, 20 décembre 1993.

11. Résolution 44/25 de l'Assemblée générale des Nations Unies, 20 novembre 1989 (ci-après « CDE »).

12. Résolution 54/263 de l'Assemblée générale des Nations Unies, 25 mai 2000 pour les deux ; entrés en vigueur respectivement le 12 février 2002 et le 18 janvier 2002.

13. « Rapport de la Quatrième Conférence mondiale sur les femmes, Programme d'action », UN doc. A/CONF.177/20, 17 octobre 1995.

14. « Femmes 2000 : Egalité entre les genres, développement et paix au vingt et unième siècle », 23^e session de l'Assemblée générale, Un doc. A/55/341, 5-9 juin 2000.

15. Tribunal pénal international pour l'ex-Yougoslavie (TPIY), la décision rendue dans l'affaire *Kunarac, Kovac et Vukovic*, Affaire No. IT-96-23 et IT-96-23/1, 22 février 2001, a conclu que le viol constituait un crime contre l'humanité ainsi qu'une violation des lois et coutumes de la guerre. Cette décision a été confirmée par la Chambre d'appel du TPIY le 12 juin 2002. Voir aussi le document rédigé par R. Haines, partie 5.1 de cette publication.

16. Les articles 7 § 1.g) et 8 § 2.b.xxii) du *Statut de la Cour pénale internationale* (CPI) donnent une définition précise d'un « crime contre l'humanité » et d'un « crime de guerre » incluant « le viol, l'esclavage sexuel, la prostitution forcée, la grossesse forcée, la stérilisation forcée ou toute autre forme de violence sexuelle de gravité comparable ».

L'article 8 § 2.b.xxii), concernant les conflits armés internationaux, diffère légèrement de l'article 7 § 1.g) en définissant les autres formes de violence sexuelle comme celles « constituant une infraction grave aux Conventions de Genève ». L'article 8 § 2.e.vi), concernant les conflits armés internes, donne la même liste de crimes de guerre, sauf que « toute autre forme de violence sexuelle » est définie comme « constituant une violation grave de l'article 3 commun aux quatre Conventions de Genève ». Les articles 7 § 1.c) et 7 § 2.c) inclut en outre « la réduction en esclavage » parmi les crimes contre l'humanité, en mentionnant spécifiquement la traite des femmes et des enfants. L'article 6.d) qualifie l'imposition de mesures visant à détruire, en tout ou en partie, un groupe national, ethnique, racial ou religieux, en entravant les naissances au sein du groupe comme un « génocide », ainsi que les transferts forcés d'enfants du groupe à un autre groupe (article 6.e)).

enfants¹⁷. Le droit relatif aux droits de l'Homme a eu pour effet de transformer un préjudice essentiellement privé en un acte qui viole le droit international des droits de l'Homme du fait de la tolérance ou de l'encouragement de l'État. Comme l'énoncent les *Principes directeurs du HCR sur la persécution liée au genre* :

La législation internationale des droits de l'Homme et le droit pénal international identifient clairement certains actes comme étant des violations de ces normes, telle la violence sexuelle, et les qualifient d'abus sérieux, équivalant à la persécution. En ce sens, le droit international peut aider les décideurs à déterminer si un acte particulier constitue une persécution¹⁸.

Cela ne signifie toutefois pas qu'il est nécessaire d'identifier une violation des droits de l'Homme dans chaque cas pour pouvoir établir une persécution, bien que la persécution implique généralement des violations des droits de l'Homme. Avant que soient énumérés les droits fondamentaux des femmes dans des instruments internationaux, on ne pouvait pas considérer que le viol n'équivalait pas à une persécution au sens de la Convention de 1951. Il existait déjà en tant que forme de persécution. Le cadre juridique international a plutôt contribué à s'écarter d'une perspective dominée par les hommes et à conceptualiser la nature de cette violence comme une violation grave des droits de l'Homme. De nombreuses demandes de statut de réfugié liées au genre s'appuient sur le droit international ou des déclarations des Nations Unies pour montrer la nature de persécution de la violence en question¹⁹. Comme il n'existe aucune définition acceptée au plan international de ce qui constitue une « persécution », il serait déraisonnable de limiter son application aux graves abus contre les droits de l'Homme. Il se peut que toutes les formes de persécution n'aient pas encore été identifiées ou codifiées en droit international des droits de l'Homme. Ce droit a toutefois un rôle à jouer pour aider à qualifier certaines formes de persécution comme des violations graves des droits de l'Homme. Comme l'affirment Jacqueline Bhabha et Wendy Young à propos des droits de l'enfant, le principe de « l'intérêt supérieur de l'enfant », tel qu'inspiré de l'article 3 de la *Convention relative aux droits de l'enfant* (CDE), « fonctionne comme une aide à l'interprétation [du droit international des réfugiés], élargissant et approfondissant la portée de la protection, tant en termes de droit positif que de mécanismes procéduraux²⁰ ». Avant l'adoption et l'entrée en vigueur de la CDE, les enfants avaient toutefois déjà le droit de bénéficier de droits en tant que personnes en vertu d'autres instruments internationaux.

17. Il y a encore un grand vide concernant les droits de certains autres groupes, comme les personnes âgées et les personnes handicapées.

18. HCR, *Principes directeurs sur la persécution liée au genre*, 2002, *supra* note 4, paragraphe 9.

19. Voir aussi P. Goldbert et B. Passade Cissé, « Gender Issues in Asylum Law after Matter of R.A. », *Immigration Briefings*, février 2000, p. 1.

20. J. Bhabha et W. Young, « Not Adults in Miniature : Child Asylum Seekers and the New US Guidelines », 11 *International Journal of Refugee Law*, 1999, p. 84 à la p. 98.

B. Les développements récents

1. Le genre

Il y a eu des avancées importantes en termes de reconnaissance des demandes de statut de réfugié liées au genre au cours de la dernière décennie. En 1985, le Comité exécutif du Programme du Haut Commissaire a mentionné pour la première fois le fait que « les femmes en quête d'asile soumises à des traitements cruels ou inhumains pour avoir transgressé les coutumes de la communauté où elles vivent peuvent être considérées comme appartenant à un « certain groupe social » aux termes de l'article 1 A 2 », bien que les États, « dans l'exercice de leur souveraineté », soient libres d'adopter une telle interprétation²¹. En 1990, il a été prévu pour la première fois de fournir du personnel féminin compétent pour mener à bien les entretiens dans le cadre des procédures de détermination du statut de réfugié et garantir de façon adéquate l'accès des femmes en quête d'asile à de telles procédures, « même lorsqu'elles sont accompagnées par des membres masculins de la famille »²². Les *Principes directeurs du HCR sur la protection des femmes réfugiées* de 1991 ont donné l'impulsion pour l'adoption de résolutions ultérieures, déclarant que « des efforts spéciaux pourraient être nécessaires pour résoudre les problèmes auxquels les femmes sont exposées en particulier²³ », et recommandant que les agents chargés de la détermination du statut de réfugié soient formés pour traiter des demandes déposées par les femmes en quête d'asile²⁴.

Par conséquent, en 1993, les États ont été encouragés à élaborer « des lignes directrices adéquates concernant les femmes demandeurs d'asile, pour reconnaître que les femmes réfugiées vivent, bien souvent, l'expérience de la persécution différemment des hommes réfugiés²⁵ ». En octobre 1995, et à nouveau en 1996, 1997 et 1999²⁶, le Comité exécutif est allé plus loin et

[a invité] le Haut Commissaire à appuyer et promouvoir les efforts déployés par les États pour élaborer et appliquer les critères et principes directeurs sur les réponses à la persécution visant spécifiquement les femmes [...]. Conformément au principe qui veut que les droits des femmes participent des droits de l'homme, ces principes directeurs doivent reconnaître comme réfugiées les femmes dont la demande de statut de réfugié s'appuie sur une crainte fondée de persécution pour les raisons énumérées dans la Convention de 1951 et le Protocole de 1967 relatifs au statut des réfugiés, y compris la persécution du fait de violences sexuelles ou toute autre persécution liée à l'appartenance sexuelle²⁷.

21. Comité exécutif, Conclusion No. 39 (XXXVI), 1985, sur les femmes réfugiées et la protection internationale, paragraphe k).

22. Comité exécutif, Conclusion No. 64 (XLI), 1990, sur les femmes réfugiées et la protection internationale, par. a.ii).

23. HCR, *Principes directeurs sur la protection des femmes réfugiées* Genève, 1991, paragraphe 4 (traduction libre).

24. *Ibid.*, paragraphe 75.

25. Comité exécutif, Conclusion No. 73 (XLIV), 1993.

26. Voir Comité exécutif, respectivement Conclusions No. 79 (XLVII), 1996, paragraphe o) ; No. 81 (XLVIII), 1997, paragraphe t) et No. 87 (L), 1999, paragraphe n).

27. Comité exécutif, Conclusion No. 77 (XLVI), 1995, paragraphe g).

Au cours de cette période, les États ont commencé à répondre à la demande qui leur était faite d'introduire des garanties, notamment en élaborant des lignes directrices, afin d'assurer un accès équitable aux procédures d'asile. Les États-Unis, l'Australie, le Canada et les Pays-Bas ont été les premiers États à relever le défi²⁸. Le HCR a organisé un symposium sur la persécution liée au genre en 1996 pour étudier les pratiques comparatives dans l'objectif d'améliorer la protection des femmes qui craignent la persécution pour des motifs liés au genre²⁹. À l'apogée de ces développements, les tribunaux ont commencé à adopter de nouvelles approches, s'éloignant des paradigmes dominés par les expériences des réfugiés de sexe masculin et avançant vers une interprétation et une application du droit des réfugiés sensibles au genre et prenant en compte cet aspect, accordant ainsi une importance équivalente aux formes de persécution parfois différentes, mais pas moins graves pour autant, redoutées par les femmes. La jurisprudence a reconnu la validité de nombreuses demandes, notamment la violence sexuelle, la violence domestique, les punitions et la discrimination en raison de la transgression des coutumes sociales, l'orientation sexuelle, les mutilations génitales féminines et la traite, comme cela est souligné brièvement dans les paragraphes qui suivent.

Le viol et la violence sexuelle infligés par des membres des forces armées ont été reconnus comme motif de reconnaissance du statut de réfugié³⁰. Ces décisions ont accompagné les évolutions du droit international des droits de l'Homme confirmant, par exemple, que le viol d'une jeune détenue de 17 ans par un agent de l'État constituait une forme particulièrement grave et odieuse de mauvais traitement et

28. US Immigration and Naturalization Service, *Considerations for Asylum Officers Adjudicating Asylum Claims from Women*, 26 mai 1995 ; Department of Immigration and Humanitarian Affairs, Australia, *Refugee and Humanitarian Visa Applicants : Guidelines on Gender Issues for Decision Makers*, July 1996 ; Commission sur l'immigration et les réfugiés, Canada, *Principe directeur 4 sur les femmes en quête d'asile craignant une persécution liée au genre : Mise à jour*, 13 novembre 1996 ; Netherlands Immigration and Naturalization Service, *Working Instruction No. 148 : Women in Asylum Procedures*, remplacée par la suite par les lignes directrices contenues dans la circulaire de 2000 sur les étrangers.

29. « UNHCR Symposium on Gender-Based Persecution, Genève, 22-23 février 1996 », 9 *International Journal of Refugee Law*, édition spéciale, automne 1997.

30. Voir, par exemple, *Olympia Lazo-Majano c. Immigration and Naturalization Service*, US Court of Appeals (9th Circuit), 813 F.2d 1432, 9 juin 1987 (femme salvadorienne violée par un sergent des forces armées du Salvador, opinion politique) ; *Matter of D.V.*, US Board of Immigration Appeals, Décision provisoire No. 3252, 25 mai 1993 (femme haïtienne violée collectivement par des soldats après la chute du gouvernement d'Aristide en raison de sa participation active à un groupe religieux soutenant ce gouvernement) ; *Grajo c. Immigration and Naturalization Service*, 124 F.3d 203 (7th Circuit), 1997 ; *Fuentes c. Immigration and Naturalization Service*, 127 F.3d 1105 (9th Circuit), 1997 ; Décision du 7 septembre 2001, Cour administrative de Frankfurt am Main, Ref. No. 1 E 31666/97.A(1) ; *Raquel Martín de Meija c. Pérou*, Commission interaméricaine des Droits de l'Homme, Affaire No. 10.970, Rapport No. 5/96, 1^{er} mars 1996 (femme péruvienne violée par les forces armées en raison de son appartenance présumée à un groupe de guérilla, qui s'est vu accorder le statut de réfugié en Suède par la suite). Le Center for Gender and Refugee Studies au Hastings College of the Law, Université de Californie, États-Unis, tient une base de données utile sur les demandes d'asile liées au genre et autres documents pertinents sur <http://www.uchastings.edu/cgrs/>.

que l'accumulation des actes de violence, notamment l'acte de viol, équivalait à de la torture³¹. De même, des jugements rendus par les Tribunaux pénaux internationaux pour l'ex-Yougoslavie et pour le Rwanda, confirmant que l'asservissement, le viol et la torture constituaient des crimes contre l'humanité³² et de génocide³³, ont encore précisé la position juridique internationale relative à ces actes. Les victimes de violence domestique, lorsque l'État n'a pas la capacité ou la volonté d'intervenir pour assurer une protection, ont de plus en plus été reconnues réfugiées au cours des dernières années, surtout du fait de l'évolution de la jurisprudence relative à « l'appartenance à un certain groupe social »³⁴.

La position adoptée par le Comité exécutif selon laquelle « les femmes en quête d'asile soumises à des traitements cruels ou inhumains pour avoir transgressé les coutumes de la communauté où elles vivent peuvent être considérées comme appartenant à un « certain groupe social »³⁵ a été reprise par de nombreuses juridictions »³⁶. De

31. *Aydin c. Turquie*, Cour européenne des Droits de l'Homme, Affaire No. 57/1996/676/866, 25 septembre 1997.

32. *Kunarac, Kovac et Vukovic*, *supra* note 15. Voir aussi *Procureur c. Anto Furundzija*, TPIY, Affaire No. IT-95-17/1-T, 10 décembre 1998, confirmé en appel le 21 juillet 2000.

33. *Procureur c. Jean-Paul Akayesu*, Tribunal pénal international pour le Rwanda (TPIR), Affaire No. TPIR-96-4-T, 2 septembre 1998.

34. Voir, par exemple, *R. c. Immigration Appeal Tribunal and Another, ex parte Shah ; Islam and others c. ; Secretary of State for the Home Department*, Chambre des Lords du Royaume-Uni, [1999] 2 AC 629, [1999] 2 All ER 545 (ci-après *Shah et Islam*) (deux femmes pakistanaises accusées à tort d'infidélité fuient la violence infligée par leurs maris et les graves sanctions imposées par le droit pakistanais, appartenance à un certain groupe social, coutumes sociales) ; *Minister of Immigration and Multicultural Affairs c. Khawar*, High Court of Australia, [2002] HCA 14, 11 avril 2002 (femme pakistanaise soumise à une violence domestique grave) ; *Matter of R.A.*, Décision provisoire No. 3403, Board of Immigration Appeals, 11 juin 1999 (ressortissante guatémaltèque soumise à des brutalités infligées par son mari, appartenance à un certain groupe social, opinions politiques) ; *Aguirre-Cervantes c. Immigration and Naturalization Service*, US Court of Appeals (9th Circuit), 242 F.3d 1169, 21 mars 2001 (jeune mexicaine de 19 ans subissant des sévices de la part de son père, reconnue réfugiée au titre de l'« appartenance à la famille ») ; *Refugee Appeal No. 71427/99*, New Zealand Refugee Status Appeals Authority (RSAA), 16 août 2000 (femme et fils iraniens soumis à des sévices pendant la garde à vue, discrimination cumulative).

35. Comité exécutif, Conclusion No. 39, *supra* note 21.

36. Voir, par exemple, *Shah et Islam*, *supra* note 34 ; *Fatin c. Immigration and Naturalization Service*, Court of Appeals (3rd Circuit), 12 F.3d 1233, 1993 (jeune iranienne de 18 ans, port du *chador* et liberté d'expression et égalité des sexes) ; *Matter of S.A.*, Board of Immigration Appeals, Décision provisoire No. 3433, 27 juin 2000 (jeune marocaine de 21 ans soumise à des sévices physiques graves par son père du fait de leurs convictions religieuses divergentes à propos du rôle des femmes dans la société marocaine), cf. *Fisher c. Immigration and Naturalization Service*, 79 F. 3d 955 (9th Circuit), 1996 ; *Matter of D.*, US Immigration Court, San Francisco, Californie, 3 juillet 1996, disponible sur <http://www.uchastings.edu/cgrs/law/ij/9.pdf> (femme afghane ayant une crainte fondée de persécution du fait de ses opinions politiques et de sa religion) ; *Refugee Appeal No. 71427/99*, *supra* note 34 ; *Refugee Appeal No. 2039/93 Re M.N.*, New Zealand RSAA, 12 février 1996 (femme iranienne soumise à une accumulation de discriminations équivalant à une probabilité réelle de persécution du fait de la race, de la religion et des opinions politiques de la part de l'État et des membres masculins de sa famille) ; *Refugee Appeal No. 2223/94*, New Zealand RSAA, 30 juillet 1996 ; *Refugee Appeal No. 915/92 Re S.Y.*, New Zealand RSAA, 29 août 1994 (opinion politique imputée) ; *Elkebir*, Commission des

nouveau, les développements dans le domaine des droits de l'Homme ont soutenu ces interprétations. La Cour européenne des Droits de l'Homme a estimé, par exemple, qu'il existait un risque réel que la demanderesse, une Iranienne accusée d'adultère³⁷, soit soumise à des traitements contraires à l'article 3 de la Convention européenne des Droits de l'Homme³⁸, notamment la mort par lapidation, en cas de renvoi vers l'Iran.

Les autres demandes fondées sur une persécution liée au genre incluent les pratiques de mutilations génitales féminines, et le statut de réfugié est désormais accordé sur cette base par de nombreuses juridictions³⁹. Pour sa part, le Parlement européen a exprimé le souhait que les États membres de l'Union européenne reconnaissent le droit d'asile aux femmes et fillettes risquant d'être soumises à de tels traitements⁴⁰. Un autre exemple récent de persécution liée au genre concerne les victimes de la traite, qui se sont vues, dans certains cas, également reconnaître le statut de réfugié⁴¹.

Les mesures encourageant l'intégration des femmes en quête d'asile dans les procédures de détermination du statut de réfugié et les interprétations du droit des réfugiés sensibles au genre ont également eu comme effet positif d'accepter les demandes non traditionnelles de certains hommes transgressant les rôles sociaux

recours des réfugiés française (CRR), 22 juillet 1994 (femme algérienne occidentalisée menacée par des militants islamistes, absence de protection de l'État) ; *Sahraoui*, CRR, 8 février 1995 (le fait d'être trop occidentalisée) ; *Haj Ahmed*, CRR, 30 novembre 2000 (femme divorcée, élevant seule ses enfants en Algérie). Ces questions sont également abordées par la Haute Cour d'Australie dans *Khawar*, *supra* note 34, paragraphes 52, 123, 134 et 150.

37. *Jabari c. Turquie*, Requête No. 40035/98, 11 juillet 2000.

38. Convention européenne de sauvegarde des Droits de l'Homme et des Libertés fondamentales, STE No. 5.

39. Voir, par exemple, *In re Fauziya Kasinga*, US Board of Immigration Appeals, Dossier No. A73 476 695, 13 juin 1996 (jeune togolaise de 19 ans, mutilations génitales féminines et mariage forcé) ; *Annan c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, Cour fédérale du Canada (Section de première instance), [1995] 3 FC 25, 6 juillet 1995 ; *Soumah*, CRR, 7 décembre 2001 ; *A.*, CRR, 18 septembre 1991 ; *Soumahoro*, CRR, 17 juillet 1995, cité dans M. Laurain, *L'appartenance à un certain groupe social dans la jurisprudence française récente* (document présenté au Comité ad hoc d'experts sur les aspects juridiques de l'asile territorial, des réfugiés et des apatrides (CAHAR), Conseil de l'Europe, Strasbourg, doc. CAHAR-PSG (2002) 4 fre, 14 mars 2002) ; Décision No. IFAS 220.268/0-XI/33/00, Austrian Independent Federal Asylum Senate (IFAS/UBAS, autorité d'asile de deuxième instance), Vienne, 21 mars 2002 (statut de réfugié accordé sur la base de l'appartenance au groupe des femmes camerounaises qui doivent être excisées).

40. E.V. Martinez-Orozco, *Rapport sur les mutilations génitales féminines*, A5-0285/2001, Parlement européen, 17 juillet 2001, p. 13/32.

41. Voir, par exemple, Décision No. T98-06186, SSR No. 298, 2 novembre 1999 (femme thaïlandaise victime de l'exploitation sexuelle, statut de réfugié en tant que membre du groupe social des femmes et/ou anciennes travailleuses sexuelles) ; *Dzhygun*, UK Immigration Appeal Tribunal, Appeal No. CC-50627-99 (00TH00728), 17 mai 2000 (statut de réfugié en tant que femme ukrainienne victime de la traite, confirmé en appel) ; Décision No. 99/20/0497-6, Cour administrative autrichienne (*Verwaltungsgerichtshof*, 3^e instance), 31 janvier 2002 (refus de l'asile à une femme nigériane victime de prostitution forcée, annulé et renvoyé pour être rejugé).

attribués à leur sexe⁴². De même que les femmes qui refusent de porter le voile dans certaines sociétés sont considérées comme transgressant les coutumes sociales établies, les hommes homosexuels dans certaines sociétés se retrouvent aussi en situation de violation à la fois des rôles liés au genre et des règles sociales et sont persécutés de ce fait. La rapidité avec laquelle ces cas ont été considérés comme relevant des critères de l'article 1 A 2 de la Convention de 1951 montre la progression dynamique vers une compréhension correcte de la nature liée au genre de certaines demandes.

Dès 2000, il était généralement admis que le genre pouvait « influencer ou dicter le type de persécution ou de préjudice subis, ainsi que les raisons du traitement subi⁴³ », bien que le Comité exécutif continue à exprimer sa préoccupation au sujet de « l'application imparfaite des instruments relatifs aux réfugiés par certains États parties⁴⁴ ». En 1998, la Norvège a adopté des lignes directrices relatives à la détermination du statut de réfugié⁴⁵ et, deux ans plus tard, le Royaume-Uni a adopté des lignes directrices relatives aux approches du droit des réfugiés et des procédures sensibles au genre⁴⁶. La Suède a adopté deux séries de lignes directrices, d'une part sur les femmes et d'autre part sur l'orientation sexuelle, avec un accent sur les aspects procéduraux de la détermination de l'asile⁴⁷. Au moment de la rédaction de ce document, la Suède n'avait toutefois pas encore accepté que les demandes des

42. Voir la partie II.A.3 ci-dessous. Ces cas incluent *Ourbih*, CRR (Sections réunies (SR), Décision No. 269875, 15 mai 1998 (transsexuels algériens en tant que groupe social particulier) ; *Djellal*, CRR (SR), Décision No. 328310, 12 mai 1999 ; *Aourai*, CRR, Décision No. 343157, 22 février 2000 ; *Meguenine*, CRR, 12 juillet 2001 (ces trois cas concernaient des Algériens manifestant ouvertement leur homosexualité), cité dans Laurain, *L'appartenance à un certain groupe social dans la jurisprudence française récente*, *supra* note 39. Voir aussi *Re G.J.*, Refugee Appeal No. 1312/93, New Zealand RSAA, 1 NLR 387, 30 août 1995 (homosexuel iranien reconnu en tant que membre d'un certain groupe social, analyse d'autres affaires relatives à l'orientation sexuelle) ; *Hernandez-Montiel c. Immigration and Naturalization Service*, US Court of Appeals (9th Circuit), No. A72-994-278, 225 F.3d 1084, 24 août 2000 (« homosexuels avec des identités sexuelles féminines » du Mexique en tant que groupe social particulier) ; *Matter of Marcelo Tenorio*, US Board of Immigration Appeals (BIA), Dossier No. A72-093-558, 1999 ; *Applicant L.S.L.S. c. Minister for Immigration and Multicultural Affairs*, Federal Court of Australia, [2000] FCA 211, 6 mars 2000. Pour un aperçu général des cas en Europe, Amérique du Nord, Afrique du Sud, Australie et Nouvelle-Zélande, voir European Legal Network on Asylum (ELENA), *Research Paper on Sexual Orientation as a Ground for Recognition of Refugee Status* (Conseil européen sur les réfugiés et les exilés (CERE/ECRE), juin 1997).

43. HCR, *Principes directeurs sur la persécution liée au genre*, 2002, *supra* note 4, par. 6. Voir aussi le document rédigé par R. Haines, partie 5.1 de cette publication.

44. Comité exécutif, Conclusion No. 89 (LI), 2000.

45. Royal Ministry of Justice and the Police, *Guidelines for Determining Refugee Status in Norway*, 15 janvier 1998.

46. UK Immigration Appellate Authority, *Asylum Gender Guidelines*, novembre 2000.

47. Migration Board, Legal Practice Division, Suède, *Gender-Based Persecution : Guidelines for the Investigation and Evaluation of the Needs of Women for Protection*, 28 mars 2001 et Migration Board, Suède, *Guidelines for the Investigation and Evaluation of Asylum Cases in which Persecution Based on Given Sexual Orientation is Cited as a Ground*, 28 janvier 2002.

femmes ou celles basées sur l'orientation sexuelle entraînent dans le cadre du motif du « certain groupe social » de la définition du réfugié, bien qu'elle ait exprimé publiquement que des modifications législatives étaient en cours pour corriger cet aspect⁴⁸. Les *Lignes directrices sur les femmes*, utilisées actuellement en Suède, mettent cependant l'accent sur le fait que « les expressions de protestation des femmes et leur refus de se soumettre mettent souvent en cause les normes sociales, culturelles et religieuses » qui sont défendues par les bras politiques et religieux de la société. Les *Lignes directrices sur l'orientation sexuelle* adoptées par la Suède font également référence à la violation des pratiques religieuses strictes. Cela laisse entendre que ces activités peuvent se voir attribuer, à juste titre, un caractère politique ou religieux aux fins de la définition du réfugié de la Convention de 1951. Plusieurs organisations non gouvernementales ont également publié des orientations précieuses en l'absence d'action de l'État⁴⁹.

Par comparaison, l'Irlande, le Panama, l'Afrique du Sud et le Venezuela ont choisi spécifiquement d'identifier le « sexe », le « genre » et/ou « l'orientation sexuelle » comme motifs de demande du statut de réfugié⁵⁰. D'autres pays ont préféré inclure des références à des formes spécifiques de persécution liée au genre, plutôt que d'ajouter un motif supplémentaire. La Suisse, par exemple, prévoit expressément dans sa législation qu'« il y a lieu de tenir compte des motifs de fuite spécifiques aux femmes⁵¹ ». Le Guatemala fait référence à la violence sexuelle et à d'autres persécutions liées au genre⁵². L'Allemagne interdit le refoulement des étrangers exposés à une persécution du fait de leur genre, en plus du refoulement des personnes exposées à une persécution du fait de l'un des motifs de la Convention⁵³. En 1995, le ministère de l'intérieur autrichien a publié une ordonnance précisant que « sur la base de la Convention de Genève [de 1951] et de la loi de 1991 sur

48. Déclaration du délégué suédois lors de la réunion finale du « troisième volet » des Consultations mondiales sur la protection internationale, relative aux femmes réfugiées, Genève, 24 mai 2002. Actuellement, ces demandeurs se voient accorder des formes subsidiaires ou complémentaires de protection.

49. Voir, par exemple, CERE/ECRE, *Position on Asylum Seeking and Refugee Women*, décembre 1997 ; Refugee Women's Legal Group, *Gender Guidelines for the Determination of Asylum Claims in the UK*, juillet 1998 ; National Consortium on Refugee Affairs, Afrique du Sud, *Gender Guidelines for Asylum Determination*, 1999 ; Irish Refugee Council, *Guiding Principles on Asylum-Seeking and Refugee Women*, juin 2001.

50. L'article 1^{er} de la *loi irlandaise de 1996 sur les réfugiés* définit l'appartenance à un certain groupe social comme incluant « les personnes dont la caractéristique est d'appartenir au sexe féminin ou masculin ou d'avoir une orientation sexuelle particulière » (traduction libre) ; l'article 5 du *décret d'application panaméen No. 23*, 10 février 1998, inclut le « genre » ; la *loi sud-africaine de 1998 sur les réfugiés* précise que les membres d'un certain groupe social peuvent inclure des personnes persécutées du fait de leur « genre, orientation sexuelle, classe ou caste » ; l'article 5 du *décret du 3 octobre 2001 de l'Assemblée nationale du Venezuela* ajoute le motif du « sexe » à la définition du réfugié.

51. *Loi de 1998 sur l'asile*, article 3 § 2.

52. Government Accord No. 383-2001, Guatemala, 14 septembre 2001, article 11.d).

53. Loi sur l'immigration, article 60, promulguée par le président fédéral, juin 2002.

l'asile, le viol, tout comme toute autre violation de l'intégrité d'une personne, constitue un motif d'octroi de l'asile, sous réserve qu'il soit motivé par l'un des motifs énumérés dans la Convention de Genève [de 1951]⁵⁴ ». La définition du réfugié, interprétée correctement, ne nécessite toutefois pas d'introduire un motif supplémentaire⁵⁵. Néanmoins, il est évident qu'une mention spécifique du « sexe » ou de l'« orientation sexuelle » dans la législation, a l'intérêt de lever tout doute qui pourrait subsister quant à la protection par la Convention de 1951 des personnes exposées à une persécution liée au genre.

Au cours des Consultations mondiales sur la protection internationale organisées à l'occasion du cinquantième anniversaire de la Convention de 1951, le HCR a adopté une approche prenant en compte le genre et l'âge. En outre, les États parties ont demandé que soient inscrits, de manière séparée, les thèmes des femmes réfugiés et des enfants réfugiés à l'ordre du jour du « troisième volet » des Consultations⁵⁶. Parmi les documents relatifs aux femmes réfugiés, une partie était consacrée à la nécessité toujours présente d'adopter une interprétation et une application du droit des réfugiés qui soient sensibles au genre. Une partie sur la traite des personnes mettait également en lumière la vulnérabilité particulière des femmes réfugiées comme cibles des réseaux de trafiquants, tout en estimant que certaines victimes de la traite pouvaient être en mesure de faire valoir des raisons valables de bénéficier du statut de réfugié, lorsque l'État n'a pas la capacité ou la volonté de les protéger contre ces formes de préjudice ou ces menaces⁵⁷. Comme indiqué dans l'introduction dans la partie 1.1 de la présente publication, le deuxième volet incluait spécifiquement la persécution liée au genre comme discussion séparée lors de la table ronde d'experts qui s'est tenue à San Remo du 6 au 8 septembre 2001.

2. L'âge

On parle moins de la dimension de l'âge dans l'interprétation et l'application du droit international des réfugiés. Comme le sexe et l'orientation sexuelle, l'âge n'est pas inclus dans la définition du réfugié figurant à l'article 1 A 2 de la Convention de 1951 comme motif spécifique de demande d'asile. Néanmoins, le champ des demandes potentielles comportant la dimension de l'âge est large, notamment le recrutement forcé ou avant l'âge pour le service militaire⁵⁸, la violence familiale ou

54. Ordonnance du ministère de l'intérieur autrichien, No. 97.101/10/SL III/95.

55. Voir HCR, *Principes directeurs sur la persécution liée au genre*, 2002, *supra* note 4, paragraphe 6 ; Consultations mondiales, « Relevé des conclusions — Persécution liée au genre », table ronde d'experts de San Remo, 6-8 septembre 2001, paragraphe 1.

56. HCR, *Les femmes réfugiées*, Consultations mondiales sur la protection internationale, UN doc. EC/CG/02/8, 25 avril 2002, Parties V et VI ; HCR, *Les enfants réfugiés*, UN doc. EC/CG/02/9, 25 avril 2002.

57. HCR, *Les femmes réfugiées*, *supra* note 56, Parties V et VI.

58. Voir l'affaire *Minister for Immigration and Multicultural Affairs c. Applicant Z.*, Cour fédérale d'Australie, [2001] FCA 1823, 19 décembre 2001, dans laquelle l'appel a été rejeté, concluant que « les hommes afghans valides » ne constituaient pas un « groupe social particulier ».

conjugale⁵⁹, l'infanticide, le mariage forcé ou prématuré⁶⁰, les mutilations génitales féminines⁶¹, le travail forcé, la prostitution forcée, la pornographie et la traite des enfants⁶² et les enfants nés hors du cadre des règles strictes de planning familial⁶³. Bien que les enfants réfugiés aient le droit de bénéficier de la même protection que les adultes réfugiés, leur vulnérabilité particulière nécessite l'adoption d'une approche sensible à l'âge pour les aspects de fond et de procédure du droit des réfugiés. Dans le cas contraire, le risque est grand de ne pas reconnaître les formes de persécution spécifiques aux enfants ou de sous-estimer les craintes propres aux enfants. Les approches sensibles à l'âge sont particulièrement pertinentes pour les enfants, mais elles sont également importantes pour les personnes âgées qui peuvent, par exemple, subir des discriminations graves (dont l'exclusion) équivalant à une persécution.

Les demandes de nombreux enfants comportent souvent un élément de genre. Par exemple, les fillettes, contrairement aux femmes adultes, risquent davantage de subir des mutilations génitales féminines. Ainsi, ces cas soulèvent nécessairement les deux dimensions de l'âge et du genre qui sont souvent négligées. La fillette encourt-elle un risque de persécution du fait de son sexe, en tant que fille, ou du fait de son âge, en tant que jeune fille, ou les deux ? Les jeunes garçons qui fuient le recrutement forcé sont-ils persécutés du fait de leur sexe, ou du fait de leur âge, ou les deux ? Dans ces deux exemples, leur vulnérabilité à certaines formes de persécution tient à ces deux facteurs : l'âge et le genre. Les cas de jeunes filles montrent souvent la convergence des dimensions de l'âge et du genre. Dans d'autres cas, la question de l'âge est d'une importance primordiale, comme dans les cas de prostitution et de pornographie enfantines, qui affectent les garçons et les filles, bien qu'à des degrés différents selon les contextes. Leur caractéristique commune est leur jeune âge. Même dans les cas de persécution fondée sur des motifs politiques ou religieux, il est nécessaire d'adopter une approche sensible à l'âge afin de garantir une procédure correcte de détermination du statut de réfugié.

Tandis que le droit international des droits de l'Homme, en particulier l'article 22 de la CDE et son Protocole facultatif, a beaucoup contribué à faire progresser les droits de l'enfant, le droit des réfugiés n'a pas autant progressé. Bien que de nombreux États reconnaissent le droit des enfants à demander l'asile, il y a souvent

59. Décisions Nos. U95-00646, U95-00647, U95-00648, SSR, 15 janvier 1997, 67 *Reflex*, 26 mai 1997 (la demanderesse principale était une ressortissante américaine et britannique de 12 ans, persécution basée sur les sévices sexuels infligés par son père britannique), voir *infra* note 93 pour l'appel à la Cour fédérale du Canada (Section de première instance). Décision No. TA0-05472, SSR, 30 mai 2001 (adolescent mineur non accompagné soumis à des sévices physiques infligés par son père et à des violences verbales de la part de ses deux parents en Pologne).

60. Voir *Re W. (Z.D.)*, SSR No. 3, No. U92-06668, 19 février 1993.

61. Voir, pour comparaison, les affaires mentionnées *supra* note 39.

62. Voir, pour comparaison, les affaires mentionnées *supra* note 41.

63. Voir *Chen Shi Hai c. Minister for Immigration and Multicultural Affairs*, Haute Cour d'Australie, [2000] HCA 19, (2000) 170 ALR 553, 13 avril 2000.

une absence totale d'analyse dans les décisions de justice quant à la façon dont l'âge peut affecter leur demande. De même, les Conclusions du Comité exécutif sont totalement dépourvues de références aux enfants demandeurs d'asile et à leurs besoins spécifiques en termes d'accès aux systèmes d'asile, bien qu'elles soient raisonnablement détaillées en ce qui concerne la promotion de l'« intérêt supérieur » de l'enfant⁶⁴ et l'identification de formes spécifiques de persécution infligées aux enfants, y compris « la violence physique, les sévices sexuels, le commerce d'enfants, les actes de piraterie, les attaques militaires ou armées, le recrutement forcé, l'exploitation politique ou la détention arbitraire⁶⁵ ». Toutefois, le lien entre ces formes de préjudice et les demandes de statut de réfugié est absent. En 1987, le Comité exécutif a souligné la situation particulière des enfants non accompagnés et des enfants séparés, y compris « leurs besoins quant à la détermination de leur statut⁶⁶ », sans toutefois en dire plus.

Quelques pays ont adopté des lignes directrices pour aider les agents chargés de l'instruction à gérer les situations spécifiques des enfants demandeurs d'asile. En 1996, le Canada a adopté des lignes directrices relatives aux aspects de procédure et de preuve des demandes déposés par les enfants, suivi par les États-Unis en 1998⁶⁷. Plus récemment, la Finlande a adopté des lignes directrices concernant les entretiens avec les mineurs (séparés)⁶⁸. Le HCR a également élaboré des *Principes directeurs concernant les enfants non accompagnés*⁶⁹. Au moment où nous rédigeons ce document, le HCR, ainsi que d'autres organisations humanitaires, étaient en train de finaliser les *Inter-Agency Guiding Principles on Unaccompanied and Separated Children*, qui incluent une petite partie sur les enfants dans la procédure de détermination du statut de réfugié⁷⁰.

64. Voir l'article 3 § 1 de la CDE.

65. Comité exécutif, Conclusion No. 47 (XXXVIII), 1987, sur les enfants réfugiés, paragraphe e) ; reproduit en partie dans la Conclusion No. 59 (XL), 1989, sur les enfants réfugiés, paragraphes h) et i) ; No. 72 (XLIV), 1993 ; No. 74 (XLV), 1994 ; No. 79 (XLVII), 1996 ; No. 84 (XLVIII), 1997, sur les enfants et les adolescents réfugiés (intégralement) ; No. 85 (XLIX), 1998, paragraphes k) et dd) ; No. 87 (L), 1999, paragraphe o) ; No. 89 (LI), 2000.

66. Comité exécutif, Conclusion No. 47 (XXXVIII), 1987, sur les enfants réfugiés, paragraphe i).

67. Commission de l'immigration et des réfugiés, Canada, *Ligne directrice 3 : Enfants demandeurs d'asile : Questions de procédure et de preuve*, 30 septembre 1996 ; US Immigration and Naturalization Service, *Guidelines for Children's Asylum Claims*, 10 décembre 1998.

68. Directorate of Immigration Finland, *Guidelines for Interviewing (Separated) Minors*, mars 2002.

69. HCR, Community Service Guidelines, *Working with Unaccompanied Children : A Community-based Approach*, révisé en mai 1996, pp. 39-52 ; HCR, *Guidelines on Policies and Procedures in Dealing with Unaccompanied Children Seeking Asylum*, février 1997 (ci-après HCR, *Guidelines on Unaccompanied children Seeking Asylum*, 1997). Voir aussi, CERE/ECRE, *Position Paper on Refugee Children*, novembre 1996 ; HCR et International Save the Children Alliance in Europe, *Programme en faveur des enfants séparés en Europe : déclaration de bonne pratique*, décembre 1999.

70. HCR, UNICEF, CICR, International Rescue Committee, Save the Children (Royaume-Uni) et World Vision International, *Inter-Agency Guiding Principles on Unaccompanied and Separated Children*, à paraître en 2002.

II. L'âge et le genre dans la définition du réfugié

A. L'inclusion

1. Les agents de persécution non étatiques

La question de savoir si la persécution, dans le contexte de la définition de la Convention de 1951, peut émaner d'acteurs ou d'agents non étatiques, par opposition aux agents étatiques, a été au centre des débats en matière de droit international des réfugiés. Le *Guide des procédures et critères à appliquer pour déterminer le statut de réfugié*⁷¹ publié par le HCR précise que si on entend normalement par persécution une action qui est le fait des autorités d'un pays, elle peut également émaner de groupes de la population, si les actes sont sciemment tolérés par les autorités, ou si les autorités refusent, ou sont incapables, d'assurer une protection effective⁷². Cela est conforme à la définition du réfugié figurant dans la Convention de 1951, qui ne spécifie pas de qui la persécution doit émaner. De même, ni la *Convention de l'Organisation de l'Unité Africaine* (OUA) de 1969 sur les réfugiés⁷³, ni la *Déclaration de Carthagène de 1984 sur les réfugiés*⁷⁴ n'exigent que le persécuteur soit l'État.

Dans la plupart des pays de *common law*, la persécution émanant des acteurs non étatiques est désormais acceptée, dans les situations où l'État n'a pas la capacité ou la volonté d'assurer une protection effective contre ce préjudice (l'approche dite « de la protection »)⁷⁵. La proposition de directive de la Commission européenne sur les conditions à remplir pour bénéficier du statut de réfugié va dans ce sens et propose que la persécution puisse émaner d'acteurs non étatiques, ce qui fait avancer la cause des demandes liées au genre⁷⁶. À l'inverse, les juridictions de droit civil sont davantage divisées et elles ont tendance à exiger un certain niveau de responsabilité

71. HCR, *Guide des procédures et critères à appliquer pour déterminer le statut de réfugié* (Genève, 1979, réédité en 1992).

72. *Ibid.*, paragraphe 65.

73. *Convention de l'OUA régissant les aspects propres aux problèmes des réfugiés en Afrique*, adoptée le 10 septembre 1969, Nations Unies, *Recueil des Traités*, vol. 1001, n° 45.

74. Adoptée par le Colloque sur la protection internationale des réfugiés en Amérique centrale, Mexico et Panama, Carthagène, 19-22 novembre 1984.

75. Voir, par exemple, *Minister for Immigration and Multicultural Affairs c. Ibrahim*, Haute Cour d'Australie, [2000] HCA 55, 26 octobre 2000 ; *Zalzali c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration)*, Cour fédérale d'appel du Canada, [1991] 3 FC 605 ; *Canada (Procureur général) c. Ward*, Cour suprême du Canada, [1993] 2 SCR 689 ; *Adan c. Secretary of State for the Home Department*, Chambre des Lords du Royaume-Uni, [1999] 1 AC 293 ; *Horvath c. Secretary of State for the Home Department*, Chambre des Lords du Royaume-Uni, [2000] 3 All ER 577.

76. Commission européenne, *Proposition de directive du Conseil établissant des normes minimales relatives aux conditions que doivent remplir les ressortissants des pays tiers et les apatrides pour pouvoir prétendre au statut de réfugié ou de personne qui, pour d'autres raisons, a besoin d'une protection internationale*, COM(2001), 510 final, 12 septembre 2001, article 9 § 1.

de l'État⁷⁷. Bien qu'il reste quelques divergences entre les jurisprudences des différentes juridictions, une tendance est en train d'émerger vers l'acceptation générale du fait que la persécution peut émaner d'acteurs non étatiques, surtout lorsque l'État refuse d'accorder une protection, et, de plus en plus, lorsque l'État s'avère incapable de ce faire.

Pour de nombreuses demandes liées au genre, le type d'approche adopté peut être un facteur déterminant pour l'octroi de la protection en tant que réfugié. C'est désormais aussi un facteur important dans de nombreux cas qui ne sont pas liés au genre, compte tenu de la nature particulière des conflits armés et des guerres civiles, lorsque l'État est souvent dans l'incapacité d'exercer un contrôle effectif ou d'assurer une protection satisfaisante. En réalité, la prise en compte des agents de persécution non étatiques a tout d'abord été reconnue dans des cas ne comprenant pas d'élément de genre⁷⁸.

Les demandes de statut de réfugié fondées sur la violence domestique représentent le test ultime de la pérennité de l'approche dite « de la protection ». Une jurisprudence positive substantielle existe désormais sur cette question⁷⁹. Très récemment, dans l'affaire *Khawar*, la Haute Cour d'Australie a confirmé l'approche adoptée par la Chambre des Lords dans l'affaire *Horvath*, dans laquelle l'échec de l'État à assurer une protection a été considérée comme « le point de jonction entre la persécution par l'État et la persécution par des agents non étatiques, nécessaire dans l'intérêt de la cohérence de l'ensemble du régime »⁸⁰. Ce faisant, la Haute Cour a confirmé la décision de la Cour fédérale d'Australie octroyant le statut de réfugié à Mme Khawar, qui affirmait qu'elle était victime d'une violence domestique grave et de longue date de la part de son mari et des membres de la famille de ce dernier, et que la police pakistanaise refusait d'appliquer la loi interdisant ce type de violence ou de lui assurer tout autre type de protection. Ce refus a été considéré non comme une simple incapacité d'assurer une protection, mais comme « une tolérance et un encouragement volontaire⁸¹ ».

Bien qu'encore peu soumises aux juridictions, les demandes de statut de réfugié fondées sur le fait d'être victime de la traite des êtres humains aux fins d'esclavage sexuel ou de prostitution forcée sont aussi vraisemblables que les autres demandes fondées sur une persécution liée au genre et elles soulèvent la question

77. Voir V. Türk, « Non-State Agents of Persecution », in *Switzerland and the International Protection of Refugees* (ed. V. Chetail et V. Gowlland-Debbas, Kluwer Law International, La Haye, 2002), pp. 95-109, pour la pratique des États en Allemagne, Suisse, France et Italie. Voir aussi W. Kälin, « Non-State Agents of Persecution and the Inability of the State to Protect », 15(3) *Georgetown Immigration Law Journal*, printemps 2001, pp. 415-31.

78. Voir les affaires *Adan*, *Horvath* et *Ward*, *supra* note 75.

79. Voir les affaires citées *supra* note 34.

80. Affaire *Horvath*, *supra* note 75, [2001] 1 AC 489 aux pp. 497-8, repris par le juge Gleeson dans l'affaire *Khawar*, *supra* note 34, au paragraphe 19.

81. *Khawar*, *supra* note 34, paragraphe 30 (traduction libre).

de l'acteur non étatique. Comme le déclare le HCR, « le recrutement forcé ou suite à une tromperie de femmes ou de mineurs aux fins de prostitution forcée ou d'exploitation sexuelle sont des formes de violence ou d'abus liés au genre et peuvent même conduire à la mort⁸² ». Bien que ces pratiques soient le plus souvent caractérisées par une forme de persécution infligée par des acteurs non étatiques, la complicité directe de la police et d'autres agents de l'État dans ces activités est assez courante.

Il n'y a aucune raison qu'une victime de la traite des êtres humains⁸³ qui craint de retourner dans son pays en raison de la possibilité réelle qu'elle soit de nouveau victime de la traite, ciblée en vue de représailles, ou menacée de mort, ne se voit pas accorder le statut de réfugié lorsque l'État n'a pas la capacité ou la volonté de la protéger contre ce préjudice. Un ostracisme communautaire ou une discrimination grave peut également atteindre le niveau d'une persécution dans certains cas individuels. Bien entendu, de nombreuses formes de persécution, telles que le viol, la violence sexuelle, l'agression physique et d'autres formes de violence constituent des actes criminels. La traite peut également rendre certaines victimes apatrides et éligibles au statut de réfugié en tant que personnes apatrides en vertu de l'article 1 A 2 de la Convention de 1951⁸⁴.

Deux cas récents illustrent certaines de ces questions. Une décision de la Haute Cour administrative autrichienne, concernant une ressortissante du Nigeria vendue par ses parents adoptifs pour se prostituer de force et être transférée en Ita-

82. HCR, *Principes directeurs sur la protection internationale : persécution liée au genre*, 2002, *supra* note 4, paragraphe 18 ; HCR, *Femmes réfugiées*, *supra* note 56, paragraphes 18-19. Voir aussi A. Edwards, « Resettlement : A Valuable Tool in Protecting Refugee, Internally Displaced and Trafficked Women and Girls », 11 *Forced Migration Review*, octobre 2001, p. 31 à p. 34.

83. Une distinction est faite ici entre le trafic et la traite. L'article 3 du *Protocole des Nations Unies de 2000 visant à prévenir, réprimer et punir la traite des personnes, en particulier des femmes et des enfants, additionnel à la Convention des Nations Unies de 2000 contre la criminalité transnationale organisée*, UN doc. A/55/383, définit la traite des personnes comme :

le recrutement, le transport, le transfert, l'hébergement ou l'accueil de personnes, par la menace de recours ou le recours à la force ou à d'autres formes de contrainte, par enlèvement, fraude, tromperie, abus d'autorité ou d'une situation de vulnérabilité, ou par l'offre ou l'acceptation de paiements ou d'avantages pour obtenir le consentement d'une personne ayant autorité sur une autre aux fins d'exploitation. L'exploitation comprend, au minimum, l'exploitation de la prostitution d'autrui ou d'autres formes d'exploitation sexuelle, le travail ou les services forcés, l'esclavage ou les pratiques analogues à l'esclavage, la servitude ou le prélèvement d'organes.

84. HCR, *Activités dans le domaine de l'apatridie : rapport intérimaire*, UN doc. EC/51/SC/CRP., 30 mai 2001, paragraphe 18 :

Les femmes victimes de trafic peuvent se trouver sans document du fait d'un vol ou d'une destruction à l'arrivée dans un pays tiers ou avant le transfert, ce qui leur rend souvent impossible de prouver leur statut lorsqu'elles s'efforcent d'être réadmisées dans leur pays. Elles peuvent être placées en détention dans le pays où elles ont été acheminées illégalement et peuvent y rester pendant des années du fait du refus opposé par le pays de citoyenneté de les réadmettre en l'absence de preuve quant à leur nationalité et du fait du refus opposé par le pays de détention de les relâcher sans les pièces nécessaires.

lie, victime de mauvais traitements graves, a annulé une décision négative antérieure au motif de l'illégalité au fond. La Haute Cour a considéré que la décision antérieure avait estimé à tort que « le risque qu'elle prétendait encourir était manifestement sans lien avec les motifs énumérés dans la Convention de Genève [de 1951] ⁸⁵ ».

La décision de l' *Immigration Appeal Tribunal* (Tribunal d'appel pour l'immigration) du Royaume-Uni dans l'affaire *Lyudmyla Dzhygun* a admis que la traite de personnes puisse constituer une persécution en l'absence de protection de l'État, mais elle n'a pas tranché la question de savoir si les victimes de ce crime pouvaient représenter un « certain groupe social ». Le Tribunal a finalement conclu qu'il ne voyait pas pourquoi le fait d'être victime d'un crime empêcherait une personne d'être membre d'un « certain groupe social ⁸⁶ ». Le groupe a été défini comme « les femmes en Ukraine qui sont contraintes de se prostituer contre leur gré », en précisant que ce groupe existe indépendamment de la persécution redoutée ⁸⁷.

Ces affaires soulèvent non seulement la question de l'interprétation correcte de la notion de « persécution » au sens de la définition de la Convention de 1951 et de l'identification du motif approprié, mais également le lien causal entre la persécution et le motif — la question de savoir si la persécution était « du fait de » l'un des motifs de la Convention. Les résultats sont mitigés à cet égard. Dans l'affaire désormais célèbre de *Shah et Islam* ⁸⁸, il a été admis que les deux femmes pakistanaïses remplissaient le critère de persécution, ayant été considérées comme risquant d'être accusées à tort d'adultère, un acte punissable de flagellation ou de lapidation à mort. La décision reposait sur le fait de savoir si les demanderesse risquaient d'être persécutées « du fait de » leur appartenance à un certain groupe social, qui en l'espèce a été défini comme « les femmes pakistanaïses ». Lord Hoffmann a estimé que deux éléments étaient nécessaires dans les cas impliquant des agents de persécution non étatiques :

Tout d'abord, il y a la menace de violence envers la demanderesse de la part de son mari. Il s'agit d'une affaire personnelle, les visant en tant que personnes. Deuxièmement, il y a l'incapacité ou l'absence de volonté de l'État de faire quoi que ce soit pour les protéger. Il a été prouvé que l'État ne les aiderait pas parce que ce sont des femmes. Il a refusé de leur accorder une protection contre la violence qu'il aurait accordée à des hommes. La combinaison de ces deux éléments a été considérée comme constituant une persécution au sens de la Convention ⁸⁹.

85. Décision No. 99/20/0497-6, *supra* note 41 (traduction par l'auteur).

86. Voir *Dzhygun*, *supra* note 41, paragraphe 34 (traduction libre).

87. *Ibid.*, paragraphe 29. Voir aussi Décision No. T98-06186, SSR, *supra* note 41 ; Décision No. V95-02904, SRR, 26 novembre 1997 ; *An Li c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, Cour fédérale du Canada (Section de première instance), IMM-1023-95, 30 mars 2001 ; *Matter of J.M.*, US Immigration Court, San Pedro, Californie, 3 décembre 1996, disponible sur <http://www.uchastings.edu/cgrs/law/ij/364.pdf>.

88. *Shah et Islam*, *supra* note 34.

89. *Ibid.*, par Lord Hoffmann (traduction libre). Pour des développements sur le lien causal, voir les documents rédigés par T.A. Aleinikoff sur l'appartenance à un certain groupe social, dans la partie 4.1 et par R. Haines sur la persécution liée au genre dans la partie 5.1 de cette publication. Voir, au contraire, *Matter of R.A.*, Décision provisoire No. 3403, *supra* note 34.

Cette approche a été davantage développée par des décisions ultérieures et a été reprise dans les *Principes directeurs du HCR sur la persécution liée au genre* :

Dans les cas où il existe un risque de persécution de la part d'un agent non-étatique (par exemple, un mari, un partenaire ou autre) pour une des raisons liées aux motifs prévus par la Convention, le lien causal est établi, que l'absence de protection de l'État soit liée à la Convention ou non. Par ailleurs, lorsque le risque d'être persécuté par un agent non-étatique n'est pas lié à un motif prévu par la Convention, mais que l'incapacité ou la non-volonté de l'État à offrir une protection repose sur un des motifs prévus par la Convention, le lien causal est également établi⁹⁰.

Cette approche est adoptée pour garantir le traitement équitable des hommes et des femmes en droit. Traditionnellement, les demandes d'asile déposées par les hommes impliquaient un lien *direct* entre l'action de l'État visant à supprimer, intimider ou emprisonner le demandeur et un motif au moins de la Convention. Accepter seulement les liens directs entre la persécution et l'État reviendrait à faire des discriminations envers les femmes, qui ont plus de chances de faire l'objet de liens indirects entre la persécution et les actions de l'État, par une incapacité ou une absence de volonté de l'État de les protéger. Elle peut également exclure les demandes non traditionnelles de certains hommes. Cette approche constitue une analyse fondée sur le genre dans l'application du droit. De même, il faut encourager une analyse sensible à l'âge. Les enfants sont souvent l'objet de persécutions par des acteurs non étatiques, y compris leurs parents, d'autres membres de leur famille, des groupes de guérilla ou leur communauté. Dans certains cas de persécution émanant des agents du gouvernement, les parents ou les tuteurs peuvent être impliqués dans la persécution. Comme il a été souligné, « ils peuvent participer directement, comme quand un enfant est vendu, marié, forcé d'effectuer des travaux dangereux ou soumis à des sévices infligés aux enfants ou à des mutilations génitales féminines », ou ils peuvent « acquiescer aux abus, que ce soit par consentement volontaire ou par crainte⁹¹ ». La norme appliquée aux demandes liées au genre doit s'appliquer de la même façon aux demandes liées à l'âge. Ainsi, lorsqu'un enfant a été soumis à des sévices de la part d'un acteur non étatique, cela devra être considéré comme une persécution lorsque l'État est incapable ou n'a pas la volonté d'assurer une protection à l'enfant contre ce préjudice.

Ce qui constitue une « protection » dans ce sens n'a pas encore été complètement défini. En l'absence d'un effondrement complet de l'appareil étatique, il y a lieu de présumer que l'État est capable de protéger ses citoyens. Pour réfuter cette présomption, il semble qu'il faille une confirmation claire et convaincante de son incapacité à le faire⁹². Une affaire canadienne, comportant des dimensions d'âge et

90. HCR, *Principes directeurs sur la persécution liée au genre*, 2002, *supra* note 4, paragraphe 21. Voir aussi « Relevé des conclusions sur la persécution liée au genre », San Remo, *supra* note 55, paragraphe 6.

91. Bhabha et Young, *supra* note 20, pp. 107-8.

92. Voir, par exemple, *Procureur général du Canada c. Ward*, *supra* note 75.

de genre, montre les difficultés à cet égard⁹³. Dans cette affaire, le demandeur principal était un garçon de 12 ans qui était ressortissant à la fois des États-Unis et du Royaume-Uni. La Section du statut de réfugié (SSR) lui avait initialement accordé l'asile, estimant qu'il appartenait à un groupe de « jeunes enfants victimes d'inceste ». La SSR considérait que les États-Unis comme le Royaume-Uni l'avaient privé de certains de ses droits fondamentaux énumérés aux articles 19 à 37 de la CDE et que cette violation équivalait à une persécution. En appel, la Cour fédérale a cependant rejeté la décision antérieure, estimant qu'un demandeur :

doit présenter une preuve « claire et convaincante » de l'incapacité d'un État d'assurer sa protection. Plusieurs visites à la police ne sont pas suffisantes pour réfuter cette présomption. Lorsque l'État en cause est un État démocratique, le revendicateur doit aller plus loin que de simplement démontrer qu'il s'est adressé à certains membres du corps policier et que ses démarches ont été infructueuses.

À l'inverse, dans une affaire similaire, la SSR a jugé que la demanderesse avait réussi à réfuter la présomption. Il a été considéré qu'elle n'avait pas d'autre choix que de fuir la France pour échapper à la menace d'enlèvement par le père syrien des enfants, dans la mesure où les témoins et les témoignages écrits affirmaient tous que la demanderesse n'avait pas d'autre choix que la fuite et, de plus, tous les recours judiciaires existant avaient été épuisés⁹⁴. Dans une autre affaire, la SSR a considéré qu'il n'existait pas de protection étatique (par les États-Unis) contre l'enlèvement forcé ou de recours contre la séparation forcée de la mère. En déclarant cela, la SSR a clarifié spécifiquement qu'il ne s'agissait pas de s'interroger sur la capacité des États-Unis d'assurer une protection à ses citoyens en général, mais plutôt sur sa capacité à assurer une protection adéquate à ces enfants-là dans leur situation particulière.

Par analogie avec les affaires susmentionnées qui font reposer une charge plus importante sur les personnes originaires de pays démocratiques, les cas concernant des « sociétés non démocratiques » semblent donc exiger moins d'efforts de la part du demandeur pour prouver une absence de protection étatique. Il est évident que des informations objectives sur le pays d'origine doivent être fournies pour appuyer la

93. *Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration) c. Smith*, Cour fédérale du Canada (Section de première instance), [1999] 1 FC 310, [1998] FCJ No. 1613, 29 octobre 1998 (voir *supra* note 59 pour la décision antérieure de la SSR du 15 janvier 1997 dans cette affaire). Pour une décision négative, voir *R.O.I. (Re)*, SRR No. 235, 1996 (Royaume-Uni et Iran), et pour des décisions positives, voir *U.C.R. (Re)*, SRR No. 94, 2001 (France) ; *D.I.P. (Re)*, SSR No. 288, 1996 (États-Unis) ; *G. (B.B.) (Re)*, SRR No. 397, 1994 (Beyrouth). Dans plusieurs de ces affaires, la question de l'enlèvement d'enfant a été soulevée, notamment par rapport à la persécution et l'exclusion possible. Dans l'affaire *U.C.R.*, le tribunal a estimé que la menace de « kidnapping international d'enfants vers un pays qui n'est pas signataire de la Convention de La Haye [sur les aspects civils de l'enlèvement international], constitue, par nature, une violation grave et persistante des droits fondamentaux, à la fois des enfants et de la mère, [et] équivalait donc à une persécution au sens de la définition ». Concernant l'application des clauses d'exclusion, il a estimé que la mère n'avait pas commis d'acte contraire aux buts et aux principes des Nations Unies en emmenant ses enfants au Canada, car son intention était de les protéger contre un danger réel et imminent.

94. *U.C.R. (Re)*, SSR No. 94, 2001.

demande qu'il y a une absence de protection étatique. Ces preuves doivent effectivement être claires et convaincantes, bien que des données et des rapports indépendants puissent être remis en question lorsqu'une personne se voit refuser la protection de son État d'origine à plusieurs occasions. Une charge de la preuve plus lourde ne doit toutefois pas être imposée aux demandeurs originaires des sociétés démocratiques. Les États doivent être tenus aux mêmes normes de responsabilité et de protection⁹⁵. Un État peut avoir instauré une pléthore de systèmes pour protéger les personnes. La vraie question est de savoir si ces systèmes fonctionnent dans la réalité, c'est-à-dire, si ces protections sont accessibles, effectives et durables. On ne doit pas exiger qu'une personne épuise tous les recours existant afin d'établir qu'il n'a pas de protection dans les cas où la crainte de persécution est particulièrement grave ou imminente. En d'autres termes, l'aptitude de l'État à assurer une protection doit augmenter de manière proportionnelle à la vulnérabilité de la personne concernée. Si l'État prend des mesures concrètes dans le cas d'un enfant ou d'une femme battue dans la rue par un étranger, mais n'agit pas de la sorte dans le cas d'un enfant ou d'une femme subissant des violences à la maison, on peut considérer que l'État a refusé sa protection à ces citoyens. La dichotomie public/privé n'est jamais aussi prononcée que dans ce type de cas et elle se reflète souvent dans le niveau de protection accordée à ces personnes.

2. L'évaluation de la nature fondée de la crainte

La compréhension du terme « persécution » est essentielle pour la détermination précise d'une demande donnée, en particulier pour des demandes comportant des dimensions d'âge et de genre. Une question qui peut devenir un obstacle pour la demande de statut de réfugié d'un enfant est celle de savoir comment évaluer de manière précise s'il craint avec raison d'être persécuté. Lorsque certaines formes de persécution sont explicitement identifiées, comme les sévices sexuels, les mutilations génitales féminines ou le mariage forcé, l'évaluation de la nature de la persécution sera moins problématique. Dans ces cas, il est possible de fonder la demande sur certaines dispositions en matière de droits de l'Homme. Cela devient plus difficile quand une forme de persécution alléguée par un enfant n'est pas considérée comme telle aux yeux d'un adulte. Comme le notent Bhabha et Young, « des actes qui pourraient être considérés comme un simple harcèlement ou une simple ingérence lorsqu'ils sont dirigés vers des adultes, peuvent être qualifiés de persécution quand ils visent des enfants⁹⁶ ». Ils illustrent ce point de la manière suivante :

Les interrogatoires musclés par la police, le passage des menottes, les claques ou le traitement brusque qui peuvent ne pas constituer « un préjudice grave » pour un adulte, par exemple, peuvent provoquer, pour un enfant, des dommages persistants, un traumatisme physique ou psychologique tels qu'ils constituent une persécution, en particulier si l'enfant est jeune et frêle physiquement⁹⁷.

95. Il est discutable d'imposer une norme plus élevée aux États démocratiques pour garantir la protection nécessaire.

96. Bhabha et Young, *supra* note 20, p. 104 (traduction libre).

97. *Ibid.* (traduction libre).

La fragilité ou le manque de mobilité des personnes âgées pourraient également faire en sorte que des menaces équivalent à des persécutions, contrairement à l'évaluation qui serait faite pour des personnes plus actives, dans la mesure où elles seraient moins en mesure de les éviter ou de fuir. Certaines formes de punition légitimes pour les adultes peuvent constituer une persécution pour les enfants ou les personnes âgées. Des formes cumulatives de discrimination à l'égard des personnes âgées, notamment l'exclusion de la vie sociale et économique, pourraient atteindre le niveau d'une persécution dans certains cas⁹⁸.

3. Éviter la persécution

Certains cas liés au genre, en particulier ceux basés sur l'orientation sexuelle, ont soulevé la question de savoir dans quelle mesure il serait possible d'exiger d'une personne qu'elle abandonne ses opinions ou ses activités afin d'éviter d'être persécutée. Cette question est directement liée à l'établissement du bien fondé de la persécution et a également des implications en termes de possibilité de réinstallation interne (voir partie II.A.5 ci-dessous). Dans les cas fondés sur les opinions politiques ou la religion, il a toujours été considéré qu'on ne saurait attendre d'une personne qu'elle abandonne ses opinions politiques ou ses convictions religieuses pour éviter la persécution⁹⁹. Il serait contraire à l'essence même de la protection internationale des réfugiés de penser autrement. Néanmoins, certains cas concernant « l'orientation sexuelle » ont donné lieu à de longues discussions relatives à la mesure dans laquelle on peut attendre d'un homosexuel qu'il pratique son homosexualité « discrètement » ou « en toute sécurité »¹⁰⁰. Bien que, dans l'affaire australienne *Applicant L.S.L.S. c. Minister for Immigration and Multicultural Affairs*, le *Refugee Review Tribunal* (Tribunal de recours des réfugiés) ait reconnu que le fait de contraindre une personne à abandonner ou à dissimuler son homosexualité pourrait constituer une violation d'un droit fondamental¹⁰¹, il a considéré que ce n'était pas forcément le cas lorsqu'on exige d'une personne que, pour sa sécurité, elle ne manifeste pas ouvertement sa

98. Ces considérations doivent également s'appliquer aux personnes handicapées.

99. Voir HCR, *Principes directeurs sur la protection internationale : « la possibilité de fuite ou de réinstallation interne » dans le cadre de l'application de l'article 1 A 2 de la Convention de 1951 et/ou du Protocole de 1967 relatifs au statut des réfugiés*, à paraître en 2003 (ci-après HCR, *Principes directeurs relatifs à la possibilité de fuite ou de réinstallation interne*, à paraître en 2003).

100. Voir la Décision No. V95/03188, *Refugee Review Tribunal*, 12 octobre 1995, dont il a été fait appel devant la Cour fédérale d'Australie dans l'affaire *Applicant L.S.L.S. c. Minister for Immigration and Multicultural Affairs*, *supra* note 42 ; R. c. *Secretary of State for the Home Department, ex parte Binbasi*, (1989] Imm AR 595, High Court (Queen's Bench Division), 20 juillet 1989 ; cf. Décision No. IV/IE06244/81, Cour administrative (*Verwaltungsgericht*) Wiesbaden, 26 avril 1983 (statut de réfugié sur la base de l'appartenance au groupe social particulier des homosexuels en Iran).

101. *Applicant L.S.L.S. c. Minister for Immigration and Multicultural Affairs*, *supra* note 42. Voir aussi *Toonen c. Australie*, Comité des droits de l'Homme, Communication No. 488/1992, UN doc. CCPR/C/50/D/488/1992, 4 avril 1994, qui a conclu que les lois interdisant les actes homosexuels consentis en privé violaient le droit à la vie privée au sens de l'article 17 du *Pacte international de 1966 relatifs aux droits civils et politiques*, Nations Unies, *Recueil des Traités*, vol. 999, n° 171.

sexualité¹⁰². L'appel devant la Cour fédérale n'a pas totalement tranché cette question, limitant sa décision à la question de savoir si le demandeur avait une crainte fondée de persécution s'il continuait à avoir un mode de vie homosexuel au Sri Lanka, en révélant son orientation sexuelle dans une mesure raisonnablement suffisante pour identifier et attirer des partenaires et maintenir les relations ainsi établies¹⁰³. Doit-on imposer à un membre d'un groupe social d'être discret sur cette appartenance afin d'éviter la persécution, alors que l'on n'attend pas d'une autre personne qu'elle dissimule ses convictions politiques ou religieuses ? Cela ne revient-il pas à appliquer une norme différente aux cas qui se fondent sur des motifs politiques ou religieux et à ceux qui se fondent sur « l'appartenance à un certain groupe social » ? À l'inverse, un jugement allemand a conclu que le demandeur ne devait pas être contraint de s'abstenir d'avoir des activités homosexuelles et de vivre discrètement¹⁰⁴. Il a estimé qu'il était aussi inacceptable d'attendre d'une personne qu'elle évite la persécution en cachant sa vie homosexuelle que de demander à une personne de renier et de cacher ses convictions religieuses ou d'essayer de changer de couleur de peau.

Comme cela a été dit plus haut, le droit en matière de droits de l'Homme peut aider à identifier certaines formes de persécution, mais il n'est pas nécessaire d'identifier dans chaque cas une violation des droits de l'Homme pour établir une crainte fondée de persécution. Le droit international des réfugiés vise à aider les personnes ayant besoin d'une protection en raison d'une crainte fondée d'être persécutées en raison d'un des cinq motifs au moins, et il ne se limite donc pas à la crainte d'une violation d'un droit fondamental de la personne. La question critique n'est pas de savoir si le fait de manifester publiquement sa sexualité est un droit universel ou pas, comme le suggère l'affaire australienne exposée plus haut. Le droit international des réfugiés se fonde plutôt sur la protection des personnes craignant d'être persécutées en raison de leur race, de leur religion, de leur nationalité, de leur appartenance à un certain groupe social ou de leurs opinions politiques. Le droit en matière de droits de l'Homme au sens de l'affaire australienne susmentionnée a été utilisé pour restreindre les protections qui existent en vertu de la Convention de 1951 et souligne le danger d'avoir à lier la crainte de persécution à une violation des droits de l'Homme.

4. « L'appartenance à un certain groupe social » par rapport aux autres motifs

La pierre d'achoppement pour les décisions antérieures des tribunaux nationaux a été, dans une certaine mesure, l'absence, dans la définition du réfugié figurant à l'article 1 A 2 de la Convention de 1951, de référence spécifique au « sexe » ou à l'« âge », en tant que motifs individuels de persécution. Comme cela a été souligné :

102. *Applicant L.S.L.S. c. Minister for Immigration and Multicultural Affairs*, FCA, *supra* note 42, paragraphes 18-35.

103. *Ibid.*, paragraphe 24.

104. Affaire No. IV/IE06244/81, *supra* note 100.

Les rédacteurs de la Convention ont singulièrement omis de refléter avec des mots une réalité bien établie : que les crimes fondés sur le genre ont autant un caractère de persécution au sens de la Convention que tout autre crime quand le préjudice infligé est suffisamment grave et quand ils répondent à une volonté délibérée d'atteindre un objectif politique¹⁰⁵.

Pour appliquer la définition du réfugié aux demandes fondées sur une persécution liée au genre, il a nécessairement fallu que les tribunaux fassent preuve de créativité dans leur raisonnement. Cela ne signifie pas que la définition du réfugié a été dénaturée pour « convenir » à des demandes particulières basées sur le genre, mais plutôt que jusqu'à récemment une interprétation correcte de la définition n'était ni proposée, ni adoptée. Les affaires présentant une dimension d'âge doivent encore bénéficier pleinement d'une analyse sensible à cet aspect.

Les premières décisions avaient tendance à prendre en compte les demandes des femmes spécifiques au genre dans le cadre du motif de l'appartenance à « un certain groupe social » en raison, en grande partie, de la non-reconnaissance de la nature politique des actions menées par les femmes par les agents chargés de l'instruction. Toutefois, Heaven Crawley note que « les effets de la dichotomie public/privé en termes de compréhension des expériences vécues par les femmes ne sont nulles part aussi manifestes... que par rapport au concept de « politique »¹⁰⁶ ». Les décisions ultérieures ont considéré que la persécution liée au genre pouvait revêtir un caractère racial, ethnique, religieux ou politique, ou une combinaison de l'un ou plusieurs de ces motifs, bien que les agents chargés de l'instruction s'appuient constamment sur le motif du « groupe social ». Les demandeurs invoquent souvent les « opinions politiques » ou la « religion » comme motif valable, mais les décisions les analysent rarement de manière approfondie. Aussi important que soit le « cinquième » motif pour les demandes liées à l'âge et au genre, une application intégrale de la définition nécessite une utilisation complète et égale des autres motifs de la Convention. Pourquoi est-il si difficile de reconnaître que les actes d'une femme qui transgresse les coutumes sociales sont de nature politique¹⁰⁷ ? Pourquoi certains actes (par exemple, les actes contrevenant aux codes vestimentaires religieux) sont-ils considérés comme non religieux dans une société où il n'existe aucune séparation entre l'État et les institutions religieuses ? Pourquoi les jeunes filles qui refusent de se soumettre à des mutilations génitales ne sont-elles pas considérées comme des dissidentes politiques, alors qu'elles s'opposent à l'une des coutumes les plus fondamentales de leur société ? Pourquoi le viol pendant les conflits armés inter-ethniques est-il seulement considéré comme criminel et pas aussi comme étant à caractère racial¹⁰⁸ ?

105. E. Feller, Directeur, Département de la Protection Internationale, HCR, *Rape is a War Crime : How to Support the Survivors : Lessons from Bosnia — Strategies for Kosovo*, présentation, Vienne, 18-20 juin 1999 (traduction libre).

106. Crawley, *Refugees and Gender*, supra note 7, p. 21 (traduction libre).

107. Voir, par exemple, les déclarations faites dans l'affaire *Re M.N.*, Refugee Appeal No. 2039/93, supra note 36, concernant la décision de première instance : « La Section du Statut des Réfugiés n'a pas saisi, même de loin, cet aspect [opinion politique et religion] dans le cas du requérant ».

La signification de l'expression « opinions politiques » a été définie généralement comme recouvrant les « opinions contraires ou critiques à l'égard des politiques du gouvernement ou du parti dominant¹⁰⁹ ». En comparaison, Goodwin-Gill défend une définition plus large : « toute opinion sur toute question dans laquelle l'appareil de l'État, du gouvernement et la politique sont impliqués¹¹⁰ ». Sur la base de ces définitions, les jeunes filles qui refusent d'être soumises à des pratiques traditionnelles douloureuses, que leur famille, leur communauté ou les chefs de village leur imposent, auraient des difficultés à démontrer qu'elles expriment une « opinion politique » différente ou opposée à l'appareil de l'État, du gouvernement et à la politique. Même la définition plus large proposée par Goodwin-Gill exige que « l'État, le gouvernement ou la politique » soient « impliqués » pour pouvoir considérer qu'une certaine opinion est « politique ». Il est certain que le fait que l'État n'intervienne pas pour empêcher les pratiques douloureuses ou pour punir ceux qui les infligent devrait aussi être considéré comme « politique », en particulier face à des pratiques douloureuses qui violent les droits de l'Homme. Les opinions politiques ne devraient-elles pas englober toute pensée, toute opinion, toute action ou toute inaction qui peut être considérée comme mettant en cause ou s'opposant aux points de vue de l'autorité ou de la société dans son ensemble, quel que soit le type d'autorité en place ? Le dernier cas inclurait toute forme d'autorité qui a le pouvoir d'imposer des lois ou des règles sociales, ou de punir ou discriminer celles et ceux qui refusent de prendre part aux pratiques ou rites sociaux ou culturels acceptés, y compris les chefs tribaux, les guérisseurs traditionnels et les chefs de village. La jurisprudence des États industrialisés néglige souvent de considérer ces activités comme étant de nature politique du fait de leur penchant naturel en faveur des structures politiques occidentales et ignore les structures politiques existant dans les pays non occidentaux. Pour interpréter le terme « politique », il semblerait pourtant plus correct de regarder le contexte dans lequel les violations des droits de l'Homme ou la persécution ont eu lieu. La définition attribuée aux « opinions politiques », comme pour la définition du réfugié dans son ensemble, doit être individualisée pour prendre en compte la situation dans les différents pays d'origine. Cela est particulièrement important dans les pays où l'autorité est déconcentrée au niveau de la région ou du village.

Il est intéressant de noter que certaines demandes de reconnaissance du statut de réfugié liées à l'orientation sexuelle ont été examinées au titre du motif des

108. Représentation régionale du HCR à Vienne, *Asylum Seekers in Austria : An Analysis and Case Study of the Legal Situation and Administrative Practice*, février 1995, pp. 207-12. Il est fait référence à plusieurs affaires dans lesquelles le viol de civils de sexe féminin par des soldats dans des conflits armés n'a pas été considéré comme une « persécution » au sens de la définition du réfugié, mais comme un comportement criminel.

109. A. Grahl Madsen, *The Status of Refugees in International Law* (A.W. Sijthoff, Leiden, 1972), p. 220 (traduction libre).

110. G.S. Goodwin-Gill, *The Refugee in International Law* (2^e édition, Clarendon, Oxford, 1996), p. 49 (traduction libre). Voir aussi *Ward*, *supra* note 75, qui approuve cette définition.

« opinions politiques », malgré le fait que de nombreux homosexuels ne considèrent pas que leur orientation sexuelle revête une nature politique¹¹¹. Est-il politique d'avoir des activités homosexuelles ou d'adopter un mode de vie ouvertement homosexuel ? La réponse à cette question dépendra de la question de savoir si le décisionnaire considère l'orientation sexuelle comme étant d'une part une caractéristique innée ou immuable ou si essentielle pour l'identité de la personne qu'un demandeur ne devrait pas être contraint de la modifier¹¹², ou d'autre part, un choix. Si l'on s'appuie sur cette dernière appréciation, on peut tout à fait considérer que le fait d'adopter un mode de vie homosexuel est « politique ». À l'inverse, si on s'appuie sur la première analyse, le fait d'avoir une activité sexuelle donnée ne serait pas nécessairement considéré comme un acte politique mais plutôt comme un aspect naturel de la condition d'être humain. Il est évident qu'une opinion politique subversive par rapport aux lois et/ou aux politiques de l'État peut être imputée à un homosexuel du fait de son orientation sexuelle ou de son mode de vie.

Dans certains cas, il a été reconnu que le refus de porter le voile dans certaines sociétés islamiques, lorsque ce comportement entraîne une punition disproportionnée, équivaut à une persécution du fait de la « religion »¹¹³. De même, les lois qui imposent des sanctions sévères pour homosexualité pourraient être considérées au titre du motif de la « religion », lorsque ces lois trouvent leur origine dans la doctrine religieuse. Même dans les cas concernant des codes religieux stricts justifiant des lois et des actes discriminatoires et des sources de persécution envers certains groupes, les cours et les tribunaux ne qualifient pas toujours aisément ces politiques et ces actes de « religieux », mais ils préfèrent invoquer le motif de « appartenance à un certain groupe social ».

Le motif du groupe social a longtemps été le moins développé des cinq motifs et ce sont les demandes liées au genre qui ont finalement permis de fixer son étendue réelle. Deux écoles de pensée différentes continuent toutefois d'exister quant à la façon dont doit être spécifiquement défini la notion de certain groupe social. Par exemple, plusieurs juridictions ont refusé de reconnaître que les femmes constituent en elles-mêmes un « certain groupe social », en grande partie par crainte de créer un effet d'appel pour ces demandes. Elles oublient toutefois que le simple fait d'être une femme ne suffirait pas à remplir tous les critères de la définition. D'autres partisans de ce point de vue ont affirmé que le motif de « l'appartenance à un certain groupe social » ne constitue pas un « filet de sécurité » pour toutes les formes de persécution qui ne relèvent pas des quatre autres motifs¹¹⁴. L'élargissement de la définition du réfugié par rapport à celle figurant dans le Statut du HCR¹¹⁵, qui omet complètement le motif du groupe social, pour l'inclure ultérieurement dans la définition figurant

111. Voir *Dykon c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration)*, Cour fédérale du Canada (Section de première instance), (1994) 87 FTR 98, sept. 1994, cité dans ELENA, *Research Paper on Sexual Orientation*, supra note 42, pp. 1-2.

112. Voir Décision No. T-91-04459, *Jorge Alberto Inaudi*, SSR, 4 avril 1992.

113. Voir supra note 36.

114. Pour un aperçu général, voir le document rédigé par Aleinikoff, dans la partie 4.1 de cette publication.

dans la Convention de 1951, pourrait néanmoins être considéré comme une preuve supplémentaire que l'intention d'ajouter un motif visait au moins en partie à garantir la protection des personnes ne relevant pas des quatre autres motifs.

Dans ses récents *Principes directeurs sur la protection internationale* relatifs à l'appartenance à un certain groupe social, le HCR énonce que les femmes peuvent constituer un « certain groupe social » aux fins de la définition du réfugié. D'après lui, la dimension importante du groupe n'est pas un critère pertinent pour refuser de reconnaître « les femmes » comme un groupe social, car il « n'a aucun fondement réel étant donné que les autres motifs ne sont pas assujettis à cette question de dimension ¹¹⁶ ». Le relevé des conclusions de la table ronde d'experts de San Remo conforte également cette analyse, en affirmant : « Il s'ensuit que le genre peut à juste titre entrer dans la catégorie du groupe social, les femmes étant un exemple clair de sous-groupe social défini par des caractéristiques innées et immuables et qui sont souvent traitées différemment des hommes ¹¹⁷ ».

On peut dire la même chose des demandes liées à l'âge. Il s'ensuit que « les enfants » ou « les personnes âgées » dans leur ensemble pourraient constituer un groupe social. Normalement, compte tenu des circonstances de fait d'un cas donné, le groupe sera plus étroit, par exemple « les jeunes garçons dans la société Y ». Contrairement aux affaires liées au genre, en théorie, les affaires liées à l'âge pourraient remettre en cause l'analyse des « caractéristiques protégées ¹¹⁸ », dans la mesure où l'âge d'une personne n'est « ni inné, ni immuable ». Toutefois, le fait qu'une personne donnée soit incapable de changer d'âge, sauf avec le passage du temps, devrait à coup sûr permettre de qualifier « l'âge », au moins comme une caractéristique immuable. L'approche de « la perception sociale ¹¹⁹ » semblerait éviter ces dilemmes, dans la mesure où, dans la plupart des situations, les enfants sont considérés comme un certain groupe social par la société dans laquelle ils vivent. Par opposition, les cas relatifs à « l'orientation sexuelle » invoquant le motif du « certain groupe social »

115. *Statut de l'Office du Haut Commissaire des Nations Unies pour les réfugiés* 1950, A/RES/428(V), 14 décembre 1950, paragraphe 6.ii).

116. Voir HCR, *Principes directeurs sur la protection internationale : « Appartenance à un certain groupe social » dans le cadre de l'article 1 A 2 de la Convention de 1951 et/ou son Protocole de 1967 relatifs au statut des réfugiés*, UN doc. HCR/GIP/02/02, 7 mai 2002 (ci-après HCR, *Principes directeurs sur l'appartenance à un certain groupe social*, 2002), paragraphes 18 et 19 ; voir aussi HCR, *Principes directeurs sur la persécution liée au genre*, 2002, *supra* note 4, paragraphe 31.

117. « Relevé des conclusions sur la persécution liée au genre », *supra* note 55, paragraphe 5.

118. C'est l'une des deux approches d'interprétation juridique utilisées pour définir un « certain groupe social » qui examine si un groupe est uni par une caractéristique immuable ou par une caractéristique tellement fondamentale pour la dignité qu'on ne saurait contraindre quelqu'un à la modifier. Le sexe est considéré comme une caractéristique immuable. Voir HCR, *Principes directeurs sur l'appartenance à un certain groupe social*, 2002, *supra* note 116, paragraphe 6. Voir aussi Ward, *supra* note 75 et le document rédigé par Aleinikoff, partie 4.1 de cette publication.

119. Il s'agit d'une approche qui prend en considération la question de savoir si les membres d'un groupe partagent une caractéristique commune qui rend ce groupe reconnaissable ou le met en marge de la société.

pourraient rencontrer des difficultés dans le cadre de l'approche de « la perception sociale » lorsque la sexualité de la personne est cachée du public ou lorsqu'elle n'a pas attiré l'attention des autorités ou d'autres personnes sur cet aspect, même quand des lois discriminatoires prévoient des sanctions sévères ou excessives. De nombreuses juridictions admettent que la sexualité d'une personne est immuable, ou au moins tellement fondamentale pour l'identité qu'on ne saurait la contraindre d'en changer, au sens de l'approche des « caractéristiques protégées ¹²⁰ ».

Le document rédigé par T. Aleinikoff dans la présente publication conclut en outre qu'« un demandeur n'a pas besoin de démontrer que chaque membre du groupe est exposé à un risque de persécution pour établir qu'un certain groupe social existe ¹²¹ ». C'est la seule interprétation correcte et elle a été acceptée par de nombreuses juridictions, y compris dans les déclarations récentes du juge Gleeson de la Haute Cour d'Australie dans l'affaire *Khawar* ¹²² :

Dans toute société, les femmes constituent un groupe distinct et reconnaissable et leurs caractéristiques et attributs distinctifs existent indépendamment de la manière dont elles sont traitées, par les hommes ou par les gouvernements. Ce n'est pas le comportement de ceux qui infligent des violences domestiques, ou de ceux qui n'accordent pas la protection de la loi aux victimes de violences domestiques qui identifie les femmes comme un groupe. Les femmes continueraient de constituer un groupe social si cette violence cessait complètement ¹²³.

5. Les possibilités de refuge interne

Quand un État est directement impliqué dans des actes de persécution, à travers ses agents, la question d'une possibilité de refuge interne ou de réinstallation interne pour le demandeur est « présumée » ne pas être pertinente ¹²⁴. C'est une présomption correcte. Il n'est pas exigé que le demandeur d'asile prouve qu'il est persécuté dans l'ensemble du pays ¹²⁵. Cependant, cette norme n'a pas encore été étendue aux cas impliquant des acteurs non étatiques. Le relevé des conclusions de la table ronde d'experts de San Remo déclare que « si le risque de persécution émane d'un acteur non étatique, la possibilité de protection interne/réinstallation interne/refuge interne peut plus souvent être une considération pertinente ¹²⁶ », même si la personne peut avoir subi une persécution et peut avoir déjà prouvé dans le cadre de

120. Voir ELENA, « Research Paper on Sexual Orientation », *supra* note 42.

121. Voir le document rédigé par Aleinikoff, partie 4.1 de cette publication.

122. Affaire *Khawar*, *supra* note 34, paragraphe 33.

123. *Ibid.*, paragraphe 35 (traduction libre).

124. Consultations mondiales, « Relevé des conclusions sur les possibilités de protection interne/réinstallation interne/refuge interne », table ronde d'experts de San Remo, 6-8 septembre 2001, paragraphe 2. Voir aussi le document rédigé par J.C. Hathaway et M. Foster dans la partie 6.1 de cette publication ; HCR, « Position Paper : Relocating Internally as a Reasonable Alternative to Seeking Asylum — The So-Called 'Internal Flight Alternative' or 'Relocation Principle' », Genève, février 1999, voir annexe, paragraphes 1-3 ; voir HCR, « Principes directeurs sur la possibilité de fuite ou de réinstallation interne » (à paraître en 2003), *supra* note 99.

125. HCR, *Guide*, *supra* note 71, paragraphe 91.

sa demande que l'État n'avait ni la capacité, ni la volonté d'assurer une protection effective contre d'autres préjudices. Ainsi, si nous acceptons que lorsque l'État est l'agent de persécution direct, il contrôle ses agents, ne pouvons-nous pas également admettre que, si l'État n'a ni la capacité, ni la volonté de protéger le demandeur à l'endroit où a lieu la persécution d'origine, il en serait de même dans une autre partie du territoire ? Le fait que les affaires impliquant des agents non étatiques, comme c'est le cas le plus fréquent dans les demandes liées à l'âge et au genre, soient jugées à l'aune d'une norme différente par rapport aux affaires où la persécution émane de l'État revient à faire indirectement une discrimination à l'encontre des femmes et des enfants. C'est pourquoi la présomption devrait s'appliquer dans tous les types de cas, avec la possibilité de la réfuter en prouvant que le demandeur aurait pu se réinstaller, ou pourrait le faire à l'avenir, dans une autre partie du territoire.

Lorsqu'une évaluation de l'alternative interne est considérée comme pertinente dans un cas donné, le HCR et un grand nombre de juridictions¹²⁷ estiment que l'étape suivante consiste à examiner s'il serait « raisonnable » d'exiger du demandeur qu'il aille dans cet endroit. Dans le document qu'ils ont rédigé, J.C. Hathaway et M. Foster analysent la possibilité de réinstallation interne dans le cadre de l'étendue de la protection dont la personne bénéficierait à cet endroit. La protection, dans ce sens, se fonde sur le respect des droits de l'Homme. L'approche dite du « caractère raisonnable » analyse également le respect du droit international en matière de droits de l'Homme, mais met en outre un accent spécifique sur la situation particulière de la personne. Ces approches exigent toutes deux une analyse de l'impact du retour, potentiellement différent selon les différents groupes (les femmes par rapport aux hommes, les enfants par rapport aux adultes et les personnes âgées par rapport aux adultes valides), bien que l'approche du « caractère raisonnable » intègre plus facilement les dimensions de l'âge et du genre. Comme cela a déjà été dit, le droit international des droits de l'Homme est un principe directeur important pour le droit international des réfugiés, bien que ce dernier ne se limite pas à cette analyse.

Les femmes non accompagnées ou célibataires peuvent être exposées à des difficultés particulières dans les zones de retour potentiel, y compris éventuellement un ostracisme communautaire, un isolement ou une grave discrimination. Il se peut même que, dans certains pays, les femmes non mariées ne puissent pas vivre seules¹²⁸. Hathaway et Foster font remarquer que « les affaires concernant des enfants demandeurs d'asile ont souligné l'importance de l'accès à l'éducation et aux moyens élémentaires de subsistance¹²⁹ ». La décision canadienne *Elmi* a déclaré utilement :

Ce qui représente un simple inconvénient pour un adulte risque fort bien de constituer une « épreuve indue » pour un enfant, en particulier l'absence d'amis ou de parents. En outre, dans

126. Relevé des conclusions sur la possibilité de protection interne/réinstallation interne/refuge interne, *supra* note 124, paragraphe 2.

127. Par exemple, l'Australie, l'Autriche, le Canada, l'Allemagne (dans certains cas), la Suède, le Royaume-Uni et les États-Unis.

le cas d'enfants dont les études ont déjà été interrompues par la guerre et qui arriveraient [dans la zone de réinstallation interne] sans argent, il ne s'agit pas simplement d'une question de « travail qui leur convient », mais carrément de moyens de subsistance¹³⁰.

La réinstallation interne des enfants non accompagnés ou séparés ne doit être prise en considération que dans des circonstances exceptionnelles. Pour les enfants accompagnés, cela peut constituer une question légitime qui dépend de l'ensemble des circonstances de l'affaire, bien qu'une évaluation détaillée de l'impact du retour sur des enfants persécutés doive être soupesée avec soin. Un enfant peut penser qu'il a atteint la sécurité dans le pays d'asile. Le fait de le renvoyer vers son pays d'origine peut avoir des effets psychologiques dévastateurs. Selon son âge, il peut ne pas avoir de notion de distance et penser que c'est dangereux « partout » à l'intérieur du pays.

Les vulnérabilités particulières des personnes âgées ont également été examinées dans plusieurs affaires, bien que cela ait conduit à des résultats mitigés¹³¹. Certaines affaires ont pris en compte le niveau d'éducation et d'alphabétisation, les liens familiaux, les compétences linguistiques et les handicaps afin d'évaluer le « caractère raisonnable » ou « l'épreuve indue ». Tout comme pour les enfants, ce qui est difficile ou pesant pour un adulte bien portant risque de constituer une épreuve indue pour une personne plus âgée.

B. L'exclusion

Comme énoncé plus haut, il y a eu des avancées vers la reconnaissance du viol, de l'esclavage sexuel et d'autres formes de violence sexuelle comme des crimes de guerre ou des crimes contre l'humanité grâce aux Tribunaux pénaux internationaux pour l'ex-Yougoslavie et pour le Rwanda et au Statut de la Cour pénale internationale. Ces violations doivent, par conséquent, être définies de la même façon comme des crimes relevant de l'exclusion. Dans le contexte d'un conflit armé, elles relèveraient de l'article 1 F a) ou, dans d'autres situations, elles seraient considérées comme des crimes graves de droit commun au sens de l'article 1 F b).

Les clauses d'exclusion, en particulier, soulèvent des questions liées à l'âge. Le cas des enfants soldats est un exemple typique où des questions factuelles et juridiques complexes entrent en jeu. L'étude de Graça Machel sur *L'impact des conflits armés sur les enfants*¹³² a révélé la situation à laquelle des enfants soldats sont con-

128. Voir *Haj Ahmed*, CRR, *supra* note 36 ; *Gonzales-Cambana c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, Cour fédérale du Canada (Section de première instance), Décision No. IMM-933-96, 1997, également citée dans la partie rédigée par Hathaway et Foster, Partie 6.1 de cette publication.

129. Hathaway et Foster, partie 6.1 de cette publication, faisant référence à la Cour constitutionnelle allemande, Décision du 24 mars 1997, 2 BvR 1024/95, NVwZ 97, 65.

130. *Elmi c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, Cour fédérale du Canada (Section de première instance), Décision No. IMM-580-98, 12 mars 1999, paragraphe 13. Voir aussi Hathaway et Foster, partie 6.1 de cette publication.

131. Voir Hathaway et Foster, *ibid.*

frontés dans de nombreuses situations de conflit armé à travers le monde. La suite de cette étude, publiée en 2001, consacre un chapitre aux enfants soldats¹³³. En outre, des garanties internationales en matière de droits de l'Homme ont été instaurées pour protéger les enfants d'une implication dans les hostilités ou de leur recrutement forcé dans les forces armées. Les articles 1 et 2 du *Protocole facultatif à la CDE sur l'implication des enfants dans les conflits armés de 2000* disposent que les personnes âgées de moins de dix-huit ans ne doivent pas prendre part directement aux hostilités et que les États doivent prendre toutes les mesures possibles pour garantir que les enfants de moins de dix-huit ans ne sont pas recrutés de force. L'article 8 du Statut de la Cour pénale internationale inclut « le fait de recruter des enfants de moins de quinze ans » parmi les crimes de guerre. Il s'agit de deux éléments de définition importants qui indiquent que, dans la plupart des cas, les enfants qui ont commis des crimes graves au cours d'un conflit armé ne sont pas seulement les auteurs de ces crimes, mais également les victimes d'abus. Dans le document qu'il a rédigé, Geoff Gilbert adresse une mise en garde en disant que « les États ne devraient pas contribuer au traumatisme des enfants en se lavant les mains à leur propos, au moyen du processus d'exclusion du statut de réfugié¹³⁴ ».

L'article 40 de la CDE prévoit que les États doivent fixer un âge minimum pour la responsabilité pénale. Cela peut varier de dix à quinze ans et peut conduire à une inégalité de traitement entre les enfants demandeurs d'asile dans les différentes juridictions. Lorsqu'il y a des divergences entre les limites d'âge, il n'est pas clair si l'âge applicable pour la responsabilité pénale est celui fixé par le pays d'origine de l'enfant ou par le pays d'asile. La prudence recommande d'appliquer l'âge le plus élevé, bien que cela conduise à des prises de décision incohérentes à l'intérieur et entre les juridictions. Lorsqu'un enfant qui remplit par ailleurs les critères de la définition du réfugié n'a pas atteint l'âge de la responsabilité pénale, il ne peut pas être exclu du statut de réfugié. Pour les enfants ayant atteint cet âge, il faut déterminer s'ils avaient leur capacité mentale au moment de commettre le(s) crime(s).

Pour évaluer cet élément de *mens rea*, il faut prendre en considération une large série de facteurs. Ces facteurs incluent l'âge du demandeur au moment où il a été engagé dans le groupe armé (plus l'âge est jeune, moins la responsabilité est forte), ses motivations pour rejoindre ce groupe (était-ce volontaire ou forcé ou pour se défendre ou défendre autrui ?), les conséquences du refus de rejoindre ce groupe, la durée de l'appartenance à ce groupe, l'utilisation forcée de drogues, alcool ou médicaments, la promotion dans les rangs du groupe du fait d'actions menées, le niveau d'éducation et de compréhension des événements en question, et le traumatisme, les sévices ou les mauvais traitements subis par l'enfant du fait de sa participa-

132. Rapport de G. Machel, expert auprès du Secrétaire général des Nations Unies, *Impact of Armed Conflict on Children*, Nations Unies et UNICEF, 1996, disponible sur <http://www.unicef.org/graca/>.

133. G. Machel, *The Impact of War on Children* (Hurst & Co., Londres, 2001).

134. Voir le document rédigé par G. Gilbert, « Questions d'actualité relatives à l'application des clauses d'exclusion », dans la partie 7.1 de cette publication.

tion. Les enfants deviennent soldats de diverses façons, par la conscription, la pression, le kidnapping, comme moyen de protéger leur famille¹³⁵ ou de la soutenir économiquement. Les enfants soldats sont soumis à des services sexuels forcés, ou servent comme combattants, messagers, porteurs ou cuisiniers¹³⁶. L'application des clauses d'exclusion à des enfants constitue une procédure complexe et délicate. Michael S. Gallagher soutient que, dans la mesure où les enfants soldats peuvent être considérés comme des victimes de crimes de guerre, l'article 39 de la CDE s'applique, en exigeant que « la réadaptation et la réinsertion » soient le « seul objectif gouvernemental permis pour ces enfants¹³⁷ ». Le HCR déclare que lorsqu'un enfant n'a pas atteint l'âge minimum, il ne peut pas être considéré par l'État concerné comme ayant commis une infraction tombant sous le coup de l'exclusion¹³⁸. Les enfants doivent se voir accorder le bénéfice du doute dans tous les cas, et des preuves claires et convaincantes doivent être apportées pour montrer pourquoi un enfant donné doit être exclu. Le principe de « l'intérêt supérieur » de l'enfant doit être pris en considération à la fois pour l'exclusion et pour les mesures postérieures à l'exclusion.

Les femmes deviennent de plus en plus actives en politique de manière publique et elles peuvent être directement impliquées dans des actes relevant de l'exclusion. En fonction de la position des femmes (notamment leurs droits et leur statut) dans la société concernée, il peut s'avérer toutefois particulièrement nécessaire de prendre en compte les questions de contrainte et d'intimidation. Comme cela a été souligné plus haut à propos des enfants, les femmes peuvent non seulement prendre part à des actions violentes, mais elles peuvent également être des victimes, soumises au viol et à d'autres formes d'esclavage sexuel et de travail forcé. Les hommes peuvent également être contraints de participer à des actes relevant de l'exclusion, par des menaces dirigées contre les membres de leur famille ou par des menaces de morts dirigées contre eux. Il est très important de noter que les décisionnaires ne doivent pas établir des présomptions de culpabilité en se basant sur l'origine ethnique de la personne, sa race, sa religion, ses opinions politiques, son groupe social, son âge ou son sexe. Il faut produire des preuves claires et crédibles dans chaque cas.

C. La cessation

Alors qu'il existe beaucoup de travaux sur l'application et l'interprétation de l'article 1 A 2 de la Convention de 1951 avec une prise en compte de la notion de genre (mais moins concernant l'âge), il en existe peu concernant les clauses de cessa-

135. Machel, *supra* note 133, pp. 8-9.

136. *Ibid.*, p. 7.

137. M.S. Gallagher, « Soldier Bad Boy : Child Soldiers, Culture and Bars to Asylum », 13 *International Journal of Refugee Law*, 2001, p. 310 à p. 333 (traduction libre).

138. HCR, *Principes directeurs sur la protection internationale : Application des clauses d'exclusion : article 1F de la Convention de 1951 relative au statut des réfugiés* — septembre 2003, à paraître en 2003.
Note de la traductrice : Ces lignes directrices sont parues en septembre 2003.

tion de l'article 1 C. En particulier, l'exception pour « raisons impérieuses » inscrite à l'article 1 C 5 et 1 C 6 doit faire l'objet d'une analyse sensible à l'âge et au genre. Comme le note le *Guide* du HCR, cet alinéa, qui constitue une exception à la cessation, « prévoit le cas particulier d'une personne qui a fait l'objet de violentes persécutions dans le passé et qui, de ce fait, ne cesse pas d'être un réfugié même si un changement fondamental de circonstances intervient dans son pays d'origine¹³⁹ ». Étant donné les conséquences potentiellement graves du retour, les clauses générales de cessation sont nécessairement personnalisées. Pour tenir compte de considérations relatives à l'âge et au genre dans l'exception à la cessation, il est important de comprendre la nature de la persécution subie et la gravité de ses effets sur chaque personne. Les effets psychologiques du viol et de la violence sexuelle sur les femmes supposent que, dans de nombreux cas, le retour ne sera jamais envisageable, en particulier si la famille ou la société d'origine risque d'ostraciser ou de persécuter d'une autre façon cette personne. Dans ces cas, « le retour implique beaucoup plus que les aspects physiques du retour¹⁴⁰ ».

Une étude du HCR en Bosnie-Herzégovine présente une analyse des possibilités de retour pour les femmes issues de minorités, y compris pour celles victimes de violence sexuelle et de torture. Même si cette étude ne concerne pas spécifiquement les clauses de cessation, de nombreuses idées peuvent être relevées dans cette analyse. L'étude concluait que :

Les personnes ayant été détenues dans d'anciens camps ou dans des prisons, les rescapés ou les témoins de violences commises contre des membres de la famille, de même que les personnes gravement traumatisées, doivent se voir accorder une protection et des solutions durables [autres que le retour dans leur pays]. Il est présumé que ces personnes ont subi de graves persécutions, notamment de la part de membres de la population civile, et qu'on ne peut raisonnablement attendre d'elles qu'elles rentrent¹⁴¹.

Pour les victimes de violence sexuelle, un « changement fondamental » dans le pays d'origine inclurait nécessairement des mesures policières et judiciaires pour garantir l'arrestation rapide et des poursuites à l'encontre des auteurs allégués de cette violence. Cela nécessiterait également une aide médicale et psychologique appropriée. L'effet sur la victime principale n'est pas le seul élément à prendre en considération concernant l'exception pour « raisons impérieuses ». L'impact du retour sur les autres membres de la famille, notamment les conjoints et enfants, doit être évalué avec soin. Un enfant ou conjoint peut avoir été témoin de la violence et le retour pourrait causer des dommages psychologiques graves. La crainte de l'ostracisme ou de persécutions de la part de la communauté, y compris de maltraitances physiques et d'attaques, peut être réelle, en particulier pour les victimes de violence

139. HCR, *Guide*, supra note 71, paragraphe 136.

140. Voir HCR et UNHCDH, « Daunting Prospects — Minority Women : Obstacles to their Return and Integration », Sarajevo, Bosnie-Herzégovine, avril 2000, p. 16.

141. *Ibid.* (traduction libre)

sexuelle qui retournent dans des communautés très traditionnelles. Ce niveau d'ostracisme social affecte aussi les autres membres de la famille.

Pour des enfants réfugiés reconnus qui ont subi des persécutions graves, la cessation ne peut s'appliquer que dans très peu de situations. On pourrait avancer qu'un enfant traumatisé relèvera toujours de l'exception pour « raisons impérieuses ». Parfois les enfants semblent mieux réussir à dépasser le traumatisme que les adultes. Cela n'est pas toujours vrai et un soutien médical et psychologique doit être accordé. La capacité des enfants à évacuer des souvenirs violents est souvent le résultat direct du traumatisme vécu. Le fait qu'un enfant ait passé une longue période dans un pays d'accueil doit peser en sa faveur. Déraciner des enfants peut les perturber profondément, même dans les conditions les plus pacifiques et volontaires. Renvoyer des enfants vers la scène de crimes violents peut causer des dommages psychologiques indescriptibles sur eux.

III. L'âge et le genre dans les procédures d'asile

La mise en œuvre de procédures d'asile sensibles à l'âge et au genre ne doit pas seulement concerner les questions d'accès à la procédure de détermination. Les femmes en quête d'asile devraient être entendues séparément et un « environnement ouvert et rassurant » devrait être créé de manière à établir une relation de confiance entre l'interviewer et le demandeur et à « aider à la complète révélation d'informations parfois personnelles et délicates¹⁴² ». Le fait que les questions posées sont souvent orientées sur l'expérience masculine peut faire en sorte que les femmes qui ont été indirectement impliquées dans des activités politiques ou auxquelles on attribue des opinions politiques ne révèlent pas toujours leur histoire complète. Comme le notent les *Principes directeurs du HCR sur la persécution liée au genre*, « il arrive aussi que les femmes en quête d'asile ne parviennent pas à établir un lien entre les questions portant sur la « torture » et les formes de préjudices qu'elles redoutent (comme le viol, l'abus sexuel, la mutilation génitale féminine, « les crimes d'honneur », le mariage forcé, etc.)¹⁴³. Cela fait partie des garanties procédurales qu'il est nécessaire de mettre en place pour veiller à ce que tous les demandeurs aient un accès égal à la procédure de détermination. Le fait de ne pas entendre séparément tous les membres adultes de la famille peut ultérieurement mettre la famille réfugiée dans une situation précaire.

L'organisation d'entretiens séparés peut avoir un impact sur les décisions initiales d'inclusion, mais également sur les décisions ultérieures en matière de cessation du statut de réfugié en raison d'un changement fondamental dans le pays

142. HCR, *Principes directeurs sur la persécution liée au genre*, supra note 4, paragraphe 36.iv).

143. *Ibid.*, paragraphe 36.vii).

d'origine. Par exemple, un mari établit qu'il était impliqué activement dans des activités politiques et qu'il risquait des persécutions dans son pays d'origine. Il se voit donc accorder le statut de réfugié. Après la publication d'une déclaration de cessation générale sur la base du changement de circonstances, en vertu de l'article 1 C 5, il peut perdre son droit de séjour dans le pays d'asile. Sa femme, qui a été agressée sexuellement et persécutée en raison de son appartenance ethnique, n'a en revanche jamais demandé l'asile. Si elle avait initialement déposé une demande d'asile, elle aurait pu être en mesure d'établir des « raisons impérieuses » tenant à des persécutions antérieures afin d'être exemptée de l'application de la cessation générale¹⁴⁴. Le fait que sa demande n'ait pas été détectée au départ et ne puisse désormais pas être invoquée avec succès à son propre titre en matière de cessation montre une erreur fondamentale dans le système d'asile. Lorsque de telles erreurs se produisent, la solution appropriée serait d'autoriser une audition complète de la demande d'asile de la personne qui n'avait pas été entendue à l'origine, bien que ce ne soit pas idéal. La victime peut ne plus être en mesure d'établir qu'elle risque une persécution future, même si elle peut avoir des raisons impérieuses tenant à des persécutions antérieures d'éviter la cessation du statut s'il lui avait été accordé en premier lieu. Par conséquent, toute audition ultérieure devrait tenir compte de son statut au moment de la fuite afin de respecter l'intention du droit international des réfugiés et de compenser la lourde erreur administrative.

De même, les demandes déposées par des enfants et des personnes âgées nécessitent un soin et une attention spéciale. Les États ont la charge supplémentaire de prendre toutes les mesures appropriées pour garantir qu'un enfant demandeur d'asile bénéficie de la protection et de l'assistance humanitaire voulues¹⁴⁵. Cela inclut au minimum :

- Les enfants non accompagnés et séparés qui cherchent à obtenir le statut de réfugié ne doivent pas se voir refuser l'accès au territoire¹⁴⁶.
- En raison de leur vulnérabilité, les demandes de reconnaissance du statut de réfugié déposées par des enfants doivent être traitées en priorité et tous les efforts doivent être faits pour parvenir à une décision rapidement et équitablement. Les appels doivent être organisés de manière équitable et prompte.
- Les enfants non accompagnés qui cherchent à obtenir le statut de réfugié doivent être représentés par un adulte qui les connaît bien et avoir accès à une représentation juridique¹⁴⁷.

144. *Mehmet Brahimi c. Immigration Appeal Tribunal and Secretary of State for the Home Department*, High Court of Justice (Queen's Bench Division), Affaire No. CO/2238/2001.

145. CDE, article 22.

146. HCR, *Guidelines on Unaccompanied Children Seeking Asylum*, 1997, *supra* note 69, exposé des motifs (traduction libre).

147. *Ibid.*, Partie 8 : Procédures (traduction libre). Voir aussi HCR, *Reception of Asylum-Seekers, Including Standards of Treatment, in the Context of Individual Asylum Systems*, UN doc. EC/GC/01/12, 4 septembre 2001, Annexe.

- Les entretiens doivent être menés par du personnel spécialement qualifié et formé.

Comme l'a noté le HCR :

Il faut accorder une attention particulière à des circonstances comme le stade de développement de l'enfant, sa connaissance éventuellement limitée des conditions régnant dans le pays d'origine et de leur signification par rapport au concept juridique du statut de réfugié, ainsi qu'à sa vulnérabilité particulière. Les enfants peuvent manifester leurs craintes différemment que les adultes¹⁴⁸.

La façon dont les droits de l'enfant peuvent être violés peut être différente de celle des adultes¹⁴⁹. En particulier, les demandes déposées par des enfants ont souffert :

du scepticisme quant à la fiabilité des témoignages de l'enfant, du respect des traditions locales mises en œuvre par des acteurs non étatiques et considérées comme oppressives par le demandeur d'asile, [et] d'une conception étroite de l'« appartenance à un certain groupe social » visant à exclure les caractéristiques démographiques larges telles que l'âge¹⁵⁰.

Au contraire, une sensibilisation aux différences culturelles dans le comportement des enfants est parfois cruciale pour une bonne appréciation de l'affaire. Selon leur origine, les enfants réagissent de manière différente par rapport aux personnes en position d'autorité. Par exemple, dans certaines cultures, il est normal que les enfants ne regardent pas les adultes dans les yeux, tandis que dans d'autres cela peut être interprété comme un signe de mensonge¹⁵¹.

Les personnes plus âgées peuvent être profondément traumatisées par l'expérience de la fuite, en particulier lorsqu'ils ne sont plus avec les membres de leur famille, ou lorsqu'ils ne sont jamais sortis de leur pays d'origine. Ils peuvent se montrer incapables d'exprimer leur demande parce qu'ils n'ont pas beaucoup d'éducation, qu'ils sont désorientés ou qu'ils ont des pertes de mémoire. Comme pour les autres demandeurs d'asile, on doit leur fournir des conseils d'une façon et dans une langue qu'ils comprennent.

IV. Conclusion

L'application non discriminatoire de règles normatives aux circonstances individuelles est un élément essentiel d'une procédure de détermination du statut de

148. HCR, *Guidelines on Unaccompanied Children Seeking Asylum*, 1997, *supra* note 69, paragraphe 8.6 (traduction libre).

149. *Ibid.*, paragraphe 8.7.

150. Bhabha et Young, *supra* note 20, p. 98 (traduction libre).

151. Conseil de l'Immigration, Finlande, *Guidelines for Interviewing (Separated) Minors*, *supra* note 68.

réfugié complète et exhaustive. Cela nécessite une évaluation des objectifs de la législation (dans le cas de l'article 1 A 2, protéger les personnes contre la persécution) et de l'impact différencié qu'une approche particulière peut avoir sur différentes personnes. Le fait d'adopter la norme de « l'adulte de sexe masculin » déforme la nature, non seulement des demandes de certaines femmes et enfants, mais également de celles des hommes qui ne répondent pas aux stéréotypes masculins. Il est important de reconnaître que nos origines différentes influent sur notre compréhension et nos interprétations de la législation. Appliquer une analyse du droit sensible à l'âge et au genre consiste à prendre en considération la nature individuelle de l'examen.

Le fait de se concentrer sur le caractère individuel des demandes devrait conduire à une approche non discriminatoire et garantir que les personnes ne subissent pas de discriminations sur la base de la race, de la couleur, du sexe, de la langue, de la religion, de l'origine nationale ou sociale, des biens ou de la naissance, ou de tout autre statut. Le fait de faire des généralisations au sujet de groupes différents n'est pas toujours utile et peut conduire à négliger des différences importantes. Bien que le droit international soit destiné à régir les relations entre États, les droits de la personne sont au centre du droit en matière de droits de l'Homme (et du droit des réfugiés). Aussi, l'échec d'État à remplir ses obligations peut conduire à une violation des droits d'une personne, et à une violation des droits de l'Homme (et des réfugiés). L'échec d'un État en la matière peut aussi résulter d'une absence de volonté ou de capacité à protéger. Par conséquent, l'État n'a pas seulement l'obligation de ne pas violer directement les dispositions du droit international des droits de l'Homme (et des réfugiés), mais il doit également prendre des mesures pour protéger les personnes contre des violations commises par d'autres personnes. Les formes de persécution perpétrées par l'État et pas des acteurs non étatiques tombent donc toutes deux sous cette obligation.

Sur cette base, on peut concevoir que le fait qu'un État ne protège pas une personne contre la persécution émanant d'un acteur non étatique peut équivaloir à une violation des droits de l'Homme par cet État. À cet égard, le droit en matière de droits de l'Homme contribue dans certains cas à identifier plus clairement certaines formes de persécution, bien que la Convention de 1951 n'exige pas qu'une violation des droits de l'Homme soit reconnue pour établir une « persécution ». Il est important de souligner que les protections qui existent en vertu du droit international des réfugiés ne doivent pas être restreintes à un alignement strict avec le droit international des droits de l'Homme, compte tenu particulièrement des idées préconçues et des interprétations existantes des textes qui ne reconnaissent pas toujours les dimensions de l'âge et du genre, ainsi que du fait que toutes les formes de persécution n'ont pas encore été codifiées en droit international des droits de l'Homme.

Le fait d'adopter et de mettre en œuvre une interprétation de la Convention de 1951 qui soit sensible à l'âge et au genre revient à reconnaître le parti pris inhérent à la formulation juridique d'origine : le fait que « le sexe », « l'orientation sexuelle » ou « l'âge » aient été omis de la définition du réfugié résulte du manque de

compréhension que les personnes pouvaient subir différentes formes de persécution, pour différentes raisons, notamment liées à l'âge et au genre. Cela reflète aussi les inégalités qui existaient au sein de la société au moment de la rédaction de la Convention de 1951, et qui continuent d'influencer son interprétation et son application. Les approches prenant en compte l'âge et le genre ne sont pas seulement cruciales pour interpréter et appliquer correctement l'article 1 A 2. Les clauses d'exclusion et de cessation et tous les autres éléments de la Convention de 1951 devraient aussi s'enrichir d'analyses sur ces aspects. Comme cela est énoncé plus haut, l'objectif sous-jacent de l'application des approches sensibles aux dimensions de l'âge et du genre est de tenir réellement compte de la nature individualisée de la procédure de détermination du statut de réfugié.

DÉCLARATION DES ÉTATS PARTIES À LA CONVENTION DE 1951 ET/OU À SON PROTOCOLE DE 1967 RELATIFS AU STATUT DES RÉFUGIÉS

RÉUNION MINISTÉRIELLE DES ÉTATS PARTIES, GENÈVE, SUISSE,
DU 12 AU 13 DÉCEMBRE 2001



Préambule

Nous, représentants des États parties à la Convention de 1951 relative au statut des réfugiés et/ou à son Protocole de 1967, assemblés à l'occasion de la première réunion des États parties à Genève les 12 et 13 décembre 2001 à l'invitation de Gouvernement suisse et du Haut Commissariat des Nations Unies pour les réfugiés (HCR),

1. Conscients du fait que l'année 2001 marque le 50^e anniversaire de la Convention de 1951 relative au statut des réfugiés,
2. Reconnaisant l'importance toujours actuelle de la Convention de 1951 en tant qu'instrument premier de la protection des réfugiés qui, telle qu'amendée par son Protocole de 1967, établit les droits, y compris les droits de l'Homme, et les normes minimales de traitement pour les personnes sous son ressort,
3. Reconnaisant l'importance des autres instruments régionaux relatifs aux droits de l'Homme et à la protection des réfugiés, notamment la *Convention de l'Organisation de l'Unité Africaine* (OUA) de 1969 régissant les aspects propres au problème des réfugiés en Afrique, ainsi que la *Déclaration de Carthagène* de 1984 et reconnaissant également l'importance du système d'asile européen commun élaboré depuis les conclusions du Conseil européen de Tampere de 1999, ainsi que le *Programme d'action de la Conférence régionale de 1966 sur les*

problèmes des réfugiés, des personnes déplacées, d'autres formes de déplacement involontaire et des rapatriés dans les pays de la Communauté d'États indépendants et les pays voisins concernés,

4. Prenant acte de la pertinence et de la capacité d'adaptation constantes de ce corps international de droits et de principes, y compris à sa base, le principe de non-refoulement dont l'applicabilité est consacrée dans le droit coutumier international,

5. Saluant le rôle positif et constructif joué par les pays accueillant les réfugiés, et reconnaissant parallèlement le lourd fardeau assumé par certains pays, particulièrement les pays en développement et les pays ayant des économies en transition, ainsi que la nature prolongée d'un grand nombre de situations de réfugiés et l'absence de solutions opportunes et sûres,

6. Constatant la complexité de l'environnement évolutif où la protection des réfugiés doit être fournie, y compris la nature des conflits armés, les violations actuelles des droits de l'Homme et du droit international humanitaire, les modes actuels de déplacement, les flux de populations mixtes, les coûts élevés de l'accueil d'un grand nombre de réfugiés et de demandeurs d'asile et du maintien de systèmes d'asile, l'augmentation liée de la traite et du trafic illécite de personnes liées ou non aux réfugiés, la difficulté de préserver des abus les systèmes d'asile et d'exclure et renvoyer ceux qui n'ont pas besoin de protection internationale ou n'y ont pas droit, ainsi que l'absence de solutions aux situations de réfugiés prolongées,

7. Réaffirmant que la Convention de 1951, telle qu'amendée par le Protocole de 1967, est la cheville ouvrière du régime de protection internationale des réfugiés, et croyant également que ce régime doit être développé davantage, de façon appropriée de façon à compléter et renforcer la Convention de 1951 et son Protocole,

8. Soulignant que le respect par les États de leurs responsabilités en matière de protection à l'égard des réfugiés est renforcé par la solidarité internationale impliquant tous les membres de la communauté internationale et que le régime de protection des réfugiés est soutenu via une coopération internationale engagée dans un esprit de solidarité et de partage effectif de la charge et des responsabilités entre tous les États,

Dispositif

1. Réaffirmons solennellement notre engagement à remplir nos obligations au titre de la Convention de 1951 et/ou de son Protocole de 1967 de façon pleine et entière conformément aux but et objet de ces instruments ;

2. Réitérons notre engagement constant, eu égard à la nature sociale et humanitaire du problème des réfugiés, à rester fidèles aux valeurs et aux principes consacrés dans ces instruments, conformément à l'article 14 de la Déclaration universelle des droits de l'Homme, qui requièrent le respect des droits

et des libertés des réfugiés, une coopération internationale pour régler leurs problèmes, ainsi qu'une action pour s'attaquer aux causes des mouvements de réfugiés et pour éviter, notamment par la promotion de la paix, de la stabilité et du dialogue qu'ils ne deviennent une source de tensions entre les États ;

3. Reconnaissons l'importance de promouvoir l'adhésion universelle à la Convention de 1951 et/ou au Protocole de 1967, tout en reconnaissant qu'il existe des pays d'asile qui n'ont pas encore adhéré à ces instruments et qui continuent d'accueillir généreusement un grand nombre de réfugiés ;

4. Encourageons tous les États qui ne l'ont pas encore fait à adhérer à la Convention de 1951 et/ou à son Protocole de 1967, si possible sans réserve ;

5. Encourageons également les États parties maintenant des réserves géographiques ou autres, à envisager de les retirer ;

6. Appelons tous les États, conformément aux normes internationales applicables à prendre ou à continuer de prendre des mesures pour renforcer l'asile et rendre la protection plus efficace, y compris moyennant l'adoption et l'application de législation nationale sur les réfugiés et de procédures pour la détermination du statut de réfugié et pour le traitement des demandeurs d'asile et des réfugiés, en accordant une attention particulière aux groupes et individus vulnérables ayant des besoins spécifiques, notamment les femmes, les enfants et les personnes âgées ;

7. Invitons les États à poursuivre leurs efforts pour garantir l'intégrité de l'institution de l'asile, entre autres, en appliquant avec circonspection les articles 1F et 33 (2) de la Convention de 1951, en particulier à la lumière des nouvelles menaces et des nouveaux défis ;

8. Réaffirmons l'importance fondamentale du HCR en tant qu'institution multilatérale ayant pour mandat de fournir une protection internationale aux réfugiés et de promouvoir des solutions durables, et rappelons nos obligations en tant qu'États parties à coopérer avec le HCR dans l'exercice de ses fonctions ;

9. Prions instamment tous les États d'identifier les moyens nécessaires pour renforcer la mise en œuvre de la Convention de 1951 et/ou du Protocole de 1967 et de garantir une coopération plus étroite entre les États parties et le HCR, afin de faciliter sa tâche de surveillance concernant l'application des dispositions de ces instruments ;

10. Exhortons tous les États à répondre de manière rapide, prévisible et adéquate aux appels de fonds lancés par le HCR afin de veiller à ce que les besoins des personnes relevant du mandat du Haut Commissaire soient entièrement couverts ;

11. Reconnaissons les contributions précieuses faites par bon nombre d'organisations non gouvernementales dans les secteurs de l'accueil, de l'orientation et de l'assistance sociale et juridique afin d'assurer le bien-être des demandeurs d'asile et des réfugiés, dans la mise en œuvre de solutions durables sur la base du strict respect des réfugiés, et dans l'assistance aux États et au HCR

en vue de maintenir l'intégrité du régime de protection internationale des réfugiés, notamment par le plaidoyer et les activités d'information et de sensibilisation du public visant à lutter contre le racisme, la discrimination raciale, la xénophobie et l'intolérance, et à rallier le public à la cause des réfugiés ;

12. Nous engageons à fournir, dans le cadre de la solidarité internationale et du partage de la charge, une meilleure protection aux réfugiés par le biais de stratégies globales, notamment aux plans régional et international afin de développer les capacités, particulièrement dans les pays en développement et dans les pays ayant des économies en transition, surtout pour ceux qui sont aux prises avec des afflux massifs ou des situations de réfugiés prolongées, et à renforcer les mécanismes de réponse afin d'assurer aux réfugiés des conditions de séjour meilleures et plus sûres et de trouver en temps voulu des solutions à leurs problèmes ;

13. Reconnaissons que la prévention constitue le meilleur moyen d'éviter les situations de réfugiés, soulignons que l'objectif ultime de la protection internationale est de parvenir à une solution durable pour les réfugiés, conformément au principe du non-refoulement, et saluons les États qui continuent de faciliter ces solutions, notamment le rapatriement librement consenti et, lorsque cela est approprié et réalisable, l'intégration sur place et la réinstallation, tout en reconnaissant que le rapatriement librement consenti dans des conditions de sécurité et de dignité reste la solution la plus souhaitable pour les réfugiés ;

14. Exprimons notre gratitude au Gouvernement et au peuple suisse qui ont généreusement accueilli la Réunion ministérielle des États parties à la Convention de 1951 relative au statut des réfugiés et/ou à son Protocole de 1967.

Deuxième partie

Le non-refoulement (article 33 de la Convention de 1951)

Sommaire

2.1

Avis sur la portée et le contenu du principe
du non-refoulement 119

2.2

Relevé des conclusions :
le principe du non-refoulement 217

2.3

Liste des participants 219

AVIS SUR LA PORTÉE ET LE CONTENU DU PRINCIPE DU NON-REFOULEMENT

Sir Elihu LAUTERPACHT et Daniel BETHLEHEM *

Table des matières

I. Introduction	122
A. Contextes dans lesquels le non-refoulement est applicable	122
B. Intérêt du HCR	125
1. Mise en place du HCR et mandat	125
2. Le Comité exécutif du Programme du Haut Commissaire	129
II. La Convention de 1951 (telle qu'amendée par le Protocole de 1967)	131
A. Les origines de la Convention de 1951	131
B. La Convention de 1951	132
C. Le Protocole de 1967	133
D. L'approche de l'interprétation	135
E. Observations préliminaires	138
F. L'interprétation de l'article 33 § 1 de la Convention de 1951	139
1. Qui est lié ?	140
(a) Signification de l'expression « État contractant »	140
(b) La responsabilité de l'État contractant est-elle limitée à ce qui se passe sur son territoire ?	141
2. Comportement interdit	143
(a) Applicabilité à l'extradition	144

* Les auteurs souhaiteraient remercier Rodney Neufeld, chercheur associé au Centre Lauterpacht de Recherche, pour ses travaux ayant contribué à la préparation de cet avis, en particulier pour la compilation des annexes. [**Note de la rédaction** : la rédaction de cet avis a été achevée le 20 juin 2001 sur la base du droit et des autres éléments pertinents à cette date. Il est reproduit ici sans révision majeure. Un certain nombre de notes de la rédaction ont cependant été insérées pour la publication afin de fournir une actualisation (en date de février 2003) de certaines questions comme la ratification des traités internationaux mentionnés dans le texte.]

(b)	Refus d'admission à la frontière	145
3.	Qui est protégé ?	147
(a)	Le non-refoulement n'est pas limité à ceux qui ont été officiellement reconnus comme réfugiés	148
(b)	Nécessité d'examiner chaque cas individuellement	150
(c)	Afflux massif	151
4.	Le lieu vers lequel le refoulement est interdit	153
(a)	« Territoires » et non « États »	153
(b)	« Pays tiers »	154
5.	La menace pour la vie ou la liberté	155
6.	La nature de la menace	158
7.	Conclusions relatives à cette section	160
G.	Article 33 § 2 : les exceptions	161
1.	Observations générales	161
(a)	Lien avec l'article 1 F	161
(b)	Evolution à l'encontre des dérogations à l'interdiction du refoulement	163
(c)	Restrictions à l'interprétation et à l'application des dérogations de l'article 33 § 2	165
2.	Observations spécifiques	166
(a)	Le champ d'application <i>rationae personae</i> de l'article 33 § 2	166
(b)	Interprétation et application de la dérogation relative à la sécurité nationale	167
(i)	Nature future du danger	167
(ii)	Le danger doit peser sur le pays d'accueil	167
(iii)	La marge d'appréciation d'un État et gravité du risque	168
(iv)	L'évaluation du risque nécessite de prendre en considération la situation individuelle	169
(v)	L'exigence de proportionnalité	169
(c)	Interprétation et application de la dérogation relative à la « menace pour la communauté »	170
(i)	Liens avec l'article 1 F	171
(ii)	« Crime ou délit particulièrement grave »	171
(iii)	« Condamnation définitive »	172
(iv)	« Menace pour la communauté »	172
III.	Le rôle et le contenu du droit international coutumier	173
A.	Le rôle du droit international coutumier	173
B.	Les sources du droit international coutumier relatif au non-refoulement : le rôle des traités	174
1.	Généralités	174
(a)	Caractère fondamentalement normatif	176
(b)	Soutien très large et représentatif des États, y compris de ceux dont les intérêts sont particulièrement touchés	178
(c)	Pratique constante et reconnaissance générale de la règle	179

(d)	Conclusions relatives à cette section	181
C.	Contenu du principe du non-refoulement en droit international coutumier	181
1.	Dans le contexte des réfugiés	181
2.	Dans le contexte plus général des droits de l'Homme	183
(a)	Portée de l'interdiction coutumière de la torture ou des peines ou traitements cruels, inhumains ou dégradants	183
(b)	Le non-refoulement en tant qu'élément fondamental de l'interdiction coutumière de la torture et des peines ou traitements cruels, inhumains ou dégradants	187
(c)	Le contenu du non-refoulement en tant qu'élément de l'interdiction coutumière de la torture ou des peines ou traitements cruels, inhumains ou dégradants	190
(i)	Le sujet à protéger	191
(ii)	L'acte interdit	191
(iii)	La dimension territoriale du non-refoulement	191
(iv)	La nature du risque	193
(v)	La limite de la menace redoutée	193
(vi)	Les exceptions	195
(d)	Conclusions relatives à cette section	195
3.	Le non-refoulement en droit coutumier	196
Annexe 2.1	Ratifications des instruments internationaux principaux incluant un élément de non-refoulement	197
Annexe 2.2	Dispositions constitutionnelles et législatives transposant le principe du non-refoulement en droit interne	207

I. Introduction

- 1 — Le Haut Commissariat des Nations Unies pour les réfugiés (HCR) nous a demandé d'examiner la portée et le contenu du principe du non-refoulement en droit international. Il ne nous a pas été demandé d'aborder des cas particuliers ou des circonstances spécifiques dans lesquels ce principe a été utilisé mais plutôt de commenter l'interprétation et l'application de ce principe en général. Il est évident que l'interprétation et l'application de ce principe dans certains cas vont dépendre des faits de l'espèce. Le présent avis se limite à une analyse préliminaire de la question.
- 2 — Le non-refoulement est un concept qui interdit aux États de renvoyer un réfugié ou un demandeur d'asile sur les territoires où sa vie ou sa liberté risquerait d'être menacée en raison de sa race, de sa religion, de sa nationalité, de son appartenance à un certain groupe social ou de ses opinions politiques.
- 3 — La description qui précède ne donne qu'une indication sommaire de ce que ce concept signifie concernant les réfugiés. Il existe, par ailleurs, d'autres domaines dans lesquels ce concept est applicable, en particulier dans celui plus vaste des droits de l'Homme, concernant l'interdiction de la torture ou des peines ou traitements cruels, inhumains ou dégradants.

A. Contextes dans lesquels le non-refoulement est applicable

- 4 — Le concept du non-refoulement est utilisé dans un certain nombre de contextes, principalement mais non exclusivement, dans le contexte des traités. Son expression la mieux connue, pour le sujet qui nous intéresse, figure à l'article 33 de la *Convention de 1951 relative au statut des réfugiés*¹ :
 1. Aucun des États contractants n'expulsera ou ne refoulera, de quelque manière que ce soit, un réfugié sur les frontières des territoires où sa vie ou liberté serait menacée en raison de sa race, de sa religion, de sa nationalité, de son appartenance à un certain groupe social ou de ses opinions politiques.
 2. Le bénéfice de la présente disposition ne pourra toutefois être invoqué par un réfugié qu'il y aura des raisons sérieuses de considérer comme un danger pour la sécurité du pays où il se trouve ou qui, ayant été l'objet d'une condamnation définitive pour un crime ou délit particulièrement grave, constitue une menace pour la communauté dudit pays.
- 5 — Le principe apparaît également sous diverses formes dans des instruments postérieurs :
 - (a) les *Principes de 1966 relatifs au traitement des réfugiés*, adoptés par le Comité juridique consultatif Afrique/Asie², dont l'article III.3) stipule :

1. N° 2545, Nations Unies, *Recueil des Traités*, vol. 189, n° 150 (ci-après *Convention de 1951*).

2. Rapport de la huitième session du Comité juridique consultatif Afrique/Asie réunie à Bangkok du 8 au 17 août 1966, p 335 (ci-après les *Principes afro-asiatiques pour les réfugiés*. L'article III.1) du projet de texte consolidé — non encore adopté — de ces principes, revus lors d'une réunion à New Delhi les 26 et 27 février 2001 dispose :

Aucune personne demandant asile dans les conditions prévues par les présents Principes ne fera, sauf raison impérieuse de sécurité nationale ou de sauvegarde de la population, l'objet de mesures telles que le refus d'admission à la frontière, le refoulement ou l'expulsion, qui auraient pour effet de la contraindre à revenir ou à demeurer sur un territoire où elle aurait lieu de craindre des persécutions mettant en danger sa vie, son intégrité corporelle ou sa liberté.

(b) la *Déclaration de 1967 sur l'asile territorial* adoptée à l'unanimité par l'Assemblée générale des Nations Unies par la résolution 2312 (XXII) le 14 décembre 1967³, dont l'article 3 dispose :

1. Aucune personne visée au paragraphe 1 de l'article premier [cherchant asile contre la persécution] ne sera soumise à des mesures telles que le refus d'admission à la frontière ou, si elle est déjà entrée dans le territoire où elle cherchait asile, l'expulsion ou le refoulement vers tout État où elle risque d'être victime de persécutions.

2. Il ne pourra être dérogé au principe énoncé ci-dessus que pour des raisons majeures de sécurité nationale ou pour protéger la population, comme dans le cas d'un afflux en masse de personnes.

3. Si un État décide en tout état de cause qu'une dérogation au principe énoncé au paragraphe 1 du présent article serait justifiée, il envisagera la possibilité de donner à l'intéressé, dans les conditions qui lui paraîtront appropriées, la faculté de se rendre dans un autre État, soit en lui accordant un asile provisoire, soit autrement.

(c) la *Convention de 1969 de l'Organisation de l'Unité Africaine* (OUA) régissant les aspects propres aux problèmes des réfugiés en Afrique⁴, dont l'article II.3) dispose :

Nul ne peut être soumis par un État membre à des mesures telles que le refus d'admission à la frontière, le refoulement ou l'expulsion qui l'obligeraient à retourner ou à demeurer dans un territoire où sa vie, son intégrité corporelle ou sa liberté seraient menacées pour les raisons énumérées à l'article I, paragraphes 1 et 2 [relatifs à la persécution du fait de la race, de la religion, de la nationalité, de l'appartenance à un certain groupe social ou des opinions politiques ou qui est obligée de quitter son pays d'origine ou de résidence habituelle pour chercher asile en raison d'une agression, une occupation extérieure, une domination étrangère ou d'événements troublant gravement l'ordre public].

Aucune personne demandant asile dans les conditions prévues par les présents Principes ne fera l'objet de mesures telles que le refus d'admission à la frontière, le refoulement ou l'expulsion qui auraient pour effet que sa vie ou sa liberté soit menacée en raison de sa race, de sa religion, de sa nationalité, de son origine ethnique, de son appartenance à un certain groupe social ou de ses opinions politiques.

Cette disposition ne pourra toutefois pas être invoquée par une personne dont on aura des raisons sérieuses de penser que sa présence représente un danger pour la sécurité nationale et l'ordre public du pays où elle se trouve ou qui, ayant fait l'objet d'une condamnation définitive pour un crime ou délit particulièrement grave, constitue un danger pour la communauté dudit pays.

[**Note de la rédaction** : ces Principes ont été adoptés par la résolution 40/3 du 24 juin 2001 lors d'une réunion au cours de laquelle le Comité a également été rebaptisé *l'Organisation juridique consultative Afrique/Asie*. Le texte de l'article III n'a pas été modifié.]

3. A/RES/2132 (XXII) du 14 décembre 1967.

4. Nations Unies, *Recueil des Traités*, vol. 1001, n° 45 (ci-après *Convention de l'OUA relative aux réfugiés*).

(d) la *Convention américaine de 1969 relative aux Droits de l'Homme*⁵ dont l'article 22 § 8 dispose :

En aucun cas l'étranger ne peut être refoulé ou renvoyé dans un autre pays, que ce soit son pays d'origine ou non, lorsque son droit à la vie ou à la liberté individuelle risque de faire l'objet de violation en raison de sa race, de sa nationalité, de sa religion, de sa condition sociale ou en raison de ses opinions politiques.

(e) la *Déclaration de Carthagène de 1984*⁶ dont la partie III, article 5, réaffirme :

l'importance et la signification du principe du non-refoulement (y compris l'interdiction du refoulement à la frontière) comme pierre angulaire de la protection internationale des réfugiés. Ce principe impératif à l'égard des réfugiés doit être reconnu et respecté, dans l'état actuel du droit international, en tant que principe de *jus cogens*.

6 — Le principe du non-refoulement est également appliqué en tant qu'élément constitutif de l'interdiction de la torture ou des peines ou traitements cruels, inhumains ou dégradants. Par exemple, l'article 3 de la *Convention de 1984 contre la torture et autres peines ou traitements cruels, inhumains ou dégradants*⁷ dispose :

1. Aucun État partie n'expulsera, ne refoulera, ni n'extradera une personne vers un autre État où il y a des motifs sérieux de croire qu'elle risque d'être soumise à la torture.

2. Pour déterminer s'il y a de tels motifs, les autorités compétentes tiendront compte de toutes les considérations pertinentes, y compris, le cas échéant, de l'existence, dans l'État intéressé, d'un ensemble de violations systématiques des droits de l'Homme, graves, flagrantes ou massives.

7 — De même, l'article 7 du *Pacte international relatif aux droits civils et politiques*⁸ dispose que « nul ne sera soumis à la torture ni à des peines ou traitements cruels, inhumains ou dégradants ». Cette obligation a été interprétée par le Comité des droits de l'Homme de l'ONU, dans son Observation générale No. 20 (1992), comme incluant l'élément de non-refoulement suivant :

Les États parties ne doivent pas exposer des individus à un risque de torture ou de peines ou traitements cruels, inhumains ou dégradants en les renvoyant dans un autre pays en vertu d'une mesure d'extradition, d'expulsion ou de refoulement⁹.

8 — La disposition équivalente de l'article 3 de la *Convention européenne de sauvegarde des Droits de l'Homme et des Libertés fondamentales de 1950*¹⁰ a également été interprétée

5. *Convention américaine des Droits de l'Homme* ou « Pacte de San José de Costa Rica », 1969, Organisation des États Américains (OEA) Série N° 35, 9 ILM 673.

6. *Déclaration de Carthagène sur les réfugiés*, reprenant les Conclusions du Colloque sur la protection internationale des réfugiés en Amérique centrale, Mexico, Panama qui s'est tenu à Carthagène du 19 au 22 novembre 1984. Voir HCR, *Recueil de traités et autres textes de droit international concernant les réfugiés et les personnes déplacées* (HCR, Genève, 1995), vol. II, pp. 206-11 (ci-après *Déclaration de Carthagène*).

7. A/RES/39/46, 10 décembre 1984 (ci-après *Convention contre la torture*).

8. Nations Unies, *Recueil des Traités*, vol. 999, n° 171, 6 ILM (1967) 368 (ci-après « PIDCP »).

9. HRI/HEN/1/Rev.1, 28 juillet 1994, alinéa 9.

10. Série des traités européens N° 5 (ci-après *Convention européenne des Droits de l'Homme*).

par la Cour européenne des droits de l'Homme comme imposant une interdiction de refoulement¹¹.

- 9 — Le principe du non-refoulement est également inscrit dans les conventions fixant des normes en matière d'extradition. Par exemple, l'article 3 § 2 de la *Convention européenne d'extradition de 1957* empêche l'extradition « si la partie requise a des raisons sérieuses de croire que la demande d'extradition motivée par une infraction de droit commun a été présentée aux fins de poursuivre ou de punir un individu pour des considérations de race, de religion, de nationalité ou d'opinions politiques ou que la situation de cet individu risque d'être aggravée pour l'une ou l'autre de ces raisons ». ¹² De la même façon, l'article 4 § 5 de la *Convention interaméricaine d'extradition de 1981* empêche l'extradition lorsque « l'on peut conclure qu'une persécution pour des raisons de race, de religion ou de nationalité est en cause ou que la situation de la personne recherchée peut être aggravée pour l'une ou l'autre de ces raisons ». ¹³
- 10 — En référence à la *Convention de 1951*, à la *Convention contre la torture* et au *PIDCP*, 169 États, représentant l'immense majorité de la communauté internationale, sont liés par des engagements découlant de tel ou tel traité interdisant le refoulement. Ce nombre augmente lorsque l'on tient compte d'autres instruments internationaux, y compris les instruments applicables au plan régional.

Un tableau indiquant la participation des États aux principaux instruments internationaux incluant une référence au non-refoulement figure à l'annexe 2.1 de ce chapitre.

B. Intérêt du HCR

- 11 — L'intérêt que le HCR porte au non-refoulement provient de sa responsabilité particulière relative à la protection internationale des réfugiés.
1. Mise en place du HCR et mandat
- 12 — Il est nécessaire de prendre en considération les origines et la structure du HCR pour bien comprendre la portée d'un certain nombre d'évolutions ultérieures de son mandat, qui ont une influence sur la question du non-refoulement.
- 13 — En 1946, l'Assemblée générale des Nations Unies a institué *l'Organisation Internationale pour les Réfugiés* (OIR) sous la forme d'une agence spécialisée des Nations Unies

11. Voir *Soering contre Royaume-Uni* (1989), série A, n° 261, 98 ILR 270, paragraphe 88 ; *Cruz Varas contre Suède* (1991), série A, n° 201 ; 108 ILR 283, paragraphe 69 ; *Vilvarajah contre Royaume-Uni* (1991), série A, n° 215 ; 108 ILR 321, paragraphes 73-4 et 79-81 ; *Chahal contre Royaume-Uni* (1996), *Rapports des jugements et décisions* 1996-V ; 108 ILR 385, paragraphe 75 ; *Ahmed contre Autriche* (1997), *Rapports des jugements et décisions* 1996-VI ; 24 EHRR 278, paragraphes 39-40 ; *T.I. contre Royaume-Uni*, Requête N° 43844/98, Décision sur la recevabilité, 7 mars 2000, [2000] INLR 211.

12. Série des traités européens N° 24.

13. OEA, Série N° 60, p. 45.

dont le mandat était de durée limitée. Voyant la fin prochaine du mandat de l'OIR et la permanence des préoccupations en matière de réfugiés, l'Assemblée générale des Nations Unies, par la résolution 319 (IV) du 3 décembre 1949, a décidé la création d'un Haut Commissariat pour les réfugiés « chargé de s'acquitter des fonctions qui se trouvent énoncées [dans l'annexe à la résolution] et de toutes autres fonctions que l'Assemblée générale pourra lui confier par la suite ». ¹⁴ Par la résolution 428 (V) du 14 décembre 1950, l'Assemblée générale des Nations Unies a adopté le *Statut de l'Office du Haut Commissaire des Nations Unies pour les Réfugiés*. ¹⁵ Le HCR a donc été créé comme un organe subsidiaire de l'Assemblée générale des Nations Unies conformément à l'article 22 de la Charte des Nations Unies.

- 14 — L'alinéa 1 du Statut du HCR décrit les fonctions du Haut Commissaire des Nations Unies pour les réfugiés comme suit :

Le Haut Commissaire des Nations Unies pour les réfugiés agissant sous l'autorité de l'Assemblée générale, assume les fonctions de protection internationale, sous les auspices de l'Organisation des Nations Unies, en ce qui concerne les réfugiés qui entrent dans le cadre du présent Statut, et de recherche des solutions permanentes au problème des réfugiés, en aidant les gouvernements, et, sous réserve de l'approbation des gouvernements intéressés, les organisations privées, à faciliter le rapatriement librement consenti de ces réfugiés ou leur assimilation dans de nouvelles communautés nationales.

- 15 — L'alinéa 6 du Statut précise que le mandat *rationae personae* du HCR s'exerce sur toute personne

qui se trouve hors du pays dont elle a la nationalité ou, si elle n'a pas de nationalité, hors du pays où elle avait sa résidence habituelle, parce qu'elle craint, ou a craint, avec raison, d'être persécutée du fait de sa race, de sa religion, de sa nationalité ou de ses opinions politiques, et qui ne peut pas ou qui, du fait de cette crainte, ne veut pas se réclamer de la protection du gouvernement du pays dont elle a la nationalité ou, si elle n'a pas de nationalité, ne veut pas retourner dans le pays où elle avait sa résidence habituelle. ¹⁶

16. — L'alinéa 7 du Statut prévoit des exceptions au mandat du HCR notamment pour les personnes dont

on a des raisons sérieuses de penser qu'elles ont commis un délit visé par les dispositions des traités d'extradition ou un crime défini à l'article VI du *Statut du Tribunal militaire international* approuvé à Londres, ou par les dispositions de l'alinéa 2 de l'article 14 de la *Déclaration universelle des droits de l'Homme*. ¹⁷

14. A/RES/319 (IV), 3 décembre 1949, alinéa 1.

15. A/RES/428 (V), 14 décembre 1950 (ci-après « le Statut »).

16. *Statut du HCR*, alinéa 6B.

17. *Statut du HCR*, alinéa 7.d). L'article 6 de l'Accord de Londres fait référence aux crimes contre la paix, aux crimes de guerre et aux crimes contre l'humanité. L'article 14 § 2 de la *Déclaration universelle des droits de l'Homme* dispose que le droit de chercher asile et de bénéficier de l'asile « ne peut être invoqué dans le cas de poursuites réellement fondées sur un crime de droit commun ou sur des agissements contraires aux buts et aux principes des Nations Unies ».

- 17 — Les fonctions et les compétences du HCR sont donc définies par référence à la situation particulière des personnes qui ont besoin d'une protection internationale. Elles ne découlent pas de l'application d'un traité, d'un autre instrument ou d'une règle de droit international, ni de facteurs temporels, géographiques ou de compétence, ni de l'accord ou du consentement d'un État concerné, ni de tout autre facteur.¹⁸

Le mandat du HCR est d'apporter une protection internationale, notamment aux personnes qui se trouvent hors de leur pays d'origine, parce qu'elles ont une crainte fondée de persécution, qui remplissent les autres conditions de l'alinéa 6B du Statut, sans être par ailleurs exclues du mandat du HCR en vertu de l'alinéa 7 du Statut.

- 18 — L'alinéa 9 du Statut énonce que le HCR « s'acquitte de toute fonction supplémentaire (...) que pourra prescrire l'Assemblée générale ». Au cours des 50 dernières années, l'Assemblée générale a élargi le mandat du HCR pour englober toutes les catégories de personnes nécessitant une protection internationale, même si elles n'entrent pas forcément dans le cadre de la définition du Statut et elle a affirmé l'étendue du concept de « réfugié » à ces fins. Par exemple, ont été inclus dans le mandat du HCR, initialement à travers la notion de bons offices du HCR, mais plus tard sur une base plus générale les réfugiés fuyant des situations généralisées de violence.¹⁹
- 19 — En 1992, un Groupe de travail du Comité exécutif du Programme du Haut Commissaire a été en mesure de décrire le mandat du HCR de la façon suivante :

L'évolution du rôle du HCR au cours des quarante dernières années a montré que le mandat est suffisamment souple pour permettre, voire exiger, une adaptation du HCR aux défis nouveaux et inédits par le biais de nouvelles approches, y compris dans les domaines de la prévention et de la protection à l'intérieur du pays. Les compétences et l'expérience humanitaires du HCR ont, de fait, été reconnues par l'Assemblée générale comme pouvant légitimement justifier un

18. L'importance fondamentale du *Statut du HCR* comme socle de la fonction de protection internationale du HCR, en particulier à l'égard des États qui n'ont pas adhéré à la *Convention de 1951* ou au *Protocole de 1967*, a été soulignée par le Comité exécutif du Programme du HCR dans sa conclusion N° 4 (XXVIII), 1977.

19. Voir par exemple A/RES/1499 (XV) du 5 décembre 1960 qui invitait les membres des Nations Unies à consulter le HCR « au sujet des mesures destinées à aider des groupes de réfugiés qui ne sont pas du ressort de l'Organisation des Nations Unies » ; A/RES/1673 (XVI) du 18 décembre 1961 qui priait le Haut Commissaire « de poursuivre ses activités en faveur des réfugiés qui relèvent de son mandat ou bénéficient de ses bons offices et de continuer à faire rapport au Comité exécutif du Programme du Haut Commissaire et de se conformer aux directives que lui donnerait le Comité au sujet de situations concernant les réfugiés » ; A/RES/2039 (XX) du 7 décembre 1965 qui priait le Haut Commissaire « de poursuivre ses efforts en vue d'assurer aux réfugiés une protection internationale adéquate et d'apporter aux problèmes affectant les divers groupes de réfugiés qui relèvent de sa compétence des solutions satisfaisantes de caractère permanent » ; A/RES/31/35 du 30 novembre 1976, entérinant la résolution 2011 (LXI) du 2 août 1976 du Comité économique et social (ECOSOC) qui félicitait le HCR pour ses efforts « en faveur des réfugiés et personnes déplacées, victimes de catastrophe causée par l'homme, qui ont besoin d'une assistance humanitaire urgente » et priait le Haut Commissaire de poursuivre ses activités en vue de « soulager les souffrances de toutes les personnes dont a à s'occuper le HCR ».

éventail d'activités qui ne relèvent pas normalement du mandat de l'Office. Le HCR doit continuer de rechercher l'appui spécifique du Secrétaire général ou de l'Assemblée générale lorsque ses activités impliquent un engagement substantiel de ressources humaines, financières et matérielles.

Le Groupe de travail a confirmé l'interprétation largement admise selon laquelle la compétence du HCR en matière de réfugiés s'étend aux personnes contraintes de quitter leur pays en raison d'un conflit armé ou de troubles graves et généralisés ou d'actes de violence ; [même si] ces personnes peuvent ou non relever de la *Convention de 1951 relative au statut des réfugiés* (*Convention de 1951*) ou de son Protocole de 1967. Un examen des besoins communs des différents groupes de personnes relevant de la compétence du HCR montre clairement que, la protection étant au cœur du mandat du HCR, le déplacement, allié au besoin d'une protection, constitue la base de la compétence du HCR à l'égard de ces groupes. Le caractère du déplacement, allié au besoin de protection, doit également déterminer le contenu de l'engagement du HCR.

Le Groupe de travail estime que le même raisonnement vaut pour les personnes déplacées dans leur propre pays du fait de motifs semblables à ceux des réfugiés. Alors que le HCR n'est généralement pas compétent à l'égard de ces groupes de personnes, il peut toutefois devoir assumer certaines responsabilités, selon leurs besoins de protection et d'assistance. Dans ce contexte, le HCR doit indiquer qu'il est prêt à offrir son expérience humanitaire aux personnes déplacées de l'intérieur, au cas par cas, en réponse à des requêtes du Secrétaire général ou de l'Assemblée générale.²⁰

- 20 — Bien que le HCR bénéficie d'un statut spécial en tant que gardien de la *Convention de 1951* et du *Protocole de 1967 relatifs au statut des réfugiés*²¹, dans l'exercice de ses fonctions de protection, il n'est pas limité à l'application des dispositions contenues dans ces deux traités. Le HCR peut donc invoquer tout instrument ou principe de droit international pertinent et applicable à la situation à laquelle on lui demande de répondre. Ainsi, par exemple, parallèlement au respect du non-refoulement tel qu'énoncé dans la *Convention de 1951* et dans le *Protocole de 1967*, les circonstances propres à certains cas peuvent justifier que le HCR recherche la protection de réfugiés relevant de son mandat en faisant référence à d'autres traités mentionnés ci-dessus ainsi que d'autres instruments applicables, y compris certains traités d'extradition, ou en vertu du non-refoulement comme principe de droit international coutumier.

20. Note sur la protection internationale A/AC.96/799 du 25 août 1992, paragraphes 14–16. Cette opinion a été entérinée par le Comité exécutif dans sa Conclusion N° 68 (XLIII) de 1992 sur la protection internationale et implicitement par l'Assemblée générale des Nations Unies notamment par sa résolution 47/105 du 16 décembre 1992 concernant l'assistance aux réfugiés, rapatriés et personnes déplacées en Afrique.

21. *Protocole de 1967* annexé à la *Convention de 1951 relative au statut des réfugiés*, N° 8791, Nations Unies, *Recueil des Traités*, vol. 606, n° 267 (ci-après *Protocole de 1967*). Comme expliqué plus loin, l'effet principal du *Protocole de 1967* est d'élargir le champ d'application *rationae personae* de la *Convention de 1951*. Pour les États non parties à la *Convention de 1951*, le *Protocole de 1967* a donné lieu à une obligation indépendante de respecter les termes de la *Convention de 1951* tels qu'amendés par le *Protocole*.

2. Le Comité exécutif du Programme du Haut Commissaire

- 21 — La résolution 319 (IV) du 3 décembre 1949, par laquelle l'Assemblée générale a décidé de créer le HCR, prévoyait que le HCR devrait « recevoir des Nations Unies, selon les modalités que prescrira l'Assemblée générale, des directives d'ordre général ». ²² La résolution indiquait par la suite que « des mesures devraient être prises pour associer les gouvernements intéressés des États non membres de l'Organisation des Nations Unies à l'œuvre entreprise par le Haut Commissariat ». ²³
- 22 — Reflétant ces objectifs, l'alinéa 4 du Statut du HCR énonce :
- Le Conseil économique et social peut décider, après avis du Haut Commissaire, de créer un comité consultatif pour les réfugiés, qui sera composé de représentants d'États membres et d'États non membres de l'Organisation des Nations Unies, choisis par le Conseil en raison de l'intérêt qu'ils portent au problème des réfugiés et de leur dévouement à cette cause.
- 23 — Conformément à cette disposition, le Comité économique et social des Nations Unies (ECOSOC) a institué un Comité consultatif sur les réfugiés (« Comité consultatif ») par la résolution 393 (XIII) B du 10 septembre 1951. L'objet du Comité consultatif était de conseiller le HCR, sur sa demande, sur l'exercice de ses fonctions.
- 24 — À la lumière des préoccupations continues concernant la situation des réfugiés, l'Assemblée générale des Nations Unies a prié le Conseil économique et social « soit de créer un Comité exécutif chargé de donner des directives au Haut Commissaire dans la mise en œuvre de son programme... soit de revoir la compétence et la composition du Comité consultatif en vue de le mettre à même de remplir ces mêmes missions ». ²⁴ En réponse, le Comité économique et social, par la résolution 565 (XIX) du 31 mars 1955, a transformé le Comité consultatif en Comité exécutif appelé le Comité exécutif du Fonds des Nations Unies pour les réfugiés.
- 25 — Considérant, entre autres, l'apparition de « nouveaux problèmes ayant trait aux réfugiés et exigeant une assistance internationale », l'Assemblée générale des Nations Unies, par la résolution 1166 (XII) du 26 novembre 1957 a prié le Conseil économique et social de créer, à sa vingt-sixième session au plus tard, un Comité exécutif du Programme du Haut Commissaire qui se composera des représentants de vingt à vingt-cinq États membres de l'Organisation des Nations Unies ou membres de toute institution spécialisée, élus par le Conseil, sur la base d'une répartition géographique aussi large que possible, parmi les États qui se sont effectivement intéressés et dévoués à la recherche d'une solution au problème des réfugiés, ce Comité devant remplacer le Comité exécutif du Fonds des Nations Unies pour les réfugiés et être doté du mandat suivant :
- [...]
- b) Conseiller le Haut Commissaire, sur sa demande, dans l'accomplissement des fonctions dont il est investi aux termes du Statut du Haut Commissariat ;

22. A/RES/318 (IV), 3 décembre 1949, annexe 1, paragraphe 1(c).

23. A/RES/319 (IV), 3 décembre 1949, annexe 1, paragraphe 2.

24. A/RES/832 (IX), 21 octobre 1954, paragraphe 4.

c) Conseiller le Haut Commissaire sur l'opportunité de fournir, par l'intermédiaire du Haut Commissariat, une assistance internationale destinée à contribuer à la solution de certains problèmes ayant trait aux réfugiés, soit qu'ils n'aient pas encore été réglés au 31 décembre 1958, soit qu'ils surgissent après cette date ;

[...]

e) Approuver des projets d'assistance aux réfugiés entrant dans le cadre des dispositions de l'alinéa c ci-dessus...²⁵

- 26 — En vertu de cette résolution, le Comité économique et social, par la résolution 672 (XXV) du 30 avril 1958, a créé le Comité exécutif du Programme du Haut Commissaire (« Comité exécutif ») composé de vingt-quatre États membres. La résolution 672 (XXV) prévoit que le Comité exécutif « définira les principes généraux selon lesquels le Haut Commissaire concevra, développera et gérera les programmes et projets nécessaires pour aider à résoudre les problèmes mentionnés dans la résolution 1166 (XII) ». ²⁶ Les membres du Comité exécutif, dont le nombre s'est accru progressivement depuis sa création, sont maintenant au nombre de cinquante-sept États. ²⁷
- 27 — Les participants aux réunions du Comité exécutif sont les représentants permanents auprès du bureau des Nations Unies à Genève ou d'autres hauts fonctionnaires (y compris les ministres) de l'État membre concerné. Le Comité exécutif tient une session plénière annuelle, à Genève, pendant une semaine en octobre. L'organe subsidiaire du Comité exécutif, le Comité permanent, se réunit plusieurs fois par an. Les textes sont adoptés par consensus. En plus des membres qui participent aux réunions du Comité exécutif, un nombre important d'observateurs assistent également de manière régulière et prennent part aux délibérations.
- 28 — Le Comité exécutif a été créé par le Conseil économique et social sur la demande de l'Assemblée générale des Nations Unies. Le Comité est donc formellement indépendant du HCR et fonctionne comme un organe distinct des Nations Unies. Dans l'exercice de son mandat, le Comité exécutif adopte des Conclusions sur la protection internationale (« Conclusions ») qui traitent de certains aspects du travail du HCR.
- 29 — Bien que les Conclusions du Comité exécutif ne soient pas formellement contraignantes, elles peuvent être considérées comme des éléments pertinents pour l'interprétation de la *Convention de 1951*. ²⁸

25. A/RES/1166 (XII), 26 novembre 1957, paragraphe 6.

26. E/RES/672 (XXV), 30 avril 1958, paragraphe 2.a).

27. Les membres actuels du Comité exécutif comprennent : Afrique du sud, Algérie, Allemagne, Argentine, Australie, Autriche, Bangladesh, Belgique, Brésil, Canada, Chili, Chine, Colombie, Côte d'Ivoire, République démocratique du Congo, Danemark, Espagne, États-Unis, Éthiopie, Fédération de Russie, Finlande, France, Grèce, Hongrie, Inde, Iran, Irlande, Israël, Italie, Japon, République de Corée, Liban, Lesotho, Madagascar, Mexique, Maroc, Mozambique, Namibie, Pays-Bas, Nicaragua, Nigeria, Norvège, Ouganda, Pakistan, Philippines, Pologne, Royaume-Uni, Saint-Siège, Somalie, Soudan, Suède, Suisse, Tanzanie, Thaïlande, Tunisie, Turquie et Venezuela.

28. Voir *infra* paragraphe 214.

II. La Convention de 1951 (telle qu'amendée par le Protocole de 1967)

A. Les origines de la Convention de 1951

- 30 — Les origines de la *Convention de 1951* sont à chercher dans les travaux du Comité spécial de l'apatridie et des problèmes connexes (« Comité spécial ») nommé par le Conseil économique et social par la résolution 248 (IX) du 8 août 1949 et dont le mandat était d'« examiner s'il est souhaitable d'élaborer une convention révisée et globale relative au statut international des réfugiés et des apatrides et, dans l'affirmative, de préparer le texte de cette convention ». S'en est suivi un rapport du Secrétaire général des Nations Unies préparé à la demande du Conseil économique et social qui soulignait les divers programmes et mesures concernant les réfugiés qui fonctionnaient du temps de la Société des Nations.²⁹ Tenant compte du contexte de ces mesures et initiatives antérieures, le Secrétaire général a soumis à l'examen du Comité spécial un premier projet de convention fondé sur les principes contenus dans les instruments antérieurs.³⁰ Les travaux postérieurs du Comité spécial, suite à cette proposition, ont mené à un projet de *Convention relative au statut des réfugiés*³¹ qui a servi de base à une Conférence de plénipotentiaires réunie par l'Assemblée générale des Nations Unies du 2 au 25 juillet 1951³². La Conférence a adopté la *Convention relative au statut des réfugiés* le 28 juillet 1951.³³ La Convention est entrée en vigueur le 22 avril 1954.

29. Les mesures institutionnelles pour la protection des réfugiés de cette époque fonctionnaient dans un cadre juridique composé de divers instruments dont :

Arrangements concernant la question des certificats d'identité pour les réfugiés russes, 5 juillet 1922 (LNTS, vol. XIII, N° 355) ;

Arrangements concernant la question des certificats d'identité pour les réfugiés russes et arméniens, complétant et modifiant les mesures antérieures datées du 5 juillet 1922 et du 31 mai 1924, 12 mai 1926 (LNTS, vol. LXXXIX, N° 2004) ;

Arrangements concernant le statut juridique des réfugiés russes et arméniens, 30 juin 1928 (LNTS, vol. LXXXIX, N° 2005) ;

Convention relative au statut international des réfugiés, 28 juin 1933 (LNTS, vol. CLIX, N° 3663) ;

Arrangements provisoires concernant le statut des réfugiés en provenance d'Allemagne, 4 juillet 1936 (LNTS, vol. CLXXI, N° 3952) ;

Convention relative au statut des réfugiés en provenance d'Allemagne, 10 février 1938 (LNTS, vol. CXCII, N° 4461) ;

Protocole additionnel aux arrangements provisoires de 1936 et à la Convention de 1938 relative au statut des réfugiés en provenance d'Allemagne, 14 septembre 1939 (LNTS, vol. CXCVIII, N° 4634).

30. Voir le mémorandum du Secrétaire général, E/AC.32/2, 3 janvier 1950.

31. A/CONF.2/1, 12 mars 1951.

32. A/RES/429 (V), 14 décembre 1950.

33. *Acte final de la Conférence de plénipotentiaires des Nations Unies sur le statut des réfugiés et des apatrides*, UN doc. A/CONF.2/108/Rev.1, 26 novembre 1952.

B. La Convention de 1951

- 31 — Tel qu'énoncé dans le préambule, l'objectif de la *Convention de 1951* est de s'efforcer d'assurer aux réfugiés l'exercice le plus large possible des droits de l'Homme et des libertés fondamentales garantis par la *Charte des Nations Unies* et par la *Déclaration universelle des droits de l'Homme*.³⁴ Aux fins de la *Convention de 1951*, le terme « réfugié » est défini comme s'appliquant, en premier lieu, à toute personne qui a été considérée comme réfugiée en application des arrangements antérieurs ou en application de la *Constitution de l'OIR* et, en second lieu, à toute personne qui
- par suite d'événements survenus avant le 1^{er} janvier 1951 et craignant avec raison d'être persécutée du fait de sa race, de sa religion, de sa nationalité, de son appartenance à un certain groupe social ou de ses opinions politiques, se trouve hors du pays dont elle a la nationalité et qui ne peut ou, du fait de cette crainte, ne veut se réclamer de la protection de ce pays ; ou qui, si elle n'a pas de nationalité et se trouve hors du pays dans lequel elle avait sa résidence habituelle à la suite de tels événements, ne peut, ou, en raison de ladite crainte, ne veut y retourner³⁵.
- 32 — Les sections D à F de l'article 1 énoncent diverses exclusions à l'application de la *Convention*. En particulier, conformément à l'article 1 F, les dispositions de la *Convention* ne seront pas applicables aux personnes dont on aura des raisons sérieuses de penser :
- a) qu'elles ont commis un crime contre la paix, un crime de guerre ou un crime contre l'humanité, au sens des instruments internationaux élaborés pour prévoir des dispositions relatives à ces crimes ;
 - b) qu'elles ont commis un crime grave de droit commun en dehors du pays d'accueil avant d'y être admises comme réfugiés ; ou
 - c) qu'elles se sont rendues coupables d'agissements contraires aux buts et aux principes des Nations Unies.
- 33 — Les chapitres suivants de la Convention traitent de questions telles que la condition juridique des réfugiés, les droits et obligations respectifs des réfugiés et des États contractants et l'aide administrative accordée aux réfugiés. Les articles 31 à 33 de la Convention prévoient différentes garanties dans les termes suivants :

Article 31 Réfugiés en situation irrégulière dans le pays d'accueil

1. Les États contractants n'appliqueront pas de sanctions pénales, du fait de leur entrée ou de leur séjour irrégulier, aux réfugiés qui, arrivant directement du territoire où leur vie ou leur liberté était menacée au sens prévu par l'article premier, entrent ou se trouvent sur leur territoire sans autorisation, sous la réserve qu'ils se présentent sans délai aux autorités et leur exposent des raisons reconnues valables de leur entrée ou présence irrégulière.

2. Les États contractants n'appliqueront aux déplacements de ces réfugiés d'autres restrictions que celles qui sont nécessaires ; ces restrictions seront appliquées seulement en attendant que le statut des réfugiés dans le pays d'accueil ait été régularisé ou qu'ils aient réussi à se faire

34. *Déclaration universelle des droits de l'Homme*, Résolution 217 A (III) de l'Assemblée générale des Nations Unies, 10 décembre 1948 (ci-après « *Déclaration universelle* »), paragraphes 1 et 2 du préambule.

35. *Convention de 1951*, article 1 A 2.

admettre dans un autre pays. En vue de cette dernière admission, les États contractants accorderont à ces réfugiés un délai raisonnable ainsi que toutes facilités nécessaires.

Article 32 Expulsion

1. Les États contractants n'expulseront un réfugié se trouvant régulièrement sur leur territoire que pour des raisons de sécurité nationale ou d'ordre public.
2. L'expulsion de ce réfugié n'aura lieu qu'en exécution d'une décision rendue conformément à la procédure prévue par la loi. Le réfugié devra, sauf si des raisons impérieuses de sécurité nationale s'y opposent, être admis à fournir des preuves tendant à le disculper, à présenter un recours et à se faire représenter à cet effet devant une autorité compétente ou devant une ou plusieurs personnes spécialement désignées par l'autorité compétente.
3. Les États contractants accorderont à un tel réfugié un délai raisonnable pour lui permettre de chercher à se faire admettre régulièrement dans un autre pays. Les États contractants peuvent appliquer, pendant ce délai, telle mesure d'ordre interne qu'ils jugeront opportune.

Article 33 Défense d'expulsion et de refoulement

1. Aucun des États contractants n'expulsera ou ne refoulera, de quelque manière que ce soit, un réfugié sur les frontières des territoires où sa vie ou liberté serait menacée en raison de sa race, de sa religion, de sa nationalité, de son appartenance à un certain groupe social ou de ses opinions politiques.
2. Le bénéfice de la présente disposition ne pourra toutefois être invoqué par un réfugié qu'il y aura des raisons sérieuses de considérer comme un danger pour la sécurité du pays où il se trouve ou qui, ayant été l'objet d'une condamnation définitive pour un crime ou délit particulièrement grave, constitue une menace pour la communauté dudit pays.

- 34 — L'article 35 § 1 de la *Convention* dispose que les États contractants s'engagent à coopérer avec le HCR dans l'exercice de ses fonctions, en particulier dans sa tâche de surveillance. Il est important de noter que l'article 42 § 1 interdit la formulation de réserves, notamment à l'article 33 relatif au non-refoulement.

C. Le Protocole de 1967

- 35 — Face à la permanence des préoccupations concernant la situation des réfugiés et à la limitation de la portée *rationae personae* de la *Convention de 1951*, un colloque sur les aspects juridiques des problèmes de réfugiés a été organisé à Bellagio, en Italie, en avril 1965. La réunion a débouché sur un accord entre les participants selon lequel la *Convention de 1951* devrait être modifiée « pour répondre aux nouvelles situations de réfugiés qui ont vu le jour et dépasser ainsi la divergence croissante entre la *Convention* et le *Statut de l'Office du Haut Commissaire pour les réfugiés* ». ³⁶ Les participants au colloque se sont mis d'accord sur le fait que la façon la plus appropriée d'adapter la *Convention de 1951* passerait par l'adoption d'un Protocole pour « supprimer la

36. Colloquium on the Legal Aspects of Refugee Problems, Note by the High Commissioner, A/AC.96/INF.40, 5 mai 1965, paragraphe 2 (traduction libre).

date limite indiquée (1^{er} janvier 1951) à l'article 1 A 2 de la *Convention* ». ³⁷ Un projet de Protocole à cette fin a été préparé et annexé au rapport du colloque.

- 36 — Le projet de Protocole a constitué le fondement du *Protocole de 1967 relatif au statut des réfugiés*. Comme indiqué dans son préambule, l'objectif du *Protocole de 1967* était d'assurer « que le même statut s'applique à tous les réfugiés couverts par la définition donnée dans la *Convention* sans qu'il soit tenu compte de la date limite du 1^{er} janvier 1951 ». L'article I.1) et 2) du *Protocole* stipule en conséquence :

1. Les États parties au présent Protocole s'engagent à appliquer aux réfugiés, tels qu'ils sont définis ci-après, les articles 2 à 34 inclus de la *Convention* [de 1951].

2. Aux fins du présent Protocole, le terme « réfugié »...s'entend de toute personne répondant à la définition donnée à l'article premier de la *Convention* [de 1951] comme si les mots « par suite d'événements survenus avant le 1^{er} janvier 1951 et... » et les mots « ...à la suite de tels événements » ne figuraient pas au paragraphe 2 de la section A de l'article premier.

- 37 — La définition clé du terme « réfugié » au sens à la fois de la *Convention de 1951* et du *Protocole de 1967* s'énonce donc comme suit :

Toute personne qui, craignant avec raison d'être persécutée du fait de sa race, de sa religion, de sa nationalité, de son appartenance à un certain groupe social ou de ses opinions politiques, se trouve hors du pays dont elle a la nationalité et qui ne peut ou, du fait de cette crainte, ne veut se réclamer de la protection de ce pays ; ou qui, si elle n'a pas de nationalité et se trouve hors du pays dans lequel elle avait sa résidence habituelle, ne peut ou, en raison de ladite crainte, ne veut y retourner.

- 38 — L'article II.1) du *Protocole de 1967* prévoit que les États parties au *Protocole* s'engagent à coopérer avec le HCR dans l'exercice de ses fonctions. L'article VII réitère l'interdiction de formuler certaines réserves comme énoncé à l'article 42 § 1 de la *Convention de 1951*. Le *Protocole* est entré en vigueur le 4 octobre 1967.

- 39 — Actuellement, 140 États sont parties à la *Convention de 1951* et/ou au *Protocole de 1967* : 133 États ³⁸ sont parties à la fois à la *Convention de 1951* et au *Protocole de 1967* ³⁹ ; quatre États sont parties à la seule *Convention de 1951* ⁴⁰ et trois États sont parties au seul *Protocole de 1967* ⁴¹.

37. *Ibid.*, paragraphe 3 (traduction libre).

38. En incluant le Saint-Siège. [Note de la rédaction : au 1^{er} février 2003, trois États supplémentaires — Bélarus, Moldavie et Ukraine — ont adopté à la fois la *Convention de 1951* et le *Protocole de 1967*, tandis que Saint Kitts et Nevis a adopté la seule *Convention de Genève*. Cela a porté le total des États parties aux deux instruments à 136 et le total des États parties à l'un ou l'autre instrument à 144.]

39. Voir l'annexe 2.1 ci-joint.

40. Madagascar, Monaco, Namibie et Saint Vincent et Grenadines. [Note de la rédaction : au 1^{er} février 2003, Saint Kitts et Nevis avait également adopté la seule *Convention de Genève*.]

41. Cap Vert, États-Unis et Venezuela.

D. L'approche de l'interprétation

- 40 — Comme cette étude est consacrée en grande partie à l'interprétation du non-refoulement tel qu'énoncé à l'article 33 de la *Convention de 1951*, il serait approprié de commencer par présenter brièvement les principaux éléments du procédé d'interprétation des traités. Le point de départ est nécessairement les articles 31 et 32 de la *Convention de Vienne de 1969 sur le droit des traités*⁴² qui sont généralement reconnus comme retranscrivant le droit international coutumier. Ces articles disposent :

Article 31 Règle générale d'interprétation

1. Un traité doit être interprété de bonne foi suivant le sens ordinaire à attribuer aux termes du traité dans leur contexte et à la lumière de son objet et de son but.

2. Aux fins de l'interprétation d'un traité, le contexte comprend, outre le texte, préambule et annexes inclus :

(a) tout accord ayant rapport au traité et qui est intervenu entre toutes les parties à l'occasion de la conclusion du traité ;

(b) tout instrument établi par une ou plusieurs parties à l'occasion de la conclusion du traité et accepté par les autres parties en tant qu'instrument ayant rapport au traité.

3. Il sera tenu compte, en même temps que du contexte :

(a) de tout accord ultérieur intervenu entre les parties au sujet de l'interprétation du traité ou de l'application de ses dispositions ;

(b) de toute pratique ultérieurement suivie dans l'application du traité par laquelle est établi l'accord des parties à l'égard de l'interprétation du traité ;

(c) de toute règle pertinente de droit international applicable dans les relations entre les parties.

4. Un terme sera entendu dans un sens particulier s'il est établi que telle était l'intention des parties.

Article 32 Moyens complémentaire d'interprétation

Il peut être fait appel à des moyens complémentaires d'interprétation, et notamment aux travaux préparatoires et aux circonstances dans lesquelles le traité a été conclu, en vue, soit de confirmer le sens résultant de l'application de l'article 31, soit de déterminer le sens lorsque l'interprétation donnée conformément à l'article 31 :

(a) laisse le sens ambigu ou obscur ; ou

(b) conduit à un résultat qui est manifestement absurde ou déraisonnable.

- 41 — Bien que le texte du traité soit la référence de base, son objet et son but, de même que les développements postérieurs à sa conclusion, seront également pertinents. La référence à l'objet et au but du traité est un élément essentiel de la règle générale d'interprétation. Elle revêtira une importance particulière dans le cas des traités de nature humanitaire. Cette question a été abordée par la Cour internationale de Jus-

42. *Convention de Vienne de 1969 sur le droit des traités*, Nations Unies, *Recueil des Traités*, vol. 1155, n° 331 (ci-après « *Convention de Vienne* »).

tice (CIJ) dans son avis consultatif de 1951 sur les *Réserves à la Convention sur le génocide* en des termes qui pourraient également s'appliquer à la *Convention de 1951* :

Les fins d'une telle convention doivent également être retenues. La Convention a été manifestement adoptée dans un but purement humain et civilisateur. On ne peut même pas concevoir une convention qui offrirait à un plus haut degré ce double caractère, puisqu'elle vise d'une part à sauvegarder l'existence même de certains groupes humains, d'autre part à confirmer et à sanctionner les principes de morale les plus élémentaires. Dans une telle convention, les États contractants n'ont pas d'intérêts propres ; ils ont seulement, tous et chacun, un intérêt commun, celui de préserver les fins supérieures qui sont la raison d'être de la convention.⁴³

42 — La pertinence des développements ultérieurs est également affirmée explicitement comme un élément de la règle générale d'interprétation à l'article 31 § 3 de la *Convention de Vienne*. Ce dernier exige que tout accord ultérieur ou pratique ultérieure des parties concernant l'interprétation d'un traité soit pris en compte de même que « toute règle pertinente de droit international applicable dans les relations entre les parties ».

43 — L'importance des développements ultérieurs du droit pour l'interprétation des traités a été abordée par la CIJ dans son avis consultatif de 1971 sur la *Namibie*, dans le contexte de l'interprétation du *Pacte de la Société des Nations sur le Sud-Ouest africain* :

Sans oublier la nécessité primordiale d'interpréter un instrument donné conformément aux intentions qu'ont eues les parties lors de sa conclusion, la Cour doit tenir compte de ce que les notions consacrées par l'article 22 du Pacte — « les conditions particulièrement difficiles du monde moderne » et « le bien-être et le développement » des peuples intéressés — n'étaient pas statiques mais par définition évolutives, et qu'il en allait de même par suite de la notion de « mission sacrée de civilisation ». On doit donc admettre que les parties au Pacte les ont acceptées comme telles. C'est pourquoi, quand elle envisage les institutions de 1919, la Cour doit prendre en considération les transformations survenues dans le demi-siècle qui a suivi et *son interprétation ne peut pas manquer de tenir compte de l'évolution que le droit a ultérieurement connue grâce à la Charte des Nations Unies et à la coutume. De plus, tout instrument international doit être interprété et appliqué dans le cadre de l'ensemble du système juridique en vigueur au moment où l'interprétation a lieu*. Dans le domaine auquel se rattache la présente procédure, les cinquante dernières années ont marqué, comme il est dit plus haut, une évolution importante. Du fait de cette évolution, il n'y a guère de doute que la « mission sacrée de civilisation » avait pour objectif ultime l'autodétermination et l'indépendance des peuples en cause. Dans ce domaine comme dans les autres, le *corpus juris gentium* s'est beaucoup enrichi et, pour pouvoir s'acquitter fidèlement de ses fonctions, la Cour ne peut l'ignorer.⁴⁴

44 — Cette analyse se reflète plus largement dans les opinions des juges. Par exemple, antérieurement à l'avis consultatif *Namibie*, bien qu'inspirant manifestement l'ana-

43. *Réserves à la Convention pour la prévention et la répression du crime de génocide*, Avis consultatif, Recueil CIJ 1951, p. 12.

44. *Conséquences juridiques pour les États de la présence continue de l'Afrique du Sud en Namibie (Sud-Ouest africain) nonobstant la résolution 276 (1970) du Conseil de sécurité*, Avis consultatif, Recueil CIJ 1971, p. 16, para.53 (c'est nous qui soulignons).

lyse de la Cour exprimée dans le passage cité plus haut, le juge Tanaka, dans une opinion dissidente dans l'arrêt du *Sud-Ouest africain* de 1966, faisait remarquer que l'évolution du droit international coutumier était pertinente pour l'interprétation d'un traité conclu quarante années plus tôt, en particulier compte tenu des objectifs éthiques et humanitaires de l'instrument en cause⁴⁵. Cette opinion et l'analyse postérieure de la Cour dans l'arrêt *Namibie* ont été reprises plus récemment par le juge Weeramantry dans l'arrêt *Gabcikovo-Nagymaros* de 1997 sur les instruments relatifs aux droits de l'Homme en général⁴⁶. Abordant la raison d'être du principe, le juge Weeramantry a noté :

Les traités qui ont une incidence sur les droits de l'Homme ne peuvent pas être appliqués de telle sorte à constituer un dénigrement des droits de l'Homme tels que considérés au moment de leur application. Une Cour ne saurait approuver des actes qui constituent une violation des droits de l'Homme au vu des normes actuelles simplement parce qu'ils ont été effectués conformément à un traité qui date d'une période où un tel acte ne constituait pas une violation des droits de l'Homme⁴⁷.

- 45 — Ce point de vue est également conforté par la jurisprudence d'autres tribunaux internationaux. Concernant l'interprétation et l'application de la *Convention européenne des Droits de l'Homme*, par exemple, la Cour européenne des Droits de l'Homme a fait remarquer que « la Convention est un instrument vivant à interpréter... à la lumière des conditions de vie actuelles ». ⁴⁸
- 46 — Il faut également garder à l'esprit le concept de l'apport mutuel des traités. C'est un procédé familier en droit des organisations internationales selon lequel les termes et l'analyse d'un traité peuvent influencer l'interprétation d'un autre traité contenant des termes ou des idées similaires. ⁴⁹ Son application n'est pas exclue dans le cas des traités humanitaires.
- 47 — L'article 32 de la Convention de Vienne dispose qu'il peut être fait appel à des moyens complémentaires d'interprétation, et notamment aux travaux préparatoires et aux circonstances dans lesquelles le traité a été conclu, en vue, soit de confirmer le sens résultant de l'application de la règle générale d'interprétation, soit d'en déterminer le sens lorsque l'interprétation donnée conformément à la règle générale

45. *Sud-Ouest africain*, deuxième phase, Arrêt, Recueil CIJ 1966, p. 6, pp. 293-4.

46. *Projet Gabcikovo-Nagymaros (Hongrie c. Slovaquie)*, Arrêt, Recueil CIJ 1997, p. 7, pp. 114-15.

47. *Ibid.*, p. 114 (traduction libre).

48. *Tyrer c. Royaume-Uni*, Arrêt de la Cour européenne des droits de l'Homme, 25 avril 1978, Série A, N° 26, paragraphe 31. Voir aussi R. Jennings et A. Watts (eds.), *Oppenheim's International Law* (9^e édition, Longman, Harlow, 1992), pp. 1274-5 ; *The Kronprins Gustaf Adolf (1932) Annual Digest (1931-32)*, N° 205, pp. 372-374 ; *Réparation des dommages subis au service des Nations Unies*, Avis consultatif, Recueil CIJ 1949, p. 174, p. 182 ; *Fubini Claim (1959)*, 29 ILR 34, p. 46.

49. Cette pratique est décrite dans E. Lauterpacht, « The Development of the Law of International Organizations by the Decisions of International Tribunals », *Recueil des Cours*, vol. 1976-VI, pp. 336-402.

laisse celui-ci ambigu ou obscur ou conduit à un résultat qui est manifestement absurde ou déraisonnable. Bien que la référence aux travaux préparatoires d'un traité soit une pratique courante pour les cours et tribunaux internationaux, cette pratique présente des inconvénients importants en particulier dans le cas de traités négociés à une époque et dans des circonstances très éloignées de celles où la question de l'interprétation et de l'application se pose.⁵⁰ Les travaux préparatoires de la *Convention de 1951* doivent donc, aux fins de l'interprétation de la Convention, être abordés avec prudence. Le monde des années 50 et 51 dans lequel la Convention a été négociée est très différent du monde actuel dans lequel la Convention est mise en œuvre.

E. Observations préliminaires

- 48 — Avant d'entrer dans le détail de l'article 33, il est nécessaire de faire un certain nombre d'observations préliminaires. En premier lieu, la *Convention de 1951* ne lie que les États qui y sont parties. Conformément à l'article I.2) du *Protocole de 1967*, un État qui est partie au *Protocole* sans être partie à la *Convention de 1951* sera également tenu « d'appliquer les articles 2 à 34 inclus de la *Convention [de 1951]* ». L'obligation de non-refoulement de l'article 33 de la *Convention de 1951* ne sera opposable qu'aux États qui sont parties à l'un de ces instruments ou aux deux.
- 49 — En second lieu, la *Convention de 1951* a un caractère humanitaire déclaré. Cela découle clairement de son préambule qui fait référence à la profonde sollicitude manifestée par l'Organisation des Nations Unies à l'égard des réfugiés et de l'objectif d'assurer à ceux-ci l'exercice le plus large possible des droits de l'Homme et des libertés fondamentales énoncés dans la *Déclaration universelle des droits de l'Homme* de 1948. Le préambule poursuit en précisant que tous les États reconnaissent « le caractère social et humanitaire du problème des réfugiés ».⁵¹
- 50 — Le caractère humanitaire de la *Convention de 1951* apparaît également clairement dès son origine dans les travaux du Comité spécial sur l'apatridie. Il ressort également de manière évidente de la définition même du terme de « réfugié » à l'article 1 A 2 de la *Convention* qui parle d'une personne qui « craignant avec raison d'être persécutée du fait de sa race, de sa religion, de sa nationalité, de son appartenance à un certain groupe social ou de ses opinions politiques » se trouve en dehors de son pays d'origine. La protection accordée aux réfugiés en vertu des articles 31 à 33 atteste du caractère humanitaire de la *Convention*. En outre, les responsabilités humanitaires des États à l'égard des réfugiés conformément à la *Convention de 1951* ont été sans cesse réaffirmées par les Conclusions du Comité exécutif.

50. Voir aussi I.M. Sinclair, *The Vienna Convention on the Law of Treaties* (2^e édition, Manchester University Press, 1984), p. 142.

51. Préambule, paragraphe 5.

- 51 — En troisième lieu, au sein de la structure de la *Convention de 1951*, l'interdiction du refoulement de l'article 33, occupe une place particulière. Cela ressort de manière manifeste en particulier de l'article 42 § 1 de la *Convention* qui interdit de formuler des réserves, notamment à l'article 33. L'interdiction du refoulement figurant à l'article 33 est donc une obligation à laquelle on ne saurait déroger selon la *Convention de 1951*. Elle incarne l'essence humanitaire de la *Convention*.
- 52 — Le caractère absolu de l'interdiction du refoulement est affirmé à l'article VII(1) du *Protocole de 1967*. Cela a également été souligné à la fois par le Comité exécutif et par l'Assemblée générale des Nations Unies.⁵² En effet, le Comité exécutif est allé jusqu'à faire remarquer que « le principe du non-refoulement [...] était en train d'acquiescer le caractère d'une norme impérative de droit international ».⁵³
- 53 — En quatrième lieu, le caractère humanitaire fondamental et l'importance primordiale du non-refoulement en tant que principe cardinal de la protection des réfugiés a également été sans cesse réaffirmé de façon générale par des *Conclusions du Comité exécutif* au cours des vingt-cinq dernières années. Ainsi, par exemple, en 1980, le Comité exécutif « a réaffirmé le caractère fondamental du principe universellement reconnu du non-refoulement ».⁵⁴ En 1991, il a souligné « l'importance primordiale du non-refoulement et de l'asile en tant que principes cardinaux de la protection des réfugiés ».⁵⁵ En 1996, il a encore réaffirmé « l'importance fondamentale de l'observation du principe du non-refoulement ».⁵⁶ De nombreuses autres déclarations similaires existent à ce sujet. L'importance fondamentale du non-refoulement dans le cadre de la protection des réfugiés a également été sans cesse réaffirmée par des résolutions de l'Assemblée générale.⁵⁷

F. L'interprétation de l'article 33 § 1 de la *Convention de 1951*

- 54 — L'interdiction du refoulement figure à l'article 33 § 1 de la *Convention de 1951* selon les termes suivants :
- Aucun des États contractants n'expulsera ou ne refoulera, de quelque manière que ce soit, un réfugié sur les frontières des territoires où sa vie ou liberté serait menacée en raison de sa race, de sa religion, de sa nationalité, de son appartenance à un certain groupe social ou de ses opinions politiques.

52. Conclusion N° 79 (XLVII) 1996, para.(i) ; A/RES/51/75, 12 février 1997, para.3.

53. Conclusion N° 24 (XXXIII) 1982, para.b).

54. Conclusion N° 17 (XXXI) 1980, para.b).

55. Conclusion N° 65 (XLII) 1991, para.c).

56. Conclusion N° 79 (XLVII) 1996, para.j).

57. Voir, par exemple, A/RES/48/116, 24 mars 1994, para.3 ; A/RES/49/169, 24 février 1995, para.4 ; A/RES/50/152, 9 février 1996, para.3 ; A/RES/51/75, 12 février 1997, para.3.

- 55 — L'article 33 § 2 prévoit des exceptions à ce principe. Ces dernières seront examinées plus loin.
- 56 — Le point de départ de l'interprétation de cet article doit être les termes de la disposition elle-même, dans le contexte de l'ensemble du traité. Comme nous l'avons noté lors de nos précédentes remarques sur les principes d'interprétation applicables en cette matière, l'objet et le but de la *Convention de 1951*, c'est-à-dire son caractère humanitaire, de même que l'évolution ultérieure du droit et de tout accord et toute pratique postérieure des parties relativement à l'interprétation sont également pertinents. Comme le texte constitue le point de départ, nous allons procéder à une analyse suivant les termes de la disposition.

1. Qui est lié ?

(a) Signification de l'expression « État contractant »

- 57 — La première question qu'il est nécessaire de commenter est celle de savoir qui est lié par l'interdiction du refoulement, c'est-à-dire ce qu'on entend par « État contractant ». Une question connexe concerne la portée de ce terme *ratione loci*, c'est-à-dire les limites territoriales de l'obligation pesant sur un « État contractant ».
- 58 — L'expression « État contractant » fait référence à tous les États parties à la *Convention de 1951*. En vertu de l'article I.1) du *Protocole de 1967*, il s'applique également à tous les États parties au *Protocole de 1967* qu'ils soient ou non parties à la *Convention de 1951*.
- 59 — La référence aux « États contractants » inclut également toutes les sous-divisions de l'État contractant telles que les autorités provinciales ou étatiques et s'applique à tous les organes de l'État ou les autres personnes ou organismes exerçant des prérogatives de puissance publique. Ces aspects sont des éléments non-soumis à controverse du droit de la responsabilité de l'État et ont été posés par les Articles sur la responsabilité de l'État faisant autorité et adoptés par la Commission du droit international (CDI) des Nations Unies le 31 mai 2001 (« Articles sur la responsabilité de l'État ») selon les termes suivants :

Attribution d'un comportement à l'État

Article 4 Comportement des organes de l'État

Le comportement de tout organe de l'État est considéré comme un fait de l'État d'après le droit international, que cet organe exerce des fonctions législative, exécutive, judiciaire ou autres, quelle que soit la position qu'il occupe dans l'organisation de l'État, et quelle que soit sa nature en tant qu'organe du gouvernement central ou d'une collectivité territoriale de l'État.

Un organe comprend toute personne ou entité qui a ce statut d'après le droit interne de l'État.

Article 5 Comportement d'une personne ou d'une entité exerçant des prérogatives de puissance publique

Le comportement d'une personne ou entité qui n'est pas un organe de l'État au titre de l'article 4, mais qui est habilitée par le droit de cet État à exercer des prérogatives de puissance publique, pour autant que, en l'espèce, cette personne ou entité agisse en cette qualité, est considéré comme un fait de l'État d'après le droit international.⁵⁸

- 60 — Conformément aux principes relatifs à la responsabilité de l'État ne prêtant pas plus à controverse, la responsabilité des « États contractants » au sens de l'article 33 § 1 de la *Convention de 1951* s'étendra également :
- (a) au comportement d'un organe mis à la disposition de l'État par un autre État, pour autant que cet organe agisse dans l'exercice de prérogatives de puissance publique de l'État à la disposition duquel il se trouve ;⁵⁹
 - (b) au comportement d'une personne ou d'un groupe de personnes agissant en fait sur les instructions ou les directives ou sous le contrôle de cet État ;⁶⁰
 - (c) au comportement d'une personne ou d'un groupe de personnes exerçant en fait des prérogatives de puissance publique en cas d'absence ou de carence des autorités officielles et dans des circonstances qui requièrent l'exercice de ces prérogatives ;⁶¹ et
 - (d) au comportement qui n'est pas attribuable à l'État, selon les articles précédents, mais qui a été reconnu et adopté par cet État comme sien.⁶²
- 61 — Ces principes seront particulièrement pertinents pour la détermination de l'application du principe du non-refoulement dans les cas de mesures prises par des agents ou des organes agissant au nom de l'État ou dans l'exercice de la puissance publique aux postes d'embarquement, de transit, dans les zones internationales, etc. En principe, en fonction des faits de l'espèce, l'interdiction du refoulement s'appliquera donc aux cas où des organes d'autres États, des entreprises privées (comme des transporteurs, des agents chargés de contrôler les documents en transit, etc.) ou d'autres personnes agissent au nom d'un État contractant ou dans l'exercice de prérogatives de puissance publique de cet État. Un acte de refoulement effectué, par exemple, par un transporteur aérien privé ou par un agent affecté au transit agissant conformément à l'autorité statutaire engagera donc la responsabilité de l'État concerné.
- (b) La responsabilité de l'État contractant est-elle limitée à ce qui se passe sur son territoire ?
- 62 — La responsabilité de l'État contractant pour son propre comportement et celui de ceux qui agissent sous son autorité n'est pas limitée aux actes qui ont lieu sur son territoire. Une telle responsabilité va finalement dépendre de la question de savoir si le

58. Commission du droit international, Articles sur la responsabilité de l'État pour fait internationalement illicite, A/CN.4/L.602, 31 mai 2001.

59. Articles sur la responsabilité de l'État, article 6.

60. *Ibid.*, article 8.

61. *Ibid.*, article 9.

62. *Ibid.*, article 11.

comportement incriminé peut être attribué à cet État et non celle de savoir s'il a lieu sur son territoire ou en dehors.

- 63 — De manière générale, les États sont responsables du comportement des personnes « soumises à ou relevant de leur compétence ». Ces termes ou des termes similaires sont souvent mentionnés dans les traités relatifs aux droits de l'Homme.⁶³ La question de savoir si une personne relève de la compétence d'un État ne dépendra donc pas de la question de savoir si elle se trouvait sur le territoire de l'État concerné mais si, par rapport au comportement incriminé, elle était sous le contrôle effectif de cet État ou était affectée par ceux agissant au nom de cet État.
- 64 — Bien que ce soit dans le cadre de traités autres que la *Convention de 1951*, cette question a été abordée à la fois par le Comité des droits de l'Homme et par la Cour européenne des droits de l'Homme en des termes applicables ici.
- 65 — Par exemple, dans l'affaire *Lopez Burgos c. Uruguay* concernant l'arrestation, la détention et les mauvais traitements présumés infligés à Lopez Burgos en Argentine par des membres des « forces uruguayennes de sécurité et de renseignement », le Comité des droits de l'Homme a déclaré :

Bien que l'arrestation et la détention initiale et les mauvais traitements infligés à Lopez Burgos soient présumés avoir eu lieu sur un territoire étranger, ni l'article 1 du Protocole facultatif (« ...particuliers relevant de sa juridiction... »), ni l'article 2 § 1 du Pacte (« ...individus se trouvant sur leur territoire et relevant de leur compétence... ») n'empêchent le Comité de prendre en considération ces allégations, ainsi que la plainte concernant un enlèvement ultérieur vers le territoire uruguayen, dans la mesure où ces actes ont été perpétrés par des agents uruguayens agissant sur un sol étranger.

Les conclusions ci-dessus ne sont pas remises en cause par l'article 1 du *Protocole facultatif* qui mentionne les « particuliers relevant de sa juridiction » parce que celui-ci ne renvoie pas à l'endroit où la violation a eu lieu mais plutôt au lien entre le particulier et l'État en relation avec une violation d'un des droits prévus par le Pacte, quel que soit l'endroit où elle ait eu lieu. L'article 2 § 1 du Pacte donne obligation aux États parties de respecter et garantir les droits reconnus dans le Pacte « à tous les individus se trouvant sur leur territoire et relevant de leur compétence » mais *cela n'implique pas que l'État partie concerné ne peut pas être tenu pour responsable des violations des droits reconnus dans le Pacte commises par ses agents sur le territoire d'un autre État*, que ce soit avec l'approbation du gouvernement de cet État ou en opposition avec ce dernier [...].

[...] Il serait inadmissible de donner une interprétation de la responsabilité prévue à l'article 2 du Pacte qui revienne à permettre à un État partie de commettre sur le territoire d'un autre État des violations du Pacte qu'il ne pourrait pas commettre sur son propre territoire.⁶⁴

63. Voir, par exemple, l'article 2 § 1 du *PIDCP*, l'article 1 du *Protocole facultatif de 1966* se rapportant au *PIDCP*, la résolution de l'Assemblée générale des Nations Unies 2200A (XXI), l'article 1 de la *CEDH* et l'article 1 § 1 de la *CADH*.

64. Communication N° 52/1979, *Lopez c. Uruguay*, Constatations du Comité des droits de l'Homme du 29 juillet 1981, para. 12.1-12.3 (c'est nous qui soulignons) (traduction libre). Voir également la Communication N° 56/1979, *de Casariego c. Uruguay*, Constatations du Comité des droits de l'Homme du 29 juillet 1981, para. 10.1-10.3.

- 66 — La même opinion a été exprimée par la Cour européenne des droits de l'Homme. Par exemple, dans l'affaire *Loizidou c. Turquie*, la question de savoir si les actes commis par les troupes turques en dehors de la Turquie pouvaient relever de la juridiction de la Turquie a été soulevée. En concluant que cela pouvait effectivement être le cas, la Cour européenne des droits de l'Homme a déclaré :

La notion de « juridiction » au sens [de l'article 1 de la *Convention européenne des Droits de l'Homme*] ne se circonscrit pas au territoire national des Hautes Parties contractantes. Par exemple, selon sa jurisprudence constante, l'extradition ou l'expulsion, d'une personne par un État contractant peut soulever un problème au regard de l'article 3, donc engager la responsabilité de l'État en cause au titre de la Convention...De plus, la responsabilité des Parties contractantes peut entrer en jeu à raison d'actes émanant de leurs organes et se produisant sur ou en dehors de leur territoire.

Compte tenu de l'objet et du but de la Convention, une Partie contractante peut également voir engager sa responsabilité lorsque, par suite d'une action militaire — légale ou non —, elle exerce en pratique le contrôle sur une zone située en dehors de son territoire national. L'obligation d'assurer dans une telle région le respect des droits et libertés garantis par la Convention découle du fait de ce contrôle, qu'il s'exerce directement, par l'intermédiaire des forces armées de l'État concerné ou par le biais d'une administration locale subordonnée.⁶⁵

- 67 — Le raisonnement développé dans ces affaires permet de suggérer plus généralement que des personnes relèveront de la juridiction d'un État dans les situations où on peut considérer qu'elles sont sous le contrôle effectif de cet État ou qu'elles sont affectées par ceux qui agissent au nom de l'État plus généralement, quel que soit l'endroit où l'acte a lieu. Il s'ensuit que le principe du non-refoulement s'appliquera au comportement des agents de l'État ou de ceux agissant au nom de l'État *quel que soit l'endroit où l'acte a lieu*, que ce soit au-delà du territoire national de l'État en cause, aux postes frontières ou à d'autres points d'entrée, dans des zones internationales, à des points de transit, etc.

2. Comportement interdit

- 68 — Il faut maintenant prendre en considération la nature de l'acte interdit par l'article 33 § 1. Qu'entend-on par la phrase « expulser ou refouler (...) de quelque manière que ce soit » ?
- 69 — Comme les mots « de quelque manière que ce soit » l'indiquent, l'intention évidente était d'interdire tout acte de renvoi ou de rejet qui mettrait la personne concernée en danger. La description formelle de l'acte, que ce soit expulsion, déportation, retour ou rejet, n'a pas d'importance.
- 70 — Il a parfois été avancé que le non-refoulement ne s'appliquait pas aux actes d'extradition ou de refus d'admission à la frontière. Pour soutenir cette allégation, il a été fait

65. *Loizidou c. Turquie (Exceptions préliminaires)*, Cour européenne des droits de l'Homme, Arrêt du 23 février 1995, Série A, N° 310, 103 ILR 622, para.62-3. Les notes contenues dans le texte ont été omises.

référence aux commentaires émis par certaines délégations au cours du processus de rédaction selon lesquelles l'article 33 § 1 s'entendait sans préjudice de l'extradition.⁶⁶ Il a également été affirmé que le non-refoulement ne peut pas être considéré comme fondant un droit à l'asile, un droit qui n'est pas accordé par la *Convention de 1951* ni par le droit international plus généralement.

(a) Applicabilité à l'extradition

- 71 — Plusieurs raisons plaident pour que l'extradition ne soit pas considérée comme étant hors du champ d'application de l'article 33 § 1. Tout d'abord, les termes de l'article 33 § 1 sont clairs. Dans la phrase « de quelque manière que ce soit », il ne fait aucun doute que la notion de refoulement doit être considérée de manière large et sans limite. Rien n'indique, ni dans la formulation du principe à l'article 33 § 1, ni dans les exceptions prévues à l'article 33 § 2, que l'extradition serait en dehors de son champ d'application.
- 72 — Deuxièmement, le fait que les accords en matière d'extradition doivent être interprétés conformément à l'interdiction du refoulement ressort de manière évidente à la fois des termes mêmes d'un certain nombre de conventions multilatérales fixant des normes dans ce domaine et de l'exception pour les infractions politiques qui est une caractéristique commune à la plupart des arrangements bilatéraux en matière d'extradition. L'article 3 § 2 de la *Convention européenne d'extradition de 1957* et l'article 4 § 5 de la *Convention interaméricaine d'extradition de 1981*, mentionnée plus haut, vont dans ce sens.
- 73 — Troisièmement, si une incertitude subsiste sur ce point, elle est écartée par les termes sans ambiguïtés de la Conclusion No. 17 (XXXI) de 1980 du Comité exécutif qui a réaffirmé le caractère fondamental du principe du non-refoulement, a reconnu que les réfugiés devraient bénéficier d'une protection contre l'extradition vers un pays où ils craignent avec raison d'être persécutés, a appelé les États à veiller à ce qu'il soit dûment tenu compte du principe de non-refoulement dans les traités relatifs à l'extradition et dans la législation nationale sur la question et a exprimé l'espoir qu'il serait dûment tenu compte de ce principe dans l'application des traités existant en matière d'extradition.⁶⁷
- 74 — Quatrièmement, toute exclusion de l'extradition du champ d'application de l'article 33 § 1 amoindrirait de manière significative l'efficacité de la *Convention de 1951* dans la mesure où cela ouvrirait la possibilité pour les États de faire fi de l'interdiction du refoulement en ayant simplement recours au procédé d'une demande d'extradition. Cette lecture de l'article 33 ne serait pas cohérente avec le caractère humanitaire de la Convention et ne saurait être soutenue.

66. Voir, par exemple, la discussion dans *The Refugee Convention, 1951 : The Travaux Préparatoires Analysed with a Commentary by Dr Paul Weis* (Cambridge University Press, 1995), pp. 341-2.

67. Conclusion No.17 (XXXI) 1980, paras. b) — e).

75 — Enfin, nous souhaitons faire remarquer que l'évolution du droit en matière de droits de l'Homme, tant au niveau conventionnel qu'au niveau coutumier, interdit, de manière absolue, d'exposer des personnes au risque de torture ou de peines ou traitements cruels, inhumains ou dégradants, entre autres, par le procédé de l'extradition. Bien que cette évolution ne soit pas en elle-même déterminante pour l'interprétation de l'article 33 § 1 de la *Convention de 1951*, elle est d'une importance considérable dans la mesure où le droit en matière de droits de l'Homme qui s'est développé depuis la conclusion de la *Convention de 1951* constitue une partie essentielle du cadre juridique qui doit, conformément aux observations de la CIJ dans l'affaire *Namibie*, être pris en compte aux fins de son interprétation.

(b) Refus d'admission à la frontière

76 — Concernant le refus d'admission ou la non-admission à la frontière, la *Convention de 1951* et le droit international en général ne prévoient pas un droit à l'asile. Cela ne signifie toutefois pas que les États ont une liberté totale de refuser l'admission à la frontière des personnes ayant une crainte fondée de persécution. Cela signifie que lorsque les États ne sont pas prêts à accorder l'asile aux personnes ayant une crainte fondée de persécution, ils doivent faire en sorte de ne pas les refouler. Cela peut impliquer le renvoi vers un pays tiers sûr ou d'autres solutions comme la protection temporaire ou le refuge provisoire. Selon nous, aucune autre analyse n'est compatible avec les termes de l'article 33 § 1.

77 — Un certain nombre de considérations vont dans ce sens. Premièrement, des instruments majeurs en matière de protection des réfugiés, adoptés postérieurement à 1951 font explicitement référence au « refus d'admission à la frontière » dans l'énoncé de la nature de l'acte interdit. C'est le cas, par exemple, des *Principes afro-asiatiques de 1966 sur les réfugiés*, de la *Déclaration de 1967 sur l'asile territorial* et de la *Convention de l'OUA de 1969 sur les réfugiés*. Bien que, encore une fois, ces dispositions ne puissent pas être considérées comme déterminantes pour la signification de l'article 33 § 1 de la *Convention de 1951*, elles fournissent des indications utiles pour l'interprétation, indications qui sont d'autant plus importantes en raison de leur cohérence avec le caractère humanitaire commun à tous les instruments concernés.

78 — Deuxièmement, selon une interprétation littérale, le terme « refouler » dans l'article 33 § 1 de la *Convention de 1951* peut être interprété comme englobant le refus d'admission à la frontière. En effet, comme l'a fait remarquer un commentateur, en droit belge et français, le terme « refoulement » couvre généralement le refus d'admission à la frontière.⁶⁸ Dans la mesure où toute ambiguïté dans les termes doit être levée dans un sens favorable à une interprétation cohérente avec le caractère humanitaire de la Convention et à la lumière de la phrase qualificative, nous estimons que l'interprétation à privilégier est celle qui englobe les actes de refus d'admission à la frontière.

68. Weis, *The Refugee Convention, 1951*, p. 342.

79 — Troisièmement, cette analyse est confortée par différentes Conclusions du Comité exécutif. Ainsi, dans la Conclusion No.6 (XXVIII) de 1977, le Comité exécutif a explicitement réaffirmé « l'importance fondamentale de l'observation du principe du non-refoulement — tant à la *frontière* qu'à partir du territoire d'un État ». ⁶⁹ Notre alléga-tion est de plus appuyée par la Conclusion No. 15 (XXX) de 1979 qui, concernant les réfugiés sans pays d'asile, énonce comme principe général que :

Toute mesure par laquelle un réfugié est obligé de regagner ou est renvoyé dans un pays où il a des raisons de craindre la persécution constitue une violation grave du principe reconnu du non-refoulement. ⁷⁰

80 — Le Comité exécutif poursuit en soutenant, en des termes également pertinents par rapport à la question examinée, que :

Tous les États côtiers ont l'obligation humanitaire de permettre aux navires en détresse de chercher refuge dans leurs eaux et d'accorder l'asile ou tout au moins un refuge provisoire aux per-sonnes à bord qui souhaitent chercher asile. ⁷¹

81 — La Conclusion No. 53 (XXXIX) de 1988 concernant les passagers clandestins en quête d'asile va également dans ce sens en indiquant notamment que « comme d'autres personnes en quête d'asile, les passagers clandestins en quête d'asile doivent être protégés contre un retour forcé dans leur pays d'origine ». ⁷²

82 — Ces Conclusions attestent de l'importance primordiale du principe du non-refoule-ment, y compris dans les situations où le demandeur d'asile se présente d'abord à la frontière. Le refus d'admission à la frontière, de même que d'autres formes de refou-lement avant l'admission, seraient incompatibles avec les termes de l'article 33 § 1.

83 — Quatrièmement, cette analyse est également confortée par les principes d'attribution et de juridiction dans le domaine de la responsabilité des États développés plus haut. Un comportement équivalant à un refus d'admission à la frontière — de même que dans des zones de transit ou en haute mer — relèverait selon toute probabilité de l'autorité de l'État et engagerait sa responsabilité. Comme rien n'indique dans l'article 33 § 1 de la *Convention de 1951* qu'il doit faire l'objet d'une quelconque limi-tation territoriale, un tel comportement, ayant comme effet d'exposer la personne concernée à un risque de persécution, serait interdit.

84 — On peut faire remarquer que l'article I.3) du *Protocole de 1967* dispose, entre autres, que le Protocole « sera appliqué par les États qui y sont parties sans aucune limita-tion géographique ». Bien que cette clause fasse manifestement référence aux « événements survenus en Europe » de l'article 1 B 1 de la *Convention de 1951*, elle devrait également être interprétée comme indiquant l'intention plus générale que le

69. Conclusion No. 6 (XXVIII) 1977, para.c) (c'est nous qui soulignons).

70. Conclusion No. 15 (XXX) 1979, para.b).

71. *Ibid.*, para.c) (c'est nous qui soulignons).

72. Conclusion No. 53 (XXXIX) 1988, para.1.

régime protecteur de la *Convention de 1951* et du *Protocole de 1967* ne soit pas soumis à des restrictions géographiques — ou territoriales.

- 85 — Cinquièmement, cette analyse est également confortée par la reconnaissance manifeste dans plusieurs résolutions de l'Assemblée générale que le principe du non-refoulement s'applique aux personnes en quête d'asile de la même façon qu'il s'applique à celles qui se sont vu accorder le statut de réfugié. Ce point est illustré par la résolution 55/74 de l'Assemblée générale des Nations Unies du 12 février 2001 qui, entre autres, énonce ce qui suit :

L'Assemblée générale

...

6. Réaffirme que, comme le stipule l'article 14 de la *Déclaration universelle des droits de l'Homme*, devant la persécution, toute personne a le droit de chercher asile et de bénéficier de l'asile en d'autres pays, et demande à tous les États de s'abstenir de prendre toute mesure portant atteinte au principe du droit d'asile, en particulier de renvoyer ou d'expulser des réfugiés ou demandeurs d'asile en violation des normes internationales en la matière ;

[...]

10. Condamne tous les actes qui font peser une menace sur la sécurité et le bien-être des réfugiés et demandeurs d'asile, tels que le *refoulement*...⁷³

- 86 — Enfin, il faut prendre en considération les évolutions dans le domaine des droits de l'Homme qui exigent que le principe du non-refoulement soit garanti pour toute personne relevant de la juridiction de l'État concerné. Un comportement de refus d'admission à la frontière relèvera normalement de la compétence de l'État pour ce qui a trait à la mise en œuvre des normes de droits de l'Homme. Ces évolutions sont pertinentes pour l'interprétation de l'interdiction de refouler au sens de l'article 33 § 1 de la *Convention de 1951*.

3. Qui est protégé ?

- 87 — La question suivante est de savoir qui est protégé par l'interdiction du refoulement.
- 88 — Les termes de l'article 33 § 1 paraissent clairs à ce sujet. La protection doit être accordée à un « réfugié ». Conformément à l'article 1 A 2 de la *Convention de 1951*, tel qu'amendé par l'article I.2) du *Protocole de 1967*, le terme « réfugié » s'applique à toute personne qui :

craignant avec raison d'être persécutée du fait de sa race, de sa religion, de sa nationalité, de son appartenance à un certain groupe social ou de ses opinions politiques, se trouve hors du pays dont elle a la nationalité et qui ne peut ou, du fait de cette crainte, ne veut se réclamer de la protection de ce pays ; ou qui, si elle n'a pas de nationalité et se trouve hors du pays dans lequel elle avait sa résidence habituelle, ne peut ou, en raison de ladite crainte, ne veut y retourner.

73. A/RES/55/74, 12 février 2001, paras. 6 et 10 (c'est nous qui soulignons).

(a) Le non-refoulement n'est pas limité à ceux qui ont été officiellement reconnus comme réfugiés

- 89 — Certains avancent parfois que le non-refoulement ne peut être invoqué que par ceux qui ont été officiellement reconnus comme réfugiés. Cette affirmation se fonde sur le fait que le statut de réfugié est accordé officiellement en vertu du droit interne une fois qu'il est établi que le demandeur d'asile relève de la définition du « réfugié » selon l'article 1 A 2 de la *Convention de 1951*. Cet argument est dénué de fondement pour plusieurs raisons.
- 90 — L'article 1 A 2 de la *Convention de 1951* ne définit pas le « réfugié » comme une personne *officiellement reconnue* comme craignant avec raison d'être persécutée, etc. Il dispose seulement que le terme s'appliquera à toute personne qui « craignant avec raison d'être persécutée (...) ». En d'autres termes, aux fins de la *Convention de 1951* et du *Protocole de 1967*, une personne qui remplit les conditions de l'article 1 A 2 est un réfugié qu'elle ait été ou non officiellement reconnue comme telle à l'issue d'une procédure de droit interne. Cette question est abordée avec autorité dans le *Guide des procédures et critères à appliquer pour déterminer le statut de réfugié* rédigé par le HCR :
- Une personne est un réfugié, au sens de la *Convention de 1951*, dès qu'elle satisfait aux critères énoncés dans la définition. Cette situation est nécessairement réalisée avant que le statut de réfugié ne soit formellement reconnu à l'intéressé. Par conséquent, la détermination du statut de réfugié n'a pas pour effet de conférer la qualité de réfugié ; elle constate l'existence de cette qualité. Une personne ne devient pas réfugié parce qu'elle est reconnue comme telle, mais elle est reconnue comme telle parce qu'elle est réfugié.⁷⁴
- 91 — Toute autre approche amoindrirait de manière significative l'efficacité et l'utilité des dispositifs protecteurs de la Convention dans la mesure où cela permettrait aux États d'aller à l'encontre de l'application de la Convention en refusant simplement d'étendre le statut formel de réfugié aux personnes satisfaisant aux critères de l'article 1 A 2.
- 92 — Le fait que le régime protecteur de la *Convention de 1951* s'étende aux personnes qui n'ont pas été officiellement reconnues comme réfugiés, ressort également des termes de l'article 31 § 1 de la Convention :
- Les États contractants n'appliqueront pas de sanctions pénales, du fait de leur entrée ou de leur séjour irrégulier, aux réfugiés qui, arrivant directement du territoire où leur vie ou leur liberté était menacée au sens prévu par l'article premier, entrent ou se trouvent sur leur territoire sans autorisation, sous la réserve qu'ils se présentent sans délai aux autorités et leur exposent des raisons reconnues valables de leur entrée ou présence irrégulière.
- 93 — Les réfugiés qui entrent ou séjournent irrégulièrement sur le territoire d'un État n'auront, presque inévitablement, pas été officiellement reconnus réfugiés par l'État concerné. L'article 31 interdit néanmoins l'imposition de sanctions pénales à ces personnes. La seule interprétation raisonnable de cette disposition est que des sanctions

74. HCR, *Guide des procédures et critères à appliquer pour déterminer le statut de réfugié* (Genève, 1979, réédition 1992), par. 28 (ci-après « *Guide du HCR* »)

pénales ne peuvent pas être appliquées à ceux qui relèvent de la définition du réfugié énoncée à l'article 1 A 2 qu'ils aient ou non été officiellement reconnus comme tels. Dans la mesure où l'article 31 s'applique que la personne qui satisfait aux critères de définition d'un réfugié ait été ou non officiellement reconnue comme tel, il s'ensuit *a fortiori* que le même raisonnement s'applique à l'article 33 § 1 de la Convention. Le refoulement d'un réfugié l'exposerait à un risque beaucoup plus important que l'imposition de sanctions pénales pour entrée illégale. Il est par conséquent inconcevable que la Convention soit interprétée comme apportant une plus grande protection dans la seconde situation que dans la première.

- 94 — Cette approche a été affirmée avec constance et sans ambiguïté par le Comité exécutif pendant 25 années. Ainsi, dans la Conclusion No. 6 (XXVIII) de 1977, le Comité exécutif

a réaffirmé l'importance fondamentale de l'observation du principe du non-refoulement — tant à la frontière qu'à partir du territoire d'un État — dans le cas de personnes qui risquent d'être en butte à des persécutions si elles sont renvoyées dans leur pays d'origine, *qu'elles aient ou non été officiellement reconnues comme réfugiés*.⁷⁵

- 95 — Cela a été réaffirmé par la suite par le Comité exécutif dans la Conclusion No. 79 (XLVII) de 1996 et dans la Conclusion No. 81 (XLVIII) de 1997 dans quasiment les mêmes termes :

Le Comité exécutif [...] j) Réaffirme l'importance fondamentale de l'observation du principe du non-refoulement, qui interdit l'expulsion et le retour des réfugiés, de quelque façon que ce soit, aux frontières des territoires où leur vie ou leur liberté serait menacée, en raison de leur race, de leur religion, de leur nationalité, de leur appartenance à un certain groupe social ou de leurs opinions politiques, *qu'ils aient ou non obtenu le statut de réfugié*.⁷⁶

- 96 — La même position a été approuvée par la résolution 52/103 du 9 février 1998 de l'Assemblée générale des Nations Unies dans laquelle cette instance réaffirme, entre autres :

le droit qu'a toute personne de chercher et de trouver asile dans un autre pays pour échapper aux persécutions et, considérant que le droit d'asile est un instrument indispensable à la protection internationale des réfugiés, demande à tous les États de s'abstenir de toute mesure portant atteinte au principe du droit d'asile, en particulier de renvoyer ou d'expulser des réfugiés *ou des demandeurs d'asile* sans tenir compte des instruments internationaux relatifs aux droits de l'Homme, au droit humanitaire et au droit des réfugiés.⁷⁷

Cela a été rappelé par l'Assemblée générale des Nations Unies dans des résolutions ultérieures.⁷⁸

75. Comité exécutif, Conclusion No. 6 (XXVIII) 1977, para. c) (c'est nous qui soulignons)

76. Conclusion No. 79 (XLVII) 1996, para. j) (c'est nous qui soulignons). Le paragraphe i) de la Conclusion No. 81 (XLVIII) 1997 est énoncé en des termes quasiment identiques.

77. A/RES/52/103, 9 février 1998, para. 5 (c'est nous qui soulignons).

78. Voir, par exemple, A/RES/53/125, 12 février 1999, para. 5.

- 97 — D'autres instruments expriment la même approche. Les *Principes afro-asiatiques*, par exemple, font simplement référence aux personnes « en quête d'asile ». De même, la *Déclaration sur l'asile territorial* fait référence aux demandeurs d'asile. La *Convention de l'OUA sur les réfugiés* et la *Convention américaine relative aux Droits de l'Homme* sont énoncées en des termes plus généraux disposant toujours respectivement que « nul ne doit être soumis... » et « en aucun cas, un étranger ne peut être... ».
- 98 — Les évolutions dans le droit des droits de l'Homme interdisent plus généralement le refoulement en cas de risque de torture, de peines ou de traitements cruels, inhumains ou dégradants sans tenir compte du statut de l'intéressé. Cette approche, qui se concentre sur le risque encouru par la personne, reflète le caractère essentiellement humanitaire du principe du non-refoulement. Nonobstant les différences de formulation, la nature et l'objet de ce principe sont les mêmes dans le domaine des droits de l'Homme que dans celui de la *Convention de Genève*. Tous deux seraient affaiblis s'il était exigé que, pour que le principe protège les personnes en danger, elles doivent d'abord avoir été officiellement reconnues comme relevant d'un statut ou d'un autre.
- 99 — Par conséquent, et pour résumer, le sujet de la protection accordée par l'article 33 § 1 de la *Convention de 1951* est un « réfugié » au sens de la définition de l'article 1 A 2 de la Convention, tel qu'amendé par le *Protocole de 1967*. En tant que tel, le principe du non-refoulement s'appliquera à ces personnes qu'elles aient été ou non officiellement reconnues comme réfugiés. Le non-refoulement selon l'article 33 § 1 de la *Convention de 1951* protégera donc tant les réfugiés que les demandeurs d'asile.

(b) Nécessité d'examiner chaque cas individuellement

- 100 — La mise en œuvre du principe du non-refoulement nécessite en général un examen des faits de chaque cas individuel. En particulier, un refus de protection, en l'absence d'examen de la situation individuelle, ne serait pas conforme à l'interdiction du refoulement.
- 101 — L'importance d'un tel examen, comme condition préalable à tout refus de protection, ressort clairement de la Conclusion No. 30 (XXXIV) de 1983 du Comité exécutif relative au problème des demandes du statut de réfugié ou d'asile manifestement infondées ou abusives. Reconnaisant le problème causé par de telles demandes et les « graves conséquences qu'une décision erronée entraîne pour le demandeur et la nécessité qui en découle d'accompagner la décision prise de garanties procédurales appropriées », le Comité exécutif a recommandé ce qui suit :

comme pour toutes les demandes de détermination du statut de réfugié ou d'octroi de l'asile, il faudrait qu'un fonctionnaire pleinement qualifié et, autant que possible, un fonctionnaire du service compétent pour déterminer le statut de réfugié ait avec le demandeur un entretien personnel complet.⁷⁹

79. Comité exécutif, Conclusion No. 30 (XXXIV) 1983, para. e)i).

102 — Ces principes directeurs reflètent ceux développés antérieurement par le Comité exécutif concernant la détermination du statut de réfugié de façon plus générale.⁸⁰

(c) **Afflux massif**

103 — La condition requise d'examiner la situation individuelle avant tout refus de protection selon l'article 33 § 1 ne doit pas être considérée comme un moyen d'empêcher l'application du principe du non-refoulement dans les cas d'afflux massifs de réfugiés ou de demandeurs d'asile. Bien qu'en référence à des commentaires faits au cours des travaux préparatoires de la *Convention de 1951*, il ait été parfois dit que le principe ne s'appliquait pas à de telles situations, cette opinion n'a aucun fondement. Elle n'est confortée ni par le texte adopté, ni par la pratique ultérieure.

104 — Les termes de l'article 33 § 1 ne donnent aucune raison d'écarter l'application du principe dans les situations d'afflux massifs. Au contraire, si on l'interprète à la lumière de l'objet humanitaire du traité et du caractère fondamental du principe, il doit s'appliquer, à moins que son application ne soit clairement exclue.

105 — L'applicabilité du principe dans de telles situations a également été affirmée sans ambiguïté par le Comité exécutif. Ce dernier a déclaré dans la Conclusion No. 22 (XXXII) :

I. Principes généraux

[...]

2. Les personnes en quête d'asile appartenant aux cas d'arrivées massives ont souvent des difficultés à trouver des solutions durables par le rapatriement librement consenti, l'installation sur place ou la réinstallation dans un pays tiers. Les arrivées massives posent souvent de sérieux problèmes aux États, ce qui fait que certains, bien qu'ils se soient engagés à trouver des solutions durables, n'ont pu qu'accueillir les personnes en quête d'asile sans s'engager, au moment de l'admission, à assurer l'installation permanente de ces personnes sur leur territoire.

3. Il est donc absolument indispensable, pour faire en sorte que les personnes en quête d'asile bénéficient d'une entière protection en cas d'arrivées massives, de réaffirmer les normes minimales de base applicables à leur traitement en attendant que des dispositions soient prises pour trouver une solution durable et de prendre des dispositions efficaces au titre de la solidarité internationale et du partage des charges pour venir en aide aux pays qui reçoivent en grand nombre des personnes en quête d'asile.

II. Mesures de protection

A. Admission et non-refoulement

1. En cas d'arrivées nombreuses, les personnes en quête d'asile doivent être admises dans les États où elles cherchent refuge d'abord, et si l'État concerné n'est pas en mesure de les admettre à titre durable, il doit toujours les admettre, au moins à titre temporaire, et leur offrir sa protection, conformément aux principes énoncés ci-après. Les personnes en quête d'asile doivent

80. Voir Comité exécutif, Conclusion No. 8 (XXVIII) 1977.

être admises, sans discrimination fondée sur la race, la religion, l'opinion politique, la nationalité, le pays d'origine ou l'incapacité physique.

2. Dans tous les cas, le principe fondamental du non-refoulement — y compris le non-refus d'admission à la frontière — doit être scrupuleusement respecté.⁸¹

106 — Le Comité exécutif a exprimé la même opinion en réponse à la crise humanitaire en Ex-Yougoslavie dans la Conclusion No. 74 (XLV) de 1994.⁸²

107 — D'autres évolutions en matière de protection des réfugiés reflètent également l'opinion des États selon laquelle le non-refoulement s'applique dans les situations d'afflux massifs. Ainsi, l'application du principe à ces situations est expressément mentionnée à la fois dans la *Convention de l'OUA sur les réfugiés* et dans la *Déclaration de Carthagène* et il y est fait constamment référence par l'Assemblée générale des Nations Unies en tant que principe fondamental de protection des réfugiés et des demandeurs d'asile.

108 — Plus récemment, l'application du principe du non-refoulement dans les cas de « protection temporaire » — un concept conçu pour régler les difficultés posées par les situations d'afflux massif — a été clairement admise. Cela est illustré par la *Proposition de directive du Conseil relative à des normes minimales pour l'octroi d'une protection temporaire en cas d'afflux massif de personnes déplacées* actuellement en préparation par la Commission des Communautés européennes.⁸³ Le caractère fondamental du principe du non-refoulement dans les situations d'afflux massif est affirmé dans la première phrase de l'exposé des motifs de la proposition de la Commission, comme suit :

Ainsi que les conclusions de la Présidence au Conseil européen de Tampere en octobre 1999 le prévoient, un système d'asile européen commun doit être fondé sur l'application intégrale et globale de la *Convention de Genève* et le maintien du principe de non-refoulement.

109 — La proposition affirme ensuite l'importance du principe du non-refoulement à plusieurs reprises.⁸⁴ La question est, par exemple, abordée en termes très clairs dans le

81. Conclusion No. 22 (XXXII) 1981.

82. Conclusion No. 74 (XLV) 1994, para. r).

83. Commission des Communautés européennes, *Proposition de directive du Conseil relative à des normes minimales pour l'octroi d'une protection temporaire en cas d'afflux massif de personnes déplacées et à des mesures tendant à assurer un équilibre entre les efforts consentis par les États membres pour accueillir ces personnes et supporter les conséquences de cet accueil*, version provisoire, mai 2000. Sur la base de cette proposition, une Directive a été adoptée par le Conseil lors de sa réunion des 28 et 29 mai 2001. Le texte final de la Directive n'a pas encore été publié. [Note de la rédaction : le texte final de la Directive a été formellement adopté par le Conseil le 20 juillet 2001 et publié au JO 2001 N° L212/12. L'article 3 § 2 réaffirme : « Les États membres mettent en œuvre la protection temporaire dans le respect des droits de l'Homme et des libertés fondamentales et de leurs obligations en matière de non-refoulement ».]

84. Voir proposition, articles 6 § 2 et 27.

commentaire de l'article 6 § 2 de la proposition définissant les conditions d'expiration de la protection temporaire comme suit :

Le paragraphe définit l'élément fondant la décision du Conseil [relativement à l'expiration de la protection temporaire]. Il doit être constaté que les retours des personnes bénéficiant de la protection doivent pouvoir se dérouler dans la sécurité et dans la dignité dans un contexte stabilisé et dans des conditions où la vie ou la liberté des personnes concernées ne sera pas menacée en raison de leur race, religion, nationalité, appartenance à un groupe social ou leurs opinions politiques ou encore qu'elles ne seront pas soumises à la torture ni à des peines ou traitements inhumains ou dégradants. Les notions de sécurité et la dignité pour les retours impliquent la disparition des causes ayant suscité l'afflux massif, éventuellement un processus de paix et de reconstruction, des conditions garantissant le respect du droit des personnes et de l'État de droit.⁸⁵

- 110 — Plus récemment encore, le HCR, au sujet des pratiques des États en matière de protection de réfugiés dans les situations d'afflux massif a fait part de l'observation suivante en février 2001 :

La détermination collective « *prima facie* » [du statut de réfugié] signifie essentiellement la reconnaissance par un État du statut de réfugié sur la base des circonstances apparentes et objectives dans le pays d'origine motivant l'exode. Son objectif est d'assurer l'admission vers la sécurité, la protection contre le refoulement et le traitement humanitaire de base à ceux qui en ont absolument besoin. On y a largement recours en Afrique et en Amérique latine ainsi que dans les pays confrontés à des afflux massifs, comme en Asie du Sud, et qui n'ont pas de cadre juridique en matière de réfugiés.⁸⁶

- 111 — Cela ne signifie pas que la protection des réfugiés en cas d'afflux massif est exempte de difficultés. Ce n'est pas le cas. Mais nous n'avons pas trouvé de preuves significatives pour estimer que ces difficultés écartent l'application du principe du non-refoulement. L'article 33 § 1 est clairement pertinent et applicable dans les situations d'afflux massif.

4. Le lieu vers lequel le refoulement est interdit

(a) « Territoires » et non « États »

- 112 — Nous allons examiner maintenant l'identification du lieu vers lequel le refoulement est interdit c'est-à-dire la signification des termes « sur les frontières des territoires ».
- 113 — Il convient de noter tout d'abord que l'expression ne fait pas référence seulement au pays d'origine du réfugié ou du demandeur d'asile (que ce soit le pays de nationalité ou de résidence habituelle), même si la crainte de persécution dans ce territoire peut très bien être à l'origine de la demande de protection de l'intéressé. Il est fait référence aux frontières « des territoires » au pluriel. Cela signifie clairement que le

85. Exposé des motifs, article 6 § 2.

86. HCR, *Protection des réfugiés lors d'afflux massifs : cadre général de la protection*, EC/GC/01/4, 19 février 2001 paragraphe 6.

refoulement est interdit vers les frontières de *tout* territoire dans lequel l'intéressé est en danger — que ces territoires soient ou non son pays d'origine.

114 — En second lieu, il est important de remarquer que le terme utilisé est « territoires » et non « pays » ou « États ». Cela implique que le statut juridique du lieu vers lequel la personne peut être envoyée importe peu. La question pertinente est de savoir si l'intéressé sera en danger à cet endroit. Cela a également une signification plus large dans la mesure où cela suggère que le principe du non-refoulement s'appliquera aussi dans les situations où le réfugié ou le demandeur d'asile se trouve à l'intérieur de son pays d'origine mais néanmoins sous la protection d'un autre État contractant. Cela peut arriver, par exemple, dans les situations où un réfugié ou un demandeur d'asile trouve refuge à l'intérieur de la mission diplomatique d'un autre État ou bénéficie de la protection des forces armées d'un autre État engagé dans des opérations de maintien de la paix ou dans un autre rôle dans le pays d'origine. En principe, dans de telles situations, l'État qui protège sera soumis à l'interdiction de refouler vers un territoire où l'intéressé serait en danger.

(b) « Pays tiers »

115 — La même interdiction empêche également le renvoi d'un réfugié ou d'un demandeur d'asile vers un État tiers dans les situations où il existe un risque qu'il soit renvoyé de ce lieu vers un territoire où il serait en danger.

116 — L'article 33 § 1 ne peut toutefois pas être interprété comme empêchant le renvoi vers un pays tiers « sûr », c'est-à-dire un pays dans lequel il n'existe aucun danger du type décrit ci-dessus. L'interdiction du refoulement ne s'applique qu'en direction des territoires où le réfugié ou le demandeur d'asile serait en danger, pas plus. Il est cependant exigé qu'un État envisageant de renvoyer un réfugié ou un demandeur d'asile évalue de manière appropriée si le pays tiers concerné est effectivement sûr.

117 — Cette interprétation de l'article 33 § 1 est confirmée par de nombreuses sources. Premièrement, dans le domaine des droits de l'Homme, il est clair que le non-refoulement empêche « le renvoi indirect [...] vers un pays intermédiaire » dans les situations où il existe un risque de refoulement ultérieur de la personne vers un territoire où elle serait en danger.⁸⁷ L'État concerné a la responsabilité de garantir que l'intéressé n'est pas exposé à un tel risque.

118 — Deuxièmement, plusieurs instruments adoptés depuis 1951 dans le domaine des réfugiés prévoient qu'un État qui envisage de renvoyer un réfugié ou un demandeur d'asile doit examiner s'il existe une possibilité que cette personne soit ensuite renvoyée vers un lieu dangereux. Ainsi, les *Principes afro-asiatiques sur les réfugiés* interdisent les mesures « qui aboutiraient à obliger [une personne demandant l'asile] à retourner ou à demeurer dans un territoire » où elle serait en danger. De façon simi-

87. *T.I. c. Royaume-Uni*, Requête N° 43844/98, Décision sur la recevabilité, 7 mars 2000, [2000] INLR 211, § 28.

laire, la *Convention de l'OUA sur les réfugiés* interdit les mesures qui « obligerait [une personne] à retourner ou à demeurer dans un territoire » où elle serait en danger. À la lumière du caractère humanitaire commun à la *Convention de 1951* et à ces instruments postérieurs, la formulation plus large de ces derniers permet d'interpréter l'article 33 § 1 de la *Convention de 1951* comme empêchant le renvoi vers un lieu où le réfugié risquerait d'être ensuite renvoyé vers un territoire dangereux.

- 119 — Troisièmement, d'après les informations fournies par le HCR, les États ayant recours à des politiques de « pays sûr » semblent bien accepter que le principe du non-refoulement exige de tenir compte de tout risque auquel l'intéressé pourrait être exposé d'être renvoyé, par la suite, vers un territoire dangereux. En d'autres termes, les politiques de « pays sûr » semblent être fondées sur le fait que, dans l'appréciation du caractère sûr du pays vers lequel le réfugié est initialement envoyé, on tient compte de la sécurité contre tout refoulement ultérieur vers un lieu dangereux.
- 120 — Quatrièmement, cette opinion est également expressément affirmée dans la Conclusion No. 58 (XL) de 1989 du Comité exécutif qui, au sujet des réfugiés et des demandeurs d'asile quittant de façon irrégulière un pays où la protection leur a déjà été accordée, énonce qu'ils peuvent être renvoyés dans ce pays « s'ils sont protégés contre des mesures de refoulement ».
- 121 — Compte tenu de ces différents éléments, l'interdiction de refoulement prévue à l'article 33 § 1 de la *Convention de 1951* doit être interprétée comme englobant l'expulsion, le renvoi ou tout autre transfert d'un réfugié ou d'un demandeur d'asile tant vers un territoire où il encourrait un danger direct que vers un territoire où il risquerait par la suite d'être expulsé, renvoyé ou transféré vers un autre territoire où il encourrait un danger.

5. La menace pour la vie ou la liberté

- 122 — Examinons maintenant la signification des termes « où sa vie ou sa liberté serait menacée ».
- 123 — Le bon sens dicte qu'il y a assimilation entre la menace qui empêche le refoulement et celle qui se trouve au cœur de la définition du terme « réfugié » au sens de l'article 1 A 2 de la *Convention de 1951*, à savoir que l'intéressé a une crainte fondée de persécution. Toute autre approche mènerait à une discordance dans la mise en œuvre de la Convention. Au nom de la cohérence interne de la Convention, les termes « où sa vie ou sa liberté serait menacée » à l'article 33 § 1 doivent donc être interprétés comme englobant les territoires par rapport auxquels un réfugié ou un demandeur d'asile « craint avec raison d'être persécuté ».
- 124 — Cette interprétation de l'article 33 § 1 est confortée par les travaux préparatoires de la Convention et les commentaires qui les accompagnent. Ainsi, par exemple, le docteur Paul Weis, ancien Directeur du Département juridique du HCR, a commenté l'utilisation de ces termes tant à l'article 31 § 1 qu'à l'article 33 § 1 de la *Convention de 1951* :

Les termes « où leur vie ou leur liberté serait menacée » [à l'article 31 § 1] peuvent donner l'impression qu'une autre norme est exigée par rapport au statut de réfugié défini à l'article 1. Ce n'est cependant pas le cas. Le projet rédigé par le Secrétariat faisait référence aux réfugiés « échappant à la persécution » et à l'obligation de ne pas renvoyer des réfugiés « vers la frontière de leur pays d'origine ou vers des territoires où leur vie ou leur liberté serait menacée en raison de leur race, de leur religion, de leur nationalité ou de leurs opinions politiques ». Au cours du processus d'élaboration, les expressions « pays d'origine », « territoires où leur vie ou leur liberté était menacée » et « pays dans lequel il est persécuté » ont été employées de manière interchangeable.

[...]

Les termes « vers les frontières où sa vie ou sa liberté serait menacée » [à l'article 33 § 1] ont la même signification qu'à l'article 31 § 1, c'est-à-dire la même signification que l'expression « craint avec raison d'être persécuté » énoncée à l'article 1 A 2 de la Convention. Cela s'applique au pays d'origine du réfugié et à tout autre pays où il craint également avec raison d'être persécuté ou où il risque d'être renvoyé dans son pays d'origine ». ⁸⁸

125 — Le Professeur Atle Grahl-Madsen a exprimé la même conclusion dans une étude riche et originale sur la *Convention de 1951* :

La référence aux « territoires où sa vie ou sa liberté serait menacée » ne se prête pas à une interprétation plus restrictive que le concept de « crainte avec raison d'être persécuté » ; cela signifie que tout type de persécution qui ouvre droit au statut de réfugié conventionnel à une personne doit être considéré comme une menace à la vie ou à la liberté telle que prévue à l'article 33. ⁸⁹

126 — À la lumière de ces commentaires, il n'y a guère de doute que les termes « où sa vie ou sa liberté serait menacée » doivent être interprétés comme englobant la crainte fondée de persécution qui est capitale pour la définition d'un « réfugié » au sens de l'article 1 A 2 de la Convention. L'article 33 § 1 interdit donc le refoulement vers les frontières des territoires sur lesquels un réfugié craint avec raison d'être persécuté.

127 — Nonobstant cette conclusion, il reste la question de savoir si la notion de menace énoncée à l'article 33 § 1 n'est en fait pas plus large que le simple risque de persécution. En particulier, dans la mesure où une menace à la vie ou à la liberté peut survenir autrement que comme conséquence d'une persécution, la question est de savoir si le refoulement serait également interdit dans cette situation.

128 — Plusieurs facteurs poussent à dire qu'une interprétation large de la menace décrite à l'article 33 § 1 est justifiée. Premièrement, comme cela a été dit, l'Assemblée générale des Nations Unies a étendu la compétence du HCR au cours des 50 dernières années pour inclure les personnes fuyant des situations de violence plus généralisée. Dans la mesure où le concept de « réfugié » a évolué pour inclure de telles situations, la portée de l'article 33 § 1 doit également avoir évolué dans ce sens. Cet article doit donc être

88. Weis, *The Refugee Convention, 1951*, pp. 303 et 341 (traduction libre).

89. A. Grahl-Madsen, *Commentary on the Refugee Convention 1951 : Articles 2-11, 13-37* (Division de la Protection internationale du HCR, Genève, 1997), pp. 231-2 (traduction libre).

interprété comme incluant les situations de violence généralisée qui créent une menace à la vie ou à la liberté que cela fasse suite ou non à une persécution.

- 129 — Deuxièmement, cette interprétation large est en fait cohérente avec les termes mêmes de l'article 33 § 1. Au regard de l'objectif humanitaire de la Convention, le régime protecteur de l'article 33 § 1 doit être interprété généreusement de façon à favoriser la protection la plus large possible en cohérence avec ses dispositions.
- 130 — Troisièmement, cette interprétation de l'article 33 § 1 est confortée par diverses Conclusions du Comité exécutif qui identifient la fonction du HCR et la portée du non-refoulement en termes de « mesures visant à garantir la sécurité physique des réfugiés et des personnes en quête d'asile » et de protection contre le « risque d'être soumis à la torture ». ⁹⁰
- 131 — Quatrièmement, une formulation large va également dans le sens de l'approche adoptée dans divers instruments depuis 1951. Ainsi, par exemple, la *Convention américaine relative aux droits de l'Homme* mentionne un risque de violation du « droit à la vie ou à la liberté personnelle ». Les *Principes afro-asiatiques sur les réfugiés* et la *Convention de l'OUA sur les réfugiés* font tous deux référence aux situations menaçant « la vie, l'intégrité corporelle ou la liberté ». La *Déclaration de Carthagène* parle de menaces contre « la vie, la sécurité ou la liberté ». La *Déclaration sur l'asile territorial*, tout aussi large mais dans une autre mesure, fait simplement référence à un risque de « persécution » sans autre précision.
- 132 — Cinquièmement, les évolutions dans le domaine des droits de l'Homme sont également pertinentes. Dans la mesure où, dans ce domaine, il existe désormais une interdiction absolue de refoulement lorsqu'il y a un risque réel que la personne concernée puisse être soumise à la torture ou à des peines ou traitements cruels, inhumains ou dégradants, l'article 33 § 1 doit être interprété comme englobant cet élément. Les termes « où sa vie ou sa liberté serait menacée » doivent donc être interprétés comme incluant les situations où il existe un risque réel de torture ou de peines ou traitements cruels, inhumains ou dégradants.
- 133 — À la lumière de ces considérations, les termes « où sa vie ou sa liberté serait menacée » doivent être conçus comme englobant les situations où un réfugié ou un demandeur d'asile a) craint avec raison d'être persécuté, b) est exposé à un risque réel de torture ou de peines ou traitements cruels, inhumains ou dégradants ou c) est exposé à d'autres menaces contre la vie, l'intégrité corporelle ou la liberté.
- 134 — Un élément supplémentaire nécessite d'être commenté, à savoir la probabilité que la menace se matérialise. Quel degré de probabilité la menace doit-elle présenter pour déclencher la mise en œuvre du principe du non-refoulement ? A quel niveau de

90. Voir, par exemple, Conclusion No. 29 (XXXIV) 1983, para. b) ; Conclusions No. 79 (XLVII) 1996 et 81 (XLVIII) 1997, respectivement para. j) et i).

preuve un réfugié ou un demandeur d'asile va-t-il être soumis dans le cadre de cette disposition ?

- 135 — En s'appuyant sur le niveau de preuve requis en matière de détermination du statut de réfugié aux fins de l'article 1 A 2, la question de savoir si un réfugié craint avec raison d'être persécuté ou est exposé à un risque réel de torture, etc. ou à une autre menace contre sa vie, son intégrité corporelle ou sa liberté devra être établie « dans une mesure raisonnable » en tenant compte de tous les faits pertinents.⁹¹ Ce seuil exigera plus qu'une simple conjecture concernant une crainte mais moins qu'une preuve s'élevant au niveau de la probabilité ou de la certitude. En faisant nôtre la formulation utilisée par le Comité des droits de l'Homme et par la Cour européenne des droits de l'Homme concernant le non-refoulement dans un contexte de droits de l'Homme, le test approprié reviendra à la question de savoir s'il peut être démontré que la personne concernée serait exposée à un « risque réel » de persécution ou à une autre menace pertinente.⁹²

6. La nature de la menace

- 136 — Le dernier élément de l'article 33 § 1 concerne la nature de la menace contre le réfugié, définie comme une menace « en raison de sa race, de sa religion, de sa nationalité, de son appartenance à un certain groupe social ou de ses opinions politiques ».
- 137 — Cet élément, dont la terminologie est empruntée à la définition du terme « réfugié » au sens de l'article 1 A 2 de la Convention, sert à qualifier la menace envisagée à l'article 33 § 1. Ainsi, selon une interprétation restrictive de l'article, une menace contre la vie ou la liberté ne relèverait du champ d'application de cette disposition que si elle est liée à la race, à la religion, à la nationalité, à l'appartenance à un certain groupe social ou aux opinions politiques.
- 138 — À la lumière des conclusions développées plus haut consistant à dire que la menace prévue à l'article 33 § 1 doit être interprétée de manière large afin d'inclure les évolutions tant du mandat du HCR que des droits de l'Homme plus généralement, la question qui se pose est celle de savoir quel poids doit maintenant être donné à cette phrase qualificative. Que se passerait-il si la vie ou la liberté était menacée ou si la persécution était crainte pour d'autres raisons que celles énoncées ? Dans quelle mesure est-il nécessaire que le réfugié établisse non seulement une menace contre sa vie ou sa liberté mais également qu'il est menacé pour une de ces raisons spécifiques ? Le problème se pose en particulier quand la fuite du réfugié est provoquée par une situation de violence généralisée dans le pays d'origine.
- 139 — Dans de telles situations, il est approprié d'examiner la question de manière plus large. Ce sont les faits qui importent — le fait que l'intéressé soit, de manière objecti-

91. *Guide du HCR*, para. 42.

92. Cette question est développée plus loin.

vement perceptible, exposé à une menace de persécution ou une menace contre sa vie ou sa liberté. L'identification précise de la cause de la menace importe peu. Cette approche suit l'extension du mandat du HCR mentionnée ci-dessus, dont les effets ne devraient pas être limités à cause d'une insistance stricte sur les termes initiaux de la *Convention de 1951*. Cette approche semble s'être imposée au Comité exécutif qui, dans la Conclusion No. 6 (XXVIII) de 1977, a réaffirmé l'importance fondamentale du principe du non-refoulement dans le cas simplement de « personnes qui risquent d'être en butte à des persécutions » sans faire référence à des raisons particulières. La Conclusion No. 15 (XXX) de 1979 fait, de manière similaire, référence à des persécutions sans les qualifier, à savoir :

Toute mesure par laquelle un réfugié est obligé de regagner un pays ou par laquelle il est renvoyé dans un pays où il a des raisons de craindre la persécution, constitue une violation grave du principe reconnu du non-refoulement.⁹³

- 140 — Le fait que les textes adoptés depuis 1951 prévoient la menace concernée sans la qualifier est également pertinent. Ainsi, par exemple, les *Principes afro-asiatiques sur les réfugiés* et la *Déclaration sur l'asile territorial* sont énoncés seulement en termes de persécution. La *Convention de l'OUA sur les réfugiés* et la *Déclaration de Carthagène*, tout en faisant référence à la persécution selon la même formulation que celle énumérée à l'article 33 § 1 de la *Convention de 1951*, prévoient expressément le cas des personnes fuyant des situations de violence généralisée troublant gravement l'ordre public.
- 141 — Ces considérations nous incitent à penser qu'il ne faut pas donner trop d'importance à la phrase qualificative de l'article 33 § 1. En tout état de cause, cette approche ne nous trouble pas outre mesure car, en tout cas pour ce qui concerne la menace de persécution, les conséquences du fait d'écarter ces critères ne sont probablement pas d'une très grande importance pratique. Il y a probablement peu de cas de persécution qui ne répondent pas à un ou plusieurs des critères de la phrase qualificative.
- 142 — Pour conclure, nous pouvons faire deux observations. Premièrement, une raison de penser que la phrase qualificative de l'article 33 § 1 reste pertinente réside dans le fait que des conditions identiques continuent à être importantes pour déterminer qui est un réfugié au sens de l'article 1 A 2. Le *Guide des procédures et critères à appliquer pour déterminer le statut de réfugié* publié par le HCR, et qui fait autorité en la matière, prévoit que « pour être considérée comme réfugié, une personne doit démontrer qu'elle craint avec raison d'être persécutée pour l'un des motifs énumérés ».⁹⁴
- 143 — Deuxièmement, nous n'avons pas abordé spécifiquement la signification à donner aux termes « race », « religion », « nationalité », « appartenance à un certain groupe social » et « opinions politiques » au sein de l'article 33 § 1 de la *Convention de 1951*. Pour les raisons que nous venons d'énoncer, nous ne considérons pas qu'ils soient

93. Conclusion No. 15 (XXX) 1979, para. b).

94. *Ibid.*, para. 66.

d'une importance déterminante. En outre, leur signification à l'article 33 § 1 sera la même qu'à l'article 1 A 2. L'analyse de la signification de l'article 1 A 2 dépasse le cadre de cet avis. Afin d'être exhaustifs, nous faisons juste remarquer que la signification de ces termes aux fins de l'article 1 A 2 est analysée dans le *Guide des procédures et critères à appliquer pour déterminer le statut de réfugié* publié par le HCR.⁹⁵

7. Conclusions relatives à cette section

144 — À la lumière de l'analyse qui précède, les principaux éléments du principe du non-refoulement selon l'article 33 § 1 de la *Convention de 1951* peuvent être résumés comme suit :

- a) Ce principe lie les États contractants à la *Convention de 1951* et les États parties au *Protocole de 1967*, y compris toutes les sous-divisions administratives et les organes de ces derniers ainsi que les autres personnes ou organismes exerçant des prérogatives de puissance publique.
- b) La responsabilité des États parties à ces Conventions s'étendra également :
 - i. au comportement d'un organe mis à la disposition de l'État par un autre État, pour autant que cet organe agisse dans l'exercice de prérogatives de puissance publique de l'État à la disposition duquel il se trouve ;
 - ii. au comportement d'une personne ou d'un groupe de personnes agissant de fait sur les instructions ou les directives ou sous le contrôle de cet État ;
 - iii. au comportement d'une personne, ou d'un groupe de personnes, exerçant de fait des prérogatives de puissance publique en cas d'absence ou de carence des autorités officielles et dans des circonstances qui requièrent l'exercice de ces prérogatives ; et
 - iv. au comportement qui n'est pas attribuable à l'État selon les articles précédents mais qui a été reconnu et adopté par cet État comme sien.
- c) La responsabilité des États parties à ces Conventions sera également engagée dans les cas où les personnes sont sous le contrôle effectif de l'État ou sont affectées par ceux agissant au nom de cet État plus généralement.
- d) Il s'oppose à tout acte de refoulement, quelle que soit sa forme, y compris le refus d'admission à la frontière, qui aboutirait à exposer les réfugiés ou les demandeurs d'asile à :
 - i. une menace de persécution en raison de la race, de la religion, de la nationalité, de l'appartenance à un certain groupe social ou des opinions politiques ;
 - ii. un risque réel de torture ou de peines ou traitements cruels, inhumains ou dégradants ; ou
 - iii. une menace contre la vie, l'intégrité corporelle ou la liberté.

95. *Ibid.*, paras. 66-86.

- e) Il exige un examen de la situation individuelle comme condition préalable à tout refus de protection.
- f) Il est applicable aux situations d'afflux massif et de protection temporaire.
- g) Il interdit le refoulement vers *tout* territoire où le réfugié ou le demandeur d'asile serait en danger, y compris vers un territoire où le réfugié ou le demandeur d'asile n'est pas directement en danger mais à partir duquel il risquerait d'être renvoyé par la suite vers un territoire où il serait en danger.

G. Article 33 § 2 : les exceptions

145 — L'article 33 § 2 de la *Convention de 1951* dispose :

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

1. Observations générales

(a) Lien avec l'article 1 F

146 — En premier lieu, bien qu'elles ne soient pas formulées en termes identiques, il y a un recoupement évident entre les exceptions prévues à l'article 33 § 2 et la clause d'exclusion qui fait partie de la définition du réfugié à l'article 1 F de la *Convention de 1951*. Ce dernier dispose :

Les dispositions de cette Convention ne seront pas applicables aux personnes dont on aura des raisons sérieuses de penser :

- a) qu'elles ont commis un crime contre la paix, un crime de guerre ou un crime contre l'humanité, au sens des instruments internationaux élaborés pour prévoir des dispositions relatives à ces crimes ;
- b) qu'elles ont commis un crime grave de droit commun en dehors du pays d'accueil avant d'y être admises comme réfugiés ;
- c) qu'elles se sont rendues coupables d'agissements contraires aux buts et aux principes des Nations Unies.

147 — Il est important de noter que l'article 33 § 2 prévoit un seuil plus élevé que l'article 1 F dans la mesure où, aux fins de la première disposition, il faut établir que le réfugié constitue un danger pour la sécurité ou pour la communauté du pays d'accueil. Cette disposition repose donc sur une appréciation d'une menace *future* que représente l'intéressé plutôt que sur la commission de certains actes dans le passé. Ainsi, si le comportement d'un réfugié n'est pas suffisamment grave pour l'exclure de la protection de la *Convention de 1951* en vertu de l'article 1 F, il a peu de chances de satisfaire le seuil plus élevé prévu à l'article 33 § 2.

- 148 — En second lieu, la comparaison de l'article 33 § 2 et de l'article 1 F révèle un élément important pour la portée de l'article 33 § 2 qui n'est pas apparent si on s'en tient à cette seule disposition. L'article 1 F stipule que la Convention ne sera pas applicable aux personnes dont on aura des raisons sérieuses de penser « qu'elles ont commis un crime grave de droit commun *en dehors du pays d'accueil avant d'y être admises comme réfugiés* ». ⁹⁶ Par contraste, l'article 33 § 2 stipule entre autres que la protection contre le refoulement ne peut pas être invoquée par un réfugié qui « ayant été l'objet d'une condamnation définitive pour un crime ou délit particulièrement grave, constitue une menace pour la communauté du pays [dans lequel il se trouve] ». Alors que l'article 1 F b) fait référence aux crimes commis *en dehors du pays d'accueil avant d'y être admis*, l'article 33 § 2 est muet sur la question de savoir où et quand le crime en question doit avoir été commis.
- 149 — Une interprétation de bon sens de l'article 33 § 2 à la lumière de l'article 1 F b) nous dicte qu'il doit être considéré comme prévoyant des situations *non* couvertes par l'article 1 F b). Toute autre approche reviendrait à considérer la portée des deux dispositions comme étant très largement identiques et soulèverait la question de savoir pourquoi l'article 33 § 2 a tout simplement été nécessaire. C'est la raison pour laquelle nous estimons que, analysé dans le contexte de la *Convention de 1951* dans son ensemble, l'article 33 § 2 doit être interprété comme s'appliquant à une condamnation définitive pour un crime ou délit particulièrement grave commis dans le pays d'accueil, ou ailleurs, *après avoir été admis comme réfugié*, ce qui mène à la conclusion que le réfugié en question constitue un danger pour la communauté du pays concerné.
- 150 — Cette interprétation de l'article 33 § 2 est confortée par les travaux préparatoires et les commentaires sur cet article. Par exemple, Grahl-Madsen fait remarquer que dans la version initiale de l'article 33 § 2,
- c'était une condition pour l'expulsion ou le refoulement, que le réfugié ait été « légalement l'objet d'une condamnation définitive dans ce pays », c'est-à-dire dans le pays d'où il doit être expulsé ou renvoyé. La mention de « ce pays » a cependant été retirée suite à une proposition de la Suède. Le délégué suédois expliqua que son amendement avait pour intention « de couvrir les cas tels que, par exemple, celui d'un réfugié polonais qui avait été admis à entrer en Suède et qui, en passant par le Danemark, avait commis un crime dans ce pays ».
- Cette éventualité est prévue par l'article 1 F b) selon lequel une personne qui « a commis un crime grave de droit commun en dehors du pays d'accueil avant d'y être admise comme réfugié » n'a droit à aucun des bénéfices de la Convention. D'un autre côté, il n'y a aucun doute que la suppression des mots « dans ce pays » est importante à d'autres égards. Si le réfugié polonais, dans l'exemple du délégué suédois, avait déjà été admis et résidait en Suède, puis rendait une visite au Danemark et y commettait un crime, le fait que le crime ait été commis et que le jugement définitif ait été rendu hors de Suède, n'empêcherait pas les autorités suédoises d'expulser le réfugié en vertu de l'article 33 § 2. ⁹⁷

96. C'est nous qui soulignons.

97. Grahl-Madsen, *Commentary on the Refugee Convention 1951*, p. 237 (traduction libre). Voir également Weis, *The Refugee Convention 1951*, p. 343.

(b) Evolution à l'encontre des dérogations à l'interdiction du refoulement

- 151 — L'interprétation de l'article 33 § 2 doit également tenir compte d'autres facteurs. L'importante tendance actuelle, manifeste dans d'autres formulations textuelles du principe du non-refoulement et plus généralement dans la pratique depuis 1951, va à l'encontre des dérogations au principe du non-refoulement. Ainsi, bien que les *Principes afro-asiatiques sur les réfugiés* et la *Déclaration sur l'asile territorial* permettent des dérogations « pour des raisons majeures de sécurité nationale ou pour protéger la population », la Déclaration impose une restriction par rapport au refoulement, dans les cas où les dérogations s'appliquent, dans les termes suivants :
- Si un État décide en tout état de cause qu'une dérogation au principe [du non-refoulement] énoncé au paragraphe 1 du présent article serait justifiée, il envisagera considérer la possibilité de donner à l'intéressé, dans les conditions qui lui paraîtront appropriées, la faculté de se rendre dans un autre État, soit en lui accordant un asile provisoire, soit autrement.⁹⁸
- 152 — Ainsi, même dans les cas où un État peut, pour des raisons autorisées, expulser ou rejeter un demandeur d'asile, il doit envisager la possibilité de l'envoyer dans un État tiers sûr, plutôt que dans un État où il serait en danger.
- 153 — Les formulations du principe du non-refoulement postérieures à la *Déclaration sur l'asile territorial* limitent encore davantage les dérogations. Ainsi, bien que la *Convention de l'OUA sur les réfugiés* prévoient plusieurs raisons d'exclure l'application de la Convention en général⁹⁹, le principe du non-refoulement ne peut pas faire l'objet de dérogations. Il en va de même pour la *Convention américaine des Droits de l'Homme* et pour la *Déclaration de Carthagène*.
- 154 — Les évolutions dans le domaine des droits de l'Homme excluent également les dérogations au principe du non-refoulement. Le non-refoulement, dans le domaine des droits de l'Homme, ne permet aucune limitation ou dérogation. Le principe exige simplement que les États « ne doivent pas exposer des individus à un risque de torture ou de peines ou traitements cruels, inhumains ou dégradants en les renvoyant dans un autre pays en vertu d'une mesure d'extradition, d'expulsion ou de refoulement ».¹⁰⁰
- 155 — Cette tendance contre les dérogations au principe du non-refoulement en dehors du cadre de la *Convention de 1951* apparaît dans les travaux du Comité exécutif. Ainsi, bien que l'article 33 § 2 puisse être invoqué pour justifier l'extradition suite à une condamnation définitive pour un crime ou un délit grave ailleurs, la Conclusion No.17 (XXXI) de 1980 indique clairement que « les réfugiés devraient bénéficier d'une protection contre l'extradition vers un pays où ils craignent avec raison d'être persécutés ».¹⁰¹ De la même façon, bien que les situations d'afflux massif puissent

98. *Déclaration sur l'asile territorial*, article 3 § 3.

99. Voir l'article I § 4-5 de la *Convention de l'OUA sur les réfugiés*.

100. Observation générale N° 20 (1992) du Comité des droits de l'Homme (HRI/HEN/1/Rev.1, 28 juillet 1994).

101. Conclusion N° 17 (XXXI) 1980, para. (c).

être considérées comme présentant un danger pour la sécurité du pays d'accueil, la Conclusion No.22 (XXXII) de 1981 indique clairement que « dans tous les cas [d'arrivées massives], le principe fondamental du non-refoulement — y compris le non-refus d'admission à la frontière — doit être scrupuleusement respecté ». ¹⁰² De façon similaire, le Comité exécutif a affirmé l'application du principe du non-refoulement dans les situations de déplacements irréguliers des réfugiés et des demandeurs d'asile nonobstant les effets déstabilisateurs de ce type de déplacements. ¹⁰³

- 156 — Les *Principes directeurs pour la législation nationale en matière de réfugiés* adoptés par un groupe de travail conjoint OUA/HCR en décembre 1980 vont encore plus loin. Concernant le non-refoulement, ils énoncent simplement :

Nul ne peut se voir refuser l'admission à la frontière, être refoulé ou expulsé ou soumis à toutes autres mesures qui l'obligeraient à retourner ou à demeurer dans un territoire où sa vie, son intégrité corporelle ou sa liberté serait menacée pour les raisons mentionnées au paragraphe 1.a) et b) de la Section 1 [reprenant les définitions du « réfugié » selon la *Convention de 1951* et la *Convention de l'OUA sur les réfugiés*]. ¹⁰⁴

Il n'y a aucune mention dans ce texte à une quelconque dérogation admise au principe du non-refoulement.

- 157 — Dans la mesure où ces *Principes directeurs* peuvent être considérés comme une interprétation faisant autorité concernant les engagements des États en vertu tant de la *Convention de 1951* que de la *Convention de l'OUA sur les réfugiés*, il peut en être déduit que la tendance depuis 1951 reflète une évolution générale du droit relatif au non-refoulement, qui tendrait à exclure toute dérogation au principe du non-refoulement. Ce serait en particulier le cas dans les situations où la menace de persécution, ou la menace contre la vie ou la liberté, implique un risque de torture ou de peines ou traitements cruels, inhumains ou dégradants. Cela s'appliquerait également dans les situations où la menace serait d'une telle gravité que, bien que ne relevant pas d'une torture ou de peines ou traitements cruels, inhumains ou dégradants, elle puisse être considérée soit comme comparable à de tels traitements, soit relever du champ d'application d'autres principes en matière de droits de l'Homme auxquels il ne peut être dérogé. ¹⁰⁵ Toute autre approche enchaînerait le non-refoulement, tel qu'énoncé à l'article 33 de la *Convention de 1951*, aux conceptions des rédacteurs de la Convention il y a un demi-siècle, et rendrait le principe fortement déphasé par rapport aux évolutions plus récentes du droit. Cela équivaldrait à une approche rétrograde de l'interprétation de ce principe qui, étant donné son caractère humanitaire, justifierait normalement précisément l'approche opposée.

102. Conclusion N° 22 (XXXII) 1981, para. II(A)(2).

103. Conclusion N° 58 (XL) 1989, para. (f).

104. HCR, *Guidelines for National Refugee Legislation*, 9 décembre 1980, section 6 (2) (traduction libre).

105. Cela inclut, par exemple, l'interdiction de priver une personne arbitrairement de la vie et l'interdiction de l'esclavage et de la servitude (voir, par ex. *PIDCP*, articles 4 § 2, 6 § 1 et 8 § 1 et § 2 ; *CEDH*, articles 2, 4 § 1 et 15 § 2 ; *CADH*, articles 4 § 1, 5 § 1 et 27 § 2.)

158 — Nonobstant ce qui précède, nous ne sommes pas totalement persuadés qu'il existe un consensus suffisamment clair opposé aux dérogations au non-refoulement pour justifier une interprétation de la *Convention de 1951* qui les ignore. Il subsiste une opinion évidente parmi les États¹⁰⁶, au sein du HCR¹⁰⁷ et des commentateurs¹⁰⁸ que certaines situations d'importance majeure pourraient, dans le cadre de la Convention, autoriser légitimement le renvoi ou la non-admission de certains réfugiés ou demandeurs d'asile. C'est la raison pour laquelle nous estimons que les dérogations à la défense de refoulement conformément à l'article 33 § 2 de la *Convention de 1951* subsistent mais doivent être interprétées avec des limites très claires.

(c) Restrictions à l'interprétation et à l'application des dérogations de l'article 33 § 2

159 — Ces restrictions sont les suivantes :

- i. les dérogations relatives à la sécurité nationale et à la sécurité publique indiquées à l'article 33 § 2 constituent les seules dérogations autorisées au non-refoulement en vertu de la *Convention de 1951*.
- ii. L'application de ces dérogations est soumise à la condition qu'elles ne s'appliqueront pas aux situations dans lesquelles la menace constitue, ou peut

106. L'analyse des mesures de droit interne concernant le non-refoulement indique un ensemble de dérogations au principe qui reflètent souvent, mais pas toujours, la formulation de l'article 33 § 2 de la *Convention de 1951*. Bien que ces mesures confortent l'opinion selon laquelle certaines dérogations subsistent dans la coutume, plusieurs raisons nous ont fait hésiter à nous appuyer sur ces pratiques pour démontrer l'état actuel du droit international, coutumier plus généralement. Premièrement, une bonne partie de cette législation est ancienne. Deuxièmement, dans la mesure où les mesures internes s'écartent des termes des instruments internationaux applicables ou d'autres principes de droit international, elles font apparaître que l'État concerné viole ses obligations internationales. Troisièmement, les mesures internes dans ce domaine manifestent peu d'uniformité dans leur approche. Il est donc quasiment impossible de tirer des orientations cohérentes à partir de ces pratiques pour le droit international coutumier. Par exemple, alors que certains États ont prévu des dérogations au non-refoulement, beaucoup d'autres qui ont expressément intégré le principe ne l'ont pas fait. D'autres empêchent l'expulsion vers des États où il existerait une menace de persécution. Quatrièmement, dans la mesure où il peut exister une différence entre la pratique étatique dans la sphère interne et la pratique étatique dans les instances internationales concernant, par exemple, l'adoption et l'interprétation des instruments internationaux, nous avons privilégié cette dernière en nous fondant sur le fait que c'est celle qui reflète mieux l'*opinio juris*.

107. Voir, par exemple, la *Note sur le non-refoulement* (EC/SCP/2) rédigée par le HCR en novembre 1997 dans le contexte d'un séminaire de l'Union européenne sur la mise en œuvre de la résolution de l'UE de 1995 relative aux garanties minimales dans les procédures d'asile. Sur cette dernière, voir JO 1996 C274/13. Concernant la question des dérogations au non-refoulement, le HCR note que « Si le principe du non refoulement est de caractère fondamental, on s'accorde à reconnaître qu'il peut y avoir des cas où l'on peut légitimement, à titre exceptionnel, ne pas l'appliquer ».

108. Goodwin-Gill, par exemple, fait le commentaire suivant : « Le non-refoulement n'est pas un principe absolu. La « sécurité nationale » et l'« ordre public », par exemple, sont reconnus depuis longtemps comme des justifications potentielles pour des dérogations ». G.S. Goodwin-Gill, *The Refugee in International Law* (2^{de} édition, Clarendon, Oxford, 1998), p. 139 (traduction libre).

être considérée comme équivalant à, un risque de torture ou de peines ou traitements cruels, inhumains ou dégradants ou relèverait du champ d'application d'autres principes de droits de l'Homme auxquels il ne peut être dérogé.

iii. Étant donné le caractère humanitaire du non-refoulement et les graves conséquences pour un réfugié ou un demandeur d'asile d'un renvoi vers un pays où il est en danger, les dérogations au principe du non-refoulement doivent être interprétées de manière restrictive et appliquées avec une prudence particulière.¹⁰⁹

iv. Les dérogations énoncées à l'article 33 § 2 ne peuvent être appliquées que de manière strictement conforme à la procédure prévue par la loi. Le respect de la procédure est expressément requis à l'article 32 § 2 de la *Convention de 1951* concernant l'expulsion. Dans la mesure où le refoulement représenterait une menace potentiellement plus importante que l'expulsion pour un réfugié ou un demandeur d'asile, nous estimons que, à tout le moins, les garanties de procédure applicables à l'expulsion doivent être interprétées comme s'appliquant aux dérogations au refoulement. Le respect rigoureux des garanties de procédure serait également requis en vertu des principes généraux des droits de l'Homme.

v. Dans tous les cas où un État envisage d'appliquer les dérogations au principe du non-refoulement, ce dernier doit d'abord prendre toutes les mesures appropriées pour garantir l'admission de l'intéressé dans un pays tiers sûr.

2. Observations spécifiques

160 — À la lecture des termes de l'article 33 § 2, trois aspects nécessitent des commentaires spécifiques : son champ d'application *rationae personae* ; l'interprétation et l'application de la dérogation relative à la sécurité nationale ; l'interprétation et l'application de la dérogation relative à la menace pour la communauté.

(a) Le champ d'application *rationae personae* de l'article 33 § 2

161 — Lors de la discussion relative au champ d'application de l'article 33 § 1, il a été souligné que l'interdiction du refoulement prévue par cette disposition protégeait tant les réfugiés que les demandeurs d'asile, que leur statut ait ou non été officiellement reconnu. En l'absence de raisons impérieuses nous dictant le contraire, le champ d'application personnel de l'article 33 § 2 doit être interprété comme étant le même

109. À cet égard, nous partageons l'opinion exprimée par le HCR dans sa *Note sur le non-refoulement* (EC/SCP/2) de novembre 1997, mentionnée plus haut, selon laquelle « étant donné les conséquences graves pour un réfugié d'être renvoyé vers un pays où il risque d'être persécuté, la dérogation prévue à l'article 33 § 2 doit être appliquée avec la plus grande prudence. Il est nécessaire de bien prendre en compte tous les éléments concernant l'intéressé et, lorsqu'il a été condamné pour un crime ou délit grave, toutes les circonstances atténuantes ainsi que les possibilités de réhabilitation et de réintégration au sein de la société » (section F) (traduction libre).

que celui de la règle principale à laquelle il déroge. C'est pourquoi le terme « réfugié » à l'article 33 § 2 englobe donc les réfugiés et les demandeurs d'asile, que leur statut ait ou non été officiellement reconnu.

(b) Interprétation et application de la dérogation relative à la sécurité nationale

162 — L'article 33 § 2 dispose que l'interdiction du refoulement ne peut pas être invoquée par un réfugié « qu'il y aura des raisons sérieuses de considérer comme un danger pour la sécurité du pays où il se trouve ».

163 — Plusieurs éléments de cette dérogation nécessitent d'être commentés.

(i) Nature future du danger

164 — En faisant une interprétation purement textuelle, il apparaît que la dérogation est clairement future dans son application. En d'autres termes, il s'agit d'un danger pour la sécurité du pays dans le futur et non dans le passé. Bien que le comportement passé puisse être pris en compte dans l'évaluation des raisons sérieuses de considérer le réfugié comme un danger pour le pays dans le futur, l'élément pertinent est la question de savoir s'il existe un danger futur pour la sécurité du pays.

(ii) Le danger doit peser sur le pays d'accueil

165 — Il apparaît également évident que la dérogation s'applique à des situations où il existe un danger futur pour la sécurité du pays d'accueil. Elle ne concerne pas les situations où il peut y avoir un danger pour la sécurité d'autres pays ou pour la communauté internationale plus largement. Bien qu'aucune disposition de la *Convention de 1951* n'empêche un État de prendre des mesures pour contrôler les activités sur son territoire, ou les personnes relevant de son autorité, qui peuvent constituer un danger pour la sécurité d'autres États ou de la communauté internationale, ils ne peuvent pas le faire, en ce qui concerne les réfugiés ou les demandeurs d'asile, en ayant recours au refoulement. Les dérogations prévues à l'article 33 § 2 sont manifestement le fruit d'un compromis entre le danger que le refoulement représente pour un réfugié et le danger que son comportement représente pour la sécurité de son pays d'accueil. Un élargissement du champ d'application de la dérogation pour permettre à un pays d'accueil de renvoyer un réfugié vers un territoire à risque en raison d'un danger possible pour d'autres pays ou pour la communauté internationale serait, selon nous, incompatible avec la nature de ce compromis et avec le caractère humanitaire et fondamental de l'interdiction du refoulement.

166 — Cette analyse est confortée par les évolutions dans le domaine des droits de l'Homme, qui empêchent le refoulement lorsque cela exposerait l'intéressé au risque de torture ou de peines ou traitements cruels, inhumains ou dégradants, nonobstant les cas d'urgence et quel que soit le comportement de l'intéressé.¹¹⁰

110. Voir, par exemple, *Chahal c. Royaume-Uni* (1997) 108 ILR 385, paras. 74-81.

(iii) La marge d'appréciation d'un État et gravité du risque

- 167 — L'article 33 § 2 ne précise pas les types d'agissements qui déclenchent l'application de la dérogation relative à la sécurité nationale. Il n'indique pas non plus ce qui constituera une preuve suffisante du danger pour la sécurité du pays. C'est un domaine dans lequel les États possèdent généralement une marge d'appréciation.
- 168 — Cette marge d'appréciation est cependant limitée. En premier lieu, il faut qu'il y ait « des raisons sérieuses » de considérer un réfugié comme un danger pour la sécurité du pays où il se trouve. L'État concerné ne peut donc pas agir de manière arbitraire ou capricieuse. Les autorités concernées doivent aborder spécifiquement la question de savoir s'il existe un risque futur et leur conclusion sur ce point doit être soutenue par des preuves.
- 169 — En second lieu, la nature fondamentale de l'interdiction du refoulement, ainsi que le caractère humanitaire de la *Convention de 1951* plus généralement, doivent être considérés comme fixant un seuil élevé pour l'application des dérogations à la Convention. Cela est particulièrement vrai étant donné les conséquences graves du refoulement pour l'intéressé. Le danger pour la sécurité du pays prévu à l'article 33 § 2 doit donc être considéré comme étant un danger très grave plutôt qu'un danger qui le soit moins.
- 170 — Cette analyse est confortée par les termes de l'article 1 F qui exclut l'application de la Convention lorsqu'il y a des raisons sérieuses de penser que l'intéressé a, entre autres, commis un crime contre la paix, un crime de guerre ou un crime contre l'humanité, un crime grave de droit commun ou des agissements contraires aux buts et aux principes des Nations Unies. Ces agissements sont tous d'une nature particulièrement grave. Comme le seuil de danger potentiel à l'article 33 § 2 est plus élevé que celui de l'article 1 F, il ne serait guère cohérent avec l'ensemble de la Convention d'interpréter le terme « danger » à l'article 33 § 2 comme faisant référence à une menace d'un degré moindre qu'un danger très grave.
- 171 — La même conclusion est confirmée par les travaux préparatoires de la Convention et les commentaires s'y rapportant. Ainsi, par exemple, Grahl-Madsen mentionne la déclaration du délégué du Royaume-Uni pendant les travaux préparatoires selon laquelle « parmi le grand nombre de réfugiés, il était inévitable que certaines personnes soient tentées de s'engager dans des activités au nom d'une puissance étrangère contre leur pays d'asile ». Grahl-Madsen poursuit en disant :

Si une personne est engagée dans des activités visant à faciliter la conquête du pays où il séjourne, ou une partie de ce dernier, par un autre État, il menace la sécurité du premier pays. Il en est de même s'il collabore au renversement du gouvernement de son pays de résidence par la force ou par d'autres moyens illégaux (ex. : falsification des résultats électoraux, pressions sur les électeurs, etc.) ou s'il s'engage dans des activités dirigées contre un gouvernement étranger qui aboutissent à menacer le gouvernement du pays de résidence avec des répercussions graves. L'espionnage, le sabotage d'installations militaires et les activités terroristes figurent parmi les agissements habituellement qualifiés de menaces à la sécurité nationale.¹¹¹

111. Grahl-Madsen, *Commentary on the Refugee Convention 1951*, pp. 235-6 (traduction libre).

172 — Il mentionne également les agissements « mettant en danger directement ou indirectement la constitution (le Gouvernement), l'intégrité territoriale, l'indépendance ou la paix externe du pays concerné ». ¹¹²

(iv) L'évaluation du risque nécessite de prendre en considération la situation individuelle

173 — Nous avons déjà souligné le fait qu'un *déni* de protection, en l'absence d'un examen de la situation individuelle, serait incompatible avec l'interdiction du refoulement. Cette opinion est confortée par les termes de l'article 33 qui font référence à « un réfugié ». Elle est également confortée par la structure et le caractère du principe du non-refoulement qui sont essentiellement conçus pour protéger chaque réfugié ou chaque demandeur d'asile individuellement contre celui-ci. L'accent mis par le Comité exécutif sur la nécessité de mener un entretien individuel même en cas de demandes manifestement infondées ou abusives renforce encore plus cette opinion.

174 — C'est le danger que représente l'individu en question qui doit être évalué. L'exigence qu'il y ait des « raisons sérieuses » de considérer un réfugié comme un danger pour la sécurité du pays ne serait pas satisfaite si l'évaluation ne tenait pas compte de la situation individuelle de ce réfugié.

175 — La nécessité d'un examen individuel est également importante pour d'autres raisons. Étant donné les restrictions à l'application des dérogations de l'article 33 § 2 mentionnées ci-dessus, l'État envisageant de renvoyer un réfugié ou un demandeur d'asile vers son pays d'origine doit accorder une attention particulière à la nature du risque encouru par l'intéressé. Il en est ainsi parce que le fait d'être exposé à certaines formes de risque s'opposera au refoulement de manière absolue et sans exception. Cela s'applique notamment aux situations où il existe un danger de torture ou de peines ou traitements cruels, inhumains ou dégradants. Avant qu'un État puisse invoquer une exception au sens de l'article 33 § 2, il doit donc prendre toutes les mesures raisonnables pour s'assurer que l'intéressé ne serait pas exposé à un tel danger ou à un danger comparable comme développé plus haut.

176 — L'exigence d'un examen individuel s'ajoute au fait qu'un lien réel doit exister entre l'intéressé, le danger potentiel pour la sécurité du pays d'accueil et la diminution significative de ce danger suite au refoulement de l'intéressé. Si son renvoi n'aboutissait pas à ce résultat, le refoulement ne serait pas justifié.

(v) L'exigence de proportionnalité

177 — Faisant référence aux discussions ayant eu lieu au cours des travaux préparatoires, Weis a exposé la question de la manière suivante :

Le principe de proportionnalité doit être respecté c'est-à-dire, selon les termes du représentant britannique à la Conférence, il doit s'agir de déterminer si le danger encouru par le réfugié en

112. *Ibid* (traduction libre).

cas d'expulsion ou de renvoi prime sur la menace pour la sécurité publique qui surviendrait s'il était autorisé à rester.¹¹³

- 178 — L'exigence de proportionnalité nécessitera de prendre en considération les facteurs suivants :
- (a) la gravité du danger pesant sur la sécurité du pays ;
 - (b) la probabilité que ce danger se réalise et son imminence ;
 - (c) la question de savoir si le danger pour la sécurité du pays serait éliminé ou considérablement réduit par le renvoi de l'intéressé ;
 - (d) la nature et la gravité du risque encouru par l'intéressé en cas de refoulement ;
 - (e) la question de savoir si d'autres possibilités compatibles avec l'interdiction du refoulement existent et pourraient être utilisées, que ce soit dans le pays d'accueil ou par le renvoi de l'intéressé vers un pays tiers sûr.
- 179 — Nous nous devons de rappeler qu'un État n'aura pas le droit d'invoquer la dérogation relative à la sécurité nationale si, ce faisant, il exposerait l'intéressé à un danger de torture ou de peines ou traitements cruels, inhumains ou dégradants ou à un risque relevant du champ d'application d'autres principes de droits de l'Homme auxquels il ne peut être dérogé. Lorsque la dérogation s'applique, cela doit être fait en stricte conformité avec la procédure prévue par la loi.
- (c) **Interprétation et application de la dérogation relative à la « menace pour la communauté »**
- 180 — L'article 33 § 2 dispose que l'interdiction du refoulement ne peut être invoquée par un réfugié « qui, ayant été l'objet d'une condamnation définitive pour un crime ou délit particulièrement grave, constitue une menace pour la communauté dudit pays ».
- 181 — Beaucoup d'éléments examinés ci-dessus concernant l'interprétation de la dérogation relative à la « sécurité nationale » s'appliqueront *mutatis mutandis* à l'interprétation et à l'application de la dérogation relative à la « menace pour la communauté ». Celle-ci s'apprécie également clairement par rapport à l'avenir. Bien que le comportement passé puisse être pris en compte dans cette évaluation, l'élément pertinent est la question de savoir s'il existe une menace pour la communauté à l'avenir.
- 182 — De la même façon, la menace doit peser sur la communauté *du pays d'accueil*. Cela découle simplement des termes de la clause. La question n'est pas de savoir si le réfugié constitue une menace pour une communauté quelque part. Une telle menace peut être combattue au moyen de procédures ordinaires pénales ou autres. C'est seulement lorsque la menace potentielle pèse sur *le pays d'accueil* que la dérogation s'applique.

113. Weis, *The Refugee Convention 1951*, p. 342 (traduction libre).

- 183 — Parmi d'autres éléments développés plus haut au sujet de la dérogation relative à la « sécurité nationale », également applicables à la dérogation relative à la « menace pour la communauté », figurent l'exigence d'examiner la situation individuelle, l'exigence de proportionnalité et le fait de mettre en balance les intérêts de l'État et ceux de l'intéressé. De même, bien que l'évaluation de la menace pour la communauté autorise une certaine marge d'appréciation à l'État d'accueil, cette dernière comporte des limites. En effet, ces limites sont plus spécifiques que dans le cas de la dérogation relative à la sécurité nationale. En particulier, pour que la dérogation relative à la menace pour la communauté s'applique, il faut que le réfugié ait été a) l'objet d'une condamnation définitive, b) pour un crime ou délit particulièrement grave. Si ces éléments ne sont pas réunis, la question de savoir si cette personne constitue une menace pour la communauté du pays concerné à l'avenir n'entre même pas en ligne de compte.
- 184 — Un certain nombre d'éléments concernant spécifiquement cette dérogation nécessitent des commentaires supplémentaires.
- (i) Liens avec l'article 1 F
- 185 — Nous avons déjà examiné les liens entre l'article 33 § 2 et les clauses d'exclusion de l'article 1 F. Il est néanmoins utile de rappeler que la dérogation relative à la « menace pour la communauté » ne peut s'appliquer que dans le cas d'une condamnation définitive pour un crime ou délit particulièrement grave commis dans le pays d'accueil, ou ailleurs, *après avoir été admis comme réfugié*. Cela découle du champ d'application de l'article 1 F b) de la Convention. Le facteur important est qu'un État ne peut pas invoquer la dérogation pour justifier le refoulement dans les cas où le réfugié en question a été l'objet d'une condamnation pour un crime ou délit dans son pays d'origine, ou ailleurs, *avant d'être admis comme réfugié dans le pays d'accueil*.
- (ii) « Crime ou délit particulièrement grave »
- 186 — Les termes de l'article 33 § 2 énoncent clairement que seules les condamnations pour des crimes ou délits particulièrement graves relèvent du champ d'application de cette dérogation. Cette double qualification — *particulièrement* et *graves* — est cohérente avec la portée restrictive de la dérogation et met l'accent sur le fait que le refoulement ne peut être envisagé que dans les circonstances les plus exceptionnelles. Des commentateurs ont suggéré que parmi les types de crimes ou délits relevant de la dérogation figurent le meurtre, le viol, le vol à main armée, l'incendie criminel, etc.¹¹⁴
- 187 — Cependant, le facteur essentiel en l'occurrence n'est pas le crime ou délit relevant de la clause mais la question de savoir si, étant donné le crime et la condamnation, le réfugié constitue un danger pour la communauté du pays concerné. La commission d'un crime ou délit particulièrement grave et la condamnation pour ce fait constituent donc le seuil requis pour que la dérogation s'applique. Sinon la question de

114. Voir, par exemple, Weis, *The Refugee Convention 1951*, p. 342.

savoir si l'intéressé constitue une menace pour la communauté n'entrera pas en ligne de compte.

(iii) « Condamnation définitive »

188 — L'importance de l'exigence d'une condamnation définitive est que la dérogation ne peut pas être invoquée en raison d'une simple suspicion. Seule une condamnation fondée sur le niveau de preuve requis en matière pénale sera suffisante. L'expression « condamnation définitive » doit être interprétée comme signifiant un jugement définitif, c'est-à-dire ayant épuisé toutes les possibilités de recours. Il est évident que la procédure menant à la condamnation doit avoir respecté les normes internationales minimales.

189 — Compte tenu de cet élément, lorsque la question de l'application de la dérogation survient, la conduite de la procédure menant à cette condamnation devra également être prise en considération.

(iv) « Menace pour la communauté »

190 — La condition essentielle pour la dérogation relative à la « menace pour la communauté » est qu'il doit exister une base solide pour estimer que le réfugié concerné constitue une menace pour la communauté du pays d'accueil. Deux éléments doivent être commentés : la signification du terme « menace » et la signification du terme « communauté ».

191 — En ce qui concerne le terme « menace », comme pour la dérogation relative à la sécurité nationale, il doit être interprété dans le sens d'une menace très grave. Cette exigence n'est pas satisfaite par le simple fait que l'intéressé a été l'objet d'une condamnation pour un crime ou délit particulièrement grave. Une évaluation supplémentaire s'avère nécessaire et portera sur l'appréciation de questions de fait telles que la nature et les circonstances du crime ou délit particulièrement grave pour lequel l'intéressé a été condamné, la date de la commission de ce crime, la preuve de récidive ou la probabilité de récidive, etc. Ainsi, il est peu probable qu'une condamnation pour un crime ou délit commis il y a longtemps, pour lequel il peut y avoir des circonstances atténuantes importantes, et lorsqu'il n'y a aucune preuve de récidive, puisse justifier le recours à la dérogation.

192 — Quant à la signification du terme « communauté », il est évident que l'intention est de faire référence à la sécurité et au bien-être de la population dans son ensemble, par opposition à la dérogation relative à la sécurité nationale qui porte sur les intérêts plus larges de l'État. Cette notion de sécurité et de bien-être de la population apparaît dans d'autres expressions du principe du non-refoulement postérieures à 1951. Par exemple, les *Principes afro-asiatiques sur les réfugiés* font référence aux « raisons majeures...protégeant les populations ». De la même façon, la *Déclaration sur l'asile territorial* mentionne des « raisons majeures...pour protéger la population ».

III. Le rôle et le contenu du droit international coutumier

A. Le rôle du droit international coutumier

- 193 — Bien que nous puissions être enclins à considérer la *Convention de 1951* et les autres traités applicables comme une formulation exhaustive du droit concernant les domaines qu'ils couvrent, il est bon de rappeler que certains aspects des relations entre États au sujet des réfugiés et du non-refoulement demeurent non couverts par ces textes.
- 194 — En premier lieu, quelque cinquante États ne sont toujours pas parties à la *Convention de 1951* et au *Protocole de 1967*. Ces États ne sont donc pas formellement liés par la Convention et, en particulier, par la disposition relative au non-refoulement. Ces États sont-ils donc libres de toute obligation relative au traitement des réfugiés ? Nous ne pouvons que répondre négativement à cette question. Tous les États sont liés par des obligations juridiques internationales coutumières qui existent dans le domaine des réfugiés.
- 195 — Il y a des situations dans lesquelles le droit international coutumier du non-refoulement s'applique. Même parmi les États parties à la *Convention de 1951*, ou à d'autres textes pertinents, qui ont adopté une législation pour transposer les traités en droit interne, il peut s'avérer nécessaire de la compléter par des normes de droit international coutumier. Cela est *a fortiori* vrai quand il n'y a pas de législation mais quand les tribunaux nationaux sont en mesure de traiter le droit international coutumier comme faisant partie intégrante du droit interne. En résumé, l'évolution des règles de droit international coutumier dans ce domaine est importante et elle doit être reconnue. Il se peut en effet très bien que les règles applicables aient le caractère d'une norme de *jus cogens*, norme que ni les pratiques étatiques, ni les traités ne peuvent écarter. Le fait que le principe du non-refoulement ait le caractère d'une norme impérative (*jus cogens*) a été affirmé par le Comité exécutif dès 1982.¹¹⁵ Des commentaires ultérieurs dans ce sens figurent dans la *Déclaration de Carthagène de 1984* et dans les opinions exprimées par le gouvernement suisse.¹¹⁶

115. Comité exécutif, Conclusion N° 25 (XXXIII) 1982, para. (b). Dans la Conclusion N° 79 (XLVII) 1996, le Comité exécutif insistait sur le fait que le principe du non-refoulement ne pouvait faire l'objet d'aucune dérogation.

116. La *Déclaration de Carthagène de 1984 sur les réfugiés* concluait, entre autres, que le principe du non-refoulement « est impératif concernant les réfugiés et, en l'état actuel du droit international, devrait être reconnu et respecté comme une norme de *jus cogens* » (Section III, para. 5). Concernant les opinions exprimées par le gouvernement suisse, voir FFE/BBL, 1994 III, pp. 1486-7.

B. Les sources du droit international coutumier relatif au non-refoulement : le rôle des traités

196 — Si on tient compte du fait que les pratiques étatiques pertinentes pour la détermination du contenu du droit international coutumier dans ce domaine, trouvent principalement leur source dans les traités — et dans leur application —, il faut tout d'abord répondre à une question préliminaire. Est-il acceptable d'utiliser les traités et leur pratique comme source de droit international coutumier ? Des sources autorisées nous permettent de répondre par l'affirmative.

1. Généralités

197 — Il est établi que des principes conventionnels peuvent coexister, et coexistent *de facto* avec des principes coutumiers de contenu similaire. Par exemple, dans l'affaire *Nicaragua*, la CIJ a reconnu que l'interdiction de recourir à la menace ou à l'emploi de la force énoncée à l'article 2 § 4 de la *Charte des Nations Unies* s'appliquait également comme principe de droit international coutumier. Le fait que le principe coutumier soit incorporé dans une convention multilatérale ne voulait pas dire qu'il cessait d'exister en tant que principe de droit coutumier, même à l'égard des États parties à cette convention.¹¹⁷

Cette conclusion est conforme à la jurisprudence antérieure de la Cour dans les affaires du *Plateau continental de la mer du Nord* dans lesquelles elle avait reconnu que des normes de droit coutumier et de droit conventionnel, en grande partie identiques sur la délimitation du plateau continental, pouvaient coexister.¹¹⁸

198 — L'existence d'un principe conventionnel non seulement n'empêche pas l'existence d'un principe coutumier de contenu similaire mais il peut influencer la création d'une telle norme coutumière. Dans les affaires du *Plateau continental de la mer du Nord*, par exemple, la CIJ a examiné la thèse du Danemark et des Pays-Bas selon laquelle une norme coutumière peut trouver sa source dans la pratique des États conformément à une norme conventionnelle. La CIJ a exposé que :

La Cour doit maintenant aborder la dernière phase de l'argumentation du Danemark et des Pays-Bas. Leur thèse est celle-ci : même si à la date de la Convention de Genève [de 1958 sur le plateau continental], il n'existait aucune règle de droit international coutumier consacrant le principe de l'équidistance et si l'article 6 de la Convention ne cristallisait aucune règle de ce genre, une telle règle est apparue depuis la Convention, du fait pour une part de l'influence exercée par celle-ci et pour une autre de la pratique ultérieure des États ; cette règle, devenue règle de droit international coutumier liant tous les États, y compris par conséquent la République fédérale d'Allemagne, devrait être déclarée applicable à la délimitation des zones de plateau continental relevant de chacune des Parties dans la mer du Nord.

117. *Affaire des activités militaires et paramilitaires au Nicaragua et contre celui-ci (Nicaragua c. États-Unis d'Amérique)*, Compétence de la Cour et recevabilité de la requête, Arrêt, Recueil CIJ 1984, p. 392, para. 73 ; Fond, Arrêt, Recueil CIJ 1986, p. 14, paras. 174-9.

118. *Plateau continental de la mer du Nord*, Arrêt, Recueil de la CIJ 1969, p. 3, paragraphes 64 et 70 à 74.

En attribuant à l'article 6 de la Convention l'influence et l'effet indiqués, cette thèse revient manifestement à le considérer comme une disposition normative ayant servi de base ou de point de départ à une règle qui, purement conventionnelle ou contractuelle à l'origine, se serait depuis lors intégrée à l'ensemble du droit international général et serait maintenant acceptée à ce titre par l'*opinio juris* de telle sorte que désormais elle s'imposerait même aux pays qui ne sont pas et n'ont jamais été parties à la Convention. Certes cette situation est du domaine des possibilités et elle se présente de temps à autre : c'est même l'une des méthodes reconnues par lesquelles des règles nouvelles de droit international coutumier peuvent se former [...] ¹¹⁹

- 199 — Tandis que la Cour poursuit en notant qu'un tel processus ne devait pas être considéré à la légère comme ayant eu lieu, le principe sous-jacent selon lequel les règles conventionnelles peuvent être considérées « comme consacrant ou cristallisant des règles de droit international coutumier établies ou du moins en voie de formation » n'a pas été contesté. ¹²⁰ La même analyse se retrouve dans l'arrêt de la Cour dans l'affaire *Nicaragua*. ¹²¹
- 200 — Dans l'affaire du *Plateau continental de la mer du Nord*, la Cour a identifié trois critères pertinents pour déterminer si un tel processus de cristallisation a eu lieu. Premièrement, la règle conventionnelle « devrait avoir, en tout cas virtuellement, un caractère fondamentalement normatif et pouvoir ainsi constituer la base d'une règle générale de droit ». ¹²² Deuxièmement, « sans même qu'une longue période se soit écoulée, une participation très large et représentative à la convention pourrait suffire, à condition toutefois qu'elle comprenne les États particulièrement intéressés ». ¹²³ Troisièmement, quel que soit le laps de temps écoulé depuis la première expression de la règle conventionnelle,

La pratique des États, y compris ceux qui sont particulièrement intéressés, doit avoir été fréquente et pratiquement uniforme dans le sens de la disposition invoquée et doit en outre s'être manifestée de manière à établir une reconnaissance générale du fait qu'une règle de droit ou une obligation est en jeu. ¹²⁴

119. *Ibid.*, p. 3, paragraphes 70 et 71.

120. *Ibid.*, p. 3, para. 63.

121. Fond, Arrêt, Recueil CIJ 1986, p. 14, para. 183.

122. *Plateau continental de la mer du Nord*, Arrêt, Recueil CIJ 1969, p. 3, paragraphe 72.

123. *Ibid.*, p. 3, paragraphe 73.

124. *Ibid.*, p. 3, paragraphe 74. Cet élément résume la double exigence pour la formation de la coutume, indépendamment de toute règle conventionnelle, à savoir : une pratique établie des États et l'*opinio juris* ou la conviction que cette pratique est rendue obligatoire par l'existence d'une règle de droit qui l'exige. Voir plus loin l'arrêt au paragraphe 77. Dans l'affaire *Nicaragua*, la Cour a ajouté ce qui suit à son analyse précédente :

Il ne faut pas s'attendre à ce que l'application des règles en question soit parfaite dans la pratique étatique...La Cour ne pense pas que, pour qu'une règle soit coutumièrement établie, la pratique correspondante doive être rigoureusement conforme à cette règle. Il lui paraît suffisant, pour déduire l'existence de règles coutumières, que les États y conforment leur conduite d'une manière générale et qu'ils traitent eux-mêmes les comportements non conformes à la règle en question comme des violations de celle-ci et non pas comme des manifestations de la reconnaissance d'une règle nouvelle. Voir Fond, Arrêt, Recueil CIJ 1986, p. 14, para.186.

(a) Caractère fondamentalement normatif

- 201 — Les expressions conventionnelles du principe du non-refoulement dans les instruments comme la *Convention de 1951*, la *Convention de l'OUA sur les réfugiés*, la *Convention américaine des droits de l'Homme* et la *Convention contre la torture* ont un caractère normatif général, par opposition à la simple expression d'obligations contractuelles, et elles ont été largement acceptées comme telles. Dans le contexte des réfugiés, cette opinion a été exprimée, par exemple, dans différentes Conclusions du Comité exécutif. Par exemple, dans la Conclusion N° 6 (XXVIII) de 1977, le Comité exécutif a rappelé que « le principe humanitaire fondamental du non-refoulement a trouvé son expression dans divers instruments internationaux adoptés au niveau mondial ou régional et est, de façon générale, admis par les États ».
- 202 — Dans la Conclusion N° 17 (XXXI) de 1980, le Comité exécutif « a réaffirmé le caractère fondamental du principe universellement reconnu du non-refoulement ». Cela a été exprimé avec encore plus de vigueur dans la Conclusion N° 25 (XXXIII) de 1982 dans laquelle le Comité exécutif « a réaffirmé l'importance des principes fondamentaux de la protection internationale, et en particulier du principe du non-refoulement, qui est en train d'acquiescer le caractère d'une norme impérative de droit international ». On peut trouver des déclarations similaires dans des Conclusions du Comité exécutif plus récentes.¹²⁵
- 203 — Outre le caractère normatif du principe du non-refoulement dans divers traités, le principe se reflète également dans un certain nombre de textes internationaux non contraignants significatifs qui l'énoncent en des termes normatifs ou qui affirment son caractère normatif. La *Déclaration sur l'asile territorial* adoptée à l'unanimité par l'Assemblée générale des Nations Unies le 14 décembre 1967 en est un exemple particulièrement important. Parmi les autres instruments de caractère similaire figurent les *Principes afro-asiatiques sur les réfugiés*, la *Déclaration de Carthagène* et différentes expressions du principe par le Conseil de l'Europe.¹²⁶
- 204 — L'interprétation de l'interdiction de la torture et des peines ou traitements cruels, inhumains ou dégradants prévue à l'article 3 de la *Convention européenne des droits de l'Homme*, à l'article 7 du *PIDCP* et à l'article 5 de la *Charte de Banjul*¹²⁷ comme comprenant un élément essentiel du non-refoulement confirme plus encore le caractère normatif fondamental du principe, en particulier dans la mesure où les textes pertinents ne mentionnent pas explicitement le non-refoulement.

125. Voir, par exemple, la Conclusion N° 79 (XLVII) 1996, para. (j) et la Conclusion N° 81 (XLVIII) 1997, para.(i).

126. Voir, par exemple, la Recommandation N° R (1984)1 du 25 janvier 1984 sur la *Protection des personnes remplissant les conditions de la Convention de Genève qui ne sont pas formellement reconnues comme réfugiés* adoptée par le Comité des ministres du Conseil de l'Europe qui « [considère] que le principe du non-refoulement a été reconnu comme un principe général applicable à tous ».

127. *Charte de Banjul de 1981* ou *Charte Africaine des Droits de l'Homme et des Peuples*, 21 ILM (1982) 58 (ci-après « Charte de Banjul »).

205 — La question a été développée en détail par la Cour européenne des droits de l'Homme dans l'affaire *Soering*, dans le contexte de l'extradition, de la façon suivante :

L'article 3 [de la *Convention européenne des droits de l'Homme*] ne ménage aucune exception [...] Cette prohibition absolue, par la Convention, de la torture et des peines ou traitements inhumains ou dégradants montre que l'article 3 consacre l'une des valeurs fondamentales des sociétés démocratiques qui forment le Conseil de l'Europe. On la rencontre en des termes voisins dans d'autres textes internationaux, par exemple le Pacte international de 1966 relatif aux droits civils et politiques et la *Convention américaine des droits de l'Homme* de 1969 ; on y voit d'ordinaire une norme internationalement acceptée.

Reste à savoir si l'extradition d'un fugitif vers un autre État où il subira ou risquera de subir la torture ou des peines ou traitements inhumains ou dégradants engage par elle-même la responsabilité d'un État contractant sur le terrain de l'article 3. Que l'aversion pour la torture comporte de telles implications, la *Convention des Nations Unies contre la torture et autres peines ou traitements cruels, inhumains ou dégradants* le reconnaît en son article 3 : « Aucun État partie [...] n'extradera une personne vers un autre État où il y a des motifs sérieux de croire qu'elle risque d'être soumise à la torture ». De ce qu'un traité spécialisé en la matière énonce en détail une obligation précise dont s'accompagne l'interdiction de la torture, il ne résulte pas qu'une obligation en substance analogue ne puisse se déduire du libellé général de l'article 3 de la *Convention européenne*. Un État contractant se conduirait d'une manière incompatible avec les valeurs sous-jacentes de la Convention, ce « patrimoine commun d'idéal et de traditions politiques, de respect de la liberté et de prééminence du droit » auquel se réfère le Préambule, s'il remettrait consciemment un fugitif — pour odieux que puisse être le crime reproché — à un autre État où il existe des motifs sérieux de penser qu'un danger de torture menace l'intéressé. Malgré l'absence de mention expresse dans le texte bref et général de l'article 3, pareille extradition irait manifestement à l'encontre de l'esprit de ce dernier ; aux yeux de la Cour, l'obligation implicite de ne pas extrader s'étend aussi au cas où le fugitif risquerait de subir dans l'État de destination des peines ou traitements inhumains ou dégradants pros crits par ledit article.¹²⁸

206 — Ce raisonnement a par la suite été adopté par la Cour européenne des droits de l'Homme dans des affaires concernant l'expulsion et le refoulement.¹²⁹ Cela a été récemment exprimé dans la décision de la Cour du 7 mars 2000, sur la recevabilité dans l'affaire *T.I. c. Royaume-Uni*, dans les termes suivants :

Il est bien établi dans la jurisprudence [de la Cour] que l'interdiction fondamentale de la torture et des traitements inhumains ou dégradants posée par l'article 3, lu en combinaison avec l'article 1 de la Convention selon lequel « toute personne relevant de leur juridiction [se voit reconnaître] les droits et libertés définis [dans la] Convention », impose aux États contractants l'obligation de ne pas expulser une personne vers un pays lorsqu'il y a des motifs sérieux et avérés de croire qu'elle y courra un risque réel d'être soumise à un traitement contraire à l'article 3 (voir notamment l'arrêt *Ahmed c. Autriche* du 17 décembre 1996, *Recueil* 1996-VI, p. 2206, §§ 39-40).¹³⁰

128. *Soering c. Royaume-Uni*, 98 ILR 270, para. 88.

129. Voir, par exemple, *Cruz Varas c. Suède*, 108 ILR 283, para. 69 ; *Vilvarajah c. Royaume-Uni*, 108 ILR 321, paragraphes 102 et 103 ; *Chahal c. Royaume-Uni*, 108 ILR 385, paragraphes 73 et 74 et 79 à 81.

130. *T.I. c. Royaume-Uni*, Requête N° 43844/98, Décision sur la recevabilité, 7 mars 2000, [2000] INLR 211, para. 228.

207 — L'approche de la Cour européenne est comparable à celle du Comité des droits de l'Homme en ce qui concerne l'interprétation de l'article 7 du *PIDCP*. Ainsi, dans l'Observation générale No. 20 (1992) relative à l'interprétation de l'article 7 du *PIDCP* interdisant la torture et les peines ou traitements cruels, inhumains ou dégradants, le Comité des droits de l'Homme a déclaré entre autres :

2. L'article 7 du *Pacte international relatif aux droits civils et politiques* a pour but de protéger la dignité et l'intégrité physique et mentale de l'individu. L'État partie a le devoir d'assurer à toute personne, par des mesures législatives ou autres, une protection contre les actes prohibés par l'article 7, que ceux-ci soient le fait de personnes agissant dans le cadre de leurs fonctions officielles, en dehors de celles-ci ou à titre privé [...]

3. Le texte de l'article 7 ne souffre aucune limitation. Le Comité réaffirme que, même dans le cas d'un danger public exceptionnel tel qu'envisagé à l'article 4 du Pacte, aucune dérogation aux dispositions de l'article 7 n'est autorisée et ses dispositions doivent rester en vigueur. Le Comité fait observer également qu'aucune raison, y compris l'ordre d'un supérieur hiérarchique ou d'une autorité publique, ne saurait être invoquée en tant que justification ou circonstance atténuante pour excuser une violation de l'article 7.

[...]

8. Le Comité note qu'il ne suffit pas, pour respecter l'article 7, d'interdire ces peines ou traitements, ni de déclarer que leur application constitue un délit. Les États parties doivent faire connaître au Comité les mesures législatives, administratives, judiciaires et autres qu'ils prennent pour prévenir et réprimer les actes de torture ainsi que les traitements cruels, inhumains ou dégradants dans tout territoire placé sous leur juridiction.

9. De l'avis du Comité, les États parties ne doivent pas exposer des individus à un risque de torture ou de peines ou traitements cruels, inhumains ou dégradants en les renvoyant dans un autre pays en vertu d'une mesure d'extradition, d'expulsion ou de refoulement. Les États parties devraient indiquer dans leurs rapports les mesures qu'ils ont adoptées à cette fin.¹³¹

208 — La même analyse apparaît également dans des décisions de la Commission africaine des droits de l'Homme et des Peuples (« Commission africaine des droits de l'Homme ») créée par la *Charte de Banjul*.¹³²

(b) Soutien très large et représentatif des États, y compris de ceux dont les intérêts sont particulièrement touchés

209 — Quant à la condition qu'il y ait une participation très large et représentative aux conventions consacrant la règle coutumière putative, y compris celle des États particulièrement intéressés, l'ampleur de la participation des États à la *Convention de 1951*,

131. Comité des droits de l'Homme, Observation générale No. 20 (1992), HRI/HEN/1/Rev.1, 28 juillet 1994.

132. Voir, par exemple, Communication N° 97/1993, *John K. Modise c. Botswana*, citée dans E. A. Ankumah, *The African Commission on Human and Peoples' Rights : Practice and Procedures* (Martinus Nijhoff, La Haye, 1996). La Commission a estimé que la déportation de Modise constituait un traitement cruel, inhumain ou dégradant. [Note de la rédaction : l'affaire, rendue lors de la 28^e session de la Commission du 23 octobre au 6 novembre 2000, est accessible à <http://www1.umn.edu/humanrts/africa/comcases/97-93c.html>. Voir en particulier le paragraphe 91.]

au *Protocole de 1967*, à la *Convention sur la torture*, au *PIDCP* et à d'autres conventions intégrant le principe du non-refoulement, indique une acceptation quasi universelle de ce principe. Ainsi, par exemple, comme le montre l'Annexe 2.1, des 189 membres des Nations Unies, 135 sont parties à la *Convention de 1951*, 134 sont parties au *Protocole de 1967* (140 étant parties à l'un de ces instruments ou aux deux), 121 sont parties à la *Convention contre la torture* et 146 sont parties au *PIDCP*.¹³³ Si nous tenons compte d'autres instruments comme la *Convention européenne des droits de l'Homme*, la *Convention de l'OUA sur les réfugiés*, la *Convention américaine des droits de l'Homme* et la *Charte de Banjul*, 170 des 189 membres des Nations Unies, soit environ 90 % des membres, sont parties à une ou plusieurs conventions intégrant le principe du non-refoulement comme un élément essentiel. Parmi les 19 membres des Nations Unies qui ne sont parties à aucun de ces accords, sept étaient membres des Nations Unies le 14 décembre 1967 lorsque la *Déclaration sur l'asile territorial* a été adoptée à l'unanimité par l'Assemblée générale. En l'absence de toute indication d'opposition au principe du non-refoulement tel qu'énoncé dans la Déclaration, nous pouvons donc considérer qu'ils ont consenti à ce principe. Des douze États membres des Nations Unies restant — Bhoutan, Brunei Darussalam, Kiribati, États fédérés de Micronésie, Nauru, Oman, Palau, Saint Kitts et Nevis, Sainte Lucie, Emirats Arabes Unis et Vanuatu — rien ne suggère qu'il y ait une opposition à ce principe.

- 210 — Comme ces chiffres l'indiquent, la participation à un accord conventionnel ou à un autre consacrant le principe du non-refoulement, est plus que simplement « très large et représentative ». Elle est quasiment universelle, y compris parmi les États qui sont particulièrement concernés.

(c) Pratique constante et reconnaissance générale de la règle

- 211 — Concernant la question de la pratique constante et de la reconnaissance générale de la règle, la CIJ, dans l'affaire *Nicaragua*, a cherché des preuves de la pratique des États et de l'*opinio juris* dans la participation des États aux traités consacrant la règle, dans d'autres instances où les États avaient exprimé leur reconnaissance de la règle et dans les travaux des organisations internationales.
- 212 — Nous avons déjà souligné la participation quasi universelle des États à un ou plusieurs traités consacrant le principe du non-refoulement. En appliquant la méthodologie de la CIJ, nous pouvons déduire de cette pratique un soutien à l'existence d'une règle coutumière de contenu similaire. La reconnaissance large de ce principe dans les instruments comme la *Déclaration sur l'asile territorial*, les *Principes afro-asiatiques*

133. Ces chiffres ne tiennent pas compte de la participation d'États non membres des Nations Unies à plusieurs de ces conventions, notamment la Suisse qui est partie à la *Convention de 1951*, au *Protocole de 1967*, à la *CEDH*, au *PIDCP* et à la *Convention contre la torture* et le Saint-Siège qui est partie à la *Convention de 1951* et au *Protocole de 1967*. [Note de la rédaction : Au 1^{er} février 2003, 141 États étaient parties à la *Convention de 1951*, 139 étaient parties au *Protocole de 1967*, 132 étaient parties à la *Convention contre la torture* et 149 étaient parties au *PIDCP*.]

et la *Déclaration de Carthage* est également importante. Bien que ces derniers ne soient pas de nature contraignante, la pratique des États et l'*opinio juris* que ces instruments reflètent tendent à prouver l'existence d'un principe coutumier du non-refoulement.

- 213 — Nous pouvons également ajouter la pratique répandue des États consistant à transposer expressément des traités consacrant le principe du non-refoulement dans leur ordre juridique interne ou à adopter des lois plus spécifiques reflétant directement ce principe. Environ 80 États ont soit adopté des lois spécifiques relatives au non-refoulement, soit transposé expressément la *Convention de 1951* ou le *Protocole de 1967* dans leur droit interne. Comme l'Annexe 2.2 ci-dessous l'indique, ce chiffre atteint quelque 125 États en tenant compte des mesures internes mettant en œuvre d'autres traités consacrant ce principe. Sa transposition large dans l'ordre juridique interne des États démontre leur pratique et l'*opinio juris* en faveur d'un principe coutumier du non-refoulement.
- 214 — Les Conclusions du Comité exécutif sont particulièrement importantes à cet égard. Comme nous l'avons noté plus haut, le Comité exécutif est un organe composé des représentants des États choisis « en raison de l'intérêt qu'ils portent au problème des réfugiés et de leur dévouement à cette cause ». En empruntant la terminologie employée par la CIJ dans l'arrêt du *Plateau continental de la mer du Nord*, le Comité exécutif est ainsi composé de représentants d'États « particulièrement intéressés » par les questions relatives aux réfugiés. Avec une participation de 57 États ayant fait état de leur intérêt pour ce sujet, les Conclusions du Comité exécutif peuvent, selon nous, être considérées comme l'expression d'opinions largement représentatives de celles de la communauté internationale. Cela est d'autant plus vrai que la participation aux réunions du Comité exécutif n'est pas limitée à ses membres et comprend habituellement plus de participants. La connaissance spécialisée du Comité et le fait que ses décisions soient adoptées par consensus donnent davantage de poids à ses Conclusions.
- 215 — Dès 1977, le Comité exécutif a mentionné le caractère humanitaire fondamental du principe du non-refoulement et sa large acceptation par les États.¹³⁴ Cela a été réaffirmé par la suite.¹³⁵ L'importance de ce principe a été soulignée récemment dans les Conclusions No. 79 (XLVII) de 1996 et No. 81 (XV VIII) de 1997 dans des termes en substance similaires :
- Le Comité exécutif,
[...]
Reconnait l'importance fondamentale du principe du non-refoulement qui interdit l'expulsion et le retour des réfugiés, de quelque façon que ce soit, aux frontières de territoires où leur vie ou leur liberté serait menacée du fait de leur race, religion, nationalité, appartenance à un cer-

134. Conclusion N° 6 (XXVIII) 1977.

135. Conclusion N° 25 (XXXIII) 1982. Voir aussi la Conclusion N° 17 (XXXI) 1980.

tain groupe social ou opinion politique, qu'ils aient ou non obtenu officiellement le statut de réfugié, ou de personnes dont on a de sérieuses raisons de penser qu'elles risquent d'être soumises à la torture, comme le prévoit la *Convention de 1984 contre la torture et autres peines ou traitements cruels, inhumains ou dégradants*.¹³⁶

(d) Conclusions relatives à cette section

- 216 — L'opinion a été exprimée, par exemple dans l'*Encyclopédie du droit international public*, que « le principe du non-refoulement des réfugiés est désormais largement reconnu comme un principe général de droit international ». ¹³⁷ Étant donné les facteurs mentionnés ci-dessus ainsi que le absence évidente d'objection exprimée par les États à l'encontre du caractère normatif du principe du non-refoulement, nous estimons que le non-refoulement doit être considéré comme un principe de droit international coutumier.

C. Contenu du principe du non-refoulement en droit international coutumier

- 217 — Nous allons maintenant examiner le contenu du principe du non-refoulement en droit international coutumier. Dans cette perspective, il conviendra de distinguer entre le principe coutumier tel qu'il a évolué dans le contexte des réfugiés et dans le contexte plus général des droits de l'Homme.

1. Dans le contexte des réfugiés

- 218 — Le contenu du principe coutumier du non-refoulement dans le contexte des réfugiés correspond en grande partie à celui développé plus haut concernant l'interprétation de l'article 33 de la *Convention de 1951*. Il n'est pas nécessaire de reprendre cette analyse ici. Le raisonnement développé dans la partie précédente, et en particulier les références aux autres textes internationaux confortant ce raisonnement, s'appliqueront *mutatis mutandis* à cette partie. Il suffira donc simplement d'identifier les éléments principaux du principe du non-refoulement en droit international coutumier dans le contexte des réfugiés. Ces éléments sont les suivants :

- a) Le principe lie tous les États, y compris toutes les sous-divisions et les organes de ces derniers ainsi que les autres personnes exerçant des prérogatives de puissance publique et il engage la responsabilité des États dans les cas où le comportement en question peut être attribué à l'État quel que soit l'endroit où il a lieu.

136. Conclusion N° 79 (XLVII) 1996, para. (j) ; Conclusion N° 81 (XLVIII) 1997, para. (i).

137. *Encyclopaedia of Public International Law* (Max Planck Institute for Comparative Public Law and International Law, sous la direction de Rudolf Bernhardt, North-Holland Publishing Co., Amsterdam, New York, 1985), vol. 8, p. 456.

b) Il s'oppose à tout acte de refoulement, quelle que soit sa forme, y compris le refus d'admission à la frontière, qui aboutirait à exposer les réfugiés ou les demandeurs d'asile à :

i. une menace de persécution ;

ii. un risque réel de torture ou de peines ou traitements cruels, inhumains ou dégradants ; ou

iii. une menace contre la vie, l'intégrité corporelle ou la liberté.

c) Il interdit le refoulement vers *tout* territoire où le réfugié ou le demandeur d'asile serait en danger, y compris vers un territoire où le réfugié ou le demandeur d'asile n'est pas directement en danger mais à partir duquel il risquerait d'être renvoyé par la suite vers un territoire où il serait en danger.

d) Il ne peut faire l'objet de dérogations que pour des raisons majeures de sécurité nationale et de sécurité publique mais il ne peut faire l'objet d'aucune dérogation dans les cas où le risque de persécution équivaut ou peut être considéré comme comparable à un risque de torture ou de peines ou traitement cruels, inhumains ou dégradants ou relèverait du champ d'application d'autres principes coutumiers en matière de droits de l'Homme de caractère absolu.

e) En cas d'application des dérogations, elles doivent être interprétées de manière restrictive et avec prudence et conformément à la procédure prévue par la loi et à la condition que toutes les mesures raisonnables aient été d'abord prises pour garantir l'admission de l'intéressé dans un pays tiers sûr.

219 — Réduit à l'essentiel, le contenu du principe coutumier du non-refoulement dans le contexte des réfugiés peut s'énoncer comme suit :

1. Aucun demandeur d'asile ne peut être refusé à la frontière, renvoyé ou expulsé de quelque façon que ce soit lorsque cela l'obligerait à demeurer ou à retourner vers un territoire où il risque d'être exposé à une menace de persécution ou à une menace contre sa vie, son intégrité corporelle ou sa liberté. À l'exception des cas prévus à l'alinéa 2, ce principe ne souffre aucune limitation ou dérogation.

2. Des raisons majeures de sécurité nationale ou de sécurité publique autoriseront un État à déroger au principe décrit à l'alinéa 1 dans les cas où la menace n'équivaut pas et ne serait pas considérée comme comparable à un risque de torture ou de peines ou traitements cruels, inhumains ou dégradants et ne relèverait pas du champ d'application d'autres principes coutumiers des droits de l'Homme de caractère absolu. Ces dérogations ne peuvent être appliquées que conformément à la procédure prévue par la loi et à la condition que toutes les mesures raisonnables aient été d'abord prises pour garantir l'admission de l'intéressé dans un pays tiers sûr.

2. Dans le contexte plus général des droits de l'Homme

- 220 — Comme pour la portée et le contenu du principe coutumier du non-refoulement dans le contexte des réfugiés, les paramètres de ce principe dans le contexte des droits de l'Homme doivent également refléter la cristallisation de la pratique des États et l'*opinio juris*. L'objectif principal de cet exercice est d'identifier les éléments considérés comme reflétant un large consensus au sein de la communauté internationale.
- 221 — Le contenu du principe de non-refoulement dans le contexte des droits de l'Homme est relativement facile à identifier dans la mesure où ce principe est, dans une large mesure, dérivé de manière implicite de l'interdiction couramment formulée de la torture ou des peines ou traitements cruels, inhumains ou dégradants. Trois critères doivent néanmoins être distingués :
- (a) La portée de l'interdiction coutumière de la torture ou des peines ou traitements cruels, inhumains ou dégradants ;
 - (b) Le non-refoulement en tant qu'élément fondamental de l'interdiction coutumière de la torture ou des peines ou traitements cruels, inhumains ou dégradants ; et
 - (c) Le contenu du non-refoulement en tant qu'élément de l'interdiction coutumière de la torture ou des peines ou traitements cruels, inhumains ou dégradants.
- (a) Portée de l'interdiction coutumière de la torture ou des peines ou traitements cruels, inhumains ou dégradants
- 222 — Le fait que l'interdiction de la *torture* constitue une règle de droit international coutumier fait l'objet d'un consensus¹³⁸. En effet, il est largement admis que l'interdic-

138. Voir, par exemple, le Mémoire pour les États-Unis soumis à la Cour d'Appel (Second Circuit) dans l'affaire *Filartiga c. Pena Irala* (1980) 21 ILM 585, pp. 595 à 601. [Note de la rédaction : L'affaire est classée sous la référence US Court of Appeals (2nd Circuit), 630 F. 2d 876 (1980).] Sous le titre « La protection contre la torture figure parmi les droits de l'Homme fondamentaux garantis par le droit international », les États-Unis déclaraient entre autres :

Tous les traités multilatéraux généraux relatifs aux droits civils et politiques interdisent la torture [...] Nous ne voulons pas dire que chaque interdiction dans ces traités énonce une règle impérative de droit international coutumier. Lorsque des réserves à certaines dispositions ont été émises par un nombre important de nations ou lorsque un désaccord avec certaines dispositions constitue une raison pour une nation de refuser de devenir partie, la quasi unanimité requise pour l'adoption d'une règle de droit international coutumier peut faire défaut. Aucun désaccord n'a été exprimé au sujet des dispositions interdisant la torture [...]. La coutume internationale manifeste également une condamnation universelle de la torture. Bien que certaines nations pratiquent encore la torture, aucun État ne semble affirmer son droit de torturer ses nationaux. Au contraire, les nations accusées de pratiquer la torture réfutent toute accusation et ne tentent aucunement de justifier son emploi. (traduction libre)

Voir pp. 595 à 598. Dans cette affaire, la Cour d'Appel aborda la question de la manière suivante : Bien qu'il n'existe pas d'accord universel sur l'étendue précise des « droits de l'Homme et des libertés fondamentales » garantis à tous par la Charte [des Nations Unies], il n'existe aujourd'hui aucune opposition à l'avis selon lequel les garanties incluent, au plus strict minimum, le droit à la protection contre la torture. Cette interdiction fait maintenant partie du droit international coutumier comme le montre et le définit la *Déclaration universelle des droits de l'Homme*. (traduction libre)

Voir (1980) 79 ILR 169, p. 176.

tion de la torture constitue même un principe de *jus cogens*.¹³⁹ La question qui nous intéresse ici est la portée de cette interdiction coutumière. Est-elle limitée aux agissements les plus odieux relevant de la définition de la torture ou s'étend-elle plus largement aux agissements équivalant à des peines ou traitements cruels, inhumains ou dégradants ? La formulation plus large reflète les termes de l'article 7 du *PIDCP*, de l'article 3 de la *Convention européenne des droits de l'Homme*, de l'article 5 de la *Charte de Banjul* et de l'article 5 § 2 de la *Convention américaine des droits de l'Homme* de même que ceux d'autres instruments relatifs à la protection des droits de l'Homme. Une analyse plus restrictive est inspirée par la portée de la *Convention contre la torture* qui, concernant ses mécanismes de mise en œuvre, distingue la torture des autres peines ou traitements cruels, inhumains ou dégradants.

223 — De notre point de vue, tout milite en faveur d'une acception large de la notion de prohibition, incluant la torture et les peines et traitements inhumains ou dégradants. À l'exception de la *Convention contre la torture*, ces éléments figurent tous dans les instruments relatifs aux droits de l'Homme, de nature tant contraignante que non contraignante, comme caractéristiques d'une interdiction unique¹⁴⁰. D'autres sources confortent également le statut coutumier de la formulation plus large parmi lesquelles :

- L'article 5 de la *Déclaration universelle des droits de l'Homme*¹⁴¹ qui dispose que « nul ne sera soumis à la torture, ni à des peines ou traitements cruels, inhumains ou dégradants » ;

139. Voir, par exemple, Comité des droits de l'Homme, Observation générale No. 24 (52) (1994), CCPR/C/21/Rev.1/Add.6, 2 novembre 1994, para. 10. Voir également L. Hannikainen, *Peremptory Norms (Jus Cogens) in International Law : Historical Development, Criteria, Present Status* (Finnish Lawyers' Publishing Co., Helsinki, 1988), ch. 10, section G ;

Y. Dinstein, « The Right to Life, Physical Integrity and Liberty », in *International Bill of Rights : The Covenant on Civil and Political Rights* (ed. L. Henkin, Columbia University Press, New York, 1981), p. 122.

140. La distinction faite dans la *Convention contre la torture* entre la torture d'une part, et les peines ou traitements cruels, inhumains ou dégradants d'autre part, trouve une explication dans l'intention des rédacteurs, comme l'ex-URSS et d'autres, de limiter les mécanismes de mise en œuvre de la Convention aux agissements les plus graves. Pour un exposé du processus de rédaction sur ce point, voir A. Boulesbaa, *The UN Convention on Torture and the Prospects for Enforcement* (Martinus Nijhoff, The Hague, 1999), pp. 4 à 8. Nonobstant la distinction faite au niveau des mécanismes de mise en œuvre, l'article 16 § 1 de la Convention affirme que « Tout État partie s'engage à interdire dans tout territoire sous sa juridiction d'autres actes constitutifs de peines ou traitements cruels, inhumains ou dégradants qui ne sont pas des actes de torture ».

141. Résolution de l'Assemblée générale 217 (III), *Déclaration universelle des droits de l'Homme*, 10 décembre 1948, partie A. Bien qu'étant un instrument non contraignant (en tant que résolution de l'Assemblée générale des Nations Unies), la *Déclaration universelle* est largement considérée comme reflétant le droit international coutumier ainsi que l'a implicitement entériné la CIJ dans l'affaire *des Otages de Téhéran (Personnel diplomatique et consulaire des États-Unis à Téhéran)*, Recueil de la CIJ 1980, p. 3, para. 91. Voir également Meron, *Human Rights and Humanitarian Norms as Customary Law* (1989), pp. 82 à 84 (en particulier note 9) qui mentionne divers textes des Nations Unies et d'autres qui approuvent le statut coutumier de la *Déclaration universelle*. Le *US Restatement of the Foreign Relations Law of the United States* (Nouvel exposé américain du droit des relations étrangères des

- *La Déclaration sur la protection des toutes les personnes contre la torture et autres peines ou traitements cruels, inhumains ou dégradants* adoptée par consensus par l'Assemblée générale des Nations Unies en 1975 qui, affirmant que « la torture constitue une forme aggravée et délibérée de peines ou de traitements cruels, inhumains ou dégradants » condamne ces actes comme « un reniement des buts de la *Charte des Nations Unies* et comme une violation des droits de l'Homme et des libertés fondamentales proclamés dans la *Déclaration universelle des droits de l'Homme* » ;¹⁴²
- L'article 3 de la *Convention européenne des droits de l'Homme* dispose que « nul ne peut être soumis à la torture ni à des peines ou traitements inhumains ou dégradants » ;
- L'article 7 du *PIDCP* dispose, entre autres, que « nul ne sera soumis à la torture ni à des peines ou traitements cruels, inhumains ou dégradants » ;
- L'article 5 § 2 de la *Convention américaine des droits de l'Homme* prévoit, entre autres, que « nul ne sera soumis à la torture ni à des peines ou traitements cruels, inhumains ou dégradants » ;
- L'article 5 de la *Charte de Banjul* dispose, entre autres, que « toutes formes d'exploitation et d'avilissement de l'homme, notamment l'esclavage, la traite des personnes, la torture physique ou morale, et les peines ou les traitements cruels, inhumains ou dégradants sont interdites ».

224 — Toutes ces dispositions montrent que la torture ou les peines ou traitements cruels, inhumains ou dégradants sont généralement considérés comme les éléments constitutifs d'une interdiction unique. Bien que les tribunaux aient, dans certains cas, fait la distinction entre les différents éléments en fonction de l'intensité de la souffrance infligée¹⁴³, il n'a jamais été proposé de faire une différence entre leurs statuts juridiques. En effet, au sujet de l'article 7 du *PIDCP*, le Comité des droits de l'Homme a expressément indiqué qu'il n'estimait « pas nécessaire d'établir une liste des actes interdits ni de fixer des distinctions très nettes entre les différentes formes de peines ou traitements interdits ; ces distinctions dépendent de la nature, du but et de la gravité du traitement infligé ». ¹⁴⁴

États-Unis — « Nouvel exposé américain » aborde la question de la manière suivante : « La pratique admise comme fondant le droit coutumier en matière de droits de l'Homme comprend : une adhésion quasiment universelle à la *Charte des Nations Unies* et à ses dispositions relatives aux droits de l'Homme et une acceptation quasiment universelle et fréquemment réitérée de la *Déclaration universelle des droits de l'Homme*, ne serait-ce que dans le principe ». *Restatement of the Law Third* (1987), § 701, Reporters' Notes 2, p. 154 (traduction libre).

142. Résolution 3452 (XXX) de l'Assemblée générale des Nations Unies, *Déclaration sur la protection de toutes les personnes contre la torture et autres peines ou traitements cruels, inhumains ou dégradants*, 9 décembre 1975, articles 1 et 2.

143. Voir, par exemple, la décision de la Cour européenne des droits de l'Homme dans l'affaire *Irlande c. Royaume-Uni* (1978), Série A, N° 25, paragraphe 167.

144. Comité des droits de l'Homme, Observation générale N° 20 (1992), HRI/GEN/1/Rev.1, 28 juillet 1994, paragraphe 4 (c'est nous qui soulignons).

225 — Le statut coutumier de l'interdiction de la torture et de celle des peines ou traitements cruels, inhumains ou dégradants est également clair. Le Comité des droits de l'Homme, par exemple, a affirmé explicitement le statut coutumier des deux éléments dans son Observation générale No. 24 (52)(1994) dans le contexte de l'examen des réserves autorisées en vertu du *PIDCP*. Indiquant ainsi que les dispositions du *PIDCP* « qui représentent des règles de droit international coutumier (*a fortiori* lorsqu'elles ont le caractère de normes impératives) ne peuvent pas faire l'objet de réserves », le Comité poursuit en affirmant que « ainsi, un État ne peut se réserver le droit de pratiquer l'esclavage ou la torture [ou] de soumettre des personnes à des traitements ou peines cruels, inhumains ou dégradants ». ¹⁴⁵ La mention distincte de la torture et des peines ou traitements cruels, inhumains ou dégradants ne laisse aucun doute sur le fait que le Comité a considéré que les deux éléments étaient interdits par le droit international coutumier.

226 — Le statut coutumier de l'interdiction des peines ou traitements cruels, inhumains ou dégradants, *indépendamment de l'interdiction de la torture*, est également affirmé dans la résolution 39/118 de l'Assemblée générale des Nations Unies du 14 décembre 1984 sur les droits de l'Homme dans l'administration de la justice. Faisant référence entre autres à l'article 5 de la *Déclaration universelle* et rappelant la nécessité de promouvoir le respect des principes consacrés dans ce texte, l'Assemblée générale des Nations Unies a réaffirmé notamment « l'interdiction, telle qu'elle résulte du droit international, des peines ou traitements cruels, inhumains ou dégradants sous toutes leurs formes ». ¹⁴⁶

La référence à l'interdiction *d'ores et déjà existante* émanant du droit international, des peines ou traitements cruels, inhumains ou dégradants, montre explicitement que les membres des Nations Unies estiment que cette interdiction fait partie du corpus existant du droit international coutumier.

227 — Le statut coutumier de l'interdiction de la torture et des peines ou traitements cruels, inhumains ou dégradants est également mentionné dans d'autres commentaires faisant autorité. ¹⁴⁷ De façon plus générale, l'interdiction des peines ou traitements cruels, inhumains ou dégradants est simplement considérée comme faisant partie de l'interdiction plus large de la torture ou des peines ou traitements cruels, inhumains ou dégradants sans qu'aucun doute ne soit émis sur son statut coutumier.

228 — L'examen de cette question, à la lumière des critères applicables à la détermination des règles de droit international coutumier, va également dans le sens de la conclusion selon laquelle l'interdiction des peines ou traitements cruels, inhumains ou

145. Comité des droits de l'Homme, Observation générale N° 24 (52) (1994), CCPR/C/21/Rev.1/Add.6, 2 novembre 1994, paragraphe 8.

146. Résolution 39/118 de l'Assemblée générale des Nations Unies sur « les droits de l'Homme dans l'administration de la justice », 14 décembre 1984, paragraphe 1 (c'est nous qui soulignons).

147. Voir, par exemple, le *Nouvel exposé américain*, § 702 (d) et les Reporters' Notes 5, pp. 169 et 170.

dégradants constitue un principe de droit international coutumier. Ainsi, dans les instruments mentionnés plus haut, l'interdiction des peines ou traitements cruels, inhumains ou dégradants est, de même que l'interdiction de la torture, à l'évidence considérée comme possédant un caractère normatif fondamental. Plus de 150 États sont parties à un ou plusieurs instruments internationaux contraignants qui interdisent de tels actes. Le soutien en faveur du principe dans sa forme conventionnelle est donc quasiment uniforme. Il n'existe pas non plus d'opposition manifeste à ce principe. Bien que certaines pratiques étatiques soient parfois incompatibles avec ce principe, celles-ci semblent plutôt être considérées comme des violations du droit que comme une indication de l'émergence d'une règle d'un contenu différent.¹⁴⁸

229 — Comme tout ceci le montre, les preuves plaçant pour une formulation large de l'interdiction en question afin d'inclure la torture et les autres peines ou traitements cruels, inhumains ou dégradants sont écrasantes. Nous concluons donc sans aucune hésitation que la portée du principe en droit international coutumier est formulée de manière large afin d'inclure une interdiction de la torture ainsi que des autres peines ou traitements cruels, inhumains ou dégradants.

(b) Le non-refoulement en tant qu'élément fondamental de l'interdiction coutumière de la torture et des peines ou traitements cruels, inhumains ou dégradants

230 — Concernant les parties à la Convention contre la torture, l'article 3 de cette Convention interdit le refoulement lorsqu'il existe de raisons sérieuses de croire qu'une personne risque d'être soumise à la torture. Actuellement, en matière de droit conventionnel, cette disposition lie plus de 120 États. La mention expresse de cette obligation atteste de son importance capitale au cœur du dispositif d'interdiction de la torture.

231 — Ce sujet a été commenté par la Cour européenne des droits de l'Homme dans l'affaire *Soering* en 1989 en des termes de portée plus générale¹⁴⁹. La Cour a estimé sans équivoque que l'extradition d'une personne vers un État où elle risquerait d'être soumise à la torture ou à des peines ou traitements inhumains ou dégradants était proscrite par l'interdiction de la torture ou des peines ou traitements inhumains ou dégradants énoncée à l'article 3 de la *Convention européenne des droits de l'Homme*.

232 — Le raisonnement développé par la Cour dans cette affaire a par la suite été appliqué à d'autres formes d'expulsion ou de renvoi dans des cas où il existe un risque de torture ou de peines ou traitements inhumains ou dégradants. Par exemple, la question a été abordée en 1997 dans l'affaire *Chahal c. Royaume-Uni* qui concernait l'expulsion d'un séparatiste sikh vers l'Inde au motif que « sa présence sur le sol britannique était contraire au bien public pour des raisons de sécurité nationale, notamment la

148. Voir à ce sujet le Mémoire du gouvernement américain dans l'affaire *Filartiga*, *supra* note 138.

149. *Soering*, Décision, paragraphe 88, citée *supra* paragraphe 205.

lutte contre le terrorisme ». ¹⁵⁰ Au cours de son analyse menant à la conclusion qu'il y avait eu violation de l'article 3 de la *Convention européenne des droits de l'Homme*, la Cour a abordé la question de l'expulsion comme suit :

74. D'après la jurisprudence constante de la Cour, l'expulsion par un État contractant peut soulever un problème au regard de l'article 3, donc engager la responsabilité de l'État en cause au titre de la Convention, lorsqu'il y a des motifs sérieux et avérés de croire que l'intéressé, si on l'expulse vers le pays de destination, y courra un risque réel d'être soumis à un traitement contraire à l'article 3. Dans ce cas, l'article 3 implique l'obligation de ne pas expulser la personne en question vers ce pays...

75. La Cour relève que l'arrêté d'expulsion a été pris contre le premier requérant au motif que sa présence sur le sol britannique était contraire au bien public pour des raisons de sécurité nationale, notamment la lutte contre le terrorisme....

[...]

79. L'article 3 consacre l'une des valeurs fondamentales des sociétés démocratiques. La Cour est parfaitement consciente des énormes difficultés que rencontrent à notre époque les États pour protéger leur population de la violence terroriste. Cependant, même en tenant compte de ces facteurs, la Convention prohibe en termes absolus la torture ou les peines ou traitements inhumains ou dégradants, quels que soient les agissements de la victime. L'article 3 ne prévoit pas de restrictions, en quoi il contraste avec la majorité des clauses normatives de la Convention et des Protocoles Nos 1 et 4, et il ne souffre nulle dérogation d'après l'article 15 même en cas de danger public menaçant la vie de la nation.

80. L'interdiction des mauvais traitements énoncée à l'article 3 est tout aussi absolue en matière d'expulsion. Ainsi, chaque fois qu'il y a des motifs sérieux et avérés de croire qu'une personne courra un risque réel d'être soumise à des traitements contraires à l'article 3 si elle est expulsée vers un autre État, la responsabilité de l'État contractant — la protéger de tels traitements — est engagée en cas d'expulsion. Dans ces conditions, les agissements de la personne considérée, aussi indésirables ou dangereux soient-ils, ne sauraient entrer en ligne de compte. La protection assurée par l'article 3 est donc plus large que celle prévue aux articles 32 et 33 de la *Convention des Nations Unies de 1951 relative au statut des réfugiés*.

81. La paragraphe 88 de l'arrêt *Soering* précité, qui porte sur une extradition vers les États-Unis, exprime ce point de vue avec force et clarté. Quant aux remarques formulées par la Cour au paragraphe 89 dudit arrêt au sujet du risque qu'il y aurait de saper les fondements de l'extradition, on ne saurait en déduire qu'il est tant soit peu possible de mettre en balance le risque de mauvais traitements et les motifs invoqués pour l'expulsion afin de déterminer si la responsabilité de l'État est engagée sur le terrain de l'article 3. ¹⁵¹

150. *Chahal c. Royaume-Uni*, 108 ILR 385, paragraphe 75. Voir aussi *Ahmed c. Autriche*, (1997) 24 EHRR 278, paragraphes 39 et 40.

151. *Chahal*, paragraphes 74–75 et 79–81 (notes de bas de page omises). Cette analyse a été appliquée plus récemment dans des circonstances relatives à l'expulsion ou au refoulement de demandeurs d'asile dans l'affaire *T.I. c. Royaume-Uni* dans laquelle le demandeur, un ressortissant sri lankais, prétendait qu'il y avait des raisons sérieuses de croire que, s'il était renvoyé du Royaume-Uni vers l'Allemagne comme envisagé, il serait renvoyé d'Allemagne vers le Sri Lanka où il courrait un risque réel d'être exposé à des traitements contraires à l'article 3 de la *Convention européenne des droits de l'Homme* (*T.I. c. Royaume-Uni*, Requête N° 43844/98, Décision sur la recevabilité, 7 mars 2000, [2000] INLR 211, para. 228 ; voir *supra* paragraphe 206).

- 233 — Comme cela est clairement énoncé, l'expulsion ou le renvoi d'une personne vers un pays où il y a des raisons sérieuses de penser qu'elle courra un risque réel de torture ou de peines ou traitements inhumains ou dégradants relève du champ de l'interdiction de tels actes. Cela s'applique de la même manière à l'expulsion ou au renvoi d'une personne vers un pays d'où elle peut par la suite être expulsée ou renvoyée vers un pays tiers où elle courrait un risque réel d'être exposée à de tels traitements.
- 234 — Les conclusions de la Cour européenne des droits de l'Homme en cette matière se reflètent dans l'Observation générale No. 20 (1992) du Comité des droits de l'Homme relative à l'interprétation et l'application de l'article 7 du *PIDCP*.¹⁵² La question de la compatibilité de l'expulsion et de l'extradition avec les termes de l'article 7 du *PIDCP* a été examinée par le Comité dans plusieurs affaires.¹⁵³ Alors que ces affaires ont en grande partie porté sur la question de savoir si certaines sanctions pénales, ou la probabilité de l'infliction de certaines sanctions pénales, soulevaient des problèmes concernant l'application de l'article 7, dans chacune d'entre elles, le Comité a affirmé que l'expulsion, dans les cas où il existe un risque réel de violation de l'article 7 devant une autre juridiction, entre dans le champ d'application de cet article. Par exemple, dans l'affaire *Chitat Ng c. Canada*, touchant à l'extradition d'un plaignant du Canada vers les États-Unis pour y faire face à des accusations pouvant entraîner la peine capitale, le Comité a déclaré :

14.1 ...La question ne consiste pas à déterminer si les droits de M. Ng ont été ou seront, selon toutes probabilités, violés par les États-Unis, qui ne sont pas partie au Protocole facultatif, mais si en extradant M. Ng aux États-Unis, le Canada a exposé celui-ci à un risque réel de violation des droits que lui reconnaît le Pacte[...]

14.2 Si un État partie procède à l'extradition d'une personne relevant de sa juridiction dans des circonstances telles qu'il en résulte un risque réel que les droits de l'intéressé au regard du Pacte ne soient violés dans une autre juridiction, l'État partie lui-même peut être coupable d'une violation du Pacte.

[...]

16.1 Pour déterminer si, dans un cas donné, le fait d'imposer la peine de mort constitue une violation de l'article 7, le Comité considérera les facteurs personnels pertinents concernant l'auteur de la communication, les conditions particulières de sa détention dans le quartier des condamnés à mort et la question de savoir si le mode d'exécution envisagé est particulièrement horrible...

16.4 En l'espèce, et sur la foi des renseignements dont il dispose, le Comité conclut que l'asphyxie par le gaz de cyanure, si la peine capitale était appliquée à l'auteur, ne répondrait pas au critère selon lequel l'exécution doit se faire de manière « à causer le moins de souffrances possible, physiques ou mentales » et qu'elle constitue un traitement cruel et inhumain, en violation de l'article 7 du Pacte. Par conséquent, le Canada, qui pouvait raisonnablement prévoir que M. Ng, s'il était condamné à mort, serait exécuté par un moyen qui représente une vio-

152. Comité des droits de l'Homme, Observation générale No. 20 (1992), HRI/HEN/1/Rev.1, 28 juillet 1994, extrait cité au paragraphe 207 *supra*.

153. Par exemple, Communication No. 469/1991, *Chitat Ng c. Canada* ; Communication No. 539/1993, *Cox c. Canada* ; Communication No. 706/1996, *G.T. c. Australie*.

lation de l'article 7 du Pacte, a manqué à ses obligations en vertu du Pacte en extradant M. Ng sans avoir demandé et reçu l'assurance qu'il ne serait pas exécuté.¹⁵⁴

- 235 — Par conséquent, l'interdiction d'expulsion ou de renvoi dans les cas où il existe un risque réel de torture ou de peines ou traitements cruels, inhumains ou dégradants est inhérente à l'interdiction de tels actes.
- 236 — Les conclusions du Comité des droits de l'Homme et de la Cour européenne des droits de l'Homme sur cette question sont directement applicables à quelque 150 États parties à l'une ou aux deux Conventions pertinentes. Bien que la question n'ait jusqu'à maintenant pas été abordée directement dans le contexte de l'interprétation et de l'application de l'article 5 § 2 de la *Convention américaine des droits de l'Homme* ni de l'article 5 de la *Charte de Banjul*, il n'y a aucune raison de penser que les organes compétents pour interpréter ces instruments adopteront une approche différente. D'ailleurs, la Commission africaine pour les droits de l'Homme et des Peuples a manifesté son approbation du principe sous-jacent dans la Communication No. 97/93, *Modise c. Botswana*, en concluant entre autres que la déportation du demandeur vers le *no man's land* entre le Botswana et l'Afrique du Sud constituait un traitement cruel, inhumain ou dégradant.¹⁵⁵
- 237 — À la lumière de ce qui précède, il est évident que le principe du non-refoulement est un élément fondamental de l'interdiction de la torture, etc. énoncée à l'article 7 du *PIDCP*, à l'article 3 de la *Convention européenne des droits de l'Homme* et, par voie de conséquence, dans d'autres expressions conventionnelles de l'interdiction. Comme cela a été développé dans les paragraphes qui précèdent, l'interdiction de la torture ou des peines ou traitements cruels, inhumains ou dégradants est un principe de droit international coutumier. Il s'ensuit que le non-refoulement est un élément fondamental de l'interdiction coutumière de la torture ou des peines ou traitements cruels, inhumains ou dégradants.
- (c) Le contenu du non-refoulement en tant qu'élément de l'interdiction coutumière de la torture ou des peines ou traitements cruels, inhumains ou dégradants
- 238 — Hormis l'interdiction expresse du refoulement figurant à l'article 3 de la *Convention contre la torture*, le principe du non-refoulement dans le domaine des droits de l'Homme est un élément *implicite* de l'interdiction de la torture ou des peines ou traitements cruels, inhumains ou dégradants. Le contenu du principe doit donc être en grande partie déduit de la jurisprudence et des commentaires mentionnés dans les parties précédentes. Comme la substance pertinente a déjà été exposée de manière détaillée, nous pouvons aborder cette question brièvement.

154. Communication No. 469/1991, *Chitat Ng c. Canada*, Constations du Comité des droits de l'Homme, 5 novembre 1993.

155. Communication No. 97/1993, *Modise c. Botswana*, *supra* note 132.

(i) Le sujet à protéger

- 239 — Comme pour les réfugiés, l'objet du non-refoulement dans le contexte des droits de l'Homme est centré sur l'individu. Cela découle du caractère essentiel de l'interdiction sous-jacente qui concerne la protection des individus. Le Comité des droits de l'Homme le dit explicitement dans l'Observation générale No. 20 (1992) : « l'article 7 du *Pacte international relatif aux droits civils et politiques* a pour but de protéger la dignité et l'intégrité physique et mentale de l'individu ». ¹⁵⁶
- 240 — Par opposition au principe qui, dans le contexte des réfugiés, porte sur les réfugiés et les demandeurs d'asile, le non-refoulement dans le contexte des droits de l'Homme n'est fondé sur aucun statut particulier de l'individu en danger. Cela découle de la formulation de l'interdiction sous-jacente de la torture ou des peines ou traitements cruels, inhumains ou dégradants qui a pour objectif de protéger « la dignité et l'intégrité physique et mentale de l'individu » quel que soit son statut ou son comportement. La question du statut ressort très clairement de la formulation de l'article 3 de la *Convention contre la torture* qui prévoit simplement qu'aucun État « n'expulsera, ne refoulera ni n'extradera une personne... ». La question du comportement a été abordée expressément par la Cour européenne des droits de l'Homme dans l'affaire *Chahal c. Royaume-Uni*. ¹⁵⁷

(ii) L'acte interdit

- 241 — Comme pour l'application de ce principe dans le contexte des réfugiés, il est évident que l'effet de la mesure d'expulsion importe davantage que sa forme. L'objectif de ce principe est de garantir que les États « n'exposent pas des individus à un risque de torture ou de peines ou traitements cruels, inhumains ou dégradants en les renvoyant dans un autre pays en vertu d'une mesure d'extradition, d'expulsion ou de refoulement ». ¹⁵⁸ Toute mesure ayant pour effet de mettre un individu en danger en le renvoyant d'un lieu sûr vers un lieu à risque entrerait donc dans le champ d'application de ce principe.

(iii) La dimension territoriale du non-refoulement

- 242 — La dimension territoriale du non-refoulement dans le contexte des droits de l'Homme reflète totalement celle qui existe dans le contexte des réfugiés. Mis à part le champ d'application *rationae loci* de traités tels que la *Convention européenne des*

156. Comité des droits de l'Homme, Observation générale No. 20 (1992), HRI/HEN/1/Rev.1, 28 juillet 1994, paragraphe 2 (c'est nous qui soulignons).

157. Voir l'extrait au paragraphe 232 *supra*.

158. Comité des droits de l'Homme, Observation générale No. 20 (1992), HRI/HEN/1/Rev.1, 28 juillet 1994, paragraphe 9.

droits de l'Homme, le *PIDCP* et la *Convention américaine des droits de l'Homme*¹⁵⁹, les principes généraux du droit international dictent que la responsabilité d'un État sera engagée dans les cas où des actes ou des omissions peuvent lui être attribués, quel que soit le lieu où ils se produisent. La question pertinente n'est pas celle de savoir si l'acte ou l'omission se produit sur le territoire de l'État ou même si celui-ci est effectué (ou non, selon les cas) par un agent de l'État, mais celle de savoir si on peut considérer qu'il a été effectué (ou non) par ou au nom de l'État, ou qu'il a été ultérieurement endossé par l'État. De la même façon, un individu relèvera de la juridiction d'un État dans les cas où il relève de son contrôle effectif, ou dans ceux où il est affecté par ceux agissant au nom de cet État, quel que soit le lieu où cela se produit. Le principe du non-refoulement s'appliquera donc dans les cas où l'acte en cause serait attribuable à l'État, quel que soit le lieu où cela se produit, ou se produirait, sur le territoire de l'État ou ailleurs.

243 — Quant au lieu où l'individu en danger est envoyé, ou dans lequel il reste, il ressort clairement de l'analyse de la Cour européenne des droits de l'Homme dans l'affaire *T.I c. Royaume-Uni* que la question essentielle est celle de savoir si, suite au renvoi d'un individu, il y a des raisons sérieuses de penser qu'il serait exposé à un risque réel d'être soumis à la torture ou à des peines ou traitements inhumains ou dégradants.¹⁶⁰ Le principe du non-refoulement interdit donc non seulement le renvoi d'un individu vers un pays où il serait directement en danger, mais également le renvoi vers un pays où il serait exposé à un risque réel de torture ou de peines ou traitements inhumains ou dégradants.

159. L'article 1 de la *CEDH* stipule : « Les Hautes Parties Contractantes reconnaissent à toute personne relevant de leur juridiction les droits et libertés définis au Titre 1 de la présente Convention » (c'est nous qui soulignons). Cette terminologie se retrouve à l'article 1 § 1 de la *CADH* qui dispose entre autres que « les États parties à cette Convention s'engagent à respecter les droits et libertés reconnus dans ce texte et à garantir à toutes les personnes relevant de leur juridiction le plein exercice de ces droits et libertés » (c'est nous qui soulignons). Comme nous l'avons noté plus haut, la Cour européenne des droits de l'Homme a interprété le concept de « juridiction » de telle sorte qu'il inclut les actes produisant des effets en dehors des frontières nationales et les actes par lesquels l'État exerce un contrôle effectif en dehors de son territoire national (voir, par exemple, *Loizidou*, *supra* note 65, au paragraphe 66). Concernant le *PIDCP*, l'article 2 § 1 prévoit entre autres que « les États parties au présent Pacte s'engagent à respecter et à garantir à tous les individus se trouvant sur leur territoire et relevant de leur compétence les droits reconnus dans le présent Pacte » (c'est nous qui soulignons). L'article 1 du *Protocole additionnel au PIDCP* prévoit, concernant les pétitions individuelles auprès du Comité des droits de l'Homme, que « tout État partie au Pacte qui devient partie au présent Protocole reconnaît que le Comité a compétence pour recevoir et examiner des communications émanant de particuliers relevant de sa juridiction » (c'est nous qui soulignons). Comme noté précédemment, le Comité des droits de l'Homme a interprété le concept de « juridiction » de telle sorte qu'il inclut les cas impliquant des « violations des droits prévus par le Pacte que ses agents commettent sur le territoire d'un autre État, que ce soit avec l'approbation du gouvernement de l'État ou en opposition avec lui » (voir Communication No. 52/1979, *Lopez Burgos c. Uruguay*, *supra* note 64, au paragraphe 65, citant le paragraphe 12.3).

160. Voir *supra* paragraphe 206.

(iv) La nature du risque

244 — La distinction principale entre le non-refoulement dans le contexte des réfugiés et dans celui des droits de l'Homme concerne la nature du risque. Tandis que, dans le premier cas, le non-refoulement est fondé sur une menace de persécution, l'élément essentiel du non-refoulement dans le deuxième cas est un risque de torture ou de peines ou traitements cruels, inhumains ou dégradants. Cet élément découle explicitement de la formulation de l'interdiction sous-jacente. Bien que cela revienne à une distinction claire entre le non-refoulement dans le contexte des réfugiés et dans celui plus général de droits de l'Homme, en pratique la distinction risque d'être plus apparente que réelle étant donné le chevauchement potentiel entre les deux types de risque.

(v) La limite de la menace redoutée

245 — Concernant le niveau de la menace de torture ou de peines ou traitements cruels, inhumains ou dégradants, bien que les approches diffèrent entre le Comité des droits de l'Homme, la Cour européenne des droits de l'Homme et la *Convention contre la torture*, il existe de grandes similarités entre elles. Ainsi, l'Observation générale No. 20 du Comité des droits de l'Homme énonce que les États « ne doivent pas *exposer des individus à un risque de torture* ou de peines ou traitements cruels, inhumains ou dégradants ». ¹⁶¹ Cette formulation a par la suite été reformulée dans des affaires comme *Chitat Ng c. Canada* pour établir que les États ne doivent pas exposer des individus « à un risque réel » de violation des droits que leur reconnaît le *PIDCP*. ¹⁶²

246 — Cette formulation du « risque réel » correspond, au moins en partie, à l'approche adoptée par la Cour européenne des droits de l'Homme. Ainsi, dans les affaires *Soering*, *Chahal c. Royaume-Uni* et d'autres, la Cour a formulé l'évaluation en termes de « risque réel d'être exposé à » ou de « risque réel d'être soumis à » la torture, etc., selon les cas ¹⁶³. Cette formulation a cependant été complétée par un élément nouveau s'inspirant de la formulation de l'article 3 § 1 de la *Convention contre la torture* ¹⁶⁴ dans les affaires *Chahal et T.I.* Le seuil requis par la *Convention européenne des droits de l'Homme* apparaît donc maintenant comme étant celui « des motifs sérieux et avérés de croire que [la personne] serait exposée à un risque réel d'être soumise à » la torture, etc.

247 — L'évaluation de la *Convention européenne des droits de l'Homme* semble donc plus élaborée que celle adoptée par le *PIDCP* ou la *Convention contre la torture*. En pratique,

161. Comité des droits de l'Homme, Observation générale No. 20 (1992), HRI/HEN/1/Rev.1, 28 juillet 1994, paragraphe 9.

162. *Chitat Ng c. Canada*, paragraphe 14.1, cité au paragraphe 234 *supra*.

163. *Soering*, paragraphe 88 ; *Chahal*, paragraphes 74 et 80 ; *T.I c. Royaume-Uni*, p. 228.

164. L'article 3 § 1 de la *Convention contre la torture* stipule : « Aucun État n'expulsera, ne refoulera, ni n'extradera une personne vers un autre État où il y a des motifs sérieux de croire qu'elle risque d'être soumise à la torture » (c'est nous qui soulignons).

cependant, il n'est pas évident que les différences entre les diverses formulations soient significatives, notamment dans la mesure où le Comité des droits de l'Homme, le Cour européenne des droits de l'Homme et le Comité contre la torture (institué par la *Convention contre la torture*)¹⁶⁵ ont tous indiqué, sous une forme ou une autre que, lorsqu'une question de refoulement se pose, les faits se rapportant au cas doivent faire l'objet d'une attention particulière.¹⁶⁶ Le Comité contre la torture, en particulier, a établi un cadre précis pour examiner ces plaintes.¹⁶⁷

- 248 — Bien qu'il serait exagéré de dire que le droit international coutumier a absorbé les procédures d'examen minutieux adoptées par les organes tels que le Comité des droits de l'Homme, la Cour européenne des droits de l'Homme et le Comité contre la torture, l'uniformité générale du principe sous-tendant ces approches institue des principes directeurs et des modes de procédure qui peuvent être utilement pris en compte dans les situations où le droit international coutumier doit être appliqué.
- 249 — À la lumière de ce qui précède, le seuil de risque en matière de non-refoulement dans le contexte des droits de l'Homme peut être décrit au mieux comme *les circonstances dans lesquelles il existe des motifs sérieux et avérés de croire que l'individu serait exposé à un risque réel d'être soumis à la torture ou à des peines ou traitements cruels, inhumains ou dégradants*. Cela reflète la formulation la plus complète de la notion de seuil qui transparaît clairement dans la pratique internationale.

165. Le Comité est institué par l'article 17 de la *Convention contre la torture* pour examiner entre autres les communications des personnes faisant état de tortures ou, dans le contexte de l'article 3, d'un risque de torture. Voir plus loin l'article 22 de la Convention.

166. Voir, par exemple, *T.I. c. Royaume-Uni*, Requête N° 43844/98, Décision sur la recevabilité, 7 mars 2000 [2000] INLR 211, extrait cité au paragraphe 206 *supra* ; *Chitat Ng c. Canada*, paragraphe 16.1, cité au paragraphe 234 *supra*.

167. Voir, en particulier, l'Observation générale No. 1 (1997) du 21 novembre 1997 du Comité contre la torture sur l'application de l'article 3 dans le contexte de l'article 22 de la Convention. Voir également : Communication No. 13/1993, *Mutombo c. Suisse*, Rapport du 27 avril 1994 (CAT/C/12/D/13/1993) ; Communication No. 15/1994, *Khan c. Canada*, Rapport du 15 novembre 1994 ; Communication No. 39/1996, *Paez c. Suède*, Rapport du 28 avril 1997 (CAT/C/18/D/39/1996) ; Communication No. 28/1995, *E.A. c. Suisse*, Rapport du 10 novembre 1997 ; Communication No. 65/1997, *I.A.O. c. Suède*, Rapport du 6 mai 1998 ; Communication No. 94/1997, *K.N. c. Suisse*, Rapport du 19 mai 1998 ; Communication No. 90/1997, *A.L.N. c. Suisse*, Rapport du 19 mai 1998 ; Communication No. 88/1997, *Korban c. Suède*, Rapport du 16 novembre 1998 ; Communication No. 83/1997, *G.R.B. c. Suède*, Rapport du 15 mai 1998 ; Communication No. 112/1998, *H.D. c. Suisse*, Rapport du 30 avril 1999 ; Communication No. 103/1998, *S.M.R. et M.M.R. c. Suède*, Rapport du 5 mai 1999 ; Communication No. 106/1998, *N.P. c. Australie*, Rapport du 6 mai 1999 ; Communication No. 120/1998, *Elmi c. Australie*, Rapport du 14 mai 1999.

(vi) Les exceptions

250 — Contrairement à la situation en matière de réfugiés, la question des exceptions au non-refoulement dans le contexte des droits de l'Homme est simple. Aucune exception quelle qu'elle soit n'est permise. Cela découle à la fois de l'approche uniforme du principe dans sa forme conventionnelle et de l'affirmation sans ambiguïté de ce point par le Comité des droits de l'Homme et par la Cour européenne des droits de l'Homme.¹⁶⁸ Rien ne laisse penser que le principe dans sa forme coutumière différerait du principe dans sa forme conventionnelle.

(d) Conclusions relatives à cette section

251 — Sur la base de l'analyse qui précède, les points saillants du droit international coutumier en matière de non-refoulement dans le contexte des droits de l'Homme sont les suivants :

- (a) Le non-refoulement est un élément essentiel de l'interdiction en droit international coutumier, de la torture et des peines ou traitements cruels, inhumains ou dégradants.
- (b) Il est centré sur les individus pour lesquels, quel que soit leur statut ou leur comportement, il existe des motifs sérieux et avérés de croire qu'ils seraient exposés à un risque réel d'être soumis à la torture ou à des peines ou traitements cruels, inhumains ou dégradants.
- (c) Il interdit toute mesure, quelle que soit sa forme, qui aurait pour effet de mettre l'individu en danger en le renvoyant d'un lieu sûr vers un lieu dangereux.
- (d) Il interdit toutes les mesures prises par, ou au nom d'un État, que les mesures soient prises sur le territoire de cet État ou ailleurs, dans les situations où ces mesures lui sont ou lui seraient attribuables.
- (e) Il interdit l'expulsion, le renvoi ou tout autre transfert d'un individu tant vers un territoire où il peut être directement en danger que vers un territoire d'où il peut, par la suite, être renvoyé vers un pays tiers où il serait en danger.
- (f) Il ne peut faire l'objet d'aucune dérogation ou limitation qu'elle qu'en soit la raison.

252 — En résumé, la portée et le contenu du principe coutumier de non-refoulement, dans le contexte des droits de l'Homme, peuvent être exprimés comme suit :

Nul ne sera refusé à la frontière, renvoyé, ni expulsé de quelque manière que ce soit, lorsque cela l'obligerait à demeurer ou à retourner vers un territoire, où il existe des motifs sérieux et avérés de croire qu'il serait exposé à un risque réel d'être

168. Voir, par exemple, les articles 4 § 2 et 5 § 1 du *PIDCP*, l'Observation générale No. 20 (1992) et l'Observation générale No. 24 (52)(1994) ; les articles 15 § 2 et 17 de la *Convention européenne des droits de l'Homme* et *Chahal c. Royaume-Uni*, paragraphe 79 ; l'article 27 de la *Convention américaine des droits de l'Homme* et l'article 2 § 2 de la *Convention contre la torture*. La *Charte de Banjul* ne prévoit aucune dérogation.

soumis à la torture ou à des peines ou traitements cruels, inhumains ou dégradants. Ce principe ne souffre aucune limitation ni dérogation.

3. Le non-refoulement en droit coutumier

253 — Sur la base des expressions du non-refoulement identifiées dans les sections précédentes, le contenu essentiel du principe du non-refoulement en droit coutumier peut être décliné comme suit :

- (a) Nul ne sera refusé à la frontière, renvoyé, ni expulsé de quelque manière que ce soit, lorsque cela l'obligerait à demeurer ou à retourner dans un territoire où il existe des motifs sérieux et avérés de croire qu'il serait exposé à un risque réel d'être soumis à la torture ou à des peines ou traitements cruels, inhumains ou dégradants. Ce principe ne souffre aucune limitation ni dérogation.
- (b) Dans les cas ne relevant pas du paragraphe 1, aucun demandeur d'asile ne peut être refusé à la frontière, renvoyé, ni expulsé de quelque manière que ce soit, lorsque cela l'obligerait à demeurer ou à retourner dans un territoire où il peut être exposé à une menace de persécution ou à une menace contre sa vie, son intégrité corporelle ou sa liberté. À l'exception des cas prévus au paragraphe 3, ce principe ne souffre aucune limitation ni exception.
- (c) Des raisons majeures de sécurité nationale ou de sécurité publique autoriseront un État à déroger au principe énoncé au paragraphe 2 dans les cas où la menace de persécution n'équivaut pas, et ne serait pas considérée comme comparable, à un risque de torture ou de peines ou traitements cruels, inhumains ou dégradants, et ne relèverait pas du champ d'application d'autres principes coutumiers de droits de l'Homme auxquels il ne peut être dérogé. L'application de ces exceptions est soumise au respect strict de la procédure prévue par la loi et à l'exigence que toutes les mesures raisonnables soient d'abord prises pour garantir l'admission de l'intéressé vers un pays tiers sûr.

Annexe 2.1

RATIFICATIONS DES INSTRUMENTS INTERNATIONAUX PRINCIPAUX INCLUANT UN ÉLÉMENT DE NON-REFOULEMENT

Note 1 : L'appartenance à l'Organisation des Nations Unies est indiquée à la date du 18 décembre 2001 ; état des ratifications de la *Convention de 1951* et du *Protocole de 1967* à la date du 15 février 2001 ; de la *CEDH*, du *PIDCP* et de la *CCT* à la date du 7 mai 2001 ; de la *CAR* et de la *CADH* à la date du 4 juin 2000 ; de la *Charte de Banjul* à la date du 1^{er} janvier 2000.

Note 2 : La *Déclaration sur l'asile territorial* (Résolution 2132 (XXII) de l'Assemblée générale des Nations Unies du 14 décembre 1967) a été adoptée à l'unanimité au cours de la 1 631^e session plénière de l'Assemblée générale des Nations Unies sur le fondement d'un rapport élaboré par le Sixième Comité. Tous les États membres de l'Organisation des Nations Unies à cette date peuvent donc être considérés comme ayant approuvé les principes énoncés dans ce texte.

[Note de la rédaction : Depuis la rédaction de cet avis juridique en juin 2001, plusieurs États ont adhéré aux instruments mentionnés dans ce tableau. Au 1^{er} février 2003, les adhésions suivantes doivent être notées : *Convention de 1951 et Protocole de 1967*, Bélarus (23 août 2001), Moldavie (31 janvier 2002), Ukraine (respectivement 10 juin 2002 et 4 avril 2002), Saint Kitts et Nevis (1^{er} février 2002 pour la seule Convention de 1951) ; *PIDCP*, Djibouti (5 novembre 2002), Erythrée (22 janvier 2002), Andorre (signé le 5 août 2002) et Nauru (signé le 12 novembre 2001) ; *Convention contre la torture*, Djibouti (5 novembre 2002), Guinée équatoriale (8 octobre 2002), Saint-Siège (26 juin 2002), Irlande (11 avril 2002), Lesotho (12 novembre 2001), Mongolie (24 janvier 2002), Nigeria (28 juin 2001), Saint Vincent et les Grenadines (1^{er} août 2001), Andorre (signée le 5 août 2002), Madagascar (signée le 1^{er} octobre 2001), Nauru (signée le 12 novembre 2001) et San Marino (signée le 18 septembre 2002) ; *Convention européenne des droits de l'Homme*, Arménie (26 avril 2002), Azerbaïdjan (15 avril 2002), Bosnie et Herzégovine (12 juillet 2002). En outre, la Suisse est devenue membre de l'Organisation des Nations Unies le 10 septembre 2002 et le

Timor oriental le 27 septembre 2002, portant le nombre total des membres de l'ONU à 191. Le nombre total des ratifications pour chaque instrument est le suivant : 141 pour la *Convention de 1951* ; 139 pour le *Protocole de 1967* ; 149 pour le *PIDCP* ; 132 pour la *CCT*.]

Abréviations

Convention de 1951	Convention de Genève relative au statut des réfugiés, 1951
Protocole de 1967	Protocole à la Convention de 1951 relatif au statut des réfugiés, 1967
CEDH	Convention européenne de sauvegarde des droits de l'Homme et des libertés fondamentales, 1950
PIDCP	Pacte international relatif aux droits civils et politiques, 1966
CAR	Convention de l'OUA régissant les aspects propres aux problèmes des réfugiés en Afrique, 1969
CADH	Convention américaine relative aux droits de l'Homme, 1969
Banjul	Charte africaine des droits de l'Homme et des peuples, 1981
CCT	Convention contre la torture et autres peines ou traitements cruels, inhumains ou dégradants, 1984

État	Membre ONU	Convention de 1951	Protocole de 1967	PIDCP	CCT	Autres conventions
Afghanistan	19/11/1946			24/01/1983 ^a	01/04/1987	
Afrique du Sud	7/11/1945	12/01/1996 ^a	12/01/1996 ^a	10/12/1998	10/12/1998 [*]	Banjul 1996 CAR 1995
Albanie	14/12/1955	18/08/1992 ^a	18/08/1992 ^a	04/10/1991 ^a	11/05/1994 ^a	CEDH 1996
Algérie	8/10/1962	21/02/1963 ^b	8/11/1967 ^a	12/09/1989	12/09/1989 ^c	Banjul 1987 CAR 1974
Allemagne	18/09/1973	1/12/1953	5/11/1969 ^a	17/12/1973	1/10/1990	CEDH 1953
Andorre	28/07/1993					CEDH 1996
Angola	01/12/1976	23/06/1981 ^a	23/06/1981 ^a	10/01/1992 ^a		Banjul 1990 CAR 1981
Antigua et Barbuda	11/11/1981	7/09/1995 ^a	7/09/1995 ^a		19/07/1993 ^a	
Arabie Saoudite	24/10/1945				23/09/1997 ^a	
Argentine	24/10/1945	15/11/1961 ^a	6/12/1967 ^a	8/08/1986	24/09/1986 [*]	CADH 1984
Arménie	2/03/1992	6/07/1993 ^a	6/07/1993 ^a	23/06/1993 ^a	13/09/1993	s : CEDH 2001
Australie	1/11/1945	22/01/1954 ^a	13/12/1973 ^a	13/08/1980	8/08/1989 [*]	
Autriche	14/12/1955	1/11/1954	5/09/1973 ^a	10/09/1978	29/07/1987 [*]	CEDH 1958
Azerbaïdjan	9/03/1992	12/02/1993 ^a	12/02/1993 ^a	13/08/1992 ^a	16/08/1996 ^a	s : CEDH 2001

État	Membre ONU	Convention de 1951	Protocole de 1967	PIDCP	CCT	Autres conventions
Bahamas	18/09/1973	15/09/1993 ^a	15/09/1993 ^a			
Bahreïn	21/09/1971				6/03/1998 ^a	
Bangladesh	17/09/1974			6/09/2000 ^a	5/10/1998 ^a	
Barbade	9/12/1966			5/01/1973 ^a		CADH 1982
Belgique	27/12/1945	22/07/1953	8/04/1969 ^a	21/04/1983	25/06/1999 [*]	CEDH 1955
Belize	25/09/1981	27/06/1990 ^a	27/06/1990 ^a	10/06/1996 ^a	17/03/1986 ^a	
Bénin	20/09/1960	4/04/1962 ^c	6/07/1970 ^a	12/03/1992 ^a	12/03/1992 ^a	Banjul 1986 CAR 1973
Bhoutan	21/09/1971					
Bélarus	24/10/1945			12/11/1973	13/03/1987	
Bolivie	14/11/1945	9/02/1982 ^a	9/02/1982 ^a	12/08/1982 ^a	12/04/1999	CADH 1979
Bosnie-Herzégovine	22/05/1992	1/09/1993 ^c	1/09/1993 ^c	1/09/1993 ^c	1/09/1993 ^a	
Botswana	17/10/1966	6/10/1969 ^a	6/01/1969 ^a	8/09/2000	8/09/2000	Banjul 1986 CAR 1995
Brésil	24/10/1945	16/11/1960	7/04/1972 ^a	24/01/1992 ^a	28/09/1989	CADH 1992
Brunei Darussalam	21/09/1984					
Bulgarie	14/12/1955	12/05/1993 ^a	12/05/1993 ^a	21/09/1970	16/12/1986 [*]	CEDH 1992
Burkina Faso	20/09/1960	18/06/1980 ^a	18/06/1980 ^a	4/01/1999 ^a	4/01/1999 ^a	Banjul 1984 CAR 1974
Burundi	18/09/1962	19/07/1963 ^a	15/03/1971 ^a	9/05/1990 ^a	18/02/1993 ^a	Banjul 1989 CAR 1975
Cambodge	14/12/1955	15/10/1992 ^a	15/10/1992 ^a	26/05/1992 ^a	15/10/1992 ^a	
Cameroun	20/09/1960	23/10/1961 ^c	19/09/1967 ^a	27/06/1984 ^a	19/12/1986 ^a	Banjul 1989 CAR 1985
Canada	9/11/1945	4/06/1969 ^a	4/06/1969 ^a	19/05/1976 ^a	24/06/1987 [*]	
Cap Vert	16/09/1975		9/07/1987 ^a	6/08/1993 ^a	4/06/1992 ^a	Banjul 1987 CAR 1989
Chili	24/10/1945	28/01/1972 ^a	27/04/1972 ^a	10/02/1972	30/09/1988	CADH 1990
Chine	24/10/1945	24/09/1982 ^a	24/09/1982 ^a	5/10/1998	4/10/1988	
Chypre	20/09/1960	16/05/1963 ^c	9/07/1968 ^a	2/04/1969	18/07/1991 [*]	CEDH 1962
Colombie	5/11/1945	10/10/1961	4/03/1980 ^a	29/10/1969	8/12/1987	CADH 1973

État	Membre ONU	Convention de 1951	Protocole de 1967	PIDCP	CCT	Autres conventions
Comores	12/11/1975				s :22/09/00	Banjul 1986
Congo	20/09/2000	15/10/1962 ^c	10/07/1970 ^a	5/10/1983 ^a		Banjul 1981 CAR 1971
Congo (Rép. Démocr.)	20/09/1960	19/07/1965 ^a	13/01/1975 ^a	1/11/1976 ^a	18/03/1996	Banjul 1987 CAR 1973
Corée	17/09/1991	3/12/1992 ^a	3/12/1992 ^a	10/04/1990 ^a	9/01/1995 ^a	
Corée (Rép. Démoc. Pop.)	17/09/1991			14/09/1981 ^a		
Costa Rica	2/11/1945	28/03/1978 ^a	28/03/1978 ^a	29/11/1968	11/11/1993	CADH 1970
Côte d'Ivoire	20/09/1960	8/12/1961 ^c	16/02/1970 ^a	26/03/1992 ^a	18/12/1995 ^a	Banjul 1992 CAR 1998
Croatie	22/05/1992	12/10/1992 ^c	12/10/1992 ^c	12/10/1992 ^c	12/10/1992 ^c	CEDH 1997
Cuba	24/10/1945				17/05/1995	
Danemark	24/10/1945	4/12/1952	29/01/1968 ^a	6/01/1972	27/05/1987 [*]	CEDH 1953
Djibouti	20/09/1977	9/08/1977 ^c	9/08/1977 ^c			Banjul 1991
Dominique	18/12/1978	17/02/1994 ^a	17/02/1994 ^a	17/06/1993 ^a		CADH 1993
Égypte	24/10/1945	22/05/1981 ^a	22/05/1981 ^a	14/01/1982	25/06/1986 ^a	Banjul 1981 CAR 1980
El Salvador	24/10/1945	28/04/1983 ^a	28/04/1983 ^a	30/11/1979	17/06/1996 ^a	CADH 1978
Émirats Arabes Unis	9/12/1971					
Équateur	21/12/1945	17/08/1955 ^a	6/03/1969 ^a	6/03/1969	30/03/1988 [*]	CADH 1977
Érythrée	28/05/1993					Banjul 1999
Espagne	14/12/1955	14/08/1978 ^a	14/08/1978 ^a	27/04/1977	21/10/1987 [*]	CEDH 1979
Estonie	17/09/1991	10/04/1997 ^a	10/04/1997 ^a	21/10/1991 ^a	21/10/1991 ^a	CEDH 1996
États-Unis	24/10/1945		1/11/1968 ^a	8/06/1992	21/10/1994	s : CADH 1977
Éthiopie	13/11/1945	10/11/1969 ^a	10/11/1969 ^a	11/06/1993 ^a	13/03/1994 ^a	Banjul 1998 CAR 1973
Fédération de Russie	24/10/1945	2/02/1993 ^a	2/02/1993 ^a	16/10/1973	3/03/1987 [*]	CEDH 1998
Fiji	13/10/1970	12/06/1972 ^c	12/06/1972 ^c			
Finlande	14/12/1955	10/10/1968 ^a	10/10/1968 ^a	19/08/1975	30/08/1989 [*]	CEDH 1990
France	24/10/1945	23/06/1954	3/02/1971 ^a	4/11/1980 ^a	18/02/1986 [*]	CEDH 1974

État	Membre ONU	Convention de 1951	Protocole de 1967	PIDCP	CCT	Autres conventions
Gabon	20/09/1960	27/04/1964 ^a	28/08/1973 ^a	21/01/1983 ^a	8/09/2000	Banjul 1986 CAR 1986
Gambie	21/09/1965	7/09/1966 ^c	29/09/1967 ^a	22/03/1979 ^a	s : 23/10/85	Banjul 1983 CAR 1980
Géorgie	31/07/1992	9/08/1999 ^a	9/08/1999 ^a	3/05/1994 ^a	26/10/1994 ^a	CEDH 1999
Ghana	8/03/1957	18/03/1963 ^a	30/10/1968 ^a	7/09/2000	7/09/2000	Banjul 1989 CAR 1975
Grèce	24/10/1945	5/04/1960	7/08/1968 ^a	5/05/1997 ^a	6/10/1988*	CEDH 1974
Grenade	17/09/1974			6/09/1991 ^a		CADH 1978
Guatemala	21/11/1945	22/09/1983 ^a	22/09/1983 ^a	6/05/1992 ^a	5/01/1990 ^a	CADH 1978
Guinée	12/12/1958	28/12/1965 ^c	16/05/1968 ^a	24/01/1978	10/10/1989	Banjul 1982 CAR 1972
Guinée Bissau	17/09/1974	11/02/1976 ^a	11/02/1976 ^a	s : 12/09/00	s : 12/09/00	Banjul 1986 CAR 1989
Guinée équatoriale	12/11/1968	7/02/1986 ^a	7/02/1986 ^a	25/09/1987 ^a		Banjul 1986 CAR 1980
Guyane	20/09/1966			15/09/1977	19/05/1988	
Haïti	24/10/1945	25/09/1984 ^a	25/09/1984 ^a	6/02/1991 ^a		CADH 1977
Honduras	17/12/1945	23/03/1992 ^a	23/03/1992 ^a	25/08/1997	5/12/1996 ^a	CADH 1977
Hongrie	14/12/1955	14/03/1989 ^a	14/03/1989 ^a	17/01/1974	15/04/1987*	CEDH 1992
Îles Marshall	17/09/1991					
Îles Salomon	19/09/1978	28/02/1995 ^a	12/04/1995 ^a			
Inde	30/10/1945			10/04/1979 ^a	s : 14/10/97	
Indonésie	28/09/1950				28/10/1998	
Irak	21/12/1945			25/01/1971		
Iran	24/10/1945	28/07/1976 ^a	28/07/1976 ^a	24/06/1975		
Irlande	14/12/1955	29/11/1956 ^a	6/11/1968 ^a	8/12/1989	s : 28/09/92	CEDH 1953
Islande	19/11/1946	30/11/1955 ^a	26/04/1968 ^a	22/08/1979	23/10/1996*	CEDH 1953
Israël	11/05/1949	1/10/1954	14/06/1968 ^a	3/10/1991	3/10/1991	
Italie	14/12/1955	15/11/1954	26/01/1972 ^a	15/09/1978	12/01/1989*	CEDH 1955
Jamaïque	18/09/1962	30/07/1964 ^c	30/10/1980 ^a	3/10/1975		CADH 1978
Japon	18/12/1956	3/10/1981 ^a	1/01/1982 ^a	21/06/1979	29/06/1999 ^a	
Jordanie	14/12/1955			28/05/1975	13/11/1991	

État	Membre ONU	Convention de 1951	Protocole de 1967	PIDCP	CCT	Autres conventions
Kazakhstan	2/03/1992	15/01/1999 ^a	15/01/1999 ^a		26/08/1998 ^a	
Kenya	16/12/1963	16/05/1966 ^a	13/11/1981 ^a	1/05/1972 ^a	21/02/1997 ^a	Banjul 1992 CAR 1992
Kirghizstan	2/03/1992	8/10/1996 ^a	8/10/1996 ^a	7/10/1994 ^a	5/09/1997 ^a	
Kiribati	14/09/1999					
Koweït	14/05/1963			21/05/1996 ^a	8/03/1996 ^a	
Laos	14/12/1955			7/12/2000		
Lesotho	17/10/1966	14/05/1981 ^a	14/05/1981 ^a	9/09/1992 ^a		Banjul 1992 CAR 1988
Lettonie	17/09/1991	31/07/1997 ^a	31/07/1997 ^a	14/04/1992 ^a	14/04/1992 ^a	CEDH 1997
Liban	24/10/1945			3/11/1972 ^a	5/10/2000 ^a	
Liberia	2/11/1945	15/10/1964 ^a	27/02/1980 ^a	s : 18/04/67		Banjul 1982 CAR 1971
Libye	14/12/1955			15/05/1970 ^a	16/05/1989 ^a	Banjul 1987 CAR 1981
Liechtenstein	18/09/1990	8/03/1957	20/05/1968 ^a	10/12/1998 ^a	2/11/1990 [*]	CEDH 1982
Lituanie	17/09/1991	28/04/1997 ^a	28/04/1997	20/11/1991 ^a	1/01/1996	CEDH 1995
Luxembourg	24/10/1945	23/07/1953	22/04/1971 ^a	18/08/1983	29/09/1987 [*]	CEDH 1953
Macédoine	8/04/1993	18/01/1994 ^c	18/01/1994 ^c	18/01/1994 ^c	12/12/1994 ^c	CEDH 1997
Madagascar	20/09/1960	18/12/1967 ^a		21/06/1971		Banjul 1992 s : CAR 1969
Malaisie	17/09/1957					
Malawi	1/12/1964	10/12/1987 ^a	10/12/1987 ^a	22/12/1993 ^a	11/06/1996 ^a	Banjul 1990 CAR 1987
Maldives	21/09/1965					
Mali	28/09/1960	2/02/1973 ^c	2/02/1973 ^a	16/07/1974 ^a	26/02/1999 ^a	Banjul 1981 CAR 1981
Malte	1/12/1964	17/06/1971 ^a	15/09/1971 ^a	13/09/1990 ^a	13/09/1990 [*] ^a	CEDH 1967
Maroc	12/11/1956	7/11/1956 ^c	20/04/1971 ^a	3/05/1979	21/06/1993	
Maurice	24/04/1968			12/12/1973 ^a	9/12/1992 ^a	Banjul 1992 s : CAR 1969
Mauritanie	7/10/1961	5/05/1987 ^a	5/05/1987 ^a			Banjul 1986 CAR 1972

État	Membre ONU	Convention de 1951	Protocole de 1967	PIDCP	CCT	Autres conventions
Mexique	7/11/1945	7/06/2000 ^a	7/06/2000 ^a	23/03/1981 ^a	23/01/1986	CADH 1982
Micronésie	17/09/1991					
Moldavie	2/03/1992			26/01/1993 ^a	28/11/1995	CEDH 1997
Monaco	28/05/1993	18/05/1954		28/08/1997	6/12/1991 ^a	
Mongolie	27/10/1961			18/11/1974		
Mozambique	16/09/1975	16/12/1983 ^a	1/05/1989 ^a	21/07/1993 ^a	14/09/1999 ^a	Banjul 1990 CAR 1989
Myanmar	19/04/1948					
Namibie	23/04/1990	17/02/1995 ^a		28/11/1994 ^a	28/11/1994 ^a	Banjul 1992
Nauru	14/09/1999					
Népal	14/12/1955			14/05/1991 ^a	14/05/1991 ^a	
Nicaragua	24/10/1945	28/03/1980 ^a	28/03/1980 ^a	12/03/1980 ^a	s : 15/04/85	CADH 1979
Niger	20/09/1960	25/08/1961 ^c	2/02/1970 ^a	7/03/1986 ^a	5/10/1998 ^a	Banjul 1986 CAR 1971
Nigeria	7/10/1960	23/10/1967 ^a	2/05/1968 ^a	29/07/1993	s : 28/07/88	Banjul 1983 CAR 1986
Norvège	27/11/1945	23/03/1953	28/11/1967	13/09/1972	9/07/1986 [*]	CEDH 1952
Nouvelle-Zélande	24/10/1945	30/06/1960 ^a	6/08/1973 ^a	28/12/1978	10/12/1989 [*]	
Oman	7/10/1971					
Ouganda	25/10/1962	27/09/1976 ^a	27/09/1976 ^a	21/06/1995 ^a	3/11/1986 ^a	Banjul 1986 CAR 1987
Ouzbékistan	2/03/1992			28/09/1995 ^a	28/09/1995 ^a	
Pakistan	30/09/1947					
Palau	15/12/1994					
Panama	13/11/1945	2/08/1978 ^a	2/08/1978 ^a	8/03/1977	24/08/1987	CADH 1978
Papouasie Nouvelle Guinée	10/10/1975	17/07/1986 ^a	17/07/1986 ^a			
Paraguay	24/10/1945	1/04/1970 ^a	1/04/1970 ^a	10/06/1992	12/03/1990	CADH 1989
Pays-Bas	10/12/1945	3/05/1956	29/11/1968 ^a	11/12/1978	21/12/1988 [*]	CEDH 1954
Pérou	31/10/1945	21/12/1964 ^a	15/09/1983 ^a	28/04/1978	7/07/1988	CADH 1978
Philippines	24/10/1945	22/07/1981 ^a	22/07/1981 ^a	23/10/1986	18/06/1986 ^a	
Pologne	24/10/1945	27/09/1991 ^a	27/09/1991 ^a	18/03/1977	26/07/1989 [*]	CEDH 1993

État	Membre ONU	Convention de 1951	Protocole de 1967	PIDCP	CCT	Autres conventions
Portugal	14/12/1955	22/12/1960 ^a	13/07/1976 ^a	15/06/1978	9/02/1989 [*]	CEDH 1978
Qatar	21/09/1971				11/01/2000	
Rép. Tchèque	19/01/1993	1/01/1993 ^c	1/01/1993 ^c	22/02/1993 ^c	1/01/1993 ^{*c}	CEDH 1992
Rép. centrafricaine	20/09/1960	4/09/1962 ^c	30/08/1967 ^a	8/05/1981 ^a		Banjul 1986 CAR 1970
République dominicaine	24/10/1945	4/01/1978 ^a	4/01/1978 ^a	4/01/1978 ^a	s : 4/02/1985	CADH 1978
Roumanie	14/12/1955	7/08/1991 ^a	7/08/1991 ^a	9/12/1974	18/12/1990 ^a	CEDH 1993
Royaume-Uni	24/10/1945	11/03/1954	4/09/1968 ^a	20/05/1976	8/12/1988	CEDH 1951
Rwanda	18/09/1962	3/01/1980 ^a	3/01/1980 ^a	16/04/1975 ^a		Banjul 1981 CAR 1979
Saint Kitts et Nevis	23/09/1983					
Saint Vincent et Grenadines	18/09/1980	3/11/1993 ^a		9/11/1981 ^a		
Sainte Lucie	18/09/1979					
Samoa	15/12/1976	21/09/1988 ^a	29/11/1994 ^a			
San Marino	2/03/1992			18/10/1985 ^a		CEDH 1989
Sao Tomé et Príncipe	16/09/1975	1/02/1978 ^a	1/02/1978 ^a	s : 31/10/95	s : 6/09/2000	Banjul 1986
Sénégal	28/09/1960	2/05/1963 ^a	3/10/1967 ^a	13/02/1978	21/08/1986 [*]	Banjul 1981 CAR 1971
Seychelles	21/09/1976	23/04/1980 ^a	23/04/1980 ^a	5/05/1992 ^a	5/05/1992 ^a	Banjul 1992 CAR 1980
Sierra Leone	27/09/1961	22/05/1981 ^a	22/05/1981 ^a	23/08/1996 ^a	25/04/2001	Banjul 1981 CAR 1987
Singapour	21/09/1965					
Slovaquie	19/01/1993	4/02/1993 ^c	4/02/1993 ^c	28/05/1993 ^c	28/05/1993 ^{*c}	CEDH 1992
Slovénie	22/05/1992	6/07/1992 ^c	6/07/1992 ^c	6/07/1992 ^c	16/07/1993 ^{*a}	CEDH 1994
Somalie	20/09/1960	10/10/1978 ^a	10/10/1978 ^a	24/01/1990 ^a	24/01/1990 ^a	Banjul 1982 s : CAR 1969
Soudan	12/11/1956	22/02/1974 ^a	23/05/1974 ^a	18/03/1976 ^a	s : 4/06/1986	Banjul 1982 CAR 1972

État	Membre ONU	Convention de 1951	Protocole de 1967	PIDCP	CCT	Autres conventions
Sri Lanka	14/12/1955			11/06/1980	3/01/1994 ^a	
Suède	19/11/1946	26/10/1954	4/10/1967 ^a	6/12/1971	8/01/1986 [*]	CEDH 1952
Suriname	4/12/1975	29/11/1978 ^c	29/11/1978 ^c	28/12/1976 ^a		CADH 1987
Swaziland	24/09/1968	14/02/2000 ^a	28/01/1969 ^a			Banjul 1995 CAR 1989
Syrie	24/10/1945			21/04/1969 ^a		
Tadjikistan	2/03/1992	7/12/1993 ^a	7/12/1993 ^a	4/01/1999 ^a	11/01/1995 ^a	
Tanzanie	14/12/1961	12/05/1964 ^a	4/09/1968 ^a	11/06/1976 ^a		Banjul 1982 CAR 1975
Tchad	20/09/1960	19/08/1981 ^a	19/08/1981 ^a	9/06/1995 ^a	6/06/1995 ^a	Banjul 1986 CAR 1981
Thaïlande	16/12/1946			29/10/1996 ^a		
Togo	20/09/1960	27/02/1962 ^c	1/12/1969 ^a	24/05/1984 ^a	18/11/1987 [*]	Banjul 1982 CAR 1970
Tonga	14/09/1999					
Trinidad et Tobago	18/09/1962	10/11/2000 ^a	10/11/2000 ^a	21/12/1978 ^a		
Tunisie	12/11/1956	24/10/1957 ^c	16/10/1968 ^a	18/03/1969	23/09/1988 [*]	Banjul 1983 CAR 1989
Turkménistan	2/03/1992	2/03/1998 ^a	2/03/1998	1/05/1997 ^a	25/06/1999 ^a	
Turquie	24/10/1945	30/03/1962	31/07/1968 ^a	s : 15/08/00	2/08/1988 [*]	CEDH 1950
Tuvalu	5/09/2000	7/03/1986 ^c	7/03/1986 ^c			
Ukraine	24/10/1945			12/11/1973	24/02/1987	CEDH 1997
Uruguay	18/12/1945	22/09/1970 ^a	22/09/1970 ^a	1/04/1970	24/10/1986 [*]	CADH 1985
Vanuatu	15/09/1981					
Venezuela	15/11/1945		19/09/1986 ^a	10/05/1978	29/07/1991 [*]	CADH 1977
Vietnam	20/09/1977			24/09/1982 ^a		
Yémen	30/09/1947	18/01/1980 ^a	18/01/1980 ^a	9/02/1987 ^a	5/11/1991 ^a	
Yougoslavie	1/11/2000	15/12/1959	15/01/1968	2/06/1971	10/09/1991 [*]	
Zambie	1/12/1964	24/09/1969 ^c	24/09/1969 ^a	10/04/1984 ^a	7/10/1998 ^a	Banjul 1983 CAR 1973
Zimbabwe	25/08/1980	25/08/1981 ^a	25/08/1981 ^a	13/05/1991 ^a		Banjul 1986 CAR 1985

État	Membre ONU	Convention de 1951	Protocole de 1967	PIDCP	CCT	Autres conventions
États non membres de l'ONU						
Saint-Siège		15/03/1956	8/06/1967 ^a			
Suisse		21/01/1955	20/05/1968 ^a	18/06/1992 ^a	2/12/1986*	CEDH 1974
Total (191)	189	137	136	147	124	
Signataires				5	10	

a. Adhésion

b. Succession

c. Indique que l'État partie a reconnu la compétence du Comité contre la torture pour recevoir et traiter des communications individuelles en vertu de l'article 22 de la CCT (41 États parties au total).

[**Note de la rédaction** : les dates d'adhésion mentionnées pour la Yougoslavie concernent l'ex-Yougoslavie. La République fédérale de Yougoslavie en a formellement pris la succession pour la *Convention de 1951* et le *Protocole de 1967*, le *PIDCP* et la *CCT* le 12 mars 2001 et a pris le nom de Serbie et Monténégro le 4 février 2003.]

Les États suivants ne sont parties à aucun des accords mentionnés

État	Date d'adhésion à l'ONU
Bhoutan	(21/09/1971)
Brunei Darussalam	(21/09/1984)
Kiribati	(14/09/1999)
Laos	(14/12/1955)
Malaisie	(17/09/1957)
Maldives	(21/09/1965)
Iles Marshall	(17/09/1991)
Micronésie	(17/09/1991)
Myanmar	(19/04/1948)
Nauru	(14/09/1999)
Oman	(7/10/1971)
Pakistan	(30/09/1947)
Palau	(15/12/1994)
Saint Kitts et Nevis	(23/09/1983)
Sainte Lucie	(18/09/1979)
Singapour	(21/09/1965)
Tonga	(14/09/1999)
Émirats Arabes Unis	(9/12/1971)
Vanuatu	(15/09/1981)

Annexe 2.2

DISPOSITIONS CONSTITUTIONNELLES ET LÉGISLATIVES TRANSPOSANT LE PRINCIPE DU NON-REFOULEMENT EN DROIT INTERNE

Le tableau identifie les dispositions constitutionnelles et/ou législatives qui transposent le principe du non-refoulement en droit interne soit directement, par la transposition du principe sous une forme ou une autre, soit indirectement, par l'application des traités dans la sphère interne. Les traités principaux contenant un élément de non-refoulement auxquels un État donné est partie sont énumérés dans la deuxième colonne du tableau.

Bien que tout ait été fait pour vérifier l'exactitude et l'actualité des dispositions internes citées, cela n'a pas toujours été possible. Les dispositions auxquelles il est fait référence ne doivent pas être considérées comme excluant l'application d'autres mesures internes pertinentes pour l'application du principe du non-refoulement dans la sphère interne.

[Note de la rédaction : Pour les adhésions à ces instruments depuis la rédaction de cet avis juridique, voir la note de la rédaction figurant au début de l'annexe 2.1.]

Abréviations

CADH	Convention américaine relative aux droits de l'Homme, 1969
CAR	Convention de l'OUA régissant les aspects propres aux problèmes des réfugiés en Afrique, 1969
Banjul	Charte africaine des droits de l'Homme et des peuples, 1981
CCT	Convention contre la torture et autres peines ou traitements cruels, inhumains ou dégradants, 1984
CEDH	Convention européenne de sauvegarde des droits de l'Homme et des libertés fondamentales, 1950
PIDCP	Pacte international relatif aux droits civils et politiques, 1966
P	Protocole à la Convention relative au statut des réfugiés, 1967
CR	Convention relative au statut des réfugiés, 1951

État	Membre ONU	Traités	Dispositions constitutionnelles et/ou législatives
Afghanistan	19/11/1946	CCT, PIDCP	
Afrique du Sud	7/11/1945		Constitution (1996) ss. 231, 232 ; Loi sur les réfugiés (1998) articles 2, 28
Albanie	14/12/1955	CR et P, CEDH, CCT, PIDCP	Constitution (1976) art. 5 ; Loi sur l'asile (1998) art. 7
Algérie	8/10/1962	CR et P, Banjul, CAR, CCT, PIDCP	Constitution (1996) s. 123 ; Décret No. 1963-274
Allemagne	18/09/1973	CR et P, CEDH, CCT, PIDCP	Loi fondamentale (1949, telle que modifiée en 1998) art. 25 ; Loi sur la procédure d'asile (1992) s. 2 ; Loi sur les étrangers (1991) articles 48, 51, 53 § 1, 53 § 6
Andorre	28/07/1993	CEDH	Constitution (1993) art. 3 § 3, § 4
Angola	01/12/1976	CR et P, Banjul, CAR, PIDCP	Loi relative à la révision de la Constitution, No. 23 (1992) art. 21 § 3, art. 26 ; Loi No. 8 (1990) art. 4, art. 21
Antigua et Barbuda	11/11/1981	CR et P, CCT	
Arabie Saoudite	24/10/1945	CCT	
Argentine	24/10/1945	CR et P, CADH, CCT, PIDCP	Constitution (1994) art. 31 ; Décret No. 1023 (1994) art. 171
Arménie	2/03/1992	CR et P, CCT, PIDCP	Loi sur les réfugiés (1999), art. 19
Australie	1/11/1945	CR et P, CCT, PIDCP	Loi sur les migrants (1958) s. 36
Autriche	14/12/1955	CR et P, CEDH, CCT, PIDCP	Loi sur les étrangers (1997) art. 57 § 1 et § 2 ; Loi sur l'asile (1997) art. 21
Azerbaïdjan	9/03/1992	CR et P, CCT, PIDCP	Constitution (1995) articles 69, 70
Bahamas	18/09/1973	CR et P	
Bahreïn	21/09/1971	CCT	Constitution (1973) art. 37
Bangladesh	17/09/1974	CCT, PIDCP	
Barbade	9/12/1966	CADH, PIDCP	
Belgique	27/12/1945	CR et P, CEDH, CCT, PIDCP	Loi sur l'accès des étrangers (1980) articles 7, 56
Belize	25/09/1981	CR et P, CCT, PIDCP	Loi sur les réfugiés (1991) articles 3, 14
Bénin	20/09/1960	CR et P, Banjul, CAR, CCT, PIDCP	Constitution (1990) art. 147 ; Ordonnance No. 1975-41 art. 4
Bhoutan	21/09/1971		

État	Membre ONU	Traités	Dispositions constitutionnelles et/ou législatives
Bélarus	24/10/1945	CCT, PIDCP	Constitution (1994) art. 8 ; Loi sur les étrangers (1999) art. 29 ; Loi sur les réfugiés (1995) articles 8, 15, 17
Bolivie	14/11/1945	CR et P, CADH, CCT, PIDCP	Décret Suprême No. 19640 (1983) art. 5
Bosnie-Herzégovine	22/05/1992	CR et P, CCT, PIDCP	Constitution (1994) Ch. VII art. 3, Annexe ; Loi sur l'immigration et l'asile (1999) art. 34
Botswana	17/10/1966	CR et P, Banjul, CAR, CCT, PIDCP	Loi sur les réfugiés (1968) s. 9 § 1
Brésil	24/10/1945	CR et P, CADH, CCT, PIDCP	Loi No. 9.474 (1997) articles 36, 37
Brunei Darussalam	21/09/1984		
Bulgarie	14/12/1955	CR et P, CEDH, CCT, PIDCP	Constitution (1991) art. 5 ; Loi sur les réfugiés (1999) s. 6
Burkina Faso	20/09/1960	CR et P, Banjul, CAR, CCT, PIDCP	Décret No. 1994-055/PRES/REX art. 11 ; Zatu No. AN V-0028/FP/PRES (1988) art. 4
Burundi	18/09/1962	CR et P, Banjul, CAR, CCT, PIDCP	
Cambodge	14/12/1955	CR et P, CCT, PIDCP	Loi sur l'immigration (1994) art. 3
Cameroun	20/09/1960	CR et P, Banjul, CAR, CCT, PIDCP	Constitution (1996) art. 45
Canada	9/11/1945	CR et P, CCT, PIDCP	Loi sur l'immigration (1976) s. 53
Cap Vert	16/09/1975	P, Banjul, CAR, CCT, PIDCP	Constitution (1992) articles 7, 11
Chili	24/10/1945	CR et P, CADH, CCT, PIDCP	Décret-loi No. 1094 (1975) art. 39
Chine	24/10/1945	CR et P, CCT	Loi civile (1986) art. 142
Chypre	20/09/1960	CR et P, CEDH, CCT, PIDCP	Constitution (1960) articles 32, 169
Colombie	5/11/1945	CR et P, CADH, CCT, PIDCP	Constitution (1991) art. 93 ; Décret No. 1598 (1995) art. 17
Comores	12/11/1975	Banjul	
Congo	20/09/2000	CR et P, Banjul, CAR, PIDCP	Acte fondamental (1997) art. 81 ; Décret No. 1598 (1995) art. 17
Congo (Rép. Démocratique)	20/09/1960	CR et P, Banjul, CAR, CCT, PIDCP	Ordonnance-loi No. 1983-033 art. 2
Corée	17/09/1991	CR et P, CCT, PIDCP	
Corée (RÉp. Démoc. Pop.)	17/09/1991	PIDCP	

État	Membre ONU	Traités	Dispositions constitutionnelles et/ou législatives
Costa Rica	2/11/1945	CR et P, CADH, CCT, PIDCP	Loi générale sur les migrants et les étrangers (1986) art. 64 ; Décret d'application No. 14845-G (1983) articles 17, 18
Côte d'Ivoire	20/09/1960	CR et P, Banjul, CAR, CCT, PIDCP	
Croatie	22/05/1992	CR et P, CEDH, CCT, PIDCP	Loi constitutionnelle sur les droits et les libertés de l'Homme (1992) art. 1, 2(m) ; Constitution (1990) articles 33, 134
Cuba	24/10/1945	CCT	
Danemark	24/10/1945	CR et P, CEDH, CCT, PIDCP	Loi sur les étrangers (1997) articles 31, 48a
Djibouti	20/09/1977	CR et P, Banjul	Ordonnance No. 77053/P.R./A.E (1977) art. 4
Dominique	18/12/1978	CR et P, CADH, PIDCP	
Égypte	24/10/1945	CR et P, Banjul, CAR, CCT, PIDCP	
El Salvador	24/10/1945	CR et P, CADH, CCT, PIDCP	Constitution (1983) art. 144
Émirats Arabes Unis	9/12/1971		
Équateur	21/12/1945	CR et P, CADH, CCT, PIDCP	Décret No. 3301 (1992) articles 27, 34
Érythrée	28/05/1993	Banjul	
Espagne	14/12/1955	CR et P, CEDH, CCT, PIDCP	Constitution (1978) art. 96 ; Loi constitutionnelle sur les droits et libertés des étrangers (2000) art. 3 ; Décret royal 203 (1995) art. 12 ; Loi 5 (1984) art. 19
Estonie	17/09/1991	CR et P, CEDH, CCT, PIDCP	Loi sur les réfugiés (1997) articles 7, 21
États-Unis	24/10/1945	P, CCT, PIDCP	Loi sur l'immigration et la nationalité (1952, telle que modifiée en 1965 et 1999) s. 1231(b)(3) ; Politique américaine concernant le retour involontaire de personnes risquant d'être soumises à la torture (1998)
Éthiopie	13/11/1945	CR et P, Banjul, CAR, CCT, PIDCP	Constitution (1995) art. 9
Fédération de Russie	24/10/1945	CR et P, CEDH, CCT, PIDCP	Constitution (1993) articles 15 § 4, 63 ; Loi sur les amendements et les ajouts à la loi sur les réfugiés (1997) articles 10 § 1, 12 § 4 ; Loi sur les réfugiés (1997) articles 8, 18
Fidji	13/10/1970	CR et P	Loi modifiant la Constitution (1997) articles 34 § 5, 43

État	Membre ONU	Traités	Dispositions constitutionnelles et/ou législatives
Finlande	14/12/1955	CR et P, CEDH, CCT, PIDCP	Constitution (1919, modifiée en 1995) s. 7 ; Loi sur les étrangers (1991) articles 38, 41
France	24/10/1945	CR et P, CEDH, CCT, PIDCP	Constitution (1958) art. 55 ; Ordonnance No. 1945-2658 art. 27bis
Gabon	20/09/1960	CR et P, Banjul, CAR, CCT, PIDCP	Ordonnance No. 64/1976 art. 2
Gambie	21/09/1965	CR et P, Banjul, CAR, PIDCP	
Géorgie	31/07/1992	CR et P, CEDH, CCT, PIDCP	Loi sur les réfugiés (1998) art. 82
Ghana	8/03/1957	CR et P, Banjul, CAR, CCT, PIDCP	Loi sur les réfugiés (1992) articles 1, 11
Grèce	24/10/1945	CR et P, CEDH, CCT, PIDCP	Décret présidentiel No. 61 (1999) art. 1 ; Décret interministériel No. 4803/7A (1992) art. 7 ; Loi No. 1975 (1991) art. 24
Grenade	17/09/1974	CADH, PIDCP	
Guatemala	21/11/1945	CR et P, CADH, CCT, PIDCP	Constitution (1985) articles 27, 46 ; Loi No. 22 (1986) art. 26
Guinée	12/12/1958	CR et P, Banjul, CAR, CCT, PIDCP	
Guinée Bissau	17/09/1974	CR et P, Banjul, CAR	
Guinée équatoriale	12/11/1968	CR et P, Banjul, CAR, PIDCP	Loi fondamentale art. 18
Guyane	20/09/1966	CCT, PIDCP	
Haïti	24/10/1945	CR et P, CADH, PIDCP	Constitution (1987) art. 276 § 2
Honduras	17/12/1945	CR et P, CADH, CCT, PIDCP	Constitution (1982) art. 18
Hongrie	14/12/1955	CR et P, CEDH, CCT, PIDCP	Constitution (1990) art. 7 ; Loi LXXXVI (1993) s. 32, telle que modifiée par la Loi CXXXIX (1997) art. 61
Îles Marshall	17/09/1991		
Iles Salomon	19/09/1978	CR et P	
Inde	30/10/1945	PIDCP	
Indonésie	28/09/1950	CCT	Circulaire du Premier ministre No. 11/R.I/1956 art. 1
Irak	21/12/1945	PIDCP	Loi sur les réfugiés politiques No. 51 (1971) art. 4
Iran	24/10/1945	CR et P, PIDCP	Ordonnance sur les réfugiés (1963) art. 12
Irlande	14/12/1955	CR et P, CEDH, PIDCP	Loi sur l'immigration (1999) s. 3 ; Loi sur les réfugiés (1996) art. 5

État	Membre ONU	Traités	Dispositions constitutionnelles et/ou législatives
Islande	19/11/1946	CR et P, CEDH, CCT, PIDCP	
Israël	11/05/1949	CR et P, CCT, PIDCP	
Italie	14/12/1955	CR et P, CEDH, CCT, PIDCP	Constitution (1947) art. 10 ; Décret-loi No. 416 (1989) art. 7
Jamaïque	18/09/1962	CR et P, CADH, PIDCP	
Japon	18/12/1956	CR et P, CCT, PIDCP	Loi sur l'immigration, le contrôle et la reconnaissance des réfugiés (1951) art. 53
Jordanie	14/12/1955	CCT, PIDCP	
Kazakhstan	2/03/1992	CR et P, CCT	Constitution (1995) articles 4, 12 § 4 ; Décret présidentiel No. 3419 ; Décret présidentiel, 15 juillet 1996
Kenya	16/12/1963	CR et P, Banjul, CAR, CCT, PIDCP	
Kirghizstan	2/03/1992	CR et P, CCT, PIDCP	Constitution (1996) articles 12, 14, 16 ; Résolution No. 340 (1996) s. 22
Kiribati	14/09/1999		
Koweït	14/05/1963	CCT, PIDCP	
Laos	14/12/1955		
Lesotho	17/10/1966	CR et P, Banjul, CAR, PIDCP	Loi sur les réfugiés (1983) articles 11, 12, 13
Lettonie	17/09/1991	CR et P, CEDH, CCT, PIDCP	Loi sur les demandeurs d'asile et les réfugiés (1998) articles 22 § 2, 30 ; Loi sur l'entrée et le séjour des apatrides (1992) art. 60 ; Règlements sur la procédure de résidence temporaire pour les personnes ayant été détenues pour séjour irrégulier (1992) s. 6.3
Liban	24/10/1945	CCT, PIDCP	Loi réglementant l'entrée et le séjour des étrangers au Liban (1962) art. 31
Liberia	2/11/1945	CR et P, Banjul, CAR	Loi sur les réfugiés (1993) ss. 12(1), 13
Libye	14/12/1955	Banjul, CAR, CCT, PIDCP	Constitution (1951) art. 191
Liechtenstein	18/09/1990	CR et P, CEDH, CCT, PIDCP	Constitution (1862) art. 31
Lituanie	17/09/1991	CR et P, CEDH, CCT, PIDCP	Loi sur le statut de réfugié (1995) art. 9
Luxembourg	24/10/1945	CR et P, CEDH, CCT, PIDCP	
Macédoine	8/04/1993	CR et P, CEDH, CCT, PIDCP	Constitution (1992) art. 118 ; Loi sur la circulation et le séjour des étrangers (1992) art. 39

État	Membre ONU	Traités	Dispositions constitutionnelles et/ou législatives
Madagascar	20/09/1960	CR, Banjul, PIDCP	Décret No. 1994-652 art. 38 ; Décret No. 1962-006 art. 2 ; Loi No. 1962-00 articles 1, 2
Malaisie	17/09/1957		
Malawi	1/12/1964	CR et P, Banjul, CAR, CCT, PIDCP	Loi sur les réfugiés (1989) art. 10
Maldives	21/09/1965		
Mali	28/09/1960	CR et P, Banjul, CAR, CCT, PIDCP	Constitution (1992) art. 116 ; Loi No. 1998-40 articles 8, 9, 10
Malte	1/12/1964	CR et P, CEDH, CCT, PIDCP	
Maroc	12/11/1956	CR et P, CCT, PIDCP	Décret No. 2-57-1256 du 2 safar 1377 (1957) articles 1, 5
Maurice	24/04/1968	Banjul, CCT, PIDCP	
Mauritanie	7/10/1961	CR et P, Banjul, CAR	Constitution (1991) art. 80
Mexique	7/11/1945	CR et P, CADH, CCT, PIDCP	Loi générale de population (1974) art. 42(VI)
Micronésie	17/09/1991		
Moldavie	2/03/1992	CEDH, CCT, PIDCP	Loi sur le statut juridique des citoyens étrangers et des apatrides (1994, telle que modifiée 1999), articles 29, 32
Monaco	28/05/1993	CR, CCT, PIDCP	
Mongolie	27/10/1961	PIDCP	Constitution (1992) articles 10, 18
Mozambique	16/09/1975	CR et P, Banjul, CAR, CCT, PIDCP	Loi sur les réfugiés (1991) articles 13, 14
Myanmar	19/04/1948		
Namibie	23/04/1990	CR, Banjul, CCT, PIDCP	Constitution (1990) art. 144 ; Loi (1999) sur les réfugiés (reconnaissance et contrôle) art. 26
Nauru	14/09/1999		
Népal	14/12/1955	CCT, PIDCP	Loi sur le traité du Népal (1990) art. 9
Nicaragua	24/10/1945	CR et P, CADH, PIDCP	Constitution (1995) art. 42
Niger	20/09/1960	CR et P, Banjul, CAR, CCT, PIDCP	
Nigeria	7/10/1960	CR et P, Banjul, CAR, PIDCP	Commission nationale pour les réfugiés, Décret (1989) art. 1
Norvège	27/11/1945	CR et P, CEDH, CCT, PIDCP	Loi sur l'immigration (1991) ss. 4, 15, 16

État	Membre ONU	Traités	Dispositions constitutionnelles et/ou législatives
Nouvelle-Zélande	24/10/1945	CR et P, CCT, PIDCP	Loi sur les crimes de torture (1989) ; Loi sur l'immigration (1987) s. 129(X)
Oman	7/10/1971		
Ouganda	25/10/1962	CR et P, Banjul, CAR, CCT, PIDCP	Loi sur le contrôle des réfugiés étrangers (1960) articles 6, 20 § 3
Ouzbékistan	2/03/1992	CCT, PIDCP	Constitution (1992) art. 23
Pakistan	30/09/1947		
Palau	15/12/1994		
Panama	13/11/1945	CR et P, CADH, CCT, PIDCP	Décret d'application No. 23 (1998) articles 53, 73
Papouasie Nouvelle Guinée	10/10/1975	CR et P	
Paraguay	24/10/1945	CR et P, CADH, CCT, PIDCP	Loi No. 470 (1975) art. 141
Pays-Bas	10/12/1945	CR et P, CEDH, CCT, PIDCP	Constitution (1995) s. 93
Pérou	31/10/1945	CR et P, CADH, CCT, PIDCP	Constitution (1993) art. 36 ; décret présidentiel No. 1 (1985) articles 1, 2
Philippines	24/10/1945	CR et P, CCT, PIDCP	
Pologne	24/10/1945	CR et P, CEDH, CCT, PIDCP	Constitution (1997) s. 56, 91 ; Loi sur les étrangers (1997) s. 53
Portugal	14/12/1955		Constitution (1976) art. 8 ; Loi No. 15 (1998) articles 1, 6 ; Décret-loi No. 59 (1993) articles 67, 72
Qatar	21/09/1971	CCT	
Rép. Tchèque	19/01/1993	CR et P, CEDH, CCT, PIDCP	Loi No. 325 sur l'asile (1999) s. 91
République centrafricaine	20/09/1960	CR et P, Banjul, CAR, PIDCP	Constitution (1990) art. 69
République dominicaine	24/10/1945	CR et P, CADH, PIDCP	Décret présidentiel No. 2330 (1984) articles 12, 13
Roumanie	14/12/1955	CR et P, CEDH, CCT, PIDCP	Constitution (1991) articles 11, 18 ; Ordonnance sur le statut et le régime des réfugiés (2000) art. 23(m)
Royaume-Uni	24/10/1945	CR et P, CEDH, CCT, PIDCP	Loi sur l'immigration et l'asile (1999) ss. 11, 12, 15, 71 ; Règles sur l'immigration (1994) s. 329
Rwanda	18/09/1962	CR et P, Banjul, CAR, PIDCP	Loi sur les conditions d'entrée et de séjour des étrangers (1963) art. 1
Saint Kitts et Nevis	23/09/1983		

État	Membre ONU	Traités	Dispositions constitutionnelles et/ou législatives
Saint Vincent et Grenadines	18/09/1980	CR, PIDCP	
Sainte Lucie	18/09/1979		
Samoa	15/12/1976	CR et P	
San Marino	2/03/1992	PIDCP, CEDH	
Sao Tomé et Príncipe	16/09/1975	CR et P, Banjul	
Sénégal	28/09/1960	CR et P, Banjul, CAR, CCT, PIDCP	Décret No. 1978-484 articles 3, 4, 5, 6
Seychelles	21/09/1976	CR et P, Banjul, CAR, CCT, PIDCP	
Sierra Leone	27/09/1961	CR et P, Banjul, CAR, CCT, PIDCP	Loi (1965) sur les non-citoyens (enregistrement, immigration et expulsion) art. 4.f)
Singapour	21/09/1965		
Slovaquie	19/01/1993	CR et P, CEDH, CCT, PIDCP	Constitution (1992) articles 11, 153 ; Loi No. 283 (1995) art. 4 ; Loi sur le séjour des étrangers (1995) art. 15
Slovénie	22/05/1992		Constitution (1991) articles 8, 153 ; Loi sur l'asile (1999) articles 1, 6, 7 ; Loi sur les étrangers (1999) art. 51 ; Loi sur les étrangers (1991) art. 33
Somalie	20/09/1960	CR et P, Banjul, CCT, PIDCP	Décret présidentiel No. 25 (1984) art. 6 § 3
Soudan	12/11/1956	CR et P, Banjul, CAR, PIDCP	Règlements sur la loi de l'asile (1974) articles 6, 7
Sri Lanka	14/12/1955	CCT, PIDCP	
Suède	19/11/1946	CR et P, CEDH, CCT, PIDCP	Loi sur les étrangers (1989) 529 Ch. 8(1)
Suriname	4/12/1975	CR et P, CADH, PIDCP	Loi sur les étrangers (1991) articles 8, 16 § 3
Swaziland	24/09/1968	CR et P, Banjul, CAR	Ordonnance sur le contrôle des réfugiés (1978) art. 10 § 4
Syrie	24/10/1945	PIDCP	Décret législatif No. 29 sur l'entrée et la sortie des étrangers (1970) art. 29.E
Tadjikistan	2/03/1992	CR et P, CCT, PIDCP	Loi sur les réfugiés (1994) art. 10
Tanzanie	14/12/1961	CR et P, Banjul, CAR, PIDCP	Loi sur les réfugiés (1998) art. 28(4)
Tchad	20/09/1960	CR et P, Banjul, CAR, CCT, PIDCP	

État	Membre ONU	Traités	Dispositions constitutionnelles et/ou législatives
Thaïlande	16/12/1946	PIDCP	
Togo	20/09/1960	CR et P, Banjul, CAR, CCT, PIDCP	Constitution (1992) art. 140
Tonga	14/09/1999		
Trinidad et Tobago	18/09/1962	CR et P, PIDCP	
Tunisie	12/11/1956	CR et P, Banjul, CAR, CCT, PIDCP	Constitution (1959) art. 32
Turkménistan	2/03/1992	CR et P, CCT, PIDCP	Loi sur les réfugiés (1997) art. 2, 3
Turquie	24/10/1945	CR et P, CEDH, CCT	Constitution (1982) art. 90
Tuvalu	5/09/2000	CR et P	
Ukraine	24/10/1945	CEDH, CCT, PIDCP	Constitution (1996) articles 9, 26 ; Loi No. 38118-XII (1994) art. 14
Uruguay	18/12/1945	CR et P, CADH, CCT, PIDCP	Décret législatif sur les réfugiés politiques (1956) art. 4 ; Loi 13.777 (1969), Statut des réfugiés
Vanuatu	15/09/1981		
Venezuela	15/11/1945	P, CADH, CCT, PIDCP	Constitution (1961) art. 116
Vietnam	20/09/1977	PIDCP	Ordonnance sur l'entrée des étrangers (1992) articles 2 § 1, 3
Yémen	30/09/1947	CR et P, CCT, PIDCP	Loi No. 47 (1991) s. 38(5)
Yougoslavie	1/11/2000	CR et P, CCT, PIDCP	Constitution (1992) articles 16, 66
Zambie	1/12/1964	CR et P, Banjul, CAR, CCT, PIDCP	Loi sur les réfugiés (1970) articles 10 § 4, 11 § 2
Zimbabwe	25/08/1980	CR et P, Banjul, CAR, PIDCP	Loi sur les réfugiés (1983) art. 13
États non membres de l'ONU			
Saint-Siège		CR et P	
Suisse		CR et P, CEDH, CCT, PIDCP	Constitution (1999) art. 25 § 2, § 3 : Loi sur l'asile (1998) art. 5
Total (191)	189	170 ^a	125 ^b

a. Nombre d'États parties à au moins un des traités incluant un élément de non-refoulement.

b. Nombre d'États ayant adopté des dispositions constitutionnelles ou législatives intégrant le principe du non-refoulement en droit interne soit directement, soit par l'application d'un traité ou plus auquel l'Etat est partie.

RELEVÉ DES CONCLUSIONS : LE PRINCIPE DU NON-REFOULEMENT

**TABLE RONDE D'EXPERTS ORGANISÉE PAR LE HAUT COMMISSARIAT
DES NATIONS UNIES POUR LES RÉFUGIÉS ET LE CENTRE LAUTERPACHT
DE RECHERCHE EN DROIT INTERNATIONAL, UNIVERSITÉ DE CAMBRIDGE,
ROYAUME-UNI, DU 9 AU 10 JUILLET 2001**



La première journée de la table ronde d'experts qui s'est tenue à Cambridge s'est penchée sur la question de la portée et de la teneur du principe du non-refoulement. Les discussions se sont appuyées sur un avis juridique rédigé par Sir Elihu Lauterpacht et Daniel Bethlehem, du Centre Lauterpacht de recherche en droit international, qui a recueilli une large adhésion¹.

Les discussions se sont concentrées sur les aspects de l'avis juridique pour lesquels des commentaires particuliers ou des éclaircissements ont été jugés nécessaires. Les paragraphes ci-dessous, s'ils ne représentent pas l'opinion individuelle de chaque participant, reflètent en grande partie le consensus qui s'est dégagé de ces discussions. Les participants ont estimé, d'une manière générale, que :

1. Le non-refoulement est un principe du droit international coutumier.

1. Note de la rédaction : La table ronde du 10 juillet 2001 sur la responsabilité de surveillance réunissait trente-cinq experts provenant de quinze pays, représentant des gouvernements, des organisations non gouvernementales (ONG), des universitaires, des juges et des praticiens du droit. Ils disposaient des contributions écrites de Eamonn Cahill, avocat à Dublin (Irlande) et de Friedrich Löper du Ministère de l'intérieur de la République Fédérale d'Allemagne. La séance du matin était présidée par Sir Elihu Lauterpacht du Centre Lauterpacht de recherche en droit international et la séance de l'après-midi par Dame Rosalyn Higgins, juge à la Cour internationale de Justice.

2. Le droit des réfugiés est un ensemble de droit dynamique, nourri par le but et l'objet de la Convention de 1951 et de son Protocole de 1967, ainsi que par les évolutions dans les domaines connexes du droit international, tels que les droits de l'Homme et le droit international humanitaire.
3. L'article 33 s'applique aux réfugiés, qu'ils aient ou non été officiellement reconnus, et aux demandeurs d'asile. Pour ces derniers, cette disposition s'applique jusqu'à ce que leur statut soit déterminé, de manière définitive, à l'issue d'une procédure équitable.
4. Le principe du non-refoulement tel qu'il est énoncé à l'article 33 comprend toute mesure imputable à un État qui pourrait avoir l'effet de renvoyer un demandeur d'asile ou un réfugié aux frontières de territoires où sa vie, ou sa liberté, serait menacée, ou bien où il serait exposé à des persécutions, y compris à une interception, à un refus d'admission à la frontière ou à un refoulement indirect.
5. Le principe du non-refoulement s'applique aux situations d'afflux massif. Les problèmes particuliers qui se posent dans des situations d'afflux massif, doivent être gérés via des mesures innovantes.
6. L'attribution à un État d'une conduite équivalant au refoulement est déterminée par les principes du droit relatif à la responsabilité des États. La responsabilité juridique internationale qui impose aux États d'agir conformément aux obligations internationales, peu importe l'endroit où les faits se passent, constitue le principe supérieur à prendre en considération.
7. On constate une tendance à s'opposer aux exceptions pouvant être faites aux principes fondamentaux relatifs aux droits de l'Homme. Cette tendance a été jugée importante pour l'interprétation de l'article 33 § 2. Les exceptions doivent être interprétées de manière très restrictive, doivent être l'objet de garanties d'une procédure régulière, et être envisagées en tant que mesure de dernier recours. Dans les cas de torture, l'interdiction du refoulement ne souffre aucune exception.

LISTE DES PARTICIPANTS

Table ronde d'experts, Cambridge (Royaume-Uni), du 9 au 10 juillet 2001 (article 33, article 35)

Philip Alston, Institut universitaire européen, Florence, Italie

Evelyn Ankumah, Africa Legal Aid, Ghana et Pays-Bas

Daniel Bethlehem, Avocat, Cambridge et Londres, Royaume-Uni

Chaloka Beyani, London School of Economics, Londres, Royaume-Uni

Ricardo Camara, Gouvernement mexicain

Yoram Dinstein, Université de Tel Aviv, Israël ; Institut Max Planck, Heidelberg, Allemagne

Andrew Drzemczewski, Conseil de l'Europe, Strasbourg, France

Mohamed Nour Farahat, Organisation arabe pour les droits de l'homme, Le Caire, Egypte

Guy S. Goodwin-Gill, Université d'Oxford, Royaume-Uni

Arthur Helton, Council on Foreign Relations, New York, États-Unis

Dame Rosalyn Higgins, Cour internationale de Justice, La Haye, Pays-Bas

G.M.H. Hoogvliet, Avocat, Pays-Bas

Ivor C. Jackson, Royaume-Uni (et Genève, Suisse)

Walter Kälin, Université de Berne, Suisse

Harold Koh, Faculté de droit de l'Université Yale, États-Unis

Sir Elihu Lauterpacht, Université de Cambridge, Royaume-Uni

Jean-Philippe Lavoyer, Comité international de la Croix Rouge, Genève, Suisse

Leanne Macmillan, Amnesty International, Secrétariat international, Londres, Royaume-Uni

Caroline Mchome, Gouvernement tanzanien

Sadikh Niass, ONG ouest-africaines pour les réfugiés et les personnes déplacées à l'intérieur de leur propre pays (WARIPNET), Sénégal

Anne-Grethe Nielsen, Gouvernement suisse

Eugen Osmochescu, Université d'État de Moldavie, Chisinau, République de Moldavie

Bonaventure Rutinwa, Université de Dar-es-Salaam, Tanzanie

Jorge Santistevan, ancien médiateur ; Commission andine de juristes, Pérou

Sir Stephen Sedley, Royal Courts of Justice, Londres, Royaume-Uni

Andre Surena, Gouvernement américain

Vigdis Vevstad, Gouvernement norvégien

Iain Walsh, Gouvernement britannique

Pour le HCR : Erika Feller, Kate Jastram, Philippe Leclerc, Frances Nicholson et Volker Türk

L'affiliation institutionnelle n'est mentionnée que dans un objectif d'identification.

Troisième partie

L'entrée irrégulière (article 31)

Sommaire

3.1

L'article 31 de la Convention de 1951
relative au statut des réfugiés : l'absence
de sanctions pénales, la détention et la protection 223

3.2

Relevé des conclusions : l'article 31
de la Convention de 1951 293

3.3

Liste des participants 299

L'ARTICLE 31 DE LA CONVENTION DE 1951 RELATIVE AU STATUT DES RÉFUGIÉS : L'ABSENCE DE SANCTIONS PÉNALES, LA DÉTENTION ET LA PROTECTION

Guy S. GOODWIN-GILL *

Table des matières

I.	Article 31 : les réfugiés en situation irrégulière dans le pays de refuge	225
A.	Introduction	225
B.	Problèmes soulevés et portée du document	227
II.	Article 31 : les origines du texte	227
A.	Le Comité spécial	228
B.	Discussions lors de la Conférence de 1951	229
C.	La signification des termes de l'article 31 : considérations préliminaires	232
III.	Transposition du principe en droit interne	236
A.	Législation nationale	236
1.	La Suisse	236
2.	Le Royaume-Uni	236
3.	Les États-Unis	237
4.	Le Belize	237
5.	La Finlande	238

* Ce document a été demandé par le HCR pour servir de document de travail pour les discussions de la table ronde d'experts sur l'article 31 de la *Convention de 1951 relative au statut des réfugiés* organisée dans le cadre des *Consultations mondiales sur la protection internationale* à l'occasion du 50^e anniversaire de la *Convention de 1951*. Le document a été enrichi par les discussions qui ont eu lieu lors de la table ronde d'experts à Genève (Suisse) les 8 et 9 novembre 2001. L'auteur a également largement bénéficié du soutien de Walpurga Englbrecht pour produire le document final.

6. Le Ghana	238
7. Le Lesotho	238
8. Le Malawi	239
9. Le Mozambique	239
B. Jurisprudence nationale	240
1. La décision Adimi	242
C. La Cour européenne des droits de l'Homme	244
D. Pratique des États	245
1. L'Australie	247
2. La Belgique	249
3. La France	250
4. L'Allemagne	250
5. Autres États européens (l'Espagne, la Grèce, l'Italie, le Luxembourg, les Pays-Bas, le Royaume-Uni et la Suède)	251
6. Les États-Unis	253
E. Décisions et recommandations du Comité exécutif du HCR	254
IV. Les normes internationales et la responsabilité des États	255
V. Conclusions relatives à l'article 31 § 1	257
VI. Les restrictions à la liberté de circulation en vertu de l'article 31 § 2, y compris la détention	260
A. Portée de la protection prévue par la Convention de 1951 et de manière générale	263
B. Normes internationales	264
1. Comité exécutif/HCR	264
2. Autres développements des normes internationales	267
C. Transposition ou adoption de normes en droit interne	270
VII. Conclusions relatives à l'article 31 § 2	272
Annexe 3.1	
Transposition de l'article 31 de la Convention de 1951 en droit interne : sélection de législation	277

I. Article 31 : les réfugiés en situation irrégulière dans le pays de refuge

A. Introduction

L'article 31 de la *Convention de 1951 relative au statut des réfugiés*¹ dispose que :

1. Les États contractants n'appliqueront pas de sanctions pénales, du fait de leur entrée ou de leur séjour irrégulier, aux réfugiés qui, arrivant directement du territoire où leur vie ou leur liberté était menacée au sens prévu par l'article premier, entrent ou se trouvent sur leur territoire sans autorisation, sous la réserve qu'ils se présentent sans délai aux autorités et leur exposent des raisons reconnues valables de leur entrée ou présence irrégulière.
2. Les États contractants n'appliqueront aux déplacements de ces réfugiés d'autres restrictions que celles qui sont nécessaires ; ces restrictions seront appliquées seulement en attendant que le statut des réfugiés dans le pays d'accueil ait été régularisé ou qu'ils aient réussi à se faire admettre dans un autre pays. En vue de cette dernière admission, les États contractants accorderont à ces réfugiés un délai raisonnable ainsi que toutes facilités nécessaires.²

En dépit de cette disposition, des demandeurs d'asile sont placés en structures de détention en Europe, en Amérique du Nord et en Australie, en raison de leur entrée ou présence irrégulière. Dans son étude de juillet 2000 relative aux normes d'accueil des demandeurs d'asile dans l'Union européenne, le HCR a observé que plusieurs types de détention étaient utilisés, notamment la détention à la frontière ou dans les zones de transit aéroportuaires, et que les motifs de détention étaient également variés³. Les réfugiés et les demandeurs d'asile peuvent, par exemple, être détenus au stade de la « pré-admission », parce qu'ils sont en possession de faux documents ou parce qu'ils sont dépourvus des documents requis ; mais ils peuvent aussi être placés en rétention avant d'être expulsés ou transférés vers un « pays tiers sûr », par exemple, conformément aux dispositions de la *Convention de Dublin*⁴. Plusieurs pays, comme le Danemark, la Finlande, les Pays-Bas et le Royaume-Uni, n'ont pas fixé de durée maximale de détention, tandis que d'autres en ont fixé une et exigent la remise en liberté si aucune décision relative à l'admission ou à l'éloignement n'a été prise.

1. Nations Unies, *Recueil des Traités*, vol. 189 n° 150 ; pour le *Protocole de 1967 à la Convention de 1951 relative au statut des réfugiés*, Nations Unies, *Recueil des Traités*, vol. 606 n° 267.

2. **Note de la traductrice** : Le texte français de l'article 31 utilise les deux termes « entrée ou ... séjour irrégulier » et « entrée ou présence irrégulière » pour le terme anglais « illegal entry or presence ». Cette traduction utilise le terme « entrée ou présence irrégulière » quand il n'y a pas une distinction entre les deux en anglais.

3. HCR, *Reception Standards for Asylum Seekers in the European Union* (Genève, juillet 2000).

4. *Convention relative à la détermination de l'État responsable de l'examen d'une demande d'asile présentée dans l'un des États membres des communautés européennes (Convention de Dublin)*, JO 1990 L254, 19 août 1997.

De plus en plus, la pratique des pays d'accueil est de mettre en place des centres de détention ou de rétention spécifiques, par exemple, en Allemagne, en Autriche, en Belgique, au Danemark, en Espagne, en France, en Grèce, aux Pays-Bas, en Suède, au Royaume-Uni et aux États-Unis ; ces structures peuvent être ouvertes, semi-ouvertes ou fermées. En raison de l'importance de la demande, beaucoup d'États utilisent également des prisons ordinaires pour les détentions en lien avec l'immigration ; dans ce cas, les demandeurs d'asile sont généralement soumis au même régime que les autres prisonniers et ne sont pas séparés des criminels ou autres délinquants.

La *Convention de 1951* instaure un système de droits et de responsabilités pour les réfugiés. Dans la plupart des cas, c'est seulement dans le cas où la demande de statut de réfugié d'une personne est examinée *avant* qu'elle ne soit affectée par l'exercice de la compétence de l'État (par exemple, par l'application de sanctions pour entrée « irrégulière »), que ce dernier peut être sûr de respecter ses obligations internationales. De la même manière, une décision sur le fond de la demande de statut de réfugié est généralement la seule manière de garantir que l'obligation de non-refoulement soit respectée, de même cette décision est essentielle pour garantir que des sanctions pénales ne sont pas appliquées à des réfugiés, en violation de l'article 31 de la *Convention de 1951*.

Le fait d'appliquer des sanctions pénales sans prendre en considération le fond de la demande d'asile d'une personne risque également de conduire à une violation par l'État de son obligation de garantir et de protéger les droits de l'Homme de toute personne se trouvant sur son territoire ou relevant de sa juridiction⁵.

Cette pratique constitue également un gaspillage des ressources de l'État et un exemple de mauvaise gestion. Lorsque la sanction appliquée est la détention, elle crée des frais importants pour l'État d'accueil et augmente inévitablement les délais dans les systèmes nationaux, tant au niveau de la détermination du statut de réfugié que des contrôles en matière d'immigration.

5. Cette obligation est énoncée à l'article 2 § 1 du *Pacte international relatif aux droits civils et politiques* de 1966 (*PIDCP*), Nations Unies, *Recueil des Traités*, vol. 999 n° 171 (« Les États parties...s'engagent à respecter et à garantir à tous les individus se trouvant sur leur territoire et relevant de leur compétence les droits reconnus dans le présent Pacte... »), à l'article 1 de la *Convention européenne de sauvegarde des Droits de l'Homme et des Libertés fondamentales* (*Convention européenne des Droits de l'Homme*), STE N° 5 (« Les ...Parties...reconnaissent à toute personne relevant de leur juridiction les droits et libertés définis au Titre 1 de la présente Convention ») et à l'article 1 de la *Convention américaine des Droits de l'Homme de 1969* ou « *Pacte de San José, Costa Rica* », Organisation des États américains (OEA) Série N° 35 (« Les Parties s'engagent à respecter les droits et libertés reconnus par la présente Convention et à garantir leur exercice libre et entier à toutes les personnes relevant de sa juridiction... »). Cette obligation est clairement liée à l'obligation correspondante d'offrir un recours à ceux dont les droits sont violés ou menacés de l'être (article 14 § 1 du *PIDCP* ; article 13 de la *Convention européenne des Droits de l'Homme* ; article 25 de la *Convention américaine des Droits de l'Homme*).

Néanmoins, les exigences croissantes en matière de contrôle des déplacements des personnes ont même conduit à ce que des réfugiés reconnus après une arrivée « non autorisée », se voient accorder moins de droits, contrairement aux termes de la *Convention de 1951* et du *Protocole de 1967*, tandis que, en d'autres endroits, des réfugiés et des demandeurs d'asile sont fréquemment condamnés à des amendes ou emprisonnés.

B. Problèmes soulevés et portée du document

En cette période d'incertitude, alors que les préoccupations sécuritaires figurent une fois de plus en priorité à l'ordre du jour et que de nombreux États semblent incapables de gérer réellement et efficacement leur système de détermination du statut de réfugié, il est nécessaire d'examiner et d'analyser de près les termes de l'article 31 de la *Convention de 1951*. Les parties II à V de ce chapitre analysent donc principalement les problématiques essentielles soulevées par, ou liées à, l'article 31 § 1 en accordant une attention particulière à la portée de la protection (« qui en bénéficie »), aux conditions pour en bénéficier (« arrivant directement », « sans délai », « raisons reconnues valables ») et à la nature précise de l'immunité (« sanctions »). Les parties VI et VII examinent l'article 31 § 2 en accordant une attention particulière aux restrictions à la liberté de circulation et à la question de la détention (à la fois de manière générale et à l'égard des mesures « nécessaires » qui peuvent être appliquées en vertu de cette disposition).

II. Article 31 : les origines du texte

La *Convention de Vienne sur le droit des traités* confirme le principe de droit international général selon lequel un traité « doit être interprété de bonne foi suivant le sens ordinaire à attribuer aux termes du traité dans leur contexte et à la lumière de son objet et de son but »⁶. Dans le cas de la *Convention de 1951*, l'interprétation doit se faire en référence à l'objet et au but d'étendre la protection de la communauté internationale aux réfugiés et de leur assurer « l'exercice le plus large possible des droits de l'Homme et des libertés fondamentales » comme énoncé au préambule. En outre, l'article 32 de la *Convention de Vienne* dispose :

Il peut être fait appel à des moyens complémentaires d'interprétation, et notamment aux travaux préparatoires et aux circonstances dans lesquelles le traité a été conclu, en vue, soit de confirmer le sens résultant de l'application de l'article 31, soit de déterminer le sens lorsque l'interprétation donnée conformément à l'article 31 :

(a) laisse le sens ambigu ou obscur ; ou (b) conduit à un résultat qui est manifestement absurde ou déraisonnable.

L'article 33 de la *Convention de Vienne* clarifie l'interprétation des traités authentifiés dans deux langues ou plus. Le dernier paragraphe de la *Convention de*

6. *Convention de Vienne sur le droit des traités*, UN doc. A/CONF.39/27, article 31 § 1 ; G. S. Goodwin-Gill, *The Refugee in International Law* (2^e édition, Clarendon Press, Oxford, 1996), pp. 366-368.

1951 dispose que les textes anglais et français font également foi. Au cas où les textes anglais et français feraient apparaître une différence de sens que l'application des articles 31 et 32 de la *Convention de Vienne* ne permet pas d'éliminer, l'article 33 § 4 prévoit que l'« on adoptera le sens qui, compte tenu de l'objet et du but du traité, concilie le mieux ces textes »⁷.

Comme cela est exposé plus loin, les travaux préparatoires confirment le « sens ordinaire » de l'article 31 § 1 de la *Convention de 1951* comme s'appliquant aux réfugiés qui entrent ou sont présents sur le territoire sans autorisation, qu'ils arrivent directement de leur pays d'origine ou de tout autre territoire où leur vie ou leur liberté était menacée, sous la réserve qu'ils exposent des raisons reconnues valables de leur entrée ou présence.

Dans la mesure où les références, dans l'article 31 § 1, aux réfugiés qui « arrivent directement » et exposent « des raisons reconnues valables » peuvent être ambiguës, les travaux préparatoires indiquent que ces termes ne visaient pas à refuser la protection aux personnes se trouvant dans des situations analogues. Au contraire, l'historique de la rédaction de l'article 31 § 1 montre clairement qu'on est seulement passé d'une disposition « ouverte » sur l'immunité (bénéficiant au réfugié qui se présente sans délai et expose des « raisons reconnues valables ») vers une disposition d'une portée légèrement plus limitée, faisant référence aux réfugiés « arrivant directement du territoire où leur vie ou leur liberté était menacée ». En outre, l'historique de la rédaction montre clairement que cette modification visait spécifiquement à répondre à une préoccupation particulière de la délégation française.

Le terme anglais « *penalties* » qui figure à l'article 31 § 1 n'a pas fait l'objet d'intenses discussions pendant les travaux préparatoires du traité. Il est parfois interprété comme ne visant que les « *criminal penalties* », en référence au terme français de « sanctions pénales ». La portée plus large du terme anglais « *penalties* » tient compte de l'objet et du but du traité ainsi que de l'interprétation de ce terme contenu dans d'autres traités en matière de droits de l'Homme⁸.

A. Le Comité spécial

Une proposition visant à exempter les réfugiés, entrant de manière irrégulière, de sanctions (« *penalties* » en anglais) a d'abord été intégrée dans le projet de convention rédigé par le Comité spécial de 1950 de l'apatridie et des problèmes connexes réuni à Lake Success, New York, en février 1950⁹. La partie pertinente de ce qui constituait alors le texte proposé pour l'article 24 disposait :

7. Voir *Convention de Vienne*, article 33 § 4.

8. Voir *infra* Partie II.C.

9. Belgique et États-Unis, « Texte proposé pour l'article 24 du projet de convention relative au statut des réfugiés », UN doc. E/AC.32/L.25, 2 février 1950 ; « Décisions du Comité spécial de l'apatridie et des problèmes connexes prises à la réunion du 2 février 1950 », UN doc. E/AC.32.L.26, 2 février 1950.

1. Les Hautes Parties contractantes s'engagent à ne pas appliquer de sanctions pénales [« *penalties* » en anglais], du fait de leur entrée ou de leur séjour irrégulier, aux réfugiés qui entrent ou se trouvent sur leur territoire sans autorisation préalable ou régulière, qui se présentent sans délai aux autorités et leur exposent les raisons reconnues valables de leur entrée irrégulière¹⁰.

Le texte a été précisé au cours des réunions postérieures pour devenir le projet d'article 26 :

1. Les États Contractants n'appliqueront pas de sanctions pénales [« *penalties* » en anglais], du fait de leur entrée ou de leur séjour irrégulier, aux réfugiés qui entrent ou se trouvent sur leur territoire sans autorisation, qui se présentent sans délai aux autorités et leur exposent des raisons reconnues valables de leur entrée ou présence irrégulière¹¹.

Le commentaire suivant a été fait à l'époque : « Le réfugié dont le départ du pays d'origine est généralement une évasion, est rarement en état de se conformer aux conditions requises pour pénétrer régulièrement (possession d'un passeport national et d'un visa national) dans le pays de refuge »¹².

Le Comité s'est réuni à nouveau en août 1950 (rebaptisé « Comité spécial pour les réfugiés et les apatrides »). Aucune modification n'a été apportée au texte bien que le Comité ait noté « que, dans certains pays, l'immunité de sanctions (« *penalties* » en anglais) du fait de l'entrée irrégulière s'étend également à ceux qui aident les réfugiés pour des raisons honorables »¹³. Au cours de cette réunion, l'Australie a demandé une clarification du terme « *penalties* » mais, hormis les propositions des représentants français et belge que le terme mentionné dans l'article se limite aux sanctions prononcées par les tribunaux, aucune clarification supplémentaire n'a été fournie¹⁴. Le projet de texte a ensuite été examiné par la Conférence de plénipotentiaires sur le statut des réfugiés et des apatrides qui s'est tenue à Genève en juillet 1951.

B. Discussions lors de la Conférence de 1951

Comme l'article 26 (futur article 31) « empiétait » sur les délicats domaines « de souveraineté » de l'admission et de l'asile, la France a été soucieuse, pendant la Conférence de Genève de 1951, de ne pas permettre à ceux qui avaient déjà « *trouvé asile...* de circuler impunément d'un pays à l'autre sans se soumettre aux formalités

10. « Décisions du Comité spécial de l'apatridie et des problèmes connexes prises à la réunion du 3 février 1950 », UN doc. E/AC.32.L.26, 3 février 1950.

11. « Projet de Convention relative au statut des réfugiés, Décisions du groupe de travail prises à la réunion du 9 février 1950 », UN doc. E/AC.32.L.32, 9 février 1950.

12. Projet de rapport du Comité spécial de l'apatridie et des problèmes connexes, « Proposition de projet de convention relative au statut des réfugiés », UN doc. E/AC.32.L.38, 15 février 1950, Annexe I (projet d'article 26) ; Annexe II (commentaires, p. 57).

13. « Projet de rapport du Comité spécial pour les réfugiés et les apatrides », UN doc. E/AC.32.L.43, 24 août 1950, p. 9 ; cf. législation suisse, *infra* section III.A.1.

14. « Compte-rendu analytique de la quarantième réunion du Comité spécial pour les réfugiés et les apatrides, Seconde session », UN doc. E/AC.32/SR.40, 27 septembre 1950, p. 5.

prévues pour le franchissement des frontières »¹⁵. Pour illustrer la position de son pays à ce sujet, le délégué français a cité le cas d'un « réfugié qui aurait trouvé asile en France et qui essaierait de passer clandestinement en Belgique. Il est évident que, dans ce cas, le Gouvernement belge ne pourrait tolérer cette entrée irrégulière car la vie et la liberté du réfugié ne seraient nullement menacées »¹⁶.

La question essentielle débattue entre la France et d'autres États participants, a été celle de savoir si l'exigence que les réfugiés montrent des « raisons reconnues valables » de leur entrée ou leur présence irrégulière était suffisante (argument soutenu par M. Hoare, représentant du Royaume-Uni) ou s'il fallait prévoir une formulation plus explicite, comme le suggérait le délégué français :

Il est souvent difficile de définir les raisons qui peuvent être reconnues valables pour justifier l'entrée ou la présence irrégulière d'un réfugié sur le territoire d'un État. Mais c'est en raison même de cette difficulté qu'il est nécessaire de préciser le texte du paragraphe 1 [...] Si l'on admet sans réserve qu'un réfugié établi provisoirement dans un pays d'accueil peut entrer dans un autre pays, c'est lui reconnaître un droit d'immigration qui peut être exercé pour des raisons de simple convenance personnelle¹⁷.

D'autres pays, cependant, ont admis que des réfugiés pouvaient avoir de bonnes raisons de quitter tout premier pays d'asile. Le Danemark a cité l'exemple d'un « réfugié hongrois vivant en Allemagne [qui pourrait], sans être réellement persécuté, se sentir obligé de chercher asile dans un autre pays » et, par la suite, celui d'un « réfugié polonais vivant en Tchécoslovaquie, dont la vie ou la liberté était menacée dans ce pays et qui a poursuivi sa route vers un autre ». Il a proposé que l'amendement soumis par la France (limitant le bénéfice de l'immunité à ceux arrivant directement de leur pays d'origine) soit remplacé par une référence à l'arrivée en provenance de tout territoire dans lequel la vie ou la liberté du réfugié était menacée¹⁸.

Au cours du débat, le Haut Commissaire des Nations Unies pour les Réfugiés, Dr Van Heuven Goedhart, a exprimé sa préoccupation au sujet du « transit nécessaire » et des difficultés auxquelles est confronté un réfugié arrivant dans un

15. « Conférence de plénipotentiaires sur le statut des réfugiés et des apatrides, Compte-rendu analytique », UN doc. A/CONF.2/SR.13, (M. Colemar, France).

16. « Conférence de plénipotentiaires sur le statut des réfugiés et des apatrides, Compte-rendu analytique », UN doc. A/CONF.2/SR.13, (M. Colemar, France).

17. « Conférence de plénipotentiaires sur le statut des réfugiés et des apatrides, Compte-rendu analytique », UN doc. A/CONF.2/SR.14, (M. Colemar, France).

18. « Conférence de plénipotentiaires sur le statut des réfugiés et des apatrides, Compte-rendu analytique », UN doc. A/CONF.2/SR.13, p. 15 ; UN doc. A/CONF.2/SR.35, p. 18. Les conventions telles que celles adoptées à Dublin (*supra* note 3) et à Schengen (Convention de Schengen de 1990 appliquant l'Accord de Schengen du 14 juin 1985 relatif à la suppression graduelle des contrôles aux frontières communes des États parties, 30 ILM 84 (1991)), ainsi que des nouveaux arrangements politiques et territoriaux voyant le jour en Europe soulèvent également des questions importantes concernant la portée territoriale et l'application de la *Convention de 1951* et du *Protocole de 1967*, y compris la place de l'article 31 dans une « Europe sans frontières intérieures » ; ces questions ne peuvent pas être traitées dans le présent document.

pays peu généreux. Il a rappelé qu'en 1944, il avait lui-même dû quitter les Pays-Bas où il était persécuté, qu'il s'était caché pendant cinq jours en Belgique et qu'ensuite, en raison des risques qu'il encourrait aussi dans ce pays, le mouvement de résistance l'avait aidé à aller en France, de là il était allé en Espagne et s'était finalement trouvé en sécurité à Gibraltar. Il serait très regrettable, avait-il ajouté, que des réfugiés se trouvant dans des circonstances analogues soient sanctionnés parce qu'ils n'ont pas gagné directement leur pays d'asile¹⁹.

Le représentant du Royaume-Uni, M. Hoare, a dit que le fait de fuir la persécution était en soi une raison reconnue valable de l'entrée irrégulière mais qu'il pouvait en exister d'autres. Le délégué français a suggéré que l'amendement soumis par la France soit modifié de façon à en exclure les réfugiés « n'ayant pu trouver un asile, même provisoire, dans un pays autre que celui dans lequel (...) leur vie ou leur liberté serait menacée ». Le représentant du Royaume-Uni s'y est opposé pour des raisons pratiques (cela ferait peser sur le réfugié la tâche impossible d'apporter une preuve négative) ; de même que le représentant belge pour des raisons de langue et de rédaction (cela reviendrait à exclure du bénéfice de cette disposition tout réfugié ayant réussi à trouver un asile de quelques jours dans n'importe quel pays par lequel il aurait transité)²⁰.

Bien que le projet d'article 26 § 1 ait été initialement adopté sur la base de l'amendement français, tel que modifié par la proposition belge, l'ensemble du texte a été à nouveau débattu le dernier jour de la Conférence. Le Haut Commissaire a repris l'objection soulevée par le Royaume-Uni, tandis que la préoccupation spécifique de la position française ressort de manière évidente du commentaire suivant de M. Rochefort :

Ce qui le préoccupait était que de nombreux réfugiés vivaient dans des pays voisins de la France. S'ils traversaient la frontière française alors que leur vie n'était pas en danger, le gouvernement français serait en droit de leur imposer des sanctions pénales et de les renvoyer à la frontière²¹.

Finalement, l'exigence que le réfugié ne bénéficie de l'immunité que s'il était capable de prouver qu'il n'avait pas été en mesure de trouver un asile, même temporaire, a été abandonnée en faveur de la formulation actuelle de l'article 31 § 1 :

Les États contractants n'appliqueront pas de sanctions pénales [*penalties* en anglais], du fait de leur entrée ou de leur séjour irrégulier, aux réfugiés qui, arrivant directement du territoire où leur vie ou leur liberté était menacée au sens prévu par l'article premier, entrent ou se trouvent sur leur territoire sans autorisation, sous la réserve qu'ils se présentent sans délai aux autorités et leur exposent des raisons reconnues valables de leur entrée ou présence irrégulière.

19. « Conférence de plénipotentiaires sur le statut des réfugiés et des apatrides, Compte-rendu analytique », UN doc. A/CONF.2/SR.14, p. 4.

20. « Conférence de plénipotentiaires sur le statut des réfugiés et des apatrides, Compte-rendu analytique », UN doc. A/CONF.2/SR.14, pp. 10-11 et 13.

21. « Conférence de plénipotentiaires sur le statut des réfugiés et des apatrides, Compte-rendu analytique », UN doc. A/CONF.2/SR.35 (M. Rochefort, France).

L'article 31 inclut donc les menaces à la vie ou à la liberté comme raisons possibles d'entrée ou de présence irrégulière, s'abstient expressément de lier ces menaces au pays d'origine du réfugié et reconnaît que les réfugiés peuvent avoir des « raisons reconnues valables » d'entrer irrégulièrement, autres que la persécution dans leur pays d'origine.

C. La signification des termes de l'article 31 : considérations préliminaires

Le bénéfice de l'immunité de sanctions pour entrée irrégulière s'étend aux *réfugiés* « arrivant directement du territoire où leur vie ou leur liberté était menacée [...] sous la réserve qu'ils se présentent sans délai [...] et exposent des raisons reconnues valables de leur entrée ou présence irrégulière ».

Bien que mentionnant le terme « réfugié », cette disposition serait dénuée de tout effet si elle ne couvrait pas également, au moins pendant un certain temps, les demandeurs d'asile ou, selon les termes de la Cour dans l'affaire *Adimi*²², les « réfugiés présumés ». Cette interprétation nécessaire, qui tient également compte du caractère déclaratoire du statut de réfugié²³, a des implications évidentes non seulement sur la question générale de l'immunité, mais aussi concernant le moment où les procédures peuvent être engagées ou les sanctions appliquées. Pour que l'article 31 s'applique de manière effective, il est nécessaire de prendre des mesures législatives ou administratives claires pour garantir que des procédures ne sont pas engagées ou, dans les pays où elles existent, qu'aucune sanction n'est de fait appliquée aux cas relevant de l'article 31 § 1. Comme indiqué plus loin, de nombreux États n'adoptent pas les mesures législatives ou administratives adéquates pour garantir que l'application des mesures d'exécution soit retardée ou reportée.

Les réfugiés ne sont pas obligés d'être venus « directement » de leur pays d'origine. D'après l'intention qui se reflète dans la pratique de certains États, il semble que, pour que l'article 31 § 1 s'applique, les autres pays ou territoires traversés doivent également avoir représenté une menace réelle ou potentielle pour la vie ou la liberté, ou que la poursuite de la fuite ait pu être dictée par le refus de ces autres pays d'accorder une protection ou un asile, ou par l'application de dispositions restrictives telles que le concept de pays tiers sûr, de pays d'origine sûr ou de limites temporelles. Le critère des « raisons reconnues valables » pour l'entrée irrégulière

22. Voir *infra* Partie III.B.1.

23. Voir le *Guide des procédures et critères à appliquer pour déterminer le statut de réfugié*, HCR (Genève, 1979), paragraphe 28 :

Une personne est un réfugié, au sens de la Convention de 1951, dès qu'elle satisfait aux critères énoncés dans la définition. Cette situation est nécessairement réalisée avant que le statut de réfugié ne soit formellement reconnu à l'intéressé. Par conséquent, la détermination du statut de réfugié n'a pas pour effet de conférer la qualité de réfugié ; elle constate l'existence de cette qualité. Une personne ne devient pas réfugié parce qu'elle est reconnue comme telle, mais elle est reconnue comme telle parce qu'elle est réfugié.

est suffisamment souple pour permettre de prendre en considération les aspects propres à chaque cas d'espèce.

Le terme « *penalties* » n'est pas défini dans l'article 31 et la question qui se pose est celle de savoir si le terme utilisé dans ce contexte ne doit comprendre que les sanctions pénales ou s'il doit également inclure les sanctions administratives (par exemple, la détention administrative). Certains estiment que les rédacteurs semblent avoir eu à l'esprit les mesures telles que les poursuites judiciaires, les amendes et les peines de prison, fondant cette interprétation restrictive sur la version française de l'article 31 § 1 qui fait référence à des « sanctions pénales », et sur la jurisprudence²⁴.

En revanche, la version anglaise n'utilise que le terme « *penalties* », ce qui permet une interprétation plus large. Comme mentionné au début de cette partie, lorsque les textes anglais et français font apparaître une différence de sens que l'application des articles 31 et 32 de la *Convention de Vienne* ne permet pas d'éliminer, il faut adopter le sens qui concilie le mieux ces textes compte tenu de l'objet et du but du traité. Pour trouver l'interprétation la plus appropriée, les délibérations du Comité des droits de l'Homme ou les opinions des spécialistes relatives à l'interprétation du terme anglais « *penalty* » figurant à l'article 15 § 1 du *PIDCP* peuvent également être utiles. Dans une affaire concernant le Canada, le Comité des droits de l'Homme constate,

que son interprétation et son application du *Pacte international relatif aux droits civils et politiques* doivent se fonder sur le principe que les termes et les concepts du Pacte sont indépendants de toute législation ou tout système national et de toute définition tirée du dictionnaire. Bien que les termes du Pacte trouvent leur origine dans de longues traditions au sein de nombreuses nations, le Comité doit désormais les considérer comme ayant acquis une signification propre. Les parties ont soumis des contributions importantes, en particulier concernant la signification du terme anglais « *penalty* » et concernant le droit et la pratique applicables au Canada. Le Comité prend en compte leur pertinence pour les éclaircissements qu'elles apportent sur la nature de la question controversée. D'un autre côté, la signification du terme « *penalty* » en droit canadien n'est pas, en tant que telle, décisive. La question de savoir si le terme « *penalty* » énoncé à l'article 15 § 1 doit être interprété de manière restrictive ou large et s'il s'applique à différents types de peines, « pénales » et « administratives », selon le Pacte, doit dépendre d'autres facteurs. Outre le texte de l'article 15 § 1, il faut notamment prendre en considération, son but et son objet²⁵.

Dans son commentaire sur le *PIDCP*, Nowak fait référence au terme « infraction pénale » figurant à l'article 14 du *PIDCP*²⁶. Il affirme que « toute sanction

24. Voir, p. ex., l'affaire *R. v. Secretary of State for the Home Department, ex parte Makoyi*, English High Court (Queen's Bench Division), N° CO/2372/91, 21 novembre 1991 (ne figurant pas dans les recueils), dans laquelle il est écrit qu'une « sanction, dans ce contexte, semblerait viser une sanction pénale [...] Le terme « sanction » prévu à l'article 31 n'est pas en mesure de couvrir la détention telle qu'elle existe dans la situation présente » (traduction libre).

25. *Van Duzen c. Canada*, Communication N° 50/1979, UN doc. CCPR/C/15/D/50/1979, 7 avril 1982, paragraphe 10.2 (traduction libre).

ayant un caractère non seulement préventif mais également punitif et/ou dissuasif doit (...) être qualifiée de « *penalty* » quelle que soit sa sévérité ou sa qualification formelle par le droit ou l'instance qui l'inflige »²⁷.

En tenant compte de l'approche décrite ci-dessus, l'article 31 § 1 de la *Convention de 1951*, en particulier le terme anglais « *penalty* », pourrait être interprété de la manière suivante : le but et l'objet de la protection prévue à l'article 31 § 1 de la *Convention de 1951* est d'éviter la pénalisation du fait de l'entrée ou de la présence irrégulière. Il ne faut pas être trop formel ou trop restrictif dans la définition de ce terme car la protection fondamentale recherchée risquerait sinon d'être bafouée et les droits du réfugié retirés de manière discrétionnaire.

Compte tenu de la pratique croissante de certains pays consistant à établir des centres de détention ou de rétention pour les personnes considérées comme s'étant déplacées de manière « irrégulière »²⁸, la question de savoir si ces pratiques équivalent à une « sanction pénale » (« *penalty* » en anglais) mérite d'être étudiée, en tenant compte à la fois des discussions relatives à la notion de « détention » au moment où cette disposition a été rédigée et des termes de l'article 31 § 2. Dans ce contexte, il est important de rappeler qu'il est toujours possible que certains réfugiés aient une raison valable de poursuivre leur route sans documents si, par exemple, ils sont exposés à des menaces ou à l'insécurité dans le premier pays d'asile. Lorsque l'article 31 s'applique, la détention illimitée de ces personnes peut constituer une restriction qui n'est pas nécessaire, en violation de l'article 31 § 2. Le procès-verbal de la Conférence indique, qu'hormis une détention de quelques jours pour enquête²⁹, une détention plus longue ne serait nécessaire que dans les cas de menaces à la sécurité ou d'afflux massif ou soudain. Ainsi, bien que les « sanctions pénales » (« *penalties* » en anglais) n'excluent pas nécessairement une expulsion ultérieure, la détention prolongée d'un réfugié fuyant directement la persécution dans son pays d'origine, ou d'un réfugié ayant des raisons reconnues valables de quitter un autre territoire où sa vie ou sa liberté était menacée, doit être justifiée en vertu de l'article 31 § 2 ou, exceptionnellement, sur le fondement de mesures provisoires pour des raisons de sécurité nationale en vertu de l'article 9. Même lorsque l'article 31 ne s'applique pas, les principes généraux du droit posent certaines limites en termes de durée et de conditions de

26. Pour une analyse plus approfondie de la signification du terme « *penalty* », voir T. Opsahl et A. de Zayas, « The Uncertain Scope of Article 15 (1) of the International Covenant on Civil and Political Rights », *Canadian Human Rights Yearbook*, 1983, p. 237.

27. M. Nowak, *UN Covenant on Civil and Political Rights – CCPR Commentary* (Engel Verlag, Kehl am Rhein, Strasbourg, Arlington, 1993), p. 278 (traduction libre).

28. Voir Comité exécutif, Conclusion N° 58 (XL) 1989 et *infra* Partie III.E.

29. Sur la détention pour « quelques jours » pour vérifier l'identité, etc., voir d'une manière générale UN docs. A/CONF.2/SR.13, pp. 13-15, SR.14, pp. 4 et 10-11 et SR.35, pp. 11-13, 15-16 et 19.

détention³⁰. En résumé, tandis que la détention administrative est autorisée en vertu de l'article 31 § 2, elle équivaut à une sanction pénale, au sens du droit international, dès lors que les garanties fondamentales font défaut (contrôle, durée excessive, etc.). Dans ce contexte, la distinction entre sanctions pénales et sanctions administratives perd toute sa pertinence. Il faut aller au-delà de la notion de sanction pénale et examiner si la mesure est raisonnable et nécessaire ou si elle est arbitraire, discriminatoire ou contraire aux droits de l'Homme.

Lors de la *Conférence de 1951*, plusieurs représentants ont estimé que l'engagement de ne pas appliquer de sanctions pénales (« *penalties* » en anglais) n'excluait pas la possibilité de recourir ultérieurement à l'expulsion³¹ bien qu'en pratique ce pouvoir soit clairement limité par le principe du non-refoulement. L'article 31 n'impose pas que les réfugiés soient autorisés à rester indéfiniment et l'alinéa 2 énonce clairement que les États peuvent appliquer des restrictions « nécessaires » aux déplacements des réfugiés, par exemple dans des circonstances particulières comme un afflux massif. Ces mesures peuvent également relever de l'article 9 relatif à des situations de guerre ou d'autres circonstances graves et exceptionnelles et constituent une exception à la liberté de circulation énoncée à l'article 26. Dans ces cas, conformément aux principes généraux d'interprétation, les restrictions doivent être interprétées de manière restrictive. Dans le cas d'un réfugié, ces restrictions doivent être appliquées, seulement en attendant que son statut dans le pays d'accueil ait été régularisé, ou qu'il ait réussi à se faire admettre dans un autre pays.

D'autres questions d'ordre plus général relatives à la détention sont examinées plus en détails dans la Partie VI ci-dessous.

La signification de « l'entrée ou la présence irrégulière » n'a, d'une manière générale, pas soulevé de difficultés particulières d'interprétation. L'« entrée irrégulière » inclut le fait d'arriver ou d'organiser son entrée au moyen de faux documents ou de documents falsifiés ou par d'autres moyens frauduleux, d'entrer clandestinement (par exemple, comme passager clandestin) ou d'avoir recours à des trafiquants ou des passeurs pour entrer sur le territoire d'un État. La façon précise dont le réfugié ou le demandeur d'asile est entré peut néanmoins avoir certaines conséquences pratiques pour lui. La « présence irrégulière » comprend le fait d'arriver légalement et de rester, par exemple, au-delà d'une courte période de séjour autorisée.

30. Voir, par exemple, l'article 32 de la *Convention de 1951* qui limite les cas où les réfugiés, se trouvant régulièrement sur le territoire d'un État, peuvent être expulsés pour des raisons de sécurité nationale ou d'ordre public. L'expulsion nécessite une décision rendue conformément à la procédure prévue par la loi et le droit de présenter un recours. Aujourd'hui, un procès équitable inclut, au minimum, le fait de connaître les charges portées contre soi, la possibilité d'être entendu et un droit de recours ou de révision. En outre, les réfugiés soumis à une décision d'expulsion doivent se voir accorder un délai raisonnable pour leur permettre de chercher à se faire admettre régulièrement dans un autre pays, bien que, pendant ce délai, les États puissent appliquer « telle mesure d'ordre interne qu'ils jugeront opportune ».

31. UN doc. A/CONF.2/SR.13, pp. 12-14 (Canada, Royaume-Uni) ; voir l'article 5 de la *Convention de Caracas de 1954 sur l'asile territorial*, OAS, Treaty Series N° 19.

La notion de « raisons reconnues valables » n'a pas non plus suscité de difficultés. Le fait d'être un réfugié avec une crainte fondée de persécution est généralement accepté comme une raison suffisante ; ce critère est également considéré comme pertinent pour évaluer la validité de la raison pour laquelle un réfugié ou un demandeur d'asile peut choisir de poursuivre sa route au-delà du premier pays de refuge ou de transit.

III. Transposition du principe en droit interne

Le principe d'immunité de sanctions pour les réfugiés entrant ou présents sans autorisation est confirmé par la législation nationale et la jurisprudence de nombreux États parties à la *Convention de 1951* ou au *Protocole de 1967* ainsi que par la jurisprudence de la Cour européenne des Droits de l'Homme et par la pratique des États dans leur ensemble.

A. Législation nationale

Des exemples de législation relative à ce sujet adoptée dans divers pays suivent³².

1. La Suisse

La législation suisse est particulièrement marquante sur ce sujet car elle étend l'immunité de sanctions à ceux qui aident les réfugiés à entrer de manière irrégulière. L'article 23 § 3 de la loi fédérale sur le séjour et l'établissement des étrangers dispose :

Celui qui se réfugie en Suisse n'est pas punissable si le genre et la gravité des poursuites auxquelles il est exposé justifient le passage illégal de la frontière ; celui qui lui prête assistance n'est également pas punissable si ses mobiles sont honorables³³.

2. Le Royaume-Uni

L'approche du Royaume-Uni, adoptée après la décision *Adimi*³⁴, est plus restrictive. L'article 31 de la loi de 1999 sur l'immigration et l'asile dispose :

1) Représente un moyen de défense pour un réfugié accusé d'avoir commis une infraction relevant de cet article [concernant, entre autres, le recours à des moyens frauduleux pour entrer,

32. La législation citée ci-dessous provient des sources originales et/ou est publiée (en traduction si nécessaire) dans le CD-Rom du HCR/Centre de Documentation et de Recherche, *Refworld* (8^e édition, juillet 1999). Pour plus de détails, voir l'annexe 3.1.

33. Loi fédérale du 26 mars 1931 sur le séjour et l'établissement des étrangers. Nouvelle formulation au chapitre I de la loi fédérale du 9 octobre 1987, en vigueur depuis le 1^{er} mars 1988 (RO 1988 332 333 : FF 1986 III 233) ; Voir les évolutions concernant l'emploi de passeurs, texte *infra* note 61.

34. Voir *infra* Partie III.B.1.

l'aide à l'entrée illégale), le fait de montrer qu'arrivant directement au Royaume-Uni d'un pays où sa vie ou sa liberté était menacée (au sens prévu par la Convention sur les réfugiés), il :

- a) s'est présenté sans délai aux autorités du Royaume-Uni ;
- b) a exposé des raisons reconnues valables de son entrée ou présence irrégulière ; et
- c) a déposé une demande d'asile dès que cela était raisonnablement faisable après son arrivée au Royaume-Uni.

2) Si, en venant du pays où sa vie ou sa liberté était menacée, le réfugié s'est arrêté dans un pays autre que le Royaume-Uni, l'alinéa 1 ne s'applique que s'il démontre qu'il ne pouvait raisonnablement pas espérer se voir accorder une protection en vertu de la Convention sur les réfugiés dans cet autre pays.

[...]

5) Un réfugié ayant déposé une demande d'asile ne peut bénéficier du moyen de défense énoncé à l'alinéa 1 concernant toute infraction commise après le dépôt de sa demande.

6) Le terme « réfugié » revêt le même sens qu'aux fins de la Convention sur les réfugiés.

7) Si le Secrétaire d'État a refusé d'accorder l'asile à une personne qui prétend bénéficier du moyen de défense prévu à l'alinéa 1), cette personne doit être considérée comme n'étant pas réfugié à moins qu'elle ne démontre qu'elle l'est [...]

[Traduction libre]

3. Les États-Unis

La loi américaine est également claire. Un réfugié remplissant les conditions énoncées à l'article 31 § 1 de la *Convention de 1951* ne doit pas être accusé pour l'usage de faux documents commis lors de son entrée :

j) Absence de charges pour usage de faux documents commis par les réfugiés lors de leur entrée. Le Service [d'Immigration et de Naturalisation] ne doit pas émettre d'Avis d'intention d'amende pour les actes d'usage de faux documents commis par un étranger, suite à son départ direct d'un pays où il avait une crainte fondée de persécution ou dans lequel il existait un risque important qu'il soit renvoyé vers un pays où il aurait une crainte fondée de persécution, sous réserve qu'il se présente sans délai à un agent du Service d'immigration et de naturalisation (INS) et qu'il expose des raisons reconnues valables de son entrée ou de sa présence irrégulière [...]³⁵

[Traduction libre]

4. Le Belize

La loi de 1991 sur les réfugiés dispose que les réfugiés ne doivent pas être sanctionnés pour leur entrée irrégulière. L'article 10 § 1 de la loi dispose :

Nonobstant les dispositions de la loi sur l'immigration, une personne ou tout membre de sa famille doit être considérée comme n'ayant pas commis d'infraction d'entrée irrégulière au sens de cette loi ou de tout règlement d'application : a) si cette personne dépose une demande de reconnaissance du statut de réfugié en vertu de l'article 8, jusqu'à ce qu'une décision soit

35. 8 Code de la réglementation fédérale (CFR), partie 270, Sanctions pour usage de faux documents, article 270.2, Procédures d'application, 8 USC 1101, 1103 et 1324c.

prise sur sa demande et, le cas échéant, si cette personne a eu l'opportunité d'exercer le droit de recours prévu par cet article, ou b) si cette personne a obtenu le statut de réfugié.

[Traduction libre]

5. La Finlande

Comme la Suisse, la législation finlandaise tient compte des motivations de l'auteur et des conditions de sécurité de la personne dans son pays d'origine ou dans son pays de résidence habituelle lorsqu'il s'agit de déterminer si l'entrée irrégulière organisée doit être sanctionnée. La loi de 1991 sur les étrangers prévoit :

Quiconque, dans le but d'obtenir un bénéfice financier pour lui-même ou pour autrui, 1) fait entrer ou tente de faire entrer un étranger en Finlande, en sachant que l'intéressé n'a ni passeport, ni visa, ni permis de résidence requis pour entrer, 2) organise ou fournit un moyen de transport vers la Finlande pour l'étranger mentionné à l'alinéa précédent ou 3) remet à autrui un passeport, un visa ou un permis de résidence faux ou falsifié à utiliser au moment de l'entrée, se verra infliger une peine d'amende ou de prison d'une durée maximale de deux ans pour aide à l'entrée irrégulière. L'accusation d'aide à l'entrée irrégulière ne doit pas être portée ou la peine ne doit pas être appliquée si l'acte peut être pardonnable ; il convient d'accorder une attention particulière aux motivations de l'auteur et aux conditions de sécurité de l'étranger dans son pays d'origine ou dans son pays de résidence habituelle³⁶.

[Traduction libre]

6. Le Ghana

La loi de 1992 sur les réfugiés (PNDCL 3305D) contient une disposition spécifique qui exempte les réfugiés de sanctions en cas d'entrée ou de présence irrégulière. L'article 2 de la loi dispose :

Nonobstant les dispositions de la loi de 1953 sur les étrangers (Loi 160) mais sous réserve des dispositions de la présente loi, une personne qui prétend être réfugiée au sens de cette loi, qui est entrée ou présente de manière irrégulière au Ghana, ne doit pas : a) être considérée comme un immigrant illégal ; b) être détenue, ou c) être emprisonnée ou se voir infliger un autre type de peine pour la simple raison qu'elle est entrée ou est présente de manière irrégulière, en attendant l'issue de la procédure de détermination de sa demande de statut de réfugié.

[Traduction libre]

7. Le Lesotho

La loi de 1983 sur les réfugiés fournit un autre exemple de législation nationale où les réfugiés ne sont pas sanctionnés du fait de leur entrée ou de leur présence irrégulière. L'article 9 de la loi dispose :

1) Sous réserve de l'article 7, et nonobstant les dispositions de la loi de 1966 sur le contrôle des étrangers, une personne qui prétend être réfugiée au sens de l'article 3 § 1, qui est entrée ou présente de manière irrégulière au Lesotho, ne doit pas : a) être considérée comme un immi-

36. Voir la loi modifiée du 22 février 1991 sur les étrangers (378/91), article 64b (28.6.1993/639) Aide à l'entrée irrégulière.

grant illégal ; b) être détenue, ou c) être emprisonnée ou se voir infliger un autre type de peine, pour la seule raison qu'elle est entrée ou est présente de manière irrégulière, en attendant l'issue de la procédure de détermination de sa demande de reconnaissance du statut de réfugié prévue à l'article 7.

2) Une personne relevant de l'alinéa 1) doit se présenter à l'agent de l'immigration ou à tout autre agent compétent le plus proche dans un délai de 14 jours à compter de sa date d'entrée et peut déposer une demande de reconnaissance du statut de réfugié ; lorsqu'une personne séjourne de manière irrégulière dans le pays en raison de l'expiration de son visa, elle ne doit pas se voir refuser la possibilité de déposer une demande de reconnaissance du statut de réfugié pour la seule raison qu'elle séjourne de manière irrégulière.

3) Lorsqu'une personne relevant de cet article, a) manque à son obligation de se présenter à l'agent compétent le plus proche conformément à l'alinéa 2), et b) est par la suite reconnue réfugiée, sa présence au Lesotho est considérée comme régulière, à moins que des raisons justifient son expulsion conformément à l'article 12.

4) Lorsqu'une demande déposée selon l'alinéa 2) est rejetée, le requérant doit se voir accorder un délai raisonnable pour chercher à se faire admettre légalement dans un autre pays³⁷.

[Traduction libre]

8. Le Malawi

La loi de 1989 sur les réfugiés exempte le réfugié de sanctions du fait de son entrée ou présence irrégulière à condition qu'il se présente dans un délai de 24 heures à compter de son arrivée ou dans un délai plus long considéré comme acceptable par le fonctionnaire compétent compte tenu de la situation. L'article 10 § 4 de la loi dispose :

Une personne entrée de manière irrégulière au Malawi dans le but de demander l'asile en tant que réfugié doit se présenter au fonctionnaire compétent dans un délai de 24 heures à compter de son arrivée ou dans un délai plus long considéré comme acceptable par ce dernier compte tenu de la situation ; et cette personne ne doit pas être détenue, emprisonnée ou considérée comme un immigrant illégal ou sanctionnée d'une autre manière pour la seule raison qu'elle est entrée ou est présente au Malawi de façon irrégulière à moins, et jusqu'à ce, que le Comité ait examiné et pris une décision relative à sa demande de reconnaissance du statut de réfugié.

[Traduction libre]

9. Le Mozambique

L'article 11 de la loi de 1991 sur les réfugiés dispose que les mesures pénales ou administratives relatives à l'entrée irrégulière doivent être suspendues immédiatement après le dépôt d'une demande de reconnaissance du statut de réfugié :

1. Lorsqu'une infraction pénale ou administrative directement liée à l'entrée irrégulière en République de Mozambique a été commise par le demandeur et les membres de sa famille et a donné lieu à des mesures pénales ou administratives, ces mesures doivent être suspendues immédiatement après le dépôt de la requête.

37. Lesotho, Loi de 1983 sur les réfugiés, Gazette No 58, Supplément No 6, 9 décembre 1983.

2. Si la décision est favorable à l'octroi de l'asile, la mesure suspendue doit être classée, sous réserve que l'infraction ou les infractions commises aient été motivées par les mêmes faits que ceux qui ont justifié l'octroi de l'asile³⁸.

[Traduction libre]

B. Jurisprudence nationale

Le principe d'immunité de sanctions et le statut protecteur du réfugié et du demandeur d'asile ont été confirmés par de nombreuses décisions rendues par des tribunaux nationaux³⁹.

Par exemple, dans l'affaire *Alimas Khaboka c. Secretary of State for the Home Department*⁴⁰, la Cour d'appel d'Angleterre, tout en se prononçant en faveur du Secrétaire d'État concernant l'éloignement du requérant vers la France, a considéré que le terme « réfugié » incluait le demandeur d'asile dont la demande est en cours et qui est soumis aux restrictions prévues à l'article 31 de la *Convention de 1951*.

Dans l'affaire *R. c. Uxbridge Magistrates' Court and Another, ex parte Adimi*⁴¹, la Divisional Court du Royaume-Uni a estimé « que l'article 31 ne s'applique pas seulement à ceux qui se voient finalement accorder le statut de réfugié mais également aux demandeurs d'asile dont la bonne foi (les réfugiés présumés) ne fait aucun doute. Il n'est pas non plus contesté que la protection de l'article 31 peut s'étendre tant aux personnes utilisant de faux documents qu'à celles (comme les réfugiés des périodes antérieures) qui pénètrent sur le territoire de manière clandestine ».

La Cour régionale supérieure (*Landesgericht*) de Münster⁴², en République fédérale d'Allemagne, a considéré qu'un demandeur d'asile entré de manière irrégulière et s'étant présenté aux autorités une semaine après son arrivée, après avoir cherché des conseils sur la procédure d'asile, ne devait pas être sanctionné pour entrée irrégulière. Le tribunal a fait remarquer qu'il n'existait pas de limite générale dans le temps pour déterminer ce que signifiait « sans délai » et que cela devait être examiné au cas par cas.

La *Oberlandesgericht* (Cour suprême régionale) de Celle⁴³ et le *Landesgericht* (tribunal régional) de Münster⁴⁴, entre autres juridictions, ont estimé que les réfugiés pouvaient demander à être exemptés de sanctions pour entrée irrégulière,

38. Mozambique, Loi No 21/91 du 31 décembre 1991 (Loi sur les réfugiés).

39. Les décisions citées ci-dessous comprennent de nombreuses décisions figurant dans le CD-Rom du HCR/Centre de Documentation et de Recherche, *Refworld* (8^e édition, juillet 1999).

40. [1993] Imm AR 484.

41. [1999] Imm AR 560 (traduction libre). Un exposé plus complet de cette affaire figure *infra* Partie III.B.1.

42. Nos. 39 Js 688/86 (108/88), LG Münster, 20 décembre 1988. L'appel interjeté par le procureur de la République a été rejeté le 3 mai 1989 par la *Oberlandesgericht* de Hamm.

43. Décision du 13 janvier 1987 (1 Ss 545/86), NvwZ 1987, 533 (ZaöRV) 48 [1988], 741.

44. Voir *supra* note 41.

même s'ils avaient traversé un pays tiers en se dirigeant vers l'Allemagne en provenance de l'État de persécution.

Le 14 janvier 2000, la *Oberste Landesgericht* (Cour suprême régionale) de Bavière a considéré que l'article 31 de la *Convention de 1951* ne s'appliquait pas lorsque le demandeur d'asile avait bénéficié de l'aide d'un passeur (*Schleuser*)⁴⁵. Cette interprétation n'est confortée ni par les termes de l'article 31, ni par les travaux préparatoires⁴⁶, ni par la pratique des États⁴⁷. Outre le fait qu'elle viole directement l'article 31 de la *Convention de 1951*, cette interprétation est également contraire à la lettre et à l'esprit de l'article 5 du Protocole *contre le trafic illicite de migrants par terre, air et mer*⁴⁸ selon lequel « les migrants ne deviennent pas passibles de poursuites pénales en vertu du présent Protocole du fait qu'ils ont été l'objet de [trafic illicite] ».

Dans l'affaire *Shimon Akram and Others*, le Tribunal de première instance (affaires pénales) de Mytilini, en Grèce⁴⁹ a innocenté les accusés, qui étaient des citoyens irakiens de confession catholique, du délit d'entrée irrégulière. Faisant, entre autres, référence à l'article 31 de la *Convention de 1951*, le tribunal a conclu que le statut de réfugié s'opposait à l'imposition de sanctions pour entrée irrégulière⁵⁰ à des demandeurs d'asile.

La Cour fédérale suisse⁵¹ confirme les interprétations susmentionnées, en particulier sur le fait que « les raisons reconnues valables » ne concernent pas tant le fait d'être en danger dans un pays donné que l'illégalité de l'entrée. La Cour a considéré, en particulier, que l'article 31 § 1 de la *Convention de 1951* s'applique y compris lorsqu'un demandeur d'asile a eu la possibilité de déposer une demande d'asile à la frontière mais ne l'a pas fait par crainte de ne pas être autorisé à entrer. L'affaire concernait l'entrée irrégulière en Suisse d'un réfugié afghan venant d'Italie muni d'un faux passeport de Singapour. La Cour fédérale a déclaré :

Un réfugié a une raison valable d'entrer irrégulièrement, en particulier quand il a un motif sérieux de craindre que, en cas de demande d'asile à la frontière suisse selon les règles, il ne serait pas autorisé à entrer en Suisse parce que les conditions énoncées à l'article 13c de la loi sur l'asile et à l'article 4 de la loi sur la procédure d'asile ne sont pas remplies. Les raisons sont

45. Décision No. 230/99, *Bayerisches Oberstes Landesgericht*, 14 janvier 2000. Selon la représentation du HCR en Allemagne, le ministère fédéral de la justice estime que le recours à un passeur a fait peser un doute sur la question de savoir si le demandeur d'asile pouvait être considéré comme arrivant « directement » de l'État dans lequel il craignait d'être persécuté.

46. Voir Partie IIA-II.C.

47. Voir Partie III.D.

48. *Protocole contre le trafic illicite de migrants par terre, air et mer, additionnel à la Convention des Nations Unies contre la criminalité transnationale organisée*, UN doc. A/55/383, novembre 2000.

49. *Shimon Akram and Others*, No. 585/1993, Tribunal de première instance (affaires pénales) de Mytilini (*Aftofooro Trimeles Plimeliodikio Myttilinis*), 1993.

50. Voir aussi Décision No. 233/1993 d'un autre tribunal grec, le Tribunal de première instance (affaires pénales) de Chios (*Aftofooro Trimeles Plimeliodikio Chiou*).

51. Cour de cassation fédérale (*Bundesgericht, Kassationshof*), jugement du 17 mars 1999, *Asyl* 2/99, 21-3.

donc reconnues valables pour l'étranger qui, s'il est considéré comme un réfugié, entre en Suisse irrégulièrement avec cette appréhension fondée, afin de pouvoir déposer une demande d'asile sur le territoire⁵².

1. La décision Adimi

La décision de la *Divisional Court* du Royaume-Uni dans l'affaire *R. c. Uxbridge Magistrates' Court and Another, ex parte Adimi*⁵³ offre une des analyses les plus approfondies de la portée de l'article 31 et de la protection impliquée par cet article. Le juge Simon Brown a fait remarquer que l'article 31 n'avait en rien perdu de son utilité depuis sa rédaction : « L'effet combiné des exigences de visa et de la responsabilité des transporteurs a fait qu'il est presque impossible pour les réfugiés de se rendre vers les pays de refuge sans faux documents ». La question était de savoir quand cet article devait s'appliquer. Le juge Simon Brown a considéré qu'en gros le but visé était « d'accorder une immunité aux réfugiés authentiques dont la demande d'asile les a menés de façon raisonnable à violer la loi », ajoutant qu'il s'appliquait tant aux réfugiés qu'aux « réfugiés présumés », et autant à ceux utilisant de faux documents qu'à ceux entrant clandestinement.

La Cour a examiné les trois conditions requises, en tenant d'abord compte de l'argument du gouvernement selon lequel l'article 31 n'offre pas au réfugié le choix du lieu où il pourrait demander l'asile et que seules des « considérations de sécurité permanente » justifieraient l'impunité si le réfugié poursuit sa route. Le juge Simon Brown a rejeté cet argument et s'est prononcé en faveur d'un « certain degré de choix » :

Une simple étape de courte durée en route vers le lieu d'asile visé ne peut pas faire échec à la protection prévue par l'article et (...) les principaux critères pour juger de l'exclusion de la protection sont la longueur du séjour dans le pays intermédiaire, les raisons de s'y être attardé (même une durée de séjour importante dans un pays tiers non sûr serait considéré comme raisonnable si ce séjour a servi à trouver les moyens de poursuivre la route) et la question de savoir si le réfugié a cherché ou a trouvé là-bas une protection en droit ou en fait contre la persécution qu'il fuyait.

Le juge Newman a également considéré que, compte tenu des « réponses distinctes et divergentes des États aux demandes d'asile », il existait un « fondement rationnel au fait de choisir le lieu où demander l'asile ». Sur ce point, la Cour s'est également appuyée sur les *Principes directeurs du HCR sur la détention*⁵⁴, comme elle

52. (traduction libre). Le texte original est le suivant :

Triftige Gründe für die illegale Einreise hat ein Flüchtling namentlich dann, wenn er ernsthaft befürchten muss, dass er im Falle der ordnungsgemässen Einreichung eines Asylgesuchs an der Schweizer Grenze keine Bewilligung zur Einreise in die Schweiz erhält, weil die in Art. 13c AsylG und Art 4 AsylV 1 genannten Voraussetzungen nicht erfüllt sind. Dem Ausländer, der in dieser begründeten Sorge illegal in die Schweiz einreist, um sein Asylgesuch im Inland...einreichen zu können, sind, wenn er als Flüchtling zu betrachten ist, triftige Gründe zuzubilligen.

53. Voir *supra* note 40 (traduction libre).

54. HCR, *Principes directeurs révisés sur la détention des demandeurs d'asile*, février 1999.

l'a fait pour examiner la signification de l'impératif pour le réfugié de se présenter [aux autorités] sans délai. Le juge suprême Simon Brown a de nouveau rejeté l'argument du gouvernement selon lequel un certain « acte volontaire de disculpation » était requis de la part du demandeur d'asile, comme le fait de demander l'asile dès son arrivée. Selon le juge suprême, il suffisait que le requérant ait eu l'intention de demander l'asile peu après son arrivée.

Cette approche pragmatique du moment de la demande a également été adoptée par une juridiction parallèle, précisément en ce qui concerne les demandes faites par les demandeurs d'asile pour bénéficier d'une « aide au revenu » (une allocation de la sécurité sociale britannique). En vertu de la législation britannique, le droit à un certain niveau d'aide au revenu est conditionné au fait que l'intéressé dépose sa demande d'asile « dès son arrivée » au Royaume-Uni. Dans une affaire de novembre 1999, le Commissaire à la Sécurité Sociale a estimé qu'« un terme plus précis » n'avait pas été employé dans les textes, précisément pour permettre une marge de flexibilité et que la question de savoir si l'asile avait été demandé avant ou après le contrôle de l'immigration n'était pas déterminante⁵⁵. Le Commissaire a tenu compte et a été guidé par la décision de la *Divisional Court* du Royaume-Uni dans l'affaire *Adimi*. Il a également été enclin à accepter l'argument selon lequel « tout traitement moins favorable que celui accordé aux autres et imposé du fait de l'entrée irrégulière équivalait à une sanction pénale au sens de l'article 31 à moins de pouvoir être objectivement justifié par des raisons administratives »⁵⁶.

Quant à la troisième condition, celle des « raisons reconnues valables », toutes les parties dans l'affaire *Adimi* ont admis qu'elles n'avaient qu'un rôle limité à jouer et qu'elle seraient satisfaites dans le cas d'un réfugié authentique montrant qu'il voyageait de façon raisonnable avec de faux papiers.

La Cour a également examiné la procédure administrative suivie pour engager les poursuites. Elle a estimé que la situation spécifique des réfugiés n'avait à aucun moment été prise en considération, mais que seules les preuves amenant à une probabilité réaliste de condamnation l'avaient été ; la référence à l'« intérêt public » n'offrait aucun moyen de défense, au contraire. Le juge Simon Brown n'avait aucun doute sur le fait qu'une condamnation constituait une sanction pénale au sens de l'article 31, contre laquelle un acquittement ne fournissait pas de recours.

55. Décision du Commissaire à la Sécurité Sociale dans l'affaire No. CIS 4439/98, 25 novembre 1999, Commissaire Rowland, paragraphes 10 et 18 (traduction libre).

56. *Ibid.*, paragraphe 16 (traduction libre). Une interprétation plus restrictive a été adoptée dans l'affaire *R. c. Secretary of State for the Home Department, ex parte Virk*, English High Court of Justice (Queen's Bench Division), [1995] EWJ 707, 18 août 1995, paragraphe 26, dans laquelle il a été soutenu que le terme « sanction pénale » (« *penalty* » en anglais) ne pouvait pas couvrir une restriction pour l'obtention d'un emploi.

C. La Cour européenne des droits de l'Homme

La Cour européenne des droits de l'Homme a expressément tenu compte de l'article 31 de la *Convention de 1951* dans son arrêt *Amuur c. France* dans lequel elle a également examiné la question générale de la détention :

41 [...].La Cour [...] est consciente des difficultés liées à l'accueil des demandeurs d'asile dans la plupart des grands aéroports européens et au traitement de leurs demandes [...] Les États contractants ont le droit indéniable de contrôler souverainement l'entrée et le séjour des étrangers sur leur territoire. La Cour souligne cependant que ce droit doit s'exercer en conformité avec les dispositions de la Convention [européenne], dont l'article 5....

[...]

43. Assurément, le maintien d'étrangers dans la zone internationale comporte une restriction à la liberté, mais qui ne saurait être assimilée en tous points à celle subie dans les centres de rétention d'étrangers en attente d'expulsion ou de reconduite à la frontière.

Assorti de garanties adéquates pour les personnes qui en font l'objet, *un tel maintien n'est acceptable que pour permettre aux États de combattre l'immigration clandestine tout en respectant leurs engagements internationaux, notamment en vertu de la Convention de Genève de 1951 relative au statut des réfugiés et de la Convention européenne des droits de l'Homme ; le souci légitime des États de déjouer les tentatives de plus en plus fréquentes de contourner les restrictions à l'immigration ne doit pas priver les demandeurs d'asile de la protection accordée par ces conventions.*

Pareil maintien ne doit pas se prolonger de manière excessive car il risquerait de transformer une simple restriction à la liberté — inévitable en vue de l'organisation matérielle du rapatriement de l'étranger ou, si celui-ci a sollicité l'asile, pendant l'examen de la demande d'admission sur le territoire au titre de l'asile — en privation de liberté. Il faut tenir compte, à cet égard, du fait qu'une telle mesure s'applique non pas à des auteurs d'infractions pénales mais à des étrangers qui, craignant souvent pour leur vie, fuient leur propre pays.

Si la décision de maintien incombe par la force des choses aux autorités administratives ou policières, la prolongation de celui-ci nécessite le contrôle non tardif du juge, gardien traditionnel des libertés individuelles. *Avant tout et surtout, un tel maintien ne doit pas priver le demandeur d'asile du droit d'accéder effectivement à la procédure de détermination du statut de réfugié.*

[...]

50 [...] Pour rechercher si une privation de liberté a respecté le principe de légalité interne, il incombe donc à la Cour d'apprécier non seulement la législation en vigueur dans le domaine considéré, mais aussi la qualité des autres normes juridiques applicables aux intéressés. Pareille qualité implique qu'une loi nationale autorisant une privation de liberté — surtout lorsqu'il s'agit d'un demandeur d'asile — soit suffisamment accessible et précise afin d'éviter tout danger d'arbitraire. *Ces caractéristiques revêtent une importance fondamentale dans le domaine des demandeurs d'asile dans les aéroports, compte tenu notamment de la nécessité de concilier la protection des droits fondamentaux et les impératifs de la politique de l'immigration des États.*

[...]

54. Or le système juridique français en vigueur à l'époque et tel qu'il a été appliqué dans la présente affaire n'a pas garanti de manière suffisante le droit des requérants à leur liberté⁵⁷.

57. *Amuur c. France*, Cour européenne des droits de l'Homme, Arrêt N° 17/1995/523/609, 1996, 24 EHRR, 1996, p. 533 (c'est nous qui soulignons).

Compte tenu de l'immunité de sanctions reconnue au plan international à laquelle les personnes relevant de l'article 31 de la *Convention de 1951* ont droit, le fait d'engager des poursuites pénales sans égard pour leur demande de reconnaissance du statut de réfugié et/ou sans leur donner la possibilité de déposer une telle demande peut être considéré comme une violation des droits de l'Homme⁵⁸. Par conséquent, un transporteur ne devrait, par principe, pas être sanctionné pour avoir transporté un passager « sans papiers », lorsque cette personne est par la suite reconnue comme ayant besoin d'une protection internationale.

Nonobstant les dispositions formelles de la législation et les jugements de certains tribunaux, la *pratique* des États et des administrations nationales ne respecte pas toujours les obligations acceptées en vertu de l'article 31.

D. Pratique des États

Le présent chapitre a bénéficié de l'apport de deux études portant sur des domaines liés au thème de l'entrée irrégulière : une étude du HCR sur les garanties pour les demandeurs d'asile et les réfugiés dans le contexte des migrations irrégulières en Europe⁵⁹ et un projet de rapport du *Lawyers Committee for Human Rights* (Comité des avocats pour les droits de l'Homme) sur les procédures et les pratiques des États relatives à la détention des demandeurs d'asile⁶⁰.

Au total, quarante et un pays ont été passés en revue dans les deux études, sous des angles différents mais complémentaires. L'étude du HCR a examiné la pratique de trente et un pays : Arménie, Biélorussie, Belgique, Bosnie-Herzégovine, Bulgarie, Croatie, Chypre, République tchèque, Estonie, France, Géorgie, Allemagne, Grèce, Hongrie, Italie, Lettonie, Lituanie, Macédoine, Moldavie, Norvège, Pays-Bas, Pologne, Roumanie, Fédération de Russie, Slovaquie, Slovénie, Espagne, Suisse, Turquie, Ukraine et Royaume-Uni. Le *Lawyers Committee for Human Rights* a étudié la pratique de trente-trois pays : Australie, Autriche, Belgique, Bulgarie, Canada, République tchèque, Danemark, Finlande, France, Allemagne, Grèce, Hongrie, Islande, Irlande, Italie, Japon, Lituanie, Luxembourg, Malaisie, Mexique, Pays-Bas, Norvège, Pologne, Portugal, Roumanie, Slovaquie, Afrique du Sud, Espagne, Suède, Suisse, Thaïlande, Royaume-Uni et États-Unis.

L'étude du HCR aborde, entre autres, les questions suivantes : 1) l'exemption formelle de sanctions pour entrée et/ou présence irrégulière pour les demandeurs d'asile et les réfugiés ; 2) l'application de ces sanctions en pratique ; 3) la suspension des mesures pour entrée ou présence irrégulière pour les réfugiés et les demandeurs d'asile ; 4) la pratique relative spécifiquement à l'utilisation de faux documents, y

58. Articles 6 et 13 de la *Convention européenne des Droits de l'Homme*.

59. HCR, *Safeguards for Asylum Seekers and Refugees in the Context of Irregular Migration into and within Europe — A Survey of the Law and Practice of 31 European States* (juin 2001).

60. Lawyers Committee for Human Rights, *Preliminary Review of States' Procedures and Practices Relating to Detention of Asylum Seekers* (20 septembre 2001).

compris le refus d'admission dans la procédure d'asile et la présomption de demande manifestement infondée ; 5) la traite des êtres humains et le trafic des migrants et 6) la détention.

Le rapport du *Lawyers Committee for Human Rights* (Comité des juristes pour les droits de l'Homme) traite de certains aspects de la politique et de la pratique de détention, notamment : 1) la possibilité d'un contrôle indépendant ; 2) les limites à la période de détention autorisée ; 3) l'existence d'un contrôle périodique en droit ou sur le fond ; 4) l'existence d'une assistance juridique et 5) l'utilisation d'alternatives à la détention.

Chacune des études montre à quel point les pratiques des États varient, nonobstant le fait que la plupart d'entre eux ont accepté les normes énoncées dans la *Convention de 1951*, dans le *Protocole de 1967* et dans d'autres instruments applicables en matière de droits de l'Homme. Il existe des différences d'interprétation des critères internationaux, des différences d'approche de la transposition des obligations internationales dans le droit et la pratique internes et des différences quant aux objectifs politiques visés en matière de procédure de détermination du statut de réfugié et de gestion des migrations.

Par exemple, l'étude du HCR montre que 61 % des États examinés (dix-neuf États sur trente et un) ont adopté des mesures législatives pour exempter les réfugiés et les demandeurs d'asile de sanctions du fait de leur entrée ou présence irrégulière. Toutefois, lorsque l'on tient compte de la pratique réelle, les deux tiers des États examinés appliquent, de manière générale ou épisodique, des sanctions aux demandeurs d'asile. 35 % indiquent qu'ils suspendent les mesures si l'intéressé demande l'asile et 13 % suspendent les sanctions mais pas les mesures.

Parmi les États étudiés, 19 % ont également adopté des mesures législatives pour exempter les réfugiés et les demandeurs d'asile de sanctions en cas d'utilisation de faux documents (en tout cas lorsque ces documents sont utilisés au moment de l'entrée) ; 29 % n'appliquent pas, en pratique, de sanctions. Seul un État semble exclure un demandeur d'asile de la procédure de détermination du statut de réfugié en raison de l'utilisation de faux documents mais environ 16 % des États estiment qu'en pratique l'utilisation de faux documents conduit à traiter la demande comme manifestement infondée.

Seuls 29 % des États font la distinction entre la traite des personnes et le trafic des migrants, conformément aux termes des deux *Protocoles additionnels à la Convention des Nations Unies sur la criminalité transnationale organisée*⁶¹. Dans 45 % des États cependant, les trafiquants comme les passeurs peuvent être poursuivis pour avoir aidé ou facilité l'entrée illégale, entre autres infractions ; les sanctions appliquées

61. Voir *supra* note 47 et le *Protocole visant à prévenir, réprimer et punir la traite des personnes, en particulier des femmes et des enfants, additionnel à la Convention des Nations Unies contre la criminalité transnationale organisée*, novembre 2000, UN doc. A/55/383.

peuvent dépendre des circonstances de l'infraction et de son éventuel but lucratif. Le même nombre d'États prévoit également des poursuites contre les « victimes » de ces pratiques, bien que les sanctions soient généralement plus légères.

La plupart des États ont adopté une législation permettant la détention, mais son application varie énormément. La détention est parfois automatique dans l'attente d'une décision sur la recevabilité de la demande d'asile mais peut également être imposée en cas d'entrée ou de présence irrégulière. Les durées de détention varient également, de quarante-huit heures à dix-huit mois, et la possibilité de d'un recours juridique n'est pas toujours prévue.

La version préliminaire de l'étude rédigée par le *Lawyers Committee for Human Rights* (Comité des juristes pour les droits de l'Homme) dresse aussi un tableau montrant de grandes différences entre les pays. Parmi les trente-trois États examinés, dix sept prévoient une possibilité de contrôle indépendant sur les décisions relatives à la détention, tandis que dix n'en prévoient pas (les totaux inférieurs à la somme des États examinés sont dus à des informations incomplètes). Vingt États fixent une durée maximale de détention tandis que douze États n'en fixent aucune. Douze États prévoient un contrôle périodique de la détention, en droit ou sur le fond, mais douze autres n'en prévoient pas. Une assistance juridique existe dans cinq États, ou de manière plus limitée dans dix-sept autres, et elle n'existe pas du tout dans dix États. Enfin, la plupart des États (vingt-neuf) prévoient des alternatives à la détention.

1. L'Australie

Au cours de ces dernières années, l'Australie a adopté une série de mesures pour tenter de gérer, ou de stopper, l'arrivée de demandeurs d'asile sur son territoire. En 1992, elle a instauré la « détention obligatoire et non susceptible de recours » la veille du jour où la Cour fédérale était censée statuer sur une demande de libération d'un groupe de demandeurs d'asile maintenus en détention. Au fil du temps, des restrictions supplémentaires au contrôle judiciaire des décisions du Département de l'Immigration ont été ajoutées. Le Comité des droits de l'Homme a estimé que la politique et la pratique de détention obligatoire et non susceptible de recours étaient arbitraires et constituaient une violation de l'article 9 du *Pacte international relatif aux droits civils et politiques*⁶². L'*Australian Human Rights and Equal Opportunity Commission* (Commission australienne des droits de l'Homme et de l'égalité des chances) est parvenue à une conclusion semblable en 1998⁶³.

62. Voir *infra* Partie VI.B.2.

63. Human Rights and Equal Opportunity Commission, *Those who've Come Across the Seas : Detention of Unauthorised Arrivals*, Sydney, mai 1998, disponible sur http://www.hreoc.gov.au/pdf/humanrights/asylum_seekers/h5_2_2.pdf.

En 2002, le groupe de travail des Nations Unies sur la détention arbitraire a organisé une visite en Australie à l'invitation du gouvernement australien. Pour les conclusions, voir le rapport du groupe de travail des Nations Unies sur la détention arbitraire, UN doc. E/CN.4/2003/8/Add. Le président du groupe de travail a exprimé des préoccupations au sujet de la détention des enfants et des groupes

Un des changements les plus fondamentaux, annoncé en octobre 1999, a été l'introduction de « visas de protection temporaire » pour les arrivées non-autorisées (c'est-à-dire spontanées), qui réussissent à obtenir le statut de réfugié en Australie. Ils n'obtiendront plus de permis de séjour permanent mais un visa d'entrée temporaire de trois ans, au terme desquels ils seront obligés de redemander le statut de réfugié. Suite à des modifications adoptées en septembre 2001, les arrivées non-autorisées (spontanées) ayant passé au moins sept jours dans un pays où ils auraient pu demander et obtenir une protection effective, n'auront jamais le droit de demander un visa de protection permanente⁶⁴.

Bien qu'il n'existe aucune obligation pour les États d'accueil d'accorder un permis de séjour permanent (et, en agissant ainsi depuis si longtemps, des pays comme le Canada et l'Australie étaient en avance sur le reste du monde), la nouvelle catégorie de visas s'accompagnera d'un niveau considérablement plus bas de bénéfices et de droits. Comme mentionné plus haut, au Royaume-Uni, il a été considéré que « tout traitement moins favorable que celui accordé aux autres et imposé du fait de l'entrée irrégulière équivalait à une sanction relevant de l'article 31 à moins de pouvoir être objectivement justifié par des raisons administratives »⁶⁵. Les détenteurs de visas de protection temporaire ne pourront pas bénéficier de nombreux programmes sociaux, n'auront pas droit au regroupement familial et n'auront pas automatiquement le droit de revenir s'ils ont besoin de voyager à l'étranger. Non seulement ces réfugiés reconnus semblent être sanctionnés du fait de leur entrée irrégulière dans de nombreux cas, contrairement à l'article 31, mais ils semblent également être privés de nombreux autres droits consacrés par la *Convention de 1951*, comme le titre de voyage prévu à l'article 28 et la jouissance des droits de la Convention

vulnérables, a attiré l'attention sur la relation entre les conditions juridiques de détention et le syndrome collectif de dépression dans certains centres de détention — les conditions de détention étant gérées par une société de sécurité privée —, y compris la base juridique autorisant la société privée à établir des règles et celle fondant le statut juridique des prétendus « non-citoyens illégaux » détenus dans des prisons d'État, en particulier ceux étiquetés comme détenus à haut risque, qui sont transférés dans des prisons d'État sans aucune décision d'un juge.

64. Réglementation modifiée sur les migrations 1999 (No.12) (Règles statutaires 1999 No.243) ; Amendement sur les migrations (Suppression des zones de migration) (Dispositions indirectes) Loi de 2001. Voir aussi les fiches d'information Nos. 64, 65 et 68 du Department of Immigration and Multicultural and Indigenous Affairs (Département de l'immigration et des affaires multiculturelles et indigènes), portant respectivement sur les visas de protection temporaire, le nouveau système de visa humanitaire et les détenteurs de visa de protection temporaire demandant une protection supplémentaire, disponibles sur <http://www.immi.gov.au/facts/index.htm#humanitarian> ; US Committee for Refugees (Comité américain pour les réfugiés), *Sea Change : Australia's New Approach to Asylum Seekers* (février 2002), p. 7, disponible sur <http://www.refugees.org/pub/australia2.cfm> ; M. Crick et B. Saul, *Future Seekers : Refugees and the Law in Australia* (Federation Press, Sydney, 2002), pp. 99-16.

65. Voir la décision du Commissaire à la Sécurité Sociale *supra* note 54, paragraphe 16.

de façon non discriminatoire. Aucune justification pour raisons administratives ne semble avoir été avancée⁶⁶.

2. La Belgique

En Belgique, au stade de la recevabilité, un demandeur d'asile, arrivant dépourvu des documents requis, peut être détenu dans un lieu déterminé à la frontière pendant deux mois⁶⁷, la durée moyenne de détention étant de quatorze jours. Il existe un centre de détention spécial à l'aéroport de Zaventem, pour les personnes dépourvues des documents nécessaires pour entrer en Belgique, ou dans le pays de destination, ou ne disposant pas des moyens de subsistance suffisants pour la durée du séjour envisagé en Belgique. Les personnes sont cependant transférées au centre de détention dès qu'ils demandent l'asile. La détention peut également être ordonnée dans l'attente du transfert d'un demandeur d'asile vers l'État responsable aux termes de la *Convention de Dublin* ; cette durée de détention ne peut excéder deux mois (article 51/5, alinéa 3 de la loi sur les étrangers). Si, pour une raison ou une autre, un demandeur d'asile ne peut être transféré, il peut être détenu jusqu'à son expulsion (article 7, alinéa 3 de la loi sur les étrangers). La période initiale de deux mois peut être prolongée par le Ministre de l'Intérieur ou son délégué, pour des périodes supplémentaires d'un mois, dans la limite de cinq mois, si les démarches nécessaires en vue de l'éloignement de l'étranger ont été entreprises dans les sept jours de la mise en détention de l'étranger, qu'elles sont poursuivies avec toute la diligence requise et qu'il subsiste toujours une possibilité d'éloigner effectivement l'étranger dans un délai raisonnable. Si la détention doit être prolongée au-delà du délai de cinq mois, pour des considérations liées à l'ordre public ou à la sécurité nationale, celle-ci est décidée sur la base d'un mois renouvelable. La durée totale de la détention ne peut toutefois dépasser huit mois. Après cette période, l'étranger doit être remis en liberté.

Un demandeur d'asile, dépourvu de documents et déjà entré en Belgique, ou qui a demandé l'asile après l'expiration de son autorisation de séjour, et dont la demande d'asile est rejetée au stade de la recevabilité par l'Office des étrangers et qui a de fortes chances d'être rejetée en appel, peut être détenu. Aux termes de l'article 74/6 de la loi sur les étrangers, le demandeur d'asile peut être maintenu en un lieu déterminé afin d'assurer son éloignement effectif. La mesure peut être maintenue jusqu'à ce que la demande d'asile soit considérée comme recevable par le Commissariat général aux réfugiés et aux apatrides, ou pour une période initiale de

66. La Cour fédérale d'Australie n'a pas examiné l'applicabilité de l'article 31 dans l'affaire *Minister for Immigration and Multicultural Affairs c. Vadarlis*, *Human Rights and Equal Opportunity Commission and Amnesty International*, [2001] FCA 1329, 18 septembre 2001, qui concernait le sauvetage de 433 demandeurs d'asile naufragés en mer, par le Tampa MV, navire enregistré en Norvège. L'approche de la détention par la Cour est examinée ci-dessous.

67. Loi du 15 décembre 1890 sur l'accès au territoire, le séjour et l'éloignement des étrangers (Loi sur les étrangers), version consolidée de 1999, article 74/5.

deux mois. Environ quarante à cinquante demandeurs d'asile de ce type sont détenus chaque mois. Plusieurs dispositions de la loi sur les étrangers prévoient également la détention de demandeurs d'asile pour des motifs d'ordre public ou de sécurité nationale (article 63/5 alinéa 3, article 52*bis* et article 54 alinéa 2).

3. La France

En France, les demandeurs d'asile ne sont, d'une manière générale, pas détenus du seul fait de leur demande d'asile. Il existe deux exceptions à cette règle mais, dans les deux cas, la période de détention est courte. La première exception concerne les demandeurs d'asile en zones d'attente qui sont soumis à la procédure de recevabilité. La seconde exception est la rétention administrative qui s'applique aux demandeurs d'asile entrés sur le territoire et dont les demandes sont considérées comme abusives par la Préfecture chargée de leur octroyer un titre de séjour provisoire. Le HCR n'a pas le droit d'accès aux centres de rétention administrative mais il a, ainsi que certaines ONG, un droit de visite en zones d'attente.

4. L'Allemagne

En Allemagne, les demandeurs d'asile ne font, d'une manière générale, pas l'objet d'une détention avant qu'une décision ne soit prise sur leur demande, à l'exception des cas suivants. Les personnes arrivant par les grands aéroports peuvent être soumises à la procédure à l'aéroport et être ainsi confinées dans une installation fermée au sein de l'aéroport, pour une durée maximale de dix-neuf jours, avant le rejet définitif de leur demande comme manifestement infondée. Selon le droit allemand, cette détention n'est pas considérée comme une privation de liberté⁶⁸. Les demandeurs d'asile déboutés dans le cadre de la procédure à l'aéroport qui ne peuvent pas être éloignés peuvent, cependant, passer plusieurs mois dans un centre fermé, dans l'attente d'une décision discrétionnaire relative à leur entrée ou à leur éloignement.

La procédure accélérée (article 18a de la Loi sur la procédure d'asile) s'applique aux personnes arrivant par air, en provenance de pays d'origine prétendument « sûrs », ou dépourvues de passeport valable. Ces personnes sont maintenues dans des installations spéciales dans les aéroports et leurs demandes sont examinées au moyen d'une procédure accélérée avant d'avoir l'autorisation d'entrer sur le territoire allemand. Cette procédure accélérée est appliquée dans les aéroports de Francfort, Munich, Berlin, Düsseldorf et Hambourg, la majorité arrivant à Francfort. Les demandeurs d'asile sont autorisés à entrer sur le territoire et à suivre la procédure normale lorsque l'Office fédéral pour la reconnaissance des réfugiés conclut qu'il ne peut pas se prononcer rapidement sur le cas ou qu'il n'a pas pris de décision sur la demande d'asile dans les deux jours après son dépôt ou lorsque la cour n'a pas statué en appel dans un délai de deux semaines.

68. Voir la décision du 14 mai 1996 de la Cour constitutionnelle fédérale allemande, 2 BvR 1938/93 et 2 BvR 2315/93.

Suite à la décision de la Cour constitutionnelle fédérale du 14 mai 1996, les demandeurs d'asile à l'aéroport doivent se voir accorder une assistance juridique gratuite. La Cour n'a cependant pas considéré que le maintien de demandeurs d'asile dans des installations fermées en zone de transit équivalait à une détention ou à une limitation de la liberté, dans la mesure où les personnes pouvaient librement quitter cet endroit à tout moment, par exemple pour retourner dans leur pays d'origine. Lorsqu'une demande d'asile est rejetée et que le requérant se voit notifier un ordre de quitter le territoire, toute détention supplémentaire, y compris en zone de transit, doit faire l'objet d'une décision d'un tribunal afin d'être conforme à l'article 5 de la *Convention européenne des Droits de l'Homme*. En pratique, la plupart des demandeurs d'asile préfèrent rester en zone de transit plutôt que d'aller en prison et signent un formulaire à cet effet. Le nombre de séjours de longue durée en zones de transit continue d'augmenter.

5. Autres États européens (l'Espagne, la Grèce, l'Italie, le Luxembourg, les Pays-Bas, le Royaume-Uni et la Suède)

En Grèce, en vertu du code pénal, tel qu'amendé par la loi No.2408/1996 et par la loi No.2521/1997, les tribunaux pénaux ne peuvent pas ordonner l'expulsion d'un étranger condamné à une peine de prison, si cela est contraire aux dispositions des accords internationaux auxquels la Grèce a souscrit. En pratique, les tribunaux continuent cependant d'ordonner l'expulsion de migrants clandestins condamnés pour entrée ou présence irrégulière, sans égard pour leur statut.

En Italie, la loi ne contient actuellement pas de dispositions relatives à la détention ou à la restriction à la liberté de circulation des demandeurs d'asile admis à la procédure. Un projet de loi propose d'introduire des restrictions aux déplacements pendant une nouvelle « phase de pré-examen » pour les demandes « manifestement infondées », pour une durée maximale de deux jours. Les migrants clandestins peuvent être détenus dans des « centres temporaires de rétention » ou dans une zone spécifique à l'aéroport aux fins de vérification de l'identité et d'exécution des formalités d'expulsion.

Les personnes en transit à l'aéroport de Luxembourg sont détenues lorsqu'elles possèdent de faux documents ou qu'elles sont dépourvues de tout document. La détention peut également être utilisée, dans des circonstances exceptionnelles, pour faciliter le transfert du demandeur d'asile vers l'État responsable de l'examen de sa demande en vertu de la *Convention de Dublin*. Une durée initiale d'un mois peut être prolongée pour des périodes additionnelles d'un mois, sur ordre du Ministre de la Justice, sans toutefois dépasser trois mois. Après cette période, la personne doit être remise en liberté. La mesure de détention peut aussi être contestée devant le Tribunal administratif dans un délai d'un mois à compter de la notification de la décision de mise en détention, puis devant la Cour administrative.

Aux Pays-Bas, en vertu de l'article 7a) de la Loi sur les étrangers, les étrangers arrivant par voies aériennes ou maritimes sans être porteurs des documents requis et qui se voient refuser l'entrée sur le territoire peuvent être détenus, en attendant leur

éloignement. Lorsque la demande est considérée comme « manifestement infondée » ou irrecevable et que le demandeur d'asile est détenu dans l'attente de son éloignement, il peut faire appel devant le Tribunal de district (*District Court*). Comme cet appel est dépourvu d'effet suspensif automatique, il doit également faire une demande de sursis à exécution contre l'expulsion. Ces appels sont limités dans le temps et le demandeur d'asile détenu doit être entendu par le Tribunal dans un délai de deux semaines, la décision devant être rendue dans un délai de deux semaines supplémentaires.

Le Tribunal sera également saisi lorsqu'un demandeur d'asile a été maintenu en détention pour plus de quatre semaines sans faire appel. Si l'éloignement est impossible, les mesures de détention seront probablement considérées comme infondées et le demandeur d'asile sera remis en liberté. Si, dans un délai de quatre semaines, la demande d'asile est considérée comme irrecevable ou « manifestement infondée », l'article 18b) de la loi sur les étrangers autorise la détention afin de garantir l'éloignement. Si la décision n'est pas prise dans un délai de quatre semaines, la personne peut être détenue en vertu de l'article 26.

En Espagne, en vertu de l'article 4 § 1 de la loi No. 9/94, l'entrée irrégulière d'un demandeur d'asile n'est pas sanctionnée lorsque l'intéressé remplit les critères de reconnaissance du statut de réfugié, sous réserve qu'il se présente sans délai aux autorités compétentes. La législation autorise, cependant, la détention des étrangers entrant de manière irrégulière sur le territoire, pour une durée maximale de soixante douze heures, sans intervention du juge. Cette durée peut être prolongée jusqu'à quarante jours par le juge. La détention administrative, sous la supervision d'un juge, garantit l'accès au système judiciaire (article 24 de la Constitution espagnole) et l'étranger soumis à une détention administrative est maintenu dans un centre « d'internement des étrangers » et non dans un établissement pénitentiaire.

Un étranger détenu en raison de son entrée ou présence irrégulière qui dépose une demande d'asile, restera en détention le temps qu'il soit statué sur la recevabilité de sa demande, dans une limite de soixante jours (article 17 § 2 du décret d'application ; en pratique, les demandes d'asile déposées par des demandeurs d'asile en détention sont traitées en urgence). Si l'intéressé est par la suite admis dans la procédure de détermination du statut de réfugié, il est remis en liberté.

En Suède, les demandeurs d'asile peuvent être détenus si leur identité ou leur nationalité est douteuse ou s'ils ont de fortes chances d'être déboutés et que les autorités craignent qu'ils se soustraient à l'exécution d'une mesure d'expulsion. Bien que les mesures de détention soient régulièrement contrôlées par les Tribunaux administratifs, aucune durée maximale n'est fixée et les personnes ont souvent tendance à être détenues indéfiniment, parfois jusqu'à un an ou plus. Les demandeurs d'asile déboutés dont les mesures d'expulsion ne peuvent pas être exécutées en raison de la situation dans leur pays d'origine peuvent également être confrontés à de longues périodes de détention. La plupart des demandeurs d'asile sont hébergés dans des installations construites à cet effet bien que certains puissent être détenus dans des prisons ordinaires, dans des maisons d'arrêt ou dans des cellules de la police.

Au Royaume-Uni, entre 1 et 1,5 % des demandeurs d'asile sont détenus à un moment donné de la procédure⁶⁹. Le groupe de travail a exprimé sa préoccupation quant au fait que la décision de mise en détention n'est pas fonction du dossier du demandeur mais des places effectivement disponibles.

La loi britannique a été modifiée suite à la décision de la *Divisional Court* du Royaume-Uni dans l'affaire *Adimi*⁷⁰. L'article 28 de la loi de 1999 sur l'immigration et l'asile a créé l'infraction de « tromperie » pour les ressortissants étrangers, y compris pour les demandeurs d'asile, qui tentent d'entrer dans le pays avec de faux documents. Cette infraction est punissable d'une peine de prison d'une durée pouvant aller jusqu'à deux ans et/ou d'une amende. L'article 31 prévoit, dans certaines limites⁷¹, un motif d'exonération fondé sur l'article 31 de la *Convention de 1951*.

6. Les États-Unis

Les demandeurs d'asile arrivant aux États-Unis, dépourvus des documents requis, sont désormais soumis à la loi de 1996, qui prévoit l'« éloignement accéléré ». Les dispositions applicables, entrées en vigueur le 1^{er} avril 1997, autorisent l'éloignement immédiat des ressortissants étrangers arrivant aux postes de contrôle avec de faux documents ou sans documents. Lorsqu'ils expriment le souhait de demander l'asile ou une crainte de persécution dans leur pays d'origine, ils sont détenus et orientés vers un agent de l'asile pour un entretien afin de déterminer s'ils ont une « crainte crédible » de persécution. Si c'est le cas, ils sont enrôlés pour une audience devant un tribunal spécialisé en matière d'immigration et peuvent théoriquement être remis en liberté. Une « crainte crédible » s'entend comme une « possibilité importante » que l'intéressé puisse être reconnu comme réfugié aux États-Unis.

Si leur crainte de persécution n'est pas reconnue comme crédible, ils peuvent demander un réexamen par un juge de l'immigration, qui doit avoir lieu aussitôt que possible dans un délai de 24 heures et en aucun cas plus de sept jours après la décision négative initiale sur la crédibilité de la crainte par l'agent de l'asile. Aucun autre recours n'est possible. Selon la législation antérieure, les personnes cherchant à entrer par les postes de contrôle à la frontière étaient placées en procédure de reconduite et avaient le droit d'être entendues par un juge spécialisé en matière d'immigration ; avaient un droit de recours devant le *Board of Immigration Appeals* (Commission de recours en matière d'immigration) et devant le district fédéral.

En pratique, et en fonction de la place disponible et de l'intérêt des cas individuels, certains demandeurs d'asile sont remis en liberté dans l'attente de leurs audiences sur l'éloignement et de la décision définitive. Cela inclut les demandeurs

69. Voir le rapport du groupe de travail des Nations Unies sur la détention arbitraire, UN doc. E/CN.4/1999/63/Add.3, 18 décembre 1998.

70. Voir *supra* Partie III.B.1.

71. Voir *supra* Partie III.A.2.

d'asile placés en procédure d'éloignement accéléré et considérés comme ayant une « crainte crédible » de persécution⁷².

E. Décisions et recommandations du Comité exécutif du HCR

Le Comité exécutif du programme du Haut Commissaire des Nations Unies pour les réfugiés s'est penché sur le phénomène des mouvements « irréguliers » de réfugiés et de demandeurs d'asile, à deux occasions au moins. À chaque fois, tout en exprimant sa préoccupation au sujet de ces mouvements, les États participants ont reconnu que les réfugiés pouvaient avoir des raisons légitimes d'agir ainsi. La Conclusion du Comité exécutif No. 15 (XXX) de 1979, intitulée « Réfugiés sans pays d'asile », comprend la disposition suivante :

Lorsqu'un réfugié qui a déjà obtenu l'asile dans un pays demande l'asile dans un autre pays en invoquant le motif qu'il a des raisons impérieuses de quitter le pays d'asile où il se trouve parce qu'il craint la persécution ou parce que sa sécurité personnelle ou sa liberté sont en danger, les autorités du second pays doivent considérer sa demande d'asile avec bienveillance⁷³.

La Conclusion du Comité exécutif No. 58 (XL) de 1989, intitulée *Problème des réfugiés et des demandeurs d'asile quittant de façon irrégulière un pays où la protection leur a déjà été accordée*, énonce :

f) Lorsque les réfugiés et les demandeurs d'asile quittent [...] de façon irrégulière un pays où ils ont déjà trouvé protection, ils peuvent être renvoyés dans ce pays ;

i) s'ils sont protégés contre des mesures de refoulement et,

ii) s'ils sont autorisés à y rester et s'ils sont traités conformément aux normes humanitaires de base reconnues jusqu'à ce qu'une solution durable leur soit offerte [...]

g) *Il a été reconnu qu'il pouvait y avoir des cas exceptionnels où un réfugié ou un demandeur d'asile puisse légitimement avancer qu'il a des raisons de craindre la persécution ou que sa sécurité physique ou sa liberté soient menacées dans un pays où il avait tout d'abord trouvé protection.* Les autorités de l'État auprès duquel il demande asile devraient réserver un accueil favorable à sa requête.

[...]

i) *Il a été reconnu que certaines circonstances peuvent contraindre un réfugié ou un demandeur d'asile à avoir recours à de faux papiers pour quitter un pays où sa sécurité physique ou sa liberté sont menacées.*

En l'absence de telles circonstances, l'utilisation de faux papiers ne saurait se justifier...⁷⁴

En outre, la Conclusion du Comité exécutif No. 22 (XXXII) de 1981, intitulée *Protection des personnes en quête d'asile en cas d'arrivées massives*, réaffirme clairement les normes énoncées à l'article 31 :

B. Traitement des personnes en quête d'asile qui ont été admises temporairement dans un pays en attendant que des dispositions soient prises en vue d'une solution durable

72. Voir, en général, *Lawyers Committee for Human Rights*, « *Is This America ? The Denial of Due Process to Asylum Seekers in the United States* », octobre 2000.

73. HCR, « Rapport de la 30^e session du Comité exécutif », UN doc. A/AC.96/572, paragraphe 72(2)(k).

74. HCR, « Rapport de la 40^e session du Comité exécutif », UN doc. A/AC.96/737, p. 23 (c'est nous qui soulignons).

1. L'article 31 de la *Convention des Nations Unies de 1951 relative au statut des réfugiés* contient des dispositions touchant le traitement des réfugiés qui sont entrés dans un pays sans autorisation et dont la situation dans ce pays n'a pas encore été régularisée. Néanmoins, les normes définies dans cet article ne portent pas sur tous les aspects du traitement des personnes en quête d'asile en cas d'arrivées massives de réfugiés.

2. Il est donc essentiel que les personnes en quête d'asile qui ont été admises temporairement en attendant que des dispositions soient prises en vue d'une solution durable à leur intention soient traitées conformément aux normes minimum humanitaires de base :

a) Elle ne doivent pas être pénalisées ou exposées à un traitement défavorable exclusivement parce que leur présence dans le pays est jugée illégale ; on ne doit pas appliquer à leurs déplacements d'autres restrictions que celles qui sont nécessaires dans l'intérêt de la santé publique et de l'ordre public.

[...]

h) L'unité de famille doit être respectée⁷⁵.

IV. Les normes internationales et la responsabilité des États

Les États parties à la *Convention de 1951* et au *Protocole de 1967* s'engagent à accorder un certain niveau de traitement aux réfugiés et à leur garantir certains droits, notamment le bénéfice de l'application non discriminatoire de la *Convention et du Protocole* (article 3), l'absence de sanctions pénales en cas d'entrée ou de présence irrégulière (article 31), le non-refoulement (article 33 : non-refoulement, y compris le non-refus d'admission à la frontière, vers un territoire où la vie ou la liberté du réfugié serait menacée pour les raisons énoncées à l'article 1).

Les États qui ratifient la *Convention de 1951* et/ou le *Protocole de 1967* s'engagent nécessairement à appliquer ces instruments de bonne foi (selon le principe *pacta sunt servanda*)⁷⁶. Le choix des moyens d'application de la plupart des dispositions est laissé aux États eux-mêmes ; ils peuvent préférer la transposition législative, les règlements administratifs, les procédures informelles et *ad hoc* ou une combinaison de toutes ces mesures. En aucun cas, la simple conformité formelle ne suffira en elle-même à permettre à l'État de s'acquitter de ses responsabilités ; le test consiste à examiner si, à la lumière du droit et de la pratique internes, y compris dans l'exercice du pouvoir discrétionnaire de l'administration, l'État a atteint la norme internationale d'efficacité raisonnable et de mise en œuvre effective des dispositions concernées du traité⁷⁷.

75. HCR, « Rapport de la 32^e session du Comité exécutif », UN doc. A/AC.96/601, paragraphe 57(2).

76. *Convention de Vienne de 1969*, Nations Unies, *Recueil des Traités*, vol. 1155, n° 331 ; I. Brownlie, *Basic Documents in International Law* (5^e édition, Clarendon Press, Oxford, 2002), p. 270.

77. G. S. Goodwin-Gill, *The Refugee in International Law* (2^e édition, Clarendon Press, Oxford, 1996), pp. 230-41.

Dans les cas où une violation des obligations est considérée comme provenant d'une politique générale, la question sera de savoir si, « dans le cas donné, le système administratif a abouti à un résultat compatible avec le principe ou la norme de droit international applicables ». La responsabilité peut donc découler d'« une défaillance grave du système légal à fournir une garantie ou un service exigés par la norme applicable »⁷⁸.

La responsabilité des États parties à la *Convention de 1951* et au *Protocole de 1967* d'appliquer aux personnes, entrant ou cherchant à entrer sur leur territoire de façon irrégulière, un traitement conforme à l'article 31 § 1 de la *Convention de 1951*, et de tenir compte en particulier de leur revendication d'être des réfugiés ayant droit d'en bénéficier, peut être engagée soit par un acte volontaire de l'intéressé, lorsqu'il fait une demande d'asile/de statut de réfugié, soit par un acte de l'État, par exemple, lorsqu'il exerce sa compétence sur l'intéressé, en appliquant des mesures de contrôle liées à l'immigration (comme l'éloignement ou le refus d'entrée) ou en engageant des procédures pénales liées à l'immigration illégale (comme des poursuites pénales pour utilisation de faux documents de voyage)⁷⁹.

Bien que les États puissent, et de fait, se mettent d'accord, sur la répartition des responsabilités pour l'examen des demandes, au stade actuel de l'évolution du droit, aucune obligation ne s'impose au demandeur d'asile voyageant de façon irrégulière ou munis de faux documents de déposer une demande d'asile à un stade donné de sa fuite.

Si un État prend des initiatives sur son territoire, par exemple pour combattre l'utilisation de faux documents de voyage au plan général ou international, c'est à cet État, et non à celui de destination envisagée, d'assumer la responsabilité de veiller à ce que le réfugié/demandeur d'asile bénéficie au moins des dispositions de la *Convention de 1951* tels que les articles 31 et 33, ou des instruments internationaux applicables en matière de droits de l'Homme, tels que les articles 3, 6 et 13 de la *Convention européenne des Droits de l'Homme*, qui ne sont pas soumis à la légalité de la présence ou du séjour.

L'étude mentionnée ci-dessus montre que de nombreux États parties à la *Convention de 1951* n'ont pas adopté de dispositions législatives pour mettre en œuvre les obligations acceptées en vertu de l'article 31 de la *Convention de 1951*. Mais, le respect de ces obligations est plutôt laissé à l'usage judiciaire (il faut l'espérer) du pouvoir discrétionnaire de l'administration.

Les États semblent souvent appliquer une politique générale de poursuites à l'encontre des utilisateurs de faux documents de voyage, sans considérer les cas

78. I. Brownie, *System of the Law of Nations : State Responsibility (Part 1)* (Clarendon Press, Oxford, 1983), p. 150 (traduction libre).

79. Pour une analyse détaillée de la portée de la responsabilité de l'État dans les questions d'asile, voir également l'Avis juridique sur la portée et le contenu du principe du non-refoulement, rédigé par Sir E. Lauterpacht et D. Bethlehem, figurant au Chapitre 2 de cette publication.

d'espèce et sans permettre qu'une demande de reconnaissance du statut de réfugié ou de demande d'asile soit déferée à l'autorité centrale compétente

Cette politique générale et/ou cette pratique de poursuites à l'encontre des utilisateurs de faux documents de voyage, sans considérer les cas d'espèce et sans permettre qu'une demande de reconnaissance du statut de réfugié ou de demande d'asile soit déferée à l'autorité centrale compétente, constitue une violation de l'article 31 de la *Convention de 1951*. L'intervention et l'exercice de la compétence de l'État à l'égard de ces demandeurs d'asile engagent par la suite sa responsabilité afin qu'il les traite conformément à l'article 31 § 1.

En résumé, l'article 31 § 1 de la *Convention de 1951* doit donc être interprété comme suit :

1. Le terme « directement » ne doit pas être interprété de manière restrictive ou littérale, mais plutôt en fonction de la situation du cas d'espèce, y compris de la question du danger rencontré au cours des différentes étapes du voyage ;
2. L'expression « raison valable » renvoie également à une question de fait, et peut résulter d'une appréhension de la part du réfugié ou du demandeur d'asile, d'un manque de connaissance des procédures ou d'actions entreprises par l'intéressé suivant les instructions ou les conseils d'un tiers ; et
3. L'expression « sans délai » renvoie également à une question de fait et de degré ; cela dépend de la situation du cas d'espèce, notamment de l'existence de conseils et de la question de savoir si l'État exerçant son autorité sur le réfugié ou le demandeur d'asile est de fait un pays de transit⁸⁰.

Le refus des autorités d'examiner le bien-fondé des demandes, ou leur incapacité à le faire du fait d'une politique générale de poursuites, conduira presque inévitablement l'État à violer ses obligations internationales.

V. Conclusions relatives à l'article 31 § 1

En résumé, les conclusions suivantes peuvent être tirées relativement à l'article 31 § 1 :

1. Les États parties à la *Convention de 1951* et au *Protocole de 1967* s'engagent à accorder un certain niveau de traitement aux réfugiés et à leur garantir certains droits. Ils s'engagent nécessairement à appliquer ces instruments de bonne foi.

80. Voir aussi HCR, *Principes directeurs révisés*, supra note 53. Étant donné la situation particulière des demandeurs d'asile, aucune limite de durée ne peut être appliquée mécaniquement ou associée à cette expression. En particulier, les demandeurs d'asile peuvent souffrir des effets de traumatismes, de problèmes de langue, de manque d'information, des expériences passées qui aboutissent souvent à une suspicion à l'égard de ceux qui détiennent l'autorité, de sentiments d'insécurité générale. Ces circonstances, parmi d'autres, peuvent varier énormément d'un demandeur d'asile à l'autre.

2. Les États ont le choix des moyens d'application de certaines dispositions de la Convention, comme l'article 31, et ils peuvent préférer la transposition législative, les règlements administratifs, les procédures informelles et *ad hoc* ou une combinaison de toutes ces mesures. La simple conformité formelle ne suffit pas en elle-même à permettre à l'État de se décharger de ses responsabilités ; l'examen consiste à voir si, à la lumière du droit et de la pratique internes, y compris via le pouvoir discrétionnaire de l'administration, l'État a atteint la norme internationale d'efficacité raisonnable et de mise en œuvre effective des dispositions concernées du traité.

3. Il faut accorder une attention particulière aux situations où le système administratif peut produire des résultats incompatibles avec les principes ou normes de droit international applicables.

4. Il n'est pas exigé que les réfugiés arrivent directement de leur pays d'origine. L'article 31 était destiné à s'appliquer, et a été interprété comme s'appliquant, aux personnes qui ont brièvement transité par d'autres pays, qui ne peuvent pas trouver une protection contre la persécution dans le (ou les) premier(s) pays vers lesquels ils ont fui, ou qui ont « des raisons reconnues valables » de ne pas avoir déposé une demande dans ce (ou ces) pays. Le simple fait que le HCR soit opérationnel dans un certain pays ne doit pas être utilisé comme un argument décisif attestant de l'existence d'une protection réelle dans ce pays⁸¹. La véritable question est de savoir s'il existe une protection réelle pour cette personne dans ce pays. Les auteurs souhaitaient seulement que l'immunité de sanctions ne s'applique pas aux réfugiés qui s'étaient établis dans un autre pays, de façon temporaire ou permanente.

5. Le fait de venir directement du pays dans lequel le requérant a une crainte fondée de persécution est reconnu en soi comme constituant une « raison reconnue valable » d'être entré irrégulièrement. Le fait d'« arriver directement » de ce pays en ayant transité par un ou plusieurs pays dans lesquels il était en danger ou dans lesquels il n'existait, d'une manière générale, pas de protection réelle, est également reconnu comme une « raison reconnue valable » de son entrée irrégulière. D'autres circonstances de fait, comme des liens étroits de famille dans le pays de refuge, peuvent aussi constituer une « raison reconnue valable ». Le critère de « raison reconnue valable » est suffisamment souple pour permettre de tenir compte des éléments propres à chaque cas d'espèce.

6. L'expression « sans délai » renvoie à une question de fait et de degré qui dépend de la situation particulière du cas d'espèce, y compris de la possibilité de recourir à un conseil.

81. « Relevé des conclusions relatives à l'article 31 de la *Convention de 1951 relative au statut des réfugiés* », 8-9 novembre 2001, paragraphe 10 c).

7. Bien qu'employant le terme « réfugiés », l'article 31 § 1 s'applique également aux demandeurs d'asile et aux « réfugiés présumés » ; par conséquent, ces personnes sont présumées *prima facie* avoir le droit de bénéficier provisoirement de l'interdiction des sanctions pénales prévue à l'article 31 § 1 jusqu'à ce qu'il ait été établi, par une décision définitive et à l'issue d'une procédure équitable, qu'elles n'ont pas besoin d'une protection internationale.

8. Comme le montrent les lois et les décisions de justice, la pratique des États confirme cette interprétation de la *Convention de 1951*. Les États ont également formellement reconnu, d'une part que les réfugiés ont souvent de bonnes raisons de partir de leurs pays de premier refuge⁸² et, d'autre part que les circonstances peuvent les contraindre à utiliser de faux documents.

9. Le terme « *penalties* » n'est pas défini dans la version anglaise de l'article 31. Il inclut, de manière non exhaustive, les poursuites judiciaires, les amendes et l'emprisonnement.

10. La détention provisoire est autorisée si elle est nécessaire et limitée à l'enquête préliminaire. Tandis que la détention administrative est permise en vertu de l'article 31 § 2, selon le droit international, elle équivaut à une sanction pénale dès lors que les garanties fondamentales font défaut (contrôle, durée excessive, etc.).

11. L'article 31 § 1 de la *Convention de 1951* oblige les États parties à tenir spécifiquement compte de toute revendication d'être un réfugié ayant droit à son bénéfice. Cette responsabilité peut être engagée par un acte volontaire de l'intéressé lorsqu'il fait une demande d'asile/de statut de réfugié. Elle peut également être engagée par un acte de l'État, par exemple, lorsqu'il exerce sa compétence sur l'intéressé en lui imposant des mesures de contrôle liées à l'immigration illégale (comme l'éloignement ou le refus d'entrée) ou en engageant des procédures pénales (comme des poursuites pour utilisation de faux documents de voyage).

12. Lorsqu'un État laisse le respect des obligations internationales à la discrétion du pouvoir administratif, une politique ou une pratique incompatible avec ces obligations engage la responsabilité internationale de ce dernier. La politique consistant à poursuivre ou d'une autre façon de sanctionner les personnes entrées ou présentes irrégulièrement ou les personnes utilisant de faux documents de voyage, sans égard pour les circonstances ayant présidé à la fuite dans les cas d'espèce, et le refus d'examiner le bien-fondé d'une demande d'asile, équivalent à une violation des obligations de l'État en vertu du droit international.

13. Par principe, un transporteur ne devrait, par conséquent, pas être sanctionné pour avoir transporté un passager « sans papiers », lorsque cette personne est par la suite considérée comme ayant besoin d'une protection internationale.

82. Voir la Conclusion de Comité exécutif No. 58, paragraphe g, *supra* Partie III.E.

VI. Les restrictions à la liberté de circulation en vertu de l'article 31 § 2, y compris la détention

Plusieurs milliers de réfugiés et de demandeurs d'asile sont actuellement détenus à travers le monde⁸³ ou subissent des restrictions à leur liberté de circulation. Les réfugiés et les demandeurs d'asile peuvent être utilisés pour des raisons politiques ou militaires et confinés dans des camps à la frontière, ou privés de la possibilité de sortir du pays dans des « installations » pour de longues périodes, dans des conditions de privation et de danger. Certains sont détenus en tant qu'immigrants illégaux, et certains d'entre eux peuvent obtenir leur remise en liberté après avoir prouvé la sincérité de leur demande d'asile, ou lorsqu'ils peuvent fournir suffisamment de garanties financières ou autres. Dans d'autres cas cependant, une détention illimitée et non susceptible de contrôle peut s'ensuivre, indépendamment du bien-fondé de la demande ou du fait que leur entrée et leur présence irrégulière ne sont dues qu'à la nécessité de trouver un refuge.

La détention et les autres restrictions à la liberté de circulation des réfugiés et des demandeurs d'asile continuent de soulever des questions fondamentales de protection et de droits de l'Homme, tant pour le HCR que pour l'ensemble de la communauté internationale. Dans la pratique des États, dont certaines sont résumées dans ce document, la détention est considérée comme une réponse nécessaire aux abus de la procédure d'asile, réels ou perçus comme tels, ou à des menaces du même ordre à la sécurité de l'État et au bien-être de la communauté. La pratique de détenir des réfugiés et des demandeurs d'asile a également tendance à refléter les tendances restrictives envers les réfugiés, qui elles-mêmes sont des manifestations de xénophobie. Cela peut également bien souvent résulter de lacunes dans le droit des réfugiés au niveau international et national, comme l'absence de règles régissant la responsabilité de la détermination des demandes d'asile ou la défaillance en matière de transposition des règles et des normes acceptées par traité.

Pour les besoins de cette étude, le terme « détention » est employé pour signifier le confinement à un lieu limité, comme une prison, un camp fermé, un centre d'« accueil » ou de « rétention »⁸⁴. Il y a une différence qualitative entre la détention et les autres restrictions à la liberté de circulation, ne serait-ce qu'en termes de degré

83. Dès 1977, le Comité exécutif exprimait ses préoccupations quant au fait que des réfugiés aient été l'objet de « mesures de détention injustifiée et indûment prolongée », Rapport de la 28^e session (1977), UN doc. A/AC.96/549, paragraphe 53.5.

84. Cf. l'affaire *Shokuh c. Pays-Bas, Hoge Raad der Nederlanden* (Cour suprême des Pays-Bas) du 9 décembre 1988, dans laquelle la Cour a considéré, dans le cadre de l'article 5 de la *Convention européenne des Droits de l'Homme*, qu'un étranger qui n'est pas autorisé à rester, mais qui se trouve néanmoins sur le territoire néerlandais, ne peut être détenu que conformément à la loi, et que la rétention dans la zone de transit d'un aéroport constitue une privation de liberté au sens de cet article, *Revue du droit des étrangers* (RDDE), No. 52, janvier — février 1989, p. 16.

et d'intensité⁸⁵, et de nombreux États ont réussi à gérer leurs systèmes d'asile et leurs programmes d'immigration sans recourir à des restrictions physiques, par exemple, en faisant appel à des garants, des dépôts de garantie ou de cautions, des exigences de contrôle ou des centres ouverts où les déplacements du demandeur d'asile sont limités au quartier dans lequel le centre est situé et où une absence de plus de 24 heures doit être autorisée⁸⁶.

Dans un certain nombre de pays confrontés à des afflux massifs, les réfugiés formellement admis sont hébergés dans des « sites » ou des « zones désignées ». De tels dispositifs sont fréquemment utilisés afin d'offrir des solutions aux réfugiés ruraux. L'envoi des personnes dans ces sites s'accompagne d'ordinaire de différentes restrictions à la liberté de circulation. Les réfugiés qui ne respectent pas ces dernières et qui quittent le camp ou le site sont passibles de sanctions, y compris la détention, ou peuvent ne plus être réadmis et se voir privés de toute assistance.

A. Portée de la protection prévue par la *Convention de 1951* et de manière générale

La *Convention de 1951* reconnaît que, dans certaines circonstances, les États peuvent appliquer des restrictions à la liberté de circulation. Ces dispositions reflètent largement la situation qui prévalait au moment de la rédaction du traité. L'article 8 de la *Convention de 1951* tente de garantir une dispense de mesures exceptionnelles qui pourraient affecter les réfugiés, uniquement en raison de leur nationalité, mais de nombreux États ont fait des réserves à cet article ; desquelles il résulte que certains États se dispensent de toute obligation, certains acceptent l'article comme une simple recommandation tandis que d'autres se réservent expressément le droit de prendre des mesures basées sur la nationalité dans l'intérêt de la sécurité nationale.

L'article 9 de la *Convention de 1951* a été rédigé spécifiquement pour couvrir les situations de guerre ou d'autres circonstances graves et exceptionnelles, et reflète les difficultés auxquelles certains États ont été confrontés pendant la Seconde Guerre mondiale pour distinguer clairement et rapidement les réfugiés des ressortissants ennemis. Cette disposition garantit donc le droit des États de prendre « des mesures provisoires » à l'égard d'une personne déterminée, « en attendant qu'il soit établi (...) que cette personne est effectivement un réfugié et que le maintien desdites mesures est nécessaire (...) dans l'intérêt de la sécurité nationale » (c'est nous qui soulignons).

L'article 26 de la *Convention de 1951* prévoit d'accorder aux réfugiés la même liberté de circulation que celle accordée aux étrangers en général dans les mêmes circonstances. Huit États ont fait des réserves, parmi lesquels six se sont expressément réservé le droit de désigner des lieux de résidence, soit de manière générale,

85. Voir *supra* Partie III.C, Cour européenne des Droits de l'Homme, paragraphe 43 de l'arrêt de la Cour dans l'affaire *Amuur c. France*.

86. Voir *Lawyers Committee for Human Rights, Preliminary Review, supra* note 59. Les réfugiés seraient libres d'aller et venir pendant la journée mais il pourrait y avoir des couvre-feux la nuit.

soit pour des motifs de sécurité nationale, d'ordre public ou d'intérêt public. Plusieurs États africains ont accepté l'article 26 sous la réserve que les réfugiés ne choisissent pas de résider dans une région frontalière de leur pays d'origine et qu'en tout cas ils s'abstiennent, dans l'exercice de leur liberté de circulation, de toute activité ou incursion de nature subversive vis-à-vis du pays dont ils sont ressortissants. Ces réserves sont réitérées aux articles II.6) et III de la *Convention de l'OUA de 1969 sur les réfugiés*⁸⁷ et elles sont également reflétées dans les articles 7 et 8 de la *Convention de Caracas de 1954 sur l'asile territorial*⁸⁸.

L'article 31 § 1 de la *Convention de 1951* a été examiné plus haut. Cette disposition implique que, comme le débarquement des personnes naufragées en mer ou d'autres victimes de force majeure, l'entrée des réfugiés fuyant la persécution ne doit pas être considérée comme un acte illégal. Les États conservent toutefois une marge importante d'appréciation quant aux mesures à appliquer pendant la procédure de détermination du statut et au traitement de ceux qui, pour une raison ou une autre, sont considérés comme ne relevant pas des termes de cet article.

Le fait que les États aient la compétence de détenir des ressortissants étrangers dans l'attente de leur éloignement ou des décisions relatives à leur entrée est confirmé par des décisions de justice et par la pratique des États⁸⁹. Dans une perspective de droit international, toutefois, la question est de savoir si, dans le cas des réfugiés et des demandeurs d'asile, le pouvoir a été exercé de manière légale, compte tenu des normes relatives à son exercice et à sa durée.

La *Convention de 1951* reconnaît explicitement que les États ont le pouvoir de limiter la liberté de circulation des réfugiés, par exemple, dans des circonstances exceptionnelles, dans l'intérêt de la sécurité nationale ou, si nécessaire, après entrée irrégulière. La clause de l'article 31 relative à l'absence de sanctions pénales s'applique à certains cas seulement, mais l'article 31 § 2 implique que, après toute période initiale acceptable de détention, les États ne peuvent appliquer d'autres restrictions à la liberté de circulation que celles qui sont « nécessaires », par exemple, pour des motifs de sécurité ou dans des situations spécifiques d'afflux massif. Ces restrictions doivent, d'une manière générale, être appliquées seulement en attendant que le statut du réfugié soit régularisé ou qu'il ait réussi à se faire admettre dans un autre pays.

Tandis que la pratique des États reconnaît le pouvoir de détenir des personnes dans le cadre de la gestion des migrations, les traités relatifs aux droits de l'Homme affirment que nul ne peut faire l'objet d'une arrestation ou d'une détention

87. *Convention de l'Organisation de l'Unité Africaine (OUA) de 1969 régissant les aspects propres aux problèmes des réfugiés en Afrique*, Nations Unies, *Recueil des Traités*, vol. 1001, n° 45.

88. Voir *supra* note 30.

89. Voir, par exemple, *Attorney-General for Canada c. Cain*, Judicial Committee of the Privy Council, [1906] AC 542 (PC) ; *Shaughnessy c. États-Unis, ex rel. Mexei*, US Supreme Court, 345 US 206 (1953) et article 5 de la *Convention européenne des Droits de l'Homme*.

*arbitraires*⁹⁰. Le minimum de protection exige donc que toute détention soit conforme et autorisée par la loi ; ensuite, il est exigé que la détention puisse faire l'objet d'un contrôle concernant sa légalité et sa nécessité, à l'aune de ce qui est raisonnable et nécessaire dans une société démocratique. Le terme « arbitraire » comprend non seulement ce qui est illégal mais également ce qui est injuste⁹¹.

L'article 12 du *PIDCP* s'applique à toute personne se trouvant légalement sur le territoire d'un État, mais l'interprétation du terme « nécessaire » est également pertinente pour l'application de l'article 31 § 2 de la *Convention de 1951*. L'article 12 § 3 du *PIDCP* dispose que la liberté de circulation « ne peut être l'objet de restrictions que si celles-ci sont prévues par la loi, nécessaires pour protéger la sécurité nationale, l'ordre public, la santé ou la moralité publiques, ou les droits et libertés d'autrui, et compatibles avec les autres droits reconnus par le présent Pacte ». Comme le remarque Manfred Nowak dans son commentaire sur le *PIDCP*, l'exigence de « nécessité » doit répondre à des critères objectifs, le critère décisif pour évaluer si cette norme a été respectée dans un cas donné étant la proportionnalité. Chaque restriction requiert donc un équilibre précis entre le droit à la liberté de circulation et les intérêts que la restriction est censée protéger. Par conséquent, une restriction est « nécessaire » lorsque sa sévérité et son intensité sont proportionnées par rapport à l'un des objectifs énumérés à cet article et lorsqu'elle est liée à l'un de ces objectifs⁹².

Les *conditions* de détention peuvent également soulever la question du respect par l'État des normes de traitement généralement acceptées, y compris l'interdiction des traitements cruels, inhumains ou dégradants, la protection spécifique à accorder aux familles et aux enfants⁹³ et la reconnaissance générale des garanties et des droits fondamentaux en matière de procédure⁹⁴.

90. Voir, par exemple, l'article 9 du *PIDCP* ; l'article 5 de la *Convention européenne des Droits de l'Homme* ; l'article 2 du *Protocole No.4 à la Convention européenne des Droits de l'Homme*, STE No. 46 ; l'article 7 de la *Convention américaine des Droits de l'Homme* ; l'article 6 de la *Charte africaine des Droits de l'Homme et des Peuples de 1981*, 21 ILM, 1982, 58 et l'article 5 de la *Déclaration des Nations Unies de 1985 sur les droits de l'Homme des personnes qui ne possèdent pas la nationalité du pays dans lequel elles vivent*, Résolution 40/144 de l'Assemblée générale des Nations Unies du 13 décembre 1985, annexe.

91. Cette interprétation est celle adoptée au cours des travaux de la Commission des droits de l'Homme sur le droit de chacun à être protégé contre l'arrestation arbitraire, la détention et l'exil ; voir UN doc. E/CN.4/826/Rev.1, paragraphes 23-30. Voir désormais les travaux du groupe de travail de la Commission des droits de l'Homme sur la détention arbitraire décrits ci-dessous.

92. Nowak, *CCPR Commentary*, voir *supra* note 26, p. 211.

93. Voir l'affaire *D.D. et D.N. c. État belge, Ministre de l'intérieur et Ministre de la santé publique, de l'environnement et de l'intégration sociale*, Tribunal civil (Réf.) Bruxelles, 25 novembre 1993, No. 56.865, dans laquelle le tribunal a considéré que la détention d'un demandeur d'asile et de son nouveau-né était inhumaine et dégradante, en violation des articles 3 et 8 de la *Convention européenne des Droits de l'Homme*, RDDE, No. 76, novembre-décembre 1993, p. 604. Voir également la *Convention de 1989 relative aux droits de l'enfant*, Résolution 44/25 de l'Assemblée générale des Nations Unies du 20 décembre 1989.

94. Cf. l'affaire du *Personnel diplomatique et consulaire des États-Unis à Téhéran*, dans laquelle la Cour internationale de Justice a observé que « le fait de priver de manière injustifiée des êtres humains de

La détention va souvent priver le demandeur d'asile d'une opportunité de présenter son cas ou de bénéficier de l'assistance d'un conseil ; cela est encore plus probable lorsque les demandeurs d'asile sont retenus dans des lieux isolés, comme c'est le cas en Australie et souvent aux États-Unis. La détention représente également un coût financier élevé ; par exemple, en 1999, il a été estimé que les coûts de détention de quelque 24.000 personnes (demandeurs d'asile et autres immigrants) aux États-Unis s'élèveraient à plus de 500 millions de dollars américains en 2001⁹⁵. Une représentation défailante ou inadéquate peut également occasionner des frais supplémentaires pour l'État d'accueil ; de mauvaises décisions ont de plus fortes chances d'être annulées en appel et le processus de gestion des cas est souvent inutilement retardé par des procédures peu fiables dès le départ⁹⁶.

B. Normes internationales

1. Comité exécutif/HCR

La détention des réfugiés et des demandeurs d'asile a été examinée de manière approfondie par le Comité exécutif du HCR lors de sa 37^e session en 1986. Le groupe de travail est parvenu à un consensus et ses rapports et conclusions ont été présentés et adoptés par le Comité exécutif⁹⁷. Tout en n'allant pas aussi loin que certains l'auraient souhaité⁹⁸ et n'érigeant en aucun cas la détention en exception, alors que c'était l'objectif du HCR, les Conclusions acceptent néanmoins le principe que « la détention doit normalement être évitée ». Le Comité exécutif emploie également un langage de « justification conditionnelle », en reconnaissant que

En cas de nécessité, on peut avoir recours à la détention, mais seulement pour des raisons prévues par la loi pour procéder à des vérifications d'identité ; déterminer les éléments constitutifs de la demande de réfugié ou d'asile, traiter les cas où des réfugiés et des demandeurs d'asile ont détruit leurs documents de voyage et/ou d'identité ou se sont servis de faux documents afin

leur liberté et de les soumettre à des contraintes physiques dans des conditions difficiles est en soi manifestement incompatible avec les principes de la *Charte des Nations Unies*, ainsi qu'avec les principes fondamentaux énoncés par la *Déclaration universelle des droits de l'Homme* » : Recueil CIJ 1980, p. 3 à p. 42, paragraphe 91 (traduction libre).

95. Lawyers Committee for Human Rights, « Refugees Behind Bars : The Imprisonment of Asylum Seekers in the Wake of the 1996 Immigration Act », août 1999, pp. 1 et 15, disponible sur <http://www.lchr.org/refugee/behindbars.htm>.

96. Voir également Amnesty International, « United States of America : Lost in the Labyrinth : Detention of Asylum Seekers », Rapport, AMR51/51/99, septembre 1999 ; ce rapport met en lumière différents problèmes dans la législation et la pratique actuelles des États-Unis, y compris une application incohérente, une absence de distinction entre demandeurs d'asile et autres migrants et des installations de détention inadaptées.

97. « Rapport de la 37^e session (1986) », UN doc. A/AC.96/688, paragraphe 128.

98. Voir L. Takkenberg, « Detention and Other Restrictions of the Freedom of Movement of Refugees and Asylum Seekers : The European Perspective », in *Asylum Law and Practice in Europe and North America : A Comparative Analysis* (ed. J. Bhabha and G. Coll, Federal Publications, Washington DC, 1992), pp. 178 et 180-4.

d'induire en erreur les autorités de l'État dans lequel ils ont l'intention de demander asile ; ou sauvegarder la sécurité nationale ou l'ordre public⁹⁹.

Il note que des « procédures équitables et rapides » concernant la détermination du statut de réfugié constituent une protection importante contre une détention prolongée et que « les mesures de détention prises à l'égard de réfugiés et de demandeurs d'asile doivent pouvoir faire l'objet de recours judiciaires et administratifs ». Le lien établi entre la privation de liberté et un but et objet identifiable (et légal) vise également à maintenir cette pratique dans un cadre légal.

En 1998, le Comité exécutif du HCR affirme qu'il

déplore que bon nombre de pays ne cessent de détenir des demandeurs d'asile, y compris des mineurs, souvent de façon arbitraire et pour des périodes indûment prolongées, sans leur donner un accès adéquat au HCR et à des procédures d'examen de leur détention en temps voulu ; note que, dans certains cas, ces pratiques de détention ne sont pas conformes aux normes établies en matière de droits de l'Homme et exhorte les États à étudier de façon plus approfondie toutes les solutions de rechange¹⁰⁰.

L'année suivante, le HCR a publié une version révisée de ses *Principes directeurs sur la détention des demandeurs d'asile* qui réaffirment que « en tant que principe général, les demandeurs d'asile ne devraient pas être détenus » et que « l'utilisation de la détention est, dans beaucoup de cas, contraire aux normes et principes du droit international »¹⁰¹. Le HCR insiste sur les principes adoptés par le Comité exécutif (et « rappelés » également par la résolution 44/147 de l'Assemblée générale des Nations Unies du 15 décembre 1989) selon lesquels, si la détention peut être utilisée dans des circonstances exceptionnelles, il faut tout d'abord toujours examiner toutes les alternatives possibles à la détention, notamment les obligations de présence et de résidence, l'obtention d'un garant, la libération sous caution et l'utilisation de centres ouverts¹⁰². La détention ne doit être utilisée que si elle est raisonnable et proportionnelle aux objectifs visés et, surtout, *nécessaire* pour vérifier l'identité, pour déterminer les éléments sur lesquels s'appuie la demande d'asile, dans les cas où les

99. Conclusion du Comité exécutif No. 44 (XXXVII) de 1986, paragraphe b) (c'est nous qui soulignons). En 1981, le Comité exécutif, suivant les recommandations du Sous-Comité plénier sur la protection internationale, a adopté un ensemble de Conclusions sur la protection des personnes en quête d'asile en cas d'arrivées massives, « Rapport de la 32^e session », UN doc. A/AC.96/601, paragraphe 57. Ces dernières consacrent quelque seize « normes minimum humanitaires de base », conçues en particulier dans l'objectif de parvenir à une solution durable face à la situation difficile des personnes admises temporairement.

100. Conclusion du Comité exécutif No. 85 (XLIX) de 1998 sur la protection internationale.

101. HCR, *Principes directeurs révisés*, voir *supra* note 53.

102. *Ibid.*, *Principe directeur 4 : Alternatives à la détention*. Voir aussi Amnesty International, *Alternatives to Mandatory Detention — Refugee Factsheet*, juillet 2001, qui fait remarquer que les modes alternatifs de détention visent à : 1) diminuer les restrictions à la liberté individuelle des demandeurs d'asile ; 2) limiter la durée de la détention ; 3) garantir des services d'aide pour répondre aux besoins spécifiques des demandeurs d'asile et 4) former le personnel du gouvernement et du système de détention à reconnaître les problèmes auxquels les demandeurs d'asile sont confrontés.

demandeurs d'asile ont détruit leurs documents ou ont utilisé de faux documents afin d'induire en erreur, ou pour protéger la sécurité nationale et l'ordre public. L'utilisation de la détention à des fins de dissuasion n'est donc pas acceptable¹⁰³.

En cas de détention, les demandeurs d'asile doivent bénéficier des garanties procédurales fondamentales, telles que : la communication prompte et entière de toute décision de détention, ainsi que les raisons l'ayant motivée, dans une langue et dans des termes qui leur soient compréhensibles ; une information sur leur droit au conseil juridique et à une assistance juridique gratuite, lorsque cela est possible ; le contrôle automatique de la décision de détention par une instance judiciaire ou administrative, ainsi que des contrôles périodiques de la nécessité de poursuivre la détention ; la possibilité de contester la nécessité d'être détenu ; le droit de contacter et de communiquer avec le HCR ou d'autres agences nationales pour les réfugiés ainsi qu'avec un avocat. La détention ne devrait en aucun cas empêcher un demandeur d'asile de poursuivre les formalités liées à sa demande.

Les Principes directeurs du HCR s'appuient également sur le droit international général en ce qui concerne le traitement à accorder aux mineurs, aux autres groupes vulnérables, aux femmes ainsi qu'en ce qui concerne les conditions de détention, qui devraient être humaines et respecter la dignité inhérente à la personne¹⁰⁴.

Comme cela est indiqué ci-dessus, comparativement peu d'États ont adopté des mesures formelles pour transposer l'exemption de sanctions imposée par l'article 31 de la *Convention de 1951*. Même lorsque des dispositions législatives existent, les réfugiés et les demandeurs d'asile peuvent tout de même connaître des restrictions à leur liberté. Ils sont soumis à la même législation que celle appliquée aux étrangers en général et sont donc exposés à des poursuites judiciaires, à des peines et/ou à la détention au motif qu'ils sont entrés de manière irrégulière, dépourvus des documents requis ou avec de faux documents. La détention peut également être utilisée lorsqu'on estime que le demandeur risque de fuir ou lorsqu'il est considéré comme un danger pour le public ou pour la sécurité nationale. Dans certains pays, en particulier dans un contexte de tensions nationales ou internationales, une demande de statut de réfugié peut rendre le demandeur politiquement suspect ; dans d'autres pays, l'origine raciale, la conviction religieuse ou la crainte de s'attirer

103. Voir A. C. Helton, « The Detention of Refugees and Asylum Seekers : A Misguided Threat to Refuge Protection », in *Refugees and International Relations* (édition G. Loescher et L. Monahan, Oxford University Press, 1989), p. 135 et p. 137 : « La détention à des fins de dissuasion est une forme de punition dans la mesure où elle prive une personne de sa liberté pour la seule raison qu'elle a été contrainte de s'exiler » (traduction libre).

104. Concernant la détention des réfugiés et des demandeurs d'asile en Afrique du Sud, voir Human Rights Watch/Africa, *The Human Rights of Undocumented Migrants, Asylum Seekers and Refugees in South Africa*, Conclusions rendues au groupe spécial sur le livre vert, 11 avril 1997, pp. 6-8 ; concernant les pressions migratoires, les problèmes et les réponses, voir « Rapport de M. Glele-Ahanhanzo, Rapporteur spécial sur les formes contemporaines de racisme, discrimination raciale, xénophobie et intolérance », UN doc. E/CN.4/1999/15/Add.1, 27 janvier 1999.

des problèmes politiques avec les États voisins, peuvent être utilisées pour justifier des restrictions à la liberté.

Lorsqu'un recours contre la détention est prévu, les pouvoirs réels des instances de contrôle, cour ou tribunal, peuvent être limités à la confirmation que la détention est formellement légale, en vertu du droit général ou d'une législation d'urgence. Le recours à des voies d'appel et l'accès à un conseil juridique, même s'ils sont accessibles en théorie, sont souvent limités en raison de leurs coûts. La libération sous caution, sur parole ou avec garant existe parfois mais elle est souvent conditionnée à des garanties irréalistes ou à l'éligibilité à une réinstallation dans un autre pays. En dépit des termes de l'article 35 de la *Convention de 1951*, selon lesquels les États s'engagent à coopérer avec le HCR, seuls quelques pays ont mis en place une procédure d'information régulière du bureau local du HCR au sujet des cas de réfugiés ou de demandeurs d'asile détenus.

2. Autres développements des normes internationales

Dans sa décision *A. c. Australie* de 1997, le Comité des droits de l'Homme a énoncé certains des éléments qu'il considère comme essentiels pour éviter la détention arbitraire¹⁰⁵. Il a insisté, en particulier, sur le fait que toute décision de maintenir une personne en détention devrait être *réexaminée périodiquement* de manière à pouvoir évaluer les *motifs justifiant la détention*¹⁰⁶. La détention ne devrait pas se prolonger au-delà de la période pour laquelle elle peut être justifiée de manière objective. Le Comité fait observer que :

Le fait que la personne visée est *entrée illégalement* dans le pays peut indiquer qu'une *enquête est nécessaire* et il peut y avoir d'autres considérations propres à l'intéressé, telles que le *risque de fuite* et le *manque de coopération*, qui peuvent justifier la détention pendant une période donnée. En l'absence de tels facteurs, la détention peut être considérée comme arbitraire, même en cas d'entrée illégale¹⁰⁷.

Le Comité souligne également l'importance d'un contrôle *réel* et pas seulement de pure forme et note que :

En stipulant que les tribunaux doivent être habilités à ordonner la libération d'une personne « si la détention est *illégal* », le paragraphe 4 de l'article 9 [du *PIDCP*] requiert que les tribunaux soient habilités à prendre une telle décision si la détention est *incompatible avec les dispositions du paragraphe 1 de l'article 9* ou avec d'autres dispositions du *Pacte*¹⁰⁸.

105. *A. c. Australie*, Communication No. 560/1993, Comité des droits de l'Homme, 3 avril 1997.

106. Cf. l'affaire *R. c. Special Adjudicator, ex parte B.*, Divisional Court, Royaume-Uni, 17 septembre 1997, dans laquelle la Cour a tenu compte d'un changement dans la situation relative au demandeur d'asile détenu, qui a fait pencher la balance en faveur de la remise en liberté. La Cour a estimé que le Secrétaire d'État n'avait pas respecté sa propre politique et que la détention prolongée était injustifiée, illégale et irrationnelle.

107. *A. c. Australie*, *supra* note 104, paragraphe 9.4 (c'est nous qui soulignons).

108. *Ibid.*, paragraphe 9.5 (c'est nous qui soulignons).

La question de la détention a figuré à l'ordre du jour de la Commission des droits de l'Homme pendant plusieurs années¹⁰⁹. Un Groupe de travail sur la détention arbitraire a été créé par la résolution 1991/42 et son mandat a été révisé par la résolution 1997/50. Son mandat est désormais d'enquêter sur les cas de privation de liberté imposée arbitrairement, dans la mesure où aucune décision définitive n'a été prise dans ces cas par les juridictions nationales en conformité avec la législation nationale, avec les normes énoncées dans la *Déclaration universelle des droits de l'Homme*¹¹⁰ et avec les instruments internationaux pertinents acceptés par les États concernés. La même résolution a demandé au Groupe de travail de porter attention à la situation des migrants et des demandeurs d'asile « qui feraient l'objet d'une rétention administrative prolongée sans possibilité de recours administratif ou judiciaire¹¹¹ ».

En décembre 1998, le Groupe de travail a mis en place des critères permettant de déterminer si la rétention administrative était arbitraire ou non¹¹². L'année suivante, il a adopté la délibération No.5 qui développe ces principes directeurs¹¹³. Pour le Groupe de travail, la notion d'« arbitraire » implique que la détention ne se fonde sur aucune base juridique, se base sur des faits relatifs à l'exercice, par l'intéressé, de ses droits fondamentaux et se base également ou est caractérisée par le non-respect des normes internationales, par exemple, en matière de procédure ou de conditions de traitement. Le Groupe de travail a également accordé une attention particulière à la nécessité qu'il y ait des garanties quant à la compétence, l'impartialité et l'indépendance de l'« autorité judiciaire ou autre » qui ordonne ou contrôle à la fois la légalité et la nécessité de la détention.

109. L'interdiction de l'arrestation et de la détention arbitraires des étrangers a été réaffirmée à l'article 5 de la *Convention des Nations Unies de 1985 sur les droits de l'Homme des personnes qui ne possèdent pas la nationalité du pays dans lequel elles vivent*, supra note 89. Voir également *UN Standard Minimum Rules for the Treatment of Prisoners*, Résolutions 663 C (XXIV) du 31 juillet 1957 et 2076 (LXII) du 13 mai 1977 du Conseil économique et social ; *Code de conduite pour les responsables de l'application des lois*, Résolution 34/169 de l'Assemblée générale des Nations Unies du 17 décembre 1979 et *Principes d'éthique médicale applicables au rôle du personnel de santé, en particulier des médecins, dans la protection des prisonniers et détenus contre la torture et autres peines ou traitements cruels, inhumains ou dégradants*, Résolution 37/194 de l'Assemblée générale des Nations Unies du 18 décembre 1982, disponibles sur <http://www.unhcr.ch/intlinst.htm>

110. Résolution 217 A (III) de l'Assemblée générale des Nations Unies du 10 décembre 1948.

111. Commission des droits de l'Homme, UN doc. E/CN.4/RES/1997/50, 15 avril 1997. Voir également « Rapport du Groupe de travail », UN docs. E/CN.4/1998/44 du 19 décembre 1997 ; E/CN.4/RES/1998/41 du 17 avril 1998.

112. « Rapport du Groupe de travail », UN doc. E/CN.4/1999/63 du 18 décembre 1999, paragraphe 69 (quatorze garanties).

113. UN doc. E/CN.4/2000/4 du 28 décembre 1999, Annexe, *Délibération relative à la situation des migrants et demandeurs d'asile et garanties concernant la personne mise en détention*. La déclaration a été mentionnée par la Commission des droits de l'Homme dans ses résolutions 2001/40 du 23 avril 2001 et 2000/36 du 20 avril 2000.

Par conséquent, en principe, le pouvoir de l'État de détenir des personnes doit être lié à un but ou à un objet reconnu et il doit exister un lien de proportionnalité raisonnable entre la fin et les moyens. Dans le contexte de la gestion des migrations et de la détermination du statut de réfugié, la détention illimitée en tant qu'élément d'un programme de « dissuasion humaine » s'est avérée généralement inhumaine et d'une valeur dissuasive limitée.

Le droit international régit également les conditions de détention et des normes minimales ont été recommandées par le Comité exécutif et par le HCR¹¹⁴.

Les restrictions aux droits doivent non seulement être prescrites par la loi (ce qui est la garantie minimale contre le traitement arbitraire) mais elles doivent également être *nécessaires dans une société démocratique* pour protéger la sécurité nationale, l'ordre public et les droits et libertés d'autrui.

Non seulement la légalité doit être confirmée, mais la situation propre à l'individu doit également être examinée à la lumière de la demande ou du droit qu'il est susceptible d'avoir. Cela signifie qu'il faut déterminer si l'objectif de dissuasion est rempli ou défendu par les mesures individuelles de détention ou par les politiques visant à soumettre certains groupes à des mesures de privation de liberté, ou par le fait de refuser *a priori* d'examiner le bien-fondé de leur demande. Cela signifie qu'il faut déterminer si la détention est réellement nécessaire, par exemple, pour mettre en œuvre une mesure d'expulsion ou d'éloignement ou pour protéger la sécurité nationale ou pour prévenir la fuite.

Dans la recherche du bon équilibre entre les différents intérêts, il faut étudier de près les alternatives à la détention, telles que des procédures équitables, efficaces et rapides pour la détermination des demandes. Dans certaines situations, il appartient également à la communauté des États, en collaboration avec le HCR, de contribuer à la résolution des problèmes des réfugiés, éliminant ainsi tout motif de détention prolongée.

Le fait de fixer des limites à la détention ne signifie pas nécessairement que les États sont dépourvus de pouvoirs pour gérer les mouvements de populations, mais les possibilités de coopération internationale dans ce domaine restent relativement inexplorées. Les mesures répressives visant les réfugiés et les demandeurs d'asile ne sont, cependant, généralement pas adaptées et l'expérience montre qu'elles n'atteignent pas leurs objectifs, comme celui de dissuader les arrivées. En outre, elles ont de fortes chances de violer les droits fondamentaux ; lorsque des mouvements de réfugiés sont en cause, les mesures répressives visant les individus contribuent peu, sinon en rien, à atteindre l'objectif ultime, qui est de trouver des solutions.

114. Voir la Conclusion du Comité exécutif No. 22 (XXXII) de 1981 sur la protection des personnes en quête d'asile en cas d'arrivées massives ; HCR, *Principes directeurs révisés*, supra note 53, *Principe directeur 10* : « Conditions de détention ». Voir également Human Rights and Equal Opportunity Commission, Australie, *Immigration Detention Guidelines*, mars 2000 ; Conseil européen sur les réfugiés et les exilés (CERE/ECRE), *Position Paper on the Detention of Asylum Seekers*, avril 1996, disponible sur <http://www.ecre.org/positions/detain.shtml>.

C. Transposition ou adoption de normes en droit interne

L'application des normes internationales décrites ci-dessus dépend d'un certain nombre de variables, y inclus la façon dont le droit international est transposé en droit interne, la mesure dans laquelle les principes constitutionnels nationaux peuvent transposer, refléter ou améliorer les règles et normes de droit international, l'existence et les termes de toute législation d'application et la façon dont la politique est mise en œuvre au niveau administratif. Même en l'absence de législation de transposition ou d'adoption, plusieurs jugements confirment l'importance et l'applicabilité de certaines normes de base dans l'application de l'article 31 de la *Convention de 1951* et dans l'exécution du pouvoir de détention de l'État.

Par exemple, dans l'affaire *Zadvydas c. Immigration and Naturalization Service*¹¹⁵, la Cour suprême des États-Unis a établi le principe que la détention d'un étranger dans un contexte d'immigration et de contrôle devrait être limitée à une durée raisonnablement nécessaire pour organiser l'éloignement de la personne, et que la détention illimitée n'était pas autorisée. La Cour a fait remarquer que la « durée raisonnable » devait être mesurée principalement au regard de l'objectif de la loi américaine de garantir la présence de l'étranger au moment de l'éloignement. Si l'éloignement ne peut raisonnablement être prévu et si l'intéressé expose de bonnes raisons de croire qu'il y a peu de chance que cela arrive, il revient alors au gouvernement de renverser la présomption. La Cour a estimé qu'une durée de six mois serait un temps convenablement raisonnable dans de nombreux cas. La Cour a également souligné que l'« intérêt pour la liberté » des étrangers n'était pas diminué par le fait qu'ils n'avaient pas le droit de vivre librement dans le pays, car il existait un choix entre d'une part, l'emprisonnement et d'autre part, la remise en liberté sous contrôle. Au sens de la Constitution américaine, cet intérêt pour la liberté était suffisamment fort pour soulever un problème constitutionnel grave en cas de détention illimitée.

En Nouvelle-Zélande, la Haute Cour s'est penchée sur la question de la détention des demandeurs d'asile à l'occasion d'une instruction de 2001 prévoyant la détention de tous les arrivants non autorisés. Elle a estimé que pour être conforme à l'article 31 § 2, le pouvoir de détenir des réfugiés devait se limiter à ce qui est « nécessaire » comme énoncé dans cet alinéa¹¹⁶. Le juge Baragwanath a défini cette nécessité comme « le minimum requis, au vu des faits présentés à l'agent de l'immigration : 1) pour permettre à la *Refugee Status Branch* (Division du statut de réfugié) d'exercer ses fonctions ; 2) pour éviter un risque réel d'infraction pénale ; 3) pour éviter un risque réel de fuite ». Il a cependant insisté sur le fait que la Division du statut de réfugié devait « agir conformément aux obligations de la Nouvelle-Zélande énoncées dans la *Convention relative au statut des réfugiés* » et a fait remarquer qu'il

115. US Supreme Court, Affaire No. 99-7791, 28 juin 2001 (traduction libre).

116. *Refugee Council of New Zealand Inc. and the Human Rights Foundation of Aotearoa New Zealand Inc. and D. c. Attorney-General*, Affaire No. M1881- ASO1, jugement provisoire du 31 mai 2002 et jugement supplémentaire du 27 juin 2002.

« serait donc étrange que la détention qui, selon l'article 31 § 2, doit se limiter à ce qui est « nécessaire », puisse être « nécessaire » pour faciliter le travail de la Division du statut de réfugié »¹¹⁷. Le pouvoir discrétionnaire de détenir, a-t-il ajouté, « ne s'exerce pas une fois pour toutes mais il est « itératif » : si la détention est décidée, cette décision doit être soumise à un contrôle permanent et le contrôle de nécessité doit être continuellement appliqué au fur et à mesure que des preuves apparaissent »¹¹⁸.

Dans l'affaire *Minister for Immigration and Multicultural Affairs c. Vadarlis*,¹¹⁹ cependant, la majorité des membres de la Cour fédérale d'Australie a soutenu que les agissements du gouvernement australien n'équivalaient pas à une détention qui déclencherait le droit à l'*habeas corpus* et l'obligation de débarquer les personnes concernées sur le continent australien. L'affaire est née du sauvetage par le *MV Tampa*, navire enregistré en Norvège, de quelque 433 demandeurs d'asile naufragés en mer. Le sauvetage a été effectué à la demande de la gendarmerie maritime australienne, mais l'admission sur le territoire australien de Christmas Island et le débarquement des personnes rescapées ont été refusés. Le navire est entré dans les eaux territoriales australiennes et a refusé de partir en raison de l'état des passagers et de questions de sécurité. Le gouvernement australien a envoyé des troupes pour prendre le contrôle du navire et de ses passagers et un accord a par la suite été négocié avec Nauru et la Nouvelle-Zélande, aux termes duquel cette dernière s'engageait à accueillir les rescapés et à déterminer si l'ensemble du groupe ou certaines personnes avaient droit au statut de réfugié.

Des plaintes ont été déposées en arguant, entre autres, que les rescapés avaient été détenus illégalement par le gouvernement et en demandant des ordres d'*habeas corpus*. Ces derniers ont été accordés, la remise en liberté sur le continent a été ordonnée et le ministre a fait appel. En appel, le juge French a estimé qu'il n'existait pas de « restriction » attribuable au gouvernement australien qui puisse être soumise à l'*habeas corpus*. Les agissements du gouvernement avaient été accessoires par rapport à l'objectif principal d'empêcher les naufragés de débarquer sur le territoire australien « où ils n'avaient aucun droit de venir ».

213 [...] Leur incapacité à aller ailleurs provenait de circonstances ne dépendant pas d'un quelconque agissement de la part du Commonwealth. La présence de [...] troupes [...] ne constituait pas, en elle-même ou en combinaison avec d'autres facteurs, une détention. Cela était accessoire par rapport à l'objectif principal visant à empêcher un débarquement ainsi qu'à maintenir la sécurité du navire. Cela a également permis de fournir accessoirement des médicaments et de la nourriture aux rescapés. L'accord avec Nauru / Nouvelle-Zélande apportait la seule solution pratique à la situation. Cet accord ne constituait pas une restriction à la liberté attribuable au Commonwealth étant donné que le capitaine du *Tampa* n'aurait pas quitté l'Australie tant que les naufragés étaient à bord de son navire.

117. *Ibid.*, jugement supplémentaire, paragraphes 125-6 (traduction libre).

118. *Ibid.*, jugement supplémentaire, paragraphe 203 (traduction libre).

119. Voir *supra* note 65 (traduction libre).

Le juge Black a exprimé une opinion dissidente. Sur la question de la détention, il a utilisé son autorité pour montrer qu'« une détention réelle et une perte complète de liberté » ne sont pas nécessaires pour justifier la délivrance d'un ordre d'*habeas corpus* (paragraphe 69). En outre, la question de savoir si un détenu avait un droit d'entrer n'était pas pertinente en l'occurrence, la question étant de savoir s'il existait des moyens raisonnables de sortie ouverts aux rescapés, permettant de considérer qu'il n'y avait pas eu de détention (paragraphe 79). Selon lui, « d'un point de vue pratique et réaliste, les rescapés étaient incapables de quitter le navire qui les avait sauvés » (paragraphe 80). De plus, la question de savoir si le gouvernement australien était responsable nécessitait de tenir compte du fait que « le Commonwealth a agi dans un cadre factuel où l'intention du capitaine du *MV Tampa* d'aller vers Christmas Island était connue (...) et où il était d'avis qu'il ne quitterait pas les eaux australiennes tant que les rescapés étaient à bord ».

Selon le droit international, le navire, son équipage et les passagers se trouvaient sous la juridiction de l'Australie et sous le contrôle des agents de l'État. Le seul facteur qui, en réalité, a entraîné la fin de ce contrôle a été l'offre de Nauru et de la Nouvelle-Zélande de débarquer les rescapés et la mise en œuvre ultérieure de cette offre. En l'absence de cette solution ou d'une autre solution internationale, les rescapés seraient probablement restés sous la garde de l'État australien.

VII. Conclusions relatives à l'article 31 § 2

En résumé, les conclusions suivantes peuvent être tirées à propos de l'article 31 § 2 :

1. L'article 14 de la *Déclaration universelle des droits de l'Homme* énonce le droit de toute personne de chercher asile devant la persécution, et le principe fondamental du non-refoulement exige que les États ne refoulent pas les réfugiés vers les territoires où leur vie ou liberté serait menacée. Cependant, entre l'asile et le non-refoulement subsiste une pratique dans de nombreux endroits du monde consistant à imposer des restrictions à la liberté de circulation des réfugiés et des demandeurs d'asile, qui sont souvent sans limitation de durée et sans égard pour leur situation particulière ou envers la nécessité de trouver des solutions durables à leurs problèmes.
2. Aux termes de l'article 31 § 2, il n'existe pas de distinction entre les restrictions au déplacement ordonnées ou appliquées à titre administratif et celles ordonnées ou appliquées à titre judiciaire. Le pouvoir des États d'imposer une telle restriction, y compris la détention, doit être lié à un objet ou à un but reconnu et il doit y avoir une relation de proportionnalité raisonnable entre la fin et les moyens.
3. La raison pour laquelle la liberté de circulation pour les réfugiés serait restreinte peut varier, selon que les États sont confrontés à un afflux massif ou qu'ils ont affaire à des demandeurs d'asile dans un système d'asile individuel.

Les restrictions au déplacement ne doivent pas être imposées de manière illégale et arbitraire, mais doivent être nécessaires et n'être appliquées que sur une base individuelle pour des motifs prévus par la loi et conformément aux droits de l'Homme.

4. La détention des réfugiés et des demandeurs d'asile est une mesure exceptionnelle ; en tant que telle, elle doit uniquement être appliquée sur une base individuelle, lorsqu'elle a été jugée nécessaire par l'autorité compétente, à la lumière de la situation de l'espèce et sur la base des critères établis par la loi, conformément au droit international des réfugiés et aux droits de l'Homme.

5. Le fait d'entrer dans un pays à la recherche d'un refuge et d'une protection ne doit pas être considéré comme un acte illégal ; les réfugiés ne doivent pas être sanctionnés pour cette seule raison ou parce que, ayant besoin d'un refuge et d'une protection, ils séjournent irrégulièrement dans un pays.

6. Il existe une différence qualitative entre la détention et les autres restrictions à la liberté de circulation, ne serait-ce que de degré et d'intensité, et de nombreux États sont capables de gérer leurs systèmes d'asile et leurs politiques d'immigration sans recourir à la contrainte physique.

7. En cherchant le bon équilibre entre les différents intérêts en présence, il est nécessaire de toujours étudier de manière approfondie les alternatives à la détention, telles que des procédures équitables, efficaces et rapides pour la détermination des demandes. Dans certaines situations, il incombe à la communauté internationale, en collaboration avec le HCR, de contribuer à la solution des problèmes des réfugiés et d'éliminer ainsi tout motif de détention prolongée.

8. En outre, des systèmes déjà utilisés dans de nombreux États, tels que les obligations de contrôle et de résidence, l'obtention d'un garant ou le dépôt d'une caution ou d'une garantie, la supervision communautaire ou les centres ouverts avec des installations de type hôtelier, doivent être étudiés de manière plus approfondie, en coopération avec la société civile.

9. En tenant compte du principe de l'intérêt supérieur de l'enfant, les États ne doivent pas, en règle générale, détenir des enfants demandeurs d'asile, dans la mesure où cela les affecte tant au plan émotionnel que dans leur développement. Des alternatives appropriées à la détention comme la nomination d'un tuteur, un hébergement collectif surveillé ou des services de qualité de prise en charge extra-familiale au moyen de dispositifs de placement ou d'accueil dans des foyers, doivent être étudiées de manière approfondie.

10. Les périodes initiales de détention administrative, afin d'identifier les réfugiés et les demandeurs d'asile et de déterminer les éléments constitutifs de leur demande d'asile, doivent être réduites au minimum. La détention ne doit, en particulier, pas être prolongée à des fins de punition, ou maintenue lorsque les procédures d'asile traînent en longueur.

11. Hormis pour ces périodes initiales de détention, les réfugiés et les demandeurs d'asile ne doivent pas être détenus, à moins que cela soit *nécessaire* pour les raisons énoncées dans la Conclusion No. 44 du Comité exécutif, en particulier pour sauvegarder la sécurité nationale et l'ordre public (par exemple, en cas de risque de fuite).

12. Les règles et normes de droit international et les responsabilités des États s'appliquent également dans les aéroports et dans les autres zones internationales ou de transit.

13. Les procédures de détermination du statut de réfugié, ou pour déterminer si une protection réelle existe déjà, constituent un élément important pour garantir que les réfugiés ne sont pas soumis à une détention arbitraire. Les États doivent déployer tous leurs efforts pour mettre en place des procédures équitables et rapides et doivent veiller à ce que le principe du non-refoulement soit scrupuleusement respecté.

14. Dans tous les cas, les réfugiés et les demandeurs d'asile détenus doivent avoir un droit de recours concernant la légalité et la nécessité de la détention. Ils doivent être informés de leurs droits, avoir accès à des conseils et aux cours et tribunaux nationaux, et avoir la possibilité de contacter le HCR. Des procédures appropriées doivent être instaurées pour garantir que le HCR est averti de tous les cas de réfugiés détenus. La liberté conditionnelle, la libération sur parole ou sous caution ou via d'autres garanties doivent exister, sans discrimination basée sur le statut de réfugié ou de demandeur d'asile du détenu.

15. Toute détention doit être limitée à une durée raisonnablement nécessaire pour atteindre le but dans lequel le réfugié ou le demandeur d'asile a été placé en détention, en tenant compte des obligations juridiques internationales des États en matière de normes de traitement, y compris l'interdiction des traitements cruels, inhumains ou dégradants, la protection spécifique due à la famille et aux enfants (par exemple, en vertu de la *Convention relative aux droits de l'enfant*) et la reconnaissance générale des droits et des garanties procédurales fondamentales.

16. En aucun cas les réfugiés ou demandeurs d'asile ne doivent être détenus à des fins de dissuasion.

17. Les réfugiés et les demandeurs d'asile ne doivent pas être détenus en raison de leur origine nationale, ethnique, raciale ou religieuse.

18. Les États doivent veiller à ce que les réfugiés et les demandeurs d'asile légalement détenus soient traités conformément aux normes internationales. Ils ne doivent pas être placés dans des zones ou des installations où leur sécurité physique et leur bien-être sont menacés. L'utilisation des prisons doit être évitée. La société civile doit être impliquée dans la surveillance des conditions de détention.

19. Les mineurs, les femmes, les apatrides et les autres groupes vulnérables de réfugiés et de demandeurs d'asile, doivent bénéficier des *Principes direc-*

teurs du HCR sur les critères et les normes applicables quant à la détention des demandeurs d'asile. Les familles et les enfants, en particulier, doivent être traités conformément aux normes internationales, et les enfants de moins de 18 ans ne devraient jamais être détenus. Les familles ne devraient en principe pas être détenues. Le cas échéant, les membres de la famille ne doivent pas être séparés.

20. La détention n'est pas un moyen d'empêcher les déplacements de réfugiés et de demandeurs d'asile. Il incombe aux États et au HCR de trouver des solutions permanentes aux problèmes des réfugiés ; la réalisation de cet objectif nécessite la coopération entre États et la volonté de partager les responsabilités.

Annexe 3.1

TRANSPOSITION DE L'ARTICLE 31 DE LA CONVENTION DE 1951 EN DROIT INTERNE : SÉLECTION DE LÉGISLATION ¹

1. Autriche

Loi fédérale relative à l'octroi de l'asile (Loi de 1997 sur l'asile)

Date d'entrée en vigueur : 1^{er} janvier 1998

Note : traduction non officielle.

Section 3 : Entrée et séjour des étrangers à la recherche d'une protection

ARTICLE 17 : ENTRÉE

1) Les étrangers transitant par un aéroport ou arrivant directement (article 31 de la *Convention de Genève relative aux réfugiés*) en provenance de leur pays d'origine qui déposent une demande d'asile ou une demande de transfert de l'asile au moment du contrôle à la frontière effectué à un poste-frontière doivent être présentés à l'Agence fédérale d'asile à moins qu'ils ne possèdent une autorisation de séjour ou que leur demande doive être rejetée du fait de l'autorité de la chose jugée.

2) Les étrangers qui par ailleurs déposent une demande d'asile ou une demande de transfert de l'asile au moment du contrôle à la frontière effectué à un poste-frontière doivent (à moins que leur entrée ne soit autorisée au titre de la Section 2 de la loi sur les étrangers) se voir refuser l'entrée et être informés qu'ils ont soit la possibilité de demander une protection contre la persécution dans le pays où ils résident actuellement soit de déposer une demande d'asile auprès de l'autorité consulaire ou diplomatique autrichienne compétente. Si toutefois ces étrangers exigent de déposer leur demande d'asile à la frontière, ils doivent être avertis que, dans ce cas, les autorités en charge de l'asile seront impliquées dans la décision relative à leur entrée et

1. Sources : UNHCR *Refworld* (CD-Rom, 8^e édition, 1999) ; autres sources originales.

qu'ils devront attendre la décision à l'étranger. Afin qu'ils puissent déposer une demande d'asile dans ces circonstances, l'autorité de contrôle à la frontière doit leur fournir un formulaire de demande ainsi qu'un questionnaire rédigés dans une langue qu'ils comprennent (article 16 alinéa 2).

3) Les étrangers qui déposent par la suite une demande d'asile auprès de l'autorité de contrôle à la frontière, au moyen d'un formulaire de demande et d'un questionnaire, doivent se voir remettre un certificat de dépôt de leur demande, libellé de telle manière qu'il puisse être utilisé dans le pays dans lequel ils résident actuellement comme la preuve qu'une décision relative à leur entrée est en attente. De plus, l'autorité de contrôle à la frontière doit établir une liste écrite du contenu des documents qui lui ont été soumis et avertir l'étranger de la date fixée pour le contrôle final à la frontière. La demande d'asile doit être transmise sans délai à l'Agence fédérale d'asile.

4) Les étrangers ayant déposé une demande d'asile conformément à l'alinéa 3 ci-dessus doivent être autorisés à entrer sur le territoire autrichien si l'Agence fédérale d'asile a informé les autorités de contrôle à la frontière qu'il n'est pas improbable qu'ils se voient accorder l'asile, notamment en raison du fait que leur demande n'est pas rejetée comme irrecevable ni comme manifestement infondée. Si ces conditions ne sont pas remplies, l'autorité de contrôle à la frontière doit en avertir le demandeur d'asile et l'informer de son droit de demander que son cas soit réexaminé par la Commission fédérale indépendante de recours en matière d'asile (*Unabhängiger Bundesasylsenat*) ; dans ce cas, la Commission fédérale indépendante de recours en matière d'asile doit prendre la décision finale relative à l'entrée du demandeur d'asile. Si l'entrée du demandeur d'asile n'est pas autorisée, l'accès doit lui être refusé.

5) Les décisions prévues à l'alinéa 4 ci-dessus doivent être rendues dans un délai de cinq jours ouvrables à compter du dépôt de la demande d'asile. Les étrangers qui déposent une demande d'asile ne peuvent se voir refuser l'accès qu'après que leur dossier ait été examiné par l'Agence fédérale d'asile, à moins que leur demande ne doive manifestement être rejetée du fait de l'autorité de la chose jugée.

...

ARTICLE 19 : AUTORISATION PROVISOIRE DE SÉJOUR

1) Les demandeurs d'asile se trouvant sur le territoire fédéral, même lorsqu'ils se sont présentés à l'Agence fédérale d'asile, après avoir transité par un aéroport ou être arrivés directement en provenance de leur pays d'origine (article 17 alinéa 1), doivent être provisoirement autorisés à séjourner, à moins que leur demande ne soit rejetée du fait de l'autorité de la chose jugée. Les demandeurs d'asile présentés à l'Agence fédérale d'asile peuvent toutefois, comme mesure sécuritaire d'expulsion, se voir obligés de demeurer dans un lieu spécifique dans la zone de contrôle à la frontière ou dans la zone de l'Agence fédérale d'asile pendant la semaine suivant le contrôle à la frontière. Ces demandeurs d'asile ont néanmoins le droit de quitter le pays à tout moment.

2. Belize

Loi de 1991 sur les réfugiés

Date d'entrée en vigueur : 24 août 1991

Note : traduction non officielle.

10. Clause de sauvegarde en cas d'entrée irrégulière de réfugiés

1) Nonobstant les dispositions de la loi sur l'immigration, une personne ou tout membre de sa famille doit être considérée comme n'ayant pas commis d'infraction d'entrée irrégulière au sens de cette loi ou de tout règlement d'application :

a) si cette personne dépose une demande de reconnaissance du statut de réfugié en vertu de l'article 8, et ce jusqu'à ce qu'une décision soit prise sur sa demande et, le cas échéant, jusqu'à ce que cette personne ait eu l'opportunité d'exercer le droit de recours prévu par cet article ;
ou

b) si cette personne a obtenu le statut de réfugié.

2) Un agent de l'immigration ou un officier de police qui est informé de faits indiquant qu'une personne se trouvant à Belize peut être éligible et a l'intention de déposer une demande de reconnaissance du statut de réfugié en vertu de l'article 8, doit la renvoyer au bureau des réfugiés.

3. Canada

Loi sur l'immigration et la protection des réfugiés

Sanction royale : 1^{er} novembre 2001

Note : texte officiel publié à la *Gazette du Canada*.

Section 6 : Détention et mise en liberté

SECTION DE L'IMMIGRATION

54. La Section de l'immigration est la section de la Commission chargée du contrôle visé à la présente section.

Arrestation sur mandat et détention

55.1) L'agent peut lancer un mandat pour l'arrestation et la détention du résident permanent ou de l'étranger dont il a des motifs raisonnables de croire qu'il est interdit de territoire et qu'il constitue un danger pour la sécurité publique ou se soustraira vraisemblablement au contrôle, à l'enquête et au renvoi.

2) L'agent peut, sans mandat, arrêter et détenir l'étranger qui n'est pas une personne protégée dans les cas suivants :

a) il a des motifs raisonnables de croire que celui-ci est interdit de territoire et constitue un danger pour la sécurité publique ou se soustraira vraisemblablement au contrôle, à l'enquête et au renvoi, ou à la procédure pouvant mener à la prise par le ministre d'une mesure de renvoi en vertu du paragraphe 44 § 2 ;

b) l'identité de celui-ci ne lui a pas été prouvée dans le cadre d'une procédure prévue par la présente loi.

3) L'agent peut détenir le résident permanent ou l'étranger, à son entrée au Canada, dans les cas suivants :

a) il l'estime nécessaire afin que soit complété le contrôle ;

b) il a des motifs raisonnables de soupçonner que celui-ci est interdit de territoire pour raison de sécurité ou pour atteinte aux droits humains ou internationaux.

4) l'agent avise sans délai la section de la mise en détention d'un résident permanent ou d'un étranger.

MISE EN LIBERTÉ

56. L'agent peut mettre le résident permanent ou l'étranger en liberté avant le premier contrôle de la détention par la section s'il estime que les motifs de détention n'existent plus ; il peut assortir la mise en liberté des conditions qu'il estime nécessaires, notamment la remise d'une garantie.

Contrôle de la détention

57. 1) La section contrôle les motifs justifiant le maintien en détention dans les quarante-huit heures suivant le début de celle-ci, ou dans les meilleurs délais par la suite.

2) Par la suite, il y a un nouveau contrôle de ces motifs au moins une fois dans les sept jours suivant le premier contrôle, puis au moins tous les trente jours suivant le contrôle précédent.

3) L'agent amène le résident permanent ou l'étranger devant la section ou au lieu précisé par celle-ci.

MISE EN LIBERTÉ PAR LA SECTION DE L'IMMIGRATION

58. 1) La section prononce la mise en liberté du résident permanent ou de l'étranger, sauf sur preuve, compte tenu des critères réglementaires, de tel des faits suivants :

- a) le résident permanent ou l'étranger constitue un danger pour la sécurité publique ;
- b) le résident permanent ou l'étranger se soustraira vraisemblablement au contrôle, à l'enquête et au renvoi, ou à la procédure pouvant mener à la prise par le ministre d'une mesure de renvoi en vertu du paragraphe 44 § 2 ;
- c) le ministre prend les mesures voulues pour enquêter sur les motifs raisonnables de soupçonner que le résident permanent ou l'étranger est interdit de territoire pour raison de sécurité ou pour atteinte aux droits humains ou internationaux ;
- d) dans le cas où le ministre estime que l'identité de l'étranger n'a pas été prouvée mais peut l'être, soit l'étranger n'a pas raisonnablement coopéré en fournissant au ministre des renseignements utiles à cette fin, soit ce dernier fait des efforts valables pour établir l'identité de l'étranger.

2) La section peut ordonner la mise en détention du résident permanent ou de l'étranger sur preuve qu'il fait l'objet d'un contrôle, d'une enquête ou d'une mesure de renvoi et soit qu'il constitue un danger pour la sécurité publique, soit qu'il se soustraira vraisemblablement au contrôle, à l'enquête et au renvoi.

3) Lorsqu'elle ordonne la mise en liberté d'un résident permanent ou d'un étranger, la section peut imposer les conditions qu'elle estime nécessaires, notamment la remise d'une garantie d'exécution.

...

MINEURS

60. Pour l'application de la présente section, et compte tenu des autres motifs et critères applicables, y compris l'intérêt supérieur de l'enfant, est affirmé le principe que la détention des mineurs doit n'être qu'une mesure de dernier recours.

RÈGLEMENTS

61. Les règlements régissent l'application de la présente section et portent notamment sur :

- a) les conditions, motifs et critères relatifs à la mise en liberté ;
- b) les critères dont l'agent et la section doivent tenir compte ;
- c) les éléments particuliers à prendre en compte pour la détention des mineurs.

...

PARTIE 3 EXÉCUTION

Organisation d'entrée illégale au Canada

117. 1) Commet une infraction quiconque sciemment organise l'entrée au Canada d'une ou plusieurs personnes non munies des documents — passeport, visa ou autre — requis par la présente loi ou incite, aide ou encourage une telle personne à entrer au Canada.

2) L'auteur de l'infraction visant moins de dix personnes est passible, sur déclaration de culpabilité :

a) par mise en accusation :

i) pour une première infraction, d'une amende maximale de cinq cent mille dollars et d'un emprisonnement maximal de dix ans, ou de l'une de ces peines,

ii) en cas de récidive, d'une amende maximale de un million de dollars et d'un emprisonnement maximal de quatorze ans, ou de l'une de ces peines ;

b) par procédure sommaire, d'une amende maximale de cent mille dollars et d'un emprisonnement maximal de deux ans, ou de l'une de ces peines.

3) L'auteur de l'infraction visant un groupe de dix personnes et plus est passible, sur déclaration de culpabilité par mise en accusation, d'une amende maximale de un million de dollars et de l'emprisonnement à perpétuité, ou de l'une de ces peines.

4) Il n'est engagé aucune poursuite pour une infraction prévue au présent article sans le consentement du procureur général du Canada.

Trafic de personnes

118. 1) Commet une infraction quiconque sciemment organise l'entrée au Canada d'une ou plusieurs personnes par fraude, tromperie, enlèvement ou menace ou usage de la force ou de toute autre forme de coercition.

2) Sont assimilés à l'organisation le recrutement des personnes, leur transport à destination du Canada et, après l'entrée, à l'intérieur du pays, ainsi que l'accueil et l'hébergement de celles-ci. Débarquement de personnes en mer

119. Commet une infraction celui qui débarque en mer une ou plusieurs personnes, en vue d'inciter, d'aider ou d'encourager leur entrée au Canada en contravention avec la présente loi.

PEINES

120. L'auteur de l'infraction visée aux articles 118 et 119 est passible, sur déclaration de culpabilité par mise en accusation, d'une amende maximale de un million de dollars et de l'emprisonnement à perpétuité, ou de l'une de ces peines.

INFLECTION DE LA PEINE

121. 1) Le tribunal tient compte, dans l'infliction de la peine visée aux paragraphes 117 § 2 et § 3 et à l'article 120, des facteurs suivants :

a) la mort est survenue ou des blessures ont été infligées ;

b) l'infraction a été commise au profit ou sous la direction d'une organisation criminelle ou en association avec elle ;

c) l'infraction a été commise en vue de tirer un profit, que celui-ci ait été ou non réalisé ;

d) la personne est soumise à tout traitement dégradant ou attentatoire à la dignité humaine, notamment en ce qui touche les activités professionnelles, la santé ou l'exploitation sexuelle.

2) On entend par organisation criminelle l'organisation dont il y a des motifs raisonnables de croire qu'elle se livre ou s'est livrée à des activités faisant partie d'un plan d'activités criminel-

les organisées par plusieurs personnes agissant de concert en vue de la perpétration d'une infraction à une loi fédérale punissable par mise en accusation ou de la perpétration, hors du Canada, d'une infraction qui, commise au Canada, constituerait une telle infraction.

INFRACTIONS RELATIVES AUX DOCUMENTS

122. 1) Commet une infraction quiconque, en vue de contrevenir à la présente loi et s'agissant de tout document — passeport, visa ou autre, qu'il soit canadien ou étranger — pouvant ou censé établir l'identité d'une personne :

- a) l'a en sa possession ;
- b) l'utilise, notamment pour entrer au Canada ou y séjourner ;
- c) l'importe ou l'exporte, ou en fait le commerce.

2) La preuve de tout fait visé au paragraphe 1) quant à un document laissé en blanc, incomplet, modifié, contrefait ou illégitime vaut, sauf preuve contraire, preuve de l'intention de contrevenir à la présente loi.

PEINE

123. 1) L'auteur de l'infraction visée :

- a) à l'alinéa 122 § 1 a) est passible, sur déclaration de culpabilité par mise en accusation, d'un emprisonnement maximal de cinq ans ;
- b) aux alinéas 122 § 1 b) ou c) est passible, sur déclaration de culpabilité par mise en accusation, d'un emprisonnement maximal de quatorze ans.

2) Le tribunal tient compte dans l'infliction de la peine des facteurs suivants :

- a) l'infraction a été commise au profit ou sous la direction d'une organisation criminelle — au sens du paragraphe 121 § 2) — ou en association avec elle ;
- b) l'infraction a été commise en vue de tirer un profit, que celui-ci ait été ou non réalisé.

...

INFRACTION EN MATIÈRE DE FAUSSES PRÉSENTATIONS

126. Commet une infraction quiconque, sciemment, incite, aide ou encourage ou tente d'inciter, d'aider ou d'encourager une personne à faire des présentations erronées sur un fait important quant à un objet pertinent ou de réticence sur ce fait, et de ce fait entraîne ou risque d'entraîner une erreur dans l'application de la présente loi.

FAUSSES PRÉSENTATIONS

127. Commet une infraction quiconque sciemment :

- a) fait des présentations erronées sur un fait important quant à un objet pertinent ou une réticence sur ce fait, et de ce fait entraîne ou risque d'entraîner une erreur dans l'application de la présente loi ;
- b) communique, directement ou indirectement, peu importe le support, des renseignements ou déclarations faux ou trompeurs en vue d'encourager ou de décourager l'immigration au Canada ;
- c) refuse de prêter serment ou de faire une déclaration ou une affirmation solennelle, ou encore de répondre à une question posée au cours d'un contrôle ou d'une audience.

...

RÈGLES VISANT LES POURSUITES

Immunité

133. L'auteur d'une demande d'asile ne peut, tant qu'il n'est statué sur sa demande, ni une fois que l'asile lui est conféré, être accusé d'une infraction visée à l'article 122, à l'alinéa 124 § 1 a) ou à l'article 127 de la présente loi et à l'article 57, à l'alinéa 340 c) ou aux articles 354, 366, 368, 374 ou 403 du Code criminel, dès lors qu'il est arrivé directement ou indirectement au Canada du pays duquel il cherche à être protégé et à la condition que l'infraction ait été commise à l'égard de son arrivée au Canada.

Défense — Incorporation par renvoi

134. Aucune sanction ne peut découler de la contravention à un règlement dans laquelle un document est incorporé par renvoi, sauf s'il est prouvé que, au moment du fait reproché, le contrevenant pouvait avoir accès au document, les mesures voulues avaient été prises pour que les intéressés puissent y avoir accès ou que celui-ci était publié dans la Gazette du Canada.

4. Finlande

Loi sur les étrangers (378/91)

Date d'entrée en vigueur : 1^{er} mars 1991.

Note : traduction consolidée non officielle. La loi N° 378/91 a été adoptée à Helsinki le 22 février 1991. Les amendements intégrés dans le texte proviennent des lois modifiant la loi sur les étrangers Nos 639/1993 du 28 juin 1993, 640/1993 du 28 juin 1993, 154/1995 du 3 février 1995, 606/1997 du 19 juin 1997, 1183/1997 du 31 octobre 1997 et 1269/1997 du 19 décembre 1997.

Article 64 b (28 juin 1993/639) Aide à l'entrée irrégulière

Quiconque, dans le but d'obtenir un bénéfice financier pour lui-même ou pour autrui,

- 1) fait entrer ou tente de faire entrer un étranger en Finlande, en étant conscient que l'intéressé n'a ni passeport, ni visa, ni permis de résidence requis pour entrer,
- 2) organise ou fournit un moyen de transport vers la Finlande pour l'étranger mentionné à l'alinéa précédent ou
- 3) remet à autrui un passeport, un visa ou un permis de résidence faux ou falsifié à utiliser au moment de l'entrée,

doit se voir infliger une peine d'amende ou de prison d'une durée maximale de deux ans pour aide à l'entrée irrégulière.

L'accusation d'aide à l'entrée irrégulière ne doit pas être portée ou la peine ne doit pas être appliquée si l'acte peut être considéré comme étant pardonnable, compte tenu des circonstances ayant conduit au délit et de l'intention de l'auteur. En évaluant le caractère pardonnable du délit, il convient d'accorder une attention particulière aux motivations de l'auteur et aux conditions de sécurité de l'étranger dans son pays d'origine ou de résidence habituelle.

5. Ghana

Loi de 1992 sur les réfugiés (PNDC 3305D)

Date d'entrée en vigueur : 1992.

Note : traduction non officielle.

2. Entrée ou présence irrégulière d'un réfugié au Ghana

Nonobstant les dispositions de la loi de 1953 sur les étrangers (Loi 160), mais sous réserve des dispositions de la présente loi, une personne qui se dit réfugié au sens de cette loi, qui entre ou est présente de manière irrégulière au Ghana, ne doit pas :

- a) être considérée comme un immigrant illégal ;
- b) être détenue, ou
- c) être emprisonnée ou se voir infliger un autre type de peine pour la simple raison qu'elle est entrée ou est présente de manière irrégulière, durant la procédure de détermination de sa demande de statut de réfugié.

6. Lesotho

Loi de 1983 sur les réfugiés

Date d'entrée en vigueur : 15 janvier 1985.

Note : traduction non officielle du texte officiel publié au supplément No 6 de la Gazette No 58 du 9 décembre 1983. La date d'entrée en vigueur a été fixée par le ministre de l'Intérieur dans le décret d'application (Date d'entrée en vigueur) de la loi de 1983 sur les réfugiés, publié au supplément No 3 de la Gazette No 14 du 8 mars 1984.

9. Entrée ou présence irrégulière

1) Sous réserve de l'article 7, et nonobstant les dispositions de la loi de 1966 sur le contrôle des étrangers, une personne qui se dit réfugié au sens de l'article 3 § 1, qui est entrée ou présente de manière irrégulière au Lesotho, ne doit pas :

- a) être considérée comme un immigrant illégal ;
- b) être détenue, ou
- c) être emprisonnée ou se voir infliger un autre type de peine,

pour la seule raison qu'elle est entrée ou est présente de manière irrégulière, durant la procédure de détermination de sa demande de reconnaissance du statut de réfugié prévue à l'article 7.

2) Une personne relevant de l'alinéa (1) doit se présenter à un agent de l'immigration, ou à tout autre agent compétent le plus proche, dans un délai de 14 jours à partir de sa date d'entrée, et peut déposer une demande de reconnaissance du statut de réfugié : lorsqu'une personne séjourne de manière irrégulière dans le pays en raison de l'expiration de son visa, elle ne doit pas se voir refuser la possibilité de déposer une demande de reconnaissance du statut de réfugié pour la seule raison qu'elle séjourne de manière irrégulière.

- 3) Lorsqu'une personne relevant de cet article,
 - a) manque à son obligation de se présenter à l'agent compétent le plus proche conformément à l'alinéa (2), et
 - b) est par la suite reconnue réfugiée,sa présence au Lesotho est considérée comme régulière, à moins que des raisons justifient son expulsion conformément à l'article 12.
- 4) Lorsqu'une demande déposée selon l'alinéa 2) est rejetée, le demandeur doit se voir accorder un délai raisonnable pour chercher à se faire admettre légalement dans un autre pays

7. Libéria

Loi de 1993 sur les réfugiés

Date d'entrée en vigueur : 19 Janvier 1994.

Note : traduction non officielle. Cette loi a été adoptée le 1^{er} novembre 1993.

Section 9 : Cessation ou suspension des poursuites du fait de l'entrée irrégulière de réfugiés et de personnes protégées

Nonobstant les dispositions de la loi sur l'immigration, ou de toute autre loi applicable, aucune poursuite ne doit être entamée ou poursuivie à l'encontre de toute personne ou de tout membre de sa famille, du fait de son entrée ou de sa présence irrégulière au Libéria

- a) si cette personne dépose une demande de reconnaissance du statut de réfugié en vertu de l'article 7, jusqu'à ce qu'une décision ait été rendue sur cette demande et que cette personne ait eu la possibilité d'exercer le droit de recours prévu à cet article, ou
- b) si cette personne s'est vu reconnaître le statut de réfugié.

8. Malawi

Loi de 1989 sur les réfugiés

Date d'entrée en vigueur : 8 mai 1989.

Note : traduction non officielle.

10. Défense d'expulsion ou de refoulement des réfugiés

- 1) Un réfugié ne doit pas être expulsé ou reconduit aux frontières d'un pays où sa vie ou sa liberté serait menacée en raison :
 - a) de sa race, de sa religion, de sa nationalité, de son appartenance à un certain groupe social ou de ses opinions politiques ; ou
 - b) d'une agression extérieure, d'une occupation, d'une domination étrangère ou d'événements troublant gravement l'ordre public dans une partie ou dans l'ensemble du pays.
- 2) Une personne disant être réfugiée doit avoir l'autorisation d'entrer et de séjourner au Malawi pour la durée requise par le Comité pour examiner sa demande de reconnaissance du statut de réfugié.

3) Une personne qui se présente à l'agent compétent à la frontière et demande son admission au Malawi dans le but de poursuivre son chemin vers un autre pays où elle a l'intention de demander l'asile en tant que réfugiée, doit se voir autorisée à entrer au Malawi selon les conditions particulières ou générales fixées par le Comité.

4) Une personne entrée de façon irrégulière au Malawi dans le but de demander l'asile en tant que réfugiée, doit se présenter à l'agent compétent dans un délai de 24 heures après son arrivée, ou dans un délai plus long considéré comme acceptable par ce dernier compte tenu de la situation ; et cette personne ne doit pas être détenue, emprisonnée ou considérée comme un immigrant illégal ou sanctionnée d'une autre manière pour la seule raison de son entrée ou de sa présence irrégulière au Malawi sauf si, et jusqu'à ce, que le Comité ait examiné et pris une décision relative à sa demande de reconnaissance du statut de réfugié.

5) Une personne entrée de façon régulière au Malawi et qui souhaite rester au Malawi au motif qu'elle est réfugiée, ne doit pas être renvoyée du Malawi sauf si, et jusqu'à ce, qu'elle ait trouvé un pays tiers d'accueil disposé à l'admettre.

6) Le bénéfice de la présente disposition ne saurait être invoqué par une personne pour laquelle il existe des motifs raisonnables de considérer qu'elle, ou tout aspect de l'affaire, représente une menace pour la sécurité du Malawi ou qui, ayant été l'objet d'une condamnation pour un crime ou délit grave, constitue une menace réelle pour la communauté du Malawi.

9. Mozambique

Loi No 21/91 du 31 décembre 1991 (Loi sur les réfugiés)

Date d'entrée en vigueur : 31 décembre 1991.

Note : traduction non officielle.

Article 11 [Infractions liées à l'entrée irrégulière]

1) Lorsqu'une infraction pénale ou administrative, directement liée à l'entrée irrégulière en République de Mozambique a été commise par le demandeur et les membres de sa famille, et a donné lieu à des poursuites pénales ou administratives, ces mesures doivent être suspendues immédiatement après le dépôt de la requête.

2) Si la décision est favorable à l'octroi de l'asile, les poursuites suspendues doivent être classées, sous réserve que l'infraction ou les infractions commises aient été motivées par les mêmes faits que ceux qui ont justifié l'octroi de l'asile.

Directive du 4 décembre 1986 : Principes généraux à respecter pour l'octroi du statut de réfugié

Note : traduction non officielle.

Infractions liées à l'entrée irrégulière

a) Lorsque des infractions pénales ou administratives liées à l'entrée irrégulière en République populaire du Mozambique sont présumées avoir été commises par le demandeur et les membres de sa famille et que des poursuites pénales ou administratives ont été lancées, ces poursuites doivent être suspendues lors du dépôt de la demande, en particulier en ce qui concerne l'absence de documents d'identité pour le demandeur et les membres de sa famille ;

- b) Si l'asile est accordé, les poursuites doivent être abandonnées au motif que l'infraction ou les infractions commises sont les conséquences de la situation justifiant l'octroi de l'asile ;
- c) Aux fins de l'alinéa précédent, le directeur de la Direction nationale des migrations informe sans tarder l'organe ou les organes ayant adopté les poursuites pénales ou autres, de l'octroi de l'asile.

10. Nigeria

Commission nationale pour les réfugiés, etc. Décret de 1989

Date d'entrée en vigueur : 29 décembre 1989.

Note : traduction non officielle du texte officiel publié à la Gazette officielle, No 75, vol. 76 du 29 décembre 1989.

10. Cessation ou suspension des poursuites du fait de l'entrée irrégulière de réfugiés et de personnes protégées

Nonobstant les dispositions de la Loi amendée de 1958 sur la gestion des douanes et des taxes, aucune poursuite ne doit être entamée ou poursuivie à l'encontre de toute personne ou de tout membre de sa famille du fait de son entrée ou de sa présence irrégulière au Nigeria

- a) si cette personne dépose une demande de reconnaissance du statut de réfugié en vertu de l'article 8 de ce décret, jusqu'à ce qu'une décision ait été rendue sur cette demande et, le cas échéant, que cette personne ait eu la possibilité d'exercer le droit de recours prévu à cet article, ou
- b) si cette personne s'est vu reconnaître le statut de réfugié.

11. Suisse

Loi sur l'asile

Date d'entrée en vigueur : 1^{er} mars 1988.

Note : texte officiel.

Article 23 § 3 :

Celui qui se réfugie en Suisse n'est pas punissable si le genre et la gravité des poursuites auxquelles il est exposé justifient le passage illégal de la frontière ; celui qui lui prête assistance n'est également pas punissable si ses mobiles sont honorables.

12. Turkménistan

Loi de 1997 sur les réfugiés

Date d'entrée en vigueur : 6 juillet 1997.

Note : traduction non officielle. La loi a été adoptée le 12 juin 1997 et publiée à la Gazette Officielle le 26 juin 1997.

Article 3 Garanties des droits des réfugiés

Un réfugié est dégagé de sa responsabilité du fait de son entrée irrégulière ou de son séjour irrégulier sur le territoire du Turkménistan si, arrivant directement du territoire où sa vie ou sa liberté était menacée d'un danger précisé à l'article 1 de cette loi, il se présente spontanément et sans délai aux représentants des instances gouvernementales du Turkménistan.

Un réfugié ne peut pas être renvoyé contre sa volonté vers le pays qu'il a quitté pour les raisons énumérées à l'article 1 de cette loi.

Les décisions et les mesures prises par les instances gouvernementales et administratives, par les institutions du gouvernement autonome local et par des agents, en violation des droits des réfugiés instaurés par la législation turkmène peuvent être contestées devant les organes supérieurs ou les tribunaux.

13. Royaume-Uni

Loi de 1999 sur l'immigration et l'asile

Date d'entrée en vigueur : 11 novembre 1999

Note : traduction non officielle.

Article 31 Moyens de défense fondés sur l'article 31 § 1 de la Convention sur les réfugiés

1) Représente un moyen de défense pour un réfugié accusé d'avoir commis une infraction relevant de cet article [relatif, entre autres, au recours à des moyens frauduleux pour entrer, à l'aide à l'entrée illégale], le fait de montrer qu'arrivant directement au Royaume-Uni d'un pays où sa vie ou sa liberté était menacée (au sens prévu par la *Convention sur les réfugiés*), il :

- a) s'est présenté sans délai aux autorités du Royaume-Uni ;
- b) a exposé des raisons reconnues valables de son entrée ou présence irrégulière ; et
- c) a déposé une demande d'asile dès que cela était raisonnablement faisable après son arrivée au Royaume-Uni.

2) Si, en venant du pays où sa vie ou sa liberté était menacée, le réfugié s'est arrêté dans un pays autre que le Royaume-Uni, l'alinéa 1 ne s'applique, que s'il démontre qu'il ne pouvait raisonnablement pas espérer se voir accorder une protection en vertu de la *Convention sur les réfugiés* dans cet autre pays.

3) En Angleterre, au Pays de Galles et en Irlande du Nord, les infractions relevant de cet article sont toute infraction et toute tentative de commettre une infraction prévue à :

- a) la Partie I de la loi de 1981 sur le faux et la contrefaçon (contrefaçon et infractions connexes) ;
- b) l'article 24A de la loi de 1971 [sur l'immigration] (fraude) ; ou
- c) l'article 26 § 1 d) de la loi de 1971 (falsification de documents).

4) En Ecosse, les infractions relevant de cet article sont :

- a) la fraude,

- b) la fabrication de faux documents,
 - c) celles prévues à l'article 24A de la loi de 1971 (fraude), ou
 - d) celles prévues à l'article 26 § 1 d) de la loi de 1971 (falsification de documents),
- et toute tentative de commettre une de ces infractions.
- 5) Un réfugié ayant déposé une demande d'asile ne peut bénéficier du moyen de défense énoncé à l'alinéa 1 relativement à toute infraction qu'il a commise après le dépôt de sa demande.
- 6) Le terme « réfugié » revêt le même sens qu'aux fins de la *Convention sur les réfugiés*.
- 7) Si le Secrétaire d'État a refusé d'accorder l'asile à une personne qui prétend bénéficier du moyen de défense prévu à l'alinéa 1, cette personne doit être considérée comme n'étant pas réfugiée à moins qu'elle ne montre qu'elle l'est.
- 8) Une personne qui :
- a) a été condamnée en Angleterre, au Pays de Galles ou en Irlande du Nord pour une infraction relevant de cet article, avant l'entrée en vigueur de cet article, mais
 - b) qui, à aucun moment au cours de la procédure relative à cette infraction, n'a réclamé le bénéfice du moyen de défense fondé sur l'article 31 § 1, peut s'adresser à la Commission de révision des affaires pénales afin que son cas soit renvoyé à la Cour d'Appel par la Commission, au motif qu'elle aurait bénéficié du moyen de défense prévu par cet article s'il avait été en vigueur au moment des faits.
- 9) Une personne qui :
- a) a été condamnée en Ecosse pour une infraction relevant de cet article avant l'entrée en vigueur de cet article, mais
 - b) qui, à aucun moment au cours de la procédure relative à cette infraction, n'a réclamé le bénéfice du moyen de défense fondé sur l'article 31 § 1, peut s'adresser à la Commission écossaise de révision des affaires pénales, afin que son cas soit renvoyé à la Haute Cour de Justice par la Commission, au motif qu'elle aurait bénéficié du moyen de défense prévu par cet article, s'il avait été en vigueur au moment des faits.
- 10) Le Secrétaire d'État peut, par décret, amender
- a) l'alinéa 3 ou
 - b) l'alinéa 4 en ajoutant des infractions à la liste actuellement prévue.
- 11) Avant de prendre un décret en vertu de l'alinéa 10 b), le Secrétaire d'État doit consulter les ministres écossais.

14. États-Unis

8 Code de la réglementation fédérale ¹

8 USC 1101, 1103 et 1324c ; Pub. L.101-410, 104 Stat. 890, tel qu'amendé par Pub. L.104-34, 110 Stat. 1321. Actualisé au 3 avril 2002.

Note : traduction non officielle.

1. Disponible sur <http://www.ins.usdoj.gov/graphics/lawsregs/8cfr.htm>.

Article 270 § 2 Procédures d'application

a) *Procédures de dépôt de plainte.* Toute personne ou entité ayant connaissance d'une violation ou d'une violation potentielle de l'article 274 C de la loi [sur l'immigration et la nationalité][telle qu'amendée] peut déposer une plainte écrite et signée au bureau du Service [d'immigration et de naturalisation] du lieu de l'activité ou de la résidence du contrevenant potentiel ou du lieu où la violation est intervenue. La plainte, écrite et signée, doit contenir suffisamment d'informations pour identifier à la fois le plaignant et le contrevenant présumé, y compris leurs noms et adresses. La plainte doit également contenir des allégations factuelles détaillées relatives à la violation potentielle, y compris la date, le moment et le lieu de la violation alléguée et l'acte ou le comportement spécifique allégué comme constituant une violation de la loi. Les plaintes écrites peuvent être déposées soit par courrier au bureau compétent du Service, soit en se présentant en personne à tout agent de l'immigration auprès d'un bureau du Service.

b) *Enquête.* Lorsque le Service reçoit une plainte d'un tiers conformément au paragraphe a) de cet article, il n'ouvre une enquête que sur les plaintes qui, à première vue, ont une probabilité substantielle d'être valables. Le Service peut également ouvrir une enquête sur des violations, de sa propre initiative et sans avoir reçu de plainte écrite. Si, après enquête, il est établi que la personne ou l'entité a violé l'article 274 C de la loi, le Service peut prendre et notifier au contrevenant présumé un Avis d'intention de condamnation à amende.

c) *Citation à comparaître.* Les agents du Service doivent avoir accès satisfaisant à toute preuve pertinente relative à toute personne ou entité faisant l'objet d'une enquête. Le Service peut émettre des assignations, conformément à son mandat en vertu des articles 235 a) et 287 de la loi, conformément aux procédures prévues à l'article 287 § 4 de ce chapitre.

d) *Avis d'intention de condamnation à amende.* La procédure visant à évaluer les amendes administratives en vertu de l'article 274 C de la loi débute lorsque le Service émet un Avis d'intention de condamnation à amende. La notification de cet avis doit être faite en personne conformément à l'article 103 § 5 a) (a)(2) de ce chapitre. La notification est régulière à réception, comme le prouve le récépissé de notification ou l'accusé de réception du courrier recommandé. La personne ou l'entité dont l'identité figure sur l'Avis d'intention de condamnation à amende doit être le défendeur. L'Avis d'intention de condamnation à amende peut être émis par un agent désigné à l'article 242 § 1 de ce chapitre ou par un directeur de port du Service d'immigration et de naturalisation (INS) désigné par son directeur de district.

e) *Contenu de l'Avis d'intention de condamnation à amende*

1) L'Avis d'intention de condamnation à amende doit contenir la(les) charge(s) portée(s) contre le défendeur, les dispositions de la loi présumées avoir été violées et le montant de la sanction financière que le Service a l'intention d'imposer.

2) L'Avis d'intention de condamnation à amende doit fournir les recommandations suivantes au défendeur :

i) La personne ou l'entité a le droit d'être représentée par le conseil de son choix à ses propres frais ;

ii) Toute déclaration faite peut être retenue contre la personne ou l'entité ;

iii) La personne ou l'entité a le droit de demander d'être entendue par un juge administratif conformément à 5 USC 554-557 et que cette demande doit être faite auprès du Service d'immigration et de naturalisation (INS) dans un délai de 60 jours après la notification de l'Avis d'intention de condamnation à amende ; et

iv) Si une demande écrite pour une audience n'est pas faite dans les délais impartis, le Service prend un arrêté définitif non susceptible d'appel.

f) *Demande d'audience devant un juge administratif.* Si le défendeur conteste l'émission d'un Avis d'intention de condamnation à amende, il doit, dans un délai de 60 jours après la notification de cet avis, faire une demande écrite auprès de Service d'immigration et de naturalisation (INS) pour être entendu par un juge administratif. Toute demande écrite pour une audience, rédigée en langue étrangère, doit être accompagnée d'une traduction en anglais. Cette demande est considérée comme régulière lorsqu'elle est reçue par le bureau du Service désigné sur l'Avis d'intention de condamnation à amende, ou envoyée à ce bureau, dans le délai de 60 jours, le cachet de la poste faisant foi. Pour décompter les 60 jours de la période prescrite par cet article, le jour de la notification de l'Avis d'intention de condamnation à amende n'est pas compris. Dans la demande d'audience, le défendeur peut, mais n'a pas à, répondre à chaque allégation énumérée dans l'Avis d'intention de condamnation à amende. Le défendeur peut renoncer à la période de 60 jours pendant laquelle il peut demander une audience devant un juge administratif et demander au Service d'immigration et de naturalisation (INS) de prendre un arrêté définitif non susceptible d'appel. Avant l'exécution de la renonciation, le défendeur qui n'est pas citoyen des États-Unis est informé qu'une renonciation au droit d'être entendu prévu à l'article 274 C donnera lieu à l'émission d'un arrêté définitif et que le défendeur pourra être exclu et/ou expulsé des États-Unis conformément à la loi.

g) *Absence de demande d'audience.* Si le défendeur ne fait pas de demande écrite pour être entendu dans le délai de 60 jours après notification de l'Avis d'intention de condamnation à amende, le Service d'immigration et de naturalisation (INS) peut prendre un arrêté définitif non susceptible d'appel.

h) *Emission de l'arrêté définitif.* Un arrêté définitif peut être pris par un agent désigné à l'article 242 § 1 de ce chapitre, par un directeur de port du Service d'immigration et de naturalisation (INS) désigné par son directeur de district ou par le Directeur du bureau national des amendes de l'INS.

i) *Notification de l'arrêté définitif*

1) *En général.* La notification de l'arrêté définitif doit être faite en personne conformément à l'article 103 § 5 a (a)(2) de ce chapitre. La notification est régulière à réception, via la preuve du récépissé de notification ou l'accusé de réception du courrier recommandé.

2) *Dispositions alternatives pour une notification dans un pays étranger.* Lorsque la notification doit être effectuée auprès d'une partie se trouvant dans un pays étranger, il suffit que la notification de l'arrêté définitif soit faite :

- i) de la manière prescrite par la loi du pays étranger pour la notification dans ce pays d'une action en justice auprès de tout tribunal de compétence générale ; ou
- ii) comme indiqué par l'autorité étrangère en réponse à une commission rogatoire, lorsque la notification est raisonnablement calculée pour permettre une réelle notification ; ou
- iii) conformément à l'article 103 § 5 a (a)(2) de ce chapitre, lorsque c'est applicable.

3) La notification est régulière à réception de l'arrêté définitif. La preuve de la notification peut être celle prévue par la loi du pays étranger ou, lorsque la notification est faite conformément à l'article 103 § 5 a(a)(2) de ce chapitre, apportée par le récépissé de notification ou l'accusé de réception du courrier recommandé.

j) *Absence de charges pour usage de faux documents commis par les réfugiés lors de leur entrée.* Le Service ne doit pas émettre d'Avis d'intention de condamnation à amende pour les actes d'usage de faux documents commis par un étranger, suite à son départ direct d'un pays où il avait une crainte fondée de persécution, ou dans lequel il existait un risque important qu'il soit renvoyé vers un pays où il aurait une crainte fondée de persécution, sous réserve qu'il s'est pré-

senté sans délai à un agent du Service d'immigration et de naturalisation (INS) et qu'il a exposé des raisons reconnues valables de son entrée ou présence irrégulière. D'autres actes d'usage de faux documents commis par cette catégorie d'étrangers peuvent aboutir à l'émission d'un Avis d'intention de condamnation à amende et à l'imposition d'une amende financière de nature civile.

15. Zimbabwe

Loi de 1983 sur les réfugiés

Date d'entrée en vigueur : 1983.

Note : traduction non officielle. Ce document ne comprend que quelques dispositions choisies.

9. Cessation ou suspension des poursuites du fait de l'entrée irrégulière de réfugiés et de personnes protégées

Nonobstant les dispositions de la loi de 1979 sur l'immigration (No 18 de 1979) ou de l'article 16, de l'article 22 al.1, de l'article 23 al.1, de l'article 24 al.1 ou de l'article 25 al.1 de la loi sur les douanes et taxes [chapitre 177], aucune poursuite ne doit être lancée ou poursuivie à l'encontre de toute personne ou de tout membre de sa famille du fait de son entrée ou de sa présence irrégulière au Zimbabwe

- a) si cette personne dépose une demande de reconnaissance du statut de réfugié en vertu de l'article 7, jusqu'à ce qu'une décision ait été rendue sur cette demande et, le cas échéant, que cette personne ait eu la possibilité d'exercer le droit de recours prévu à cet article, ou
- b) si cette personne s'est vu reconnaître le statut de réfugié.

16. OUA

Principes directeurs pour la législation nationale sur les réfugiés et commentaire

Adoptés par le groupe de travail OUA/HCR sur le suivi d'Arusha, deuxièmes réunions, Genève, 4-5 décembre 1980

Partie IV : Interdiction de déclaration d'immigrant illégal

1) Aucune personne entrée ou se trouvant de manière irrégulière dans un pays dans lequel elle cherche à obtenir l'asile en tant que réfugiée ne doit être considérée comme un immigrant illégal, être détenue, emprisonnée ou sanctionnée d'une autre façon au seul motif qu'elle est entrée ou séjourne de manière irrégulière, en attendant l'issue de l'examen de sa demande de reconnaissance du statut de réfugié.

2) Une personne entrée ou se trouvant de manière irrégulière dans un pays dans lequel elle cherche à obtenir l'asile en tant que réfugiée doit se présenter aux autorités compétentes sans délai excessif.

RELEVÉ DES CONCLUSIONS : L'ARTICLE 31 DE LA CONVENTION DE 1951

TABLE RONDE D'EXPERTS ORGANISÉE PAR LE HAUT COMMISSARIAT
DES NATIONS UNIES POUR LES RÉFUGIÉS ET L'INSTITUT UNIVERSITAIRE
DES HAUTES ÉTUDES INTERNATIONALES, GENÈVE, SUISSE,
DU 8 AU 9 NOVEMBRE 2001



Lors de la première journée de la table ronde d'experts qui s'est tenue à Genève, les discussions se sont appuyées sur le document de travail rédigé par Guy Goodwin-Gill, Professeur de droit international à l'Université d'Oxford, intitulé *L'article 31 de la Convention de 1951 relative au statut des réfugiés : l'absence de sanctions pénales, la détention et la protection*. Parallèlement, les participants ont reçu des contributions écrites de Michel Combarous (*Association Internationale des Juges du Droit des Réfugiés – IARLJ*), de Frankie Jenkins (*Human Rights Committee of South Africa*) ainsi que du *Refugee and Immigration Legal Centre in Melbourne* (Australie). Vingt-huit experts, émanant de gouvernements, d'ONG, d'universités, d'instances judiciaires et des professions juridiques et provenant de dix-huit pays, y participaient. Rachel Brett (Bureau des Quakers auprès des Nations Unies à Genève) a animé les débats.

Les participants de la table ronde ont examiné les pratiques des États concernant les réfugiés et les demandeurs d'asile qui entrent ou restent illégalement sur leur territoire, et dont beaucoup relèvent de l'article 31 de la Convention de 1951. Ils ont étudié les sources de cette disposition au sein des débats aux Nations Unies de 1950 et de la Conférence de plénipotentiaires de Genève en 1951. Ils ont pris en considération la volonté des auteurs de la Convention d'instaurer, entre autres, un prin-

cipe d'immunité de sanctions pour les réfugiés qui, « *arrivant directement du territoire où leur vie ou leur liberté était menacée au sens prévu par l'article premier, entrent ou se trouvent sur leur territoire sans autorisation, sous la réserve qu'ils se présentent sans délai aux autorités et leur exposent des raisons valables de leur entrée ou présence irrégulière.* »

Le relevé des conclusions qui suit ne reflète pas nécessairement l'opinion individuelle des participants, ni celle du HCR, mais reprend, d'une manière générale, le consensus qui s'est dégagé au cours des discussions.

Considérations générales

- 1 — L'article 31 de la Convention de 1951 relative au statut des réfugiés induit un enjeu particulier pour les États qui cherchent à gérer les demandes d'asile efficacement, tout en veillant à ce que certaines obligations internationales soient pleinement respectées.
- 2 — L'interprétation et l'application de l'article 31 nécessitent que soient prises en compte tant l'évolution de situations de fait ayant une incidence sur les déplacements de réfugiés et de demandeurs d'asile, que les évolutions du droit international, notamment l'impact des instruments régionaux et internationaux relatifs aux droits de l'Homme, la pratique des organes conventionnels et autres organes de suivi, et les dispositions de traités connexes, tels que le *Protocole visant à prévenir, réprimer et punir la traite des personnes, en particulier des femmes et des enfants* et le *Protocole contre le trafic illicite de migrants par terre, air et mer, additionnel à la Convention des Nations Unies contre la criminalité transnationale organisée*.¹
- 3 — Il a été rappelé que le Comité exécutif du HCR estime que les réfugiés doivent être vus comme ayant fréquemment des raisons légitimes d'entrer ou de se déplacer illégalement dans un pays, et qu'il recommande à cet égard, des normes de traitement appropriées, notamment via les Conclusions No. 15, 22, 44 et 58.
- 4 — Il a aussi été remarqué que, pour les États parties à la Convention de 1951 et/ou au Protocole de 1967, l'article 31 comportait à la fois des obligations de moyens et des obligations de résultat.
- 5 — Ainsi, l'article 31§1 oblige spécifiquement les États à ne pas imposer de sanctions pénales aux réfugiés relevant de ces dispositions. L'article 31§2 demande aux États de ne pas appliquer aux mouvements des réfugiés relevant du paragraphe 1, d'autres restrictions que celles qui sont nécessaires, et ce, uniquement dans l'attente que leur statut dans le pays d'accueil ait été régularisé ou qu'ils aient été admis de manière sûre dans un autre pays.
- 6 — La mise en œuvre effective de ces obligations nécessite la mise en place de mesures concrètes au niveau national. À la lumière de l'expérience et au regard de la nature

1. **Note de la rédaction** : UN doc. A/55/383, novembre 2000.

des obligations énoncées à l'article 31, les États doivent prendre les mesures nécessaires pour veiller à ce que les réfugiés et les demandeurs d'asile visés par cet article, ne fassent pas l'objet de sanctions pénales. Les États doivent s'assurer que les réfugiés bénéficiant de cette disposition soient rapidement identifiés, qu'aucune procédure judiciaire ou sanction pénale pour entrée ou présence irrégulière sur leur sol ne leur soit appliquée dans l'attente d'une décision rapide concernant leur demande d'asile et de statut de réfugié, et que les critères pertinents soient interprétés à la lumière des normes et du droit international applicables.

- 7 — Plus particulièrement, si les termes pertinents de l'article 31 (« *arrivant directement* », « *sans délai* », « *sanctions pénales* », « *raisons reconnues valables* ») doivent être appliqués au niveau national, une analyse de la situation individuelle doit être faite dans chaque cas afin que les obligations internationales soient respectées. Il a en outre été souligné, en s'appuyant sur la pratique des États, que ces obligations étaient mises en œuvre avec plus d'efficacité quand des mécanismes nationaux pouvant être contrôlés déterminaient l'applicabilité de l'article 31, dans le respect de la règle de droit et de la procédure prévue par la loi, ce qui inclut le droit à être conseillé et représenté.
- 8 — L'édition de mesures est aussi nécessaire pour garantir que les résultats énoncés à l'article 31§2 soient spécifiquement atteints. Des dispositions appropriées doivent être mises en place au niveau national pour garantir que seules sont appliquées les restrictions nécessaires à chaque cas, que ces restrictions satisfont aux autres exigences de cet article et que les normes applicables, en particulier en matière de droits de l'Homme, sont prises en compte.
- 9 — La transposition et l'adoption des normes de l'article 31 en droit interne, incluant la possibilité de former un contrôle judiciaire en cas de détention, serait une étape importante pour la promotion du respect de l'article 31 et des dispositions connexes relatives aux droits de l'Homme.

Considérations spécifiques

- 10 — En relation avec l'article 31§1 :
 - a) L'article 31§1 impose que les réfugiés ne soient pas sanctionnés pénalement du seul fait de leur entrée irrégulière ou parce que, ayant besoin d'un refuge et d'une protection, ils restent irrégulièrement dans un pays.
 - b) Les réfugiés ne doivent pas nécessairement être arrivés directement de territoires où leur vie ou leur liberté était menacée.
 - c) L'article 31§1 était destiné à s'appliquer, et a été interprété comme s'appliquant, aux personnes qui ont brièvement transité par d'autres pays ou qui ne peuvent pas trouver une protection réelle dans le ou les premier(s) pays où ils ont fui. Les auteurs voulaient uniquement que l'immunité contre des sanctions pénales ne puisse pas s'appliquer aux réfugiés qui avaient trouvé asile ou s'étaient installés, à titre temporaire ou permanent, dans un autre pays. Le sim-

ple fait que le HCR soit opérationnel dans un pays ne doit pas être utilisé comme un argument irréfutable de l'existence d'une protection réelle dans ce pays.

d) L'intention d'un demandeur d'asile d'atteindre un pays de destination particulier, par exemple à des fins de regroupement familial, est un facteur à prendre en compte lorsqu'il s'agit d'apprécier si ce dernier a transité par un autre pays ou y a séjourné.

e) Le fait d'avoir une crainte fondée de persécution est en soi une « *raison reconnue valable* » d'entrée irrégulière. Le fait d'« *arriver directement* » d'un tel pays, via un ou plusieurs pays où il est en danger ou dans lesquels aucune protection en général n'existe, est aussi accepté comme une « *raison reconnue valable* » d'entrer irrégulièrement. D'autres situations de fait peuvent constituer une « *raison reconnue valable* ».

f) L'expression « *sans délai* » est une question de fait et de degré. Cette notion dépend de la situation particulière au cas d'espèce, incluant la possibilité de recourir à un conseil. De ce fait, il a été reconnu que les réfugiés et les demandeurs d'asile avaient des obligations en vertu de l'article 2 de la *Convention de 1951*.

g) La mise en œuvre effective de l'article 31 nécessite que celui-ci s'applique à toute personne qui prétend avoir besoin d'une protection internationale ; par conséquent, cette personne est présumée avoir le droit de bénéficier provisoirement de l'interdiction des sanctions pénales prévue à l'article 31 jusqu'à ce qu'il ait été établi, par une décision définitive et à l'issue d'une procédure équitable, qu'elle n'a pas besoin d'une protection internationale.

h) Le terme « *sanctions pénales* » inclut, de manière non exhaustive, les poursuites pénales, les amendes et l'emprisonnement.

i) En principe, un transporteur qui fait entrer dans un pays un passager « *dépourvu de documents de voyage* » qui est ensuite reconnu comme ayant besoin d'une protection internationale, ne doit pas faire l'objet de sanctions pénales.

11 — En relation avec l'article 31 § 2 :

a) Aux fins de l'article 31 § 2, il n'existe pas de distinction entre les restrictions au déplacement ordonnées ou appliquées dans un cadre administratif et celles ordonnées ou appliquées dans un cadre judiciaire. Le pouvoir des États d'imposer ce type de restriction doit être lié à un objet ou à un but reconnu et le principe de proportionnalité entre la fin et les moyens doit être respecté. Les restrictions au déplacement ne doivent pas être imposées de manière illégale et arbitraire.

b) La détention des réfugiés et des demandeurs d'asile est une mesure exceptionnelle qui doit être seulement appliquée dans des cas individuels, lorsqu'elle a été jugée nécessaire par l'autorité compétente, à la lumière de la situation de

l'espèce et sur la base des critères établis par la loi, conformément au droit international des réfugiés et aux droits de l'Homme. En tant que telle, elle ne doit pas être appliquée de manière illégale et arbitraire et ne doit être appliquée que lorsqu'elle est nécessaire pour les raisons énoncées dans la Conclusion N° 44 du Comité exécutif, en particulier pour sauvegarder la sécurité nationale ou l'ordre public (par exemple : en cas de risque de fuite). Le droit et la pratique internes doivent tenir pleinement compte des obligations internationales acceptées par les États, y compris via les traités régionaux et universels de défense des droits de l'Homme.

c) Les réfugiés et les demandeurs d'asile ne doivent pas être détenus en raison de leur origine nationale, ethnique, raciale ou religieuse ou à des fins de dissuasion.

d) Les périodes initiales de détention administrative permettant d'identifier les réfugiés et les demandeurs d'asile et de déterminer les éléments constitutifs de leur demande d'asile doivent être réduites au minimum. La détention ne doit notamment pas être prolongée à des fins de punition ou maintenue lorsque les procédures d'asile traînent en longueur.

e) Toute détention qui dépasse la période initiale doit être justifiée sur la base d'un motif énoncé au paragraphe 11.b) ci-dessus.

f) Les *Principes directeurs du HCR sur les critères et les normes applicables quant à la détention des demandeurs d'asile* fournissent des indications à cet égard. Les familles et les enfants doivent, en particulier, être traités conformément aux normes internationales et les enfants de moins de 18 ans ne devraient pas être détenus. En principe, les familles ne doivent pas être détenues ; si elles le sont néanmoins, elles ne doivent pas être séparées.

g) Il existe une différence qualitative entre la détention et les autres restrictions à la liberté de circulation. De nombreux États sont capables de gérer leurs systèmes d'asile et leurs politiques d'immigration sans recourir à la contrainte physique. Avant de recourir à la détention, des solutions de substitution doivent toujours être envisagées, au cas par cas. Celles-ci peuvent être l'obligation de résidence et de présentation, les cautions, la supervision de la communauté ou les centres ouverts. Ces solutions alternatives peuvent être conçues avec la participation de la société civile.

h) L'accès à des procédures équitables et rapides de détermination du statut de réfugié ou de la détermination de la préexistence d'une protection réelle, est un élément important permettant d'assurer que les réfugiés ne sont pas soumis à une détention arbitraire ou prolongée.

i) Les garanties procédurales doivent comporter au minimum le droit de recours concernant la légalité et la nécessité de la détention devant une Cour ou un tribunal indépendant, conformément à la règle de droit et à la procédure prévue par la loi. Les réfugiés et les demandeurs d'asile doivent être

informés de leurs droits, avoir accès à des conseils et aux Cours et tribunaux nationaux et mis en mesure de pouvoir contacter le Bureau du HCR.

j) Le HCR doit, à sa demande, être informé et avoir accès à tous les réfugiés et demandeurs d'asile détenus.

k) Lorsque la détention est jugée nécessaire, les États doivent veiller à ce que les réfugiés et les demandeurs d'asile soient traités conformément aux normes internationales. Ils ne doivent pas être détenus dans des endroits ou des installations mettant en danger leur sécurité et leur bien-être physique ; l'utilisation des prisons doit être évitée. La société civile doit être impliquée dans la surveillance des conditions de détention.

Autres considérations

- 12 — Des stratégies non juridiques et la mise en place d'un suivi idoine sont également essentielles. Elles incluent notamment la préparation et la diffusion aux instances gouvernementales et administratives concernées, d'instructions relatives à l'application de l'article 31, la formation et le renforcement des compétences sur le sujet. Il importe aussi de veiller de près à ce que les stratégies et les actions mises en œuvre par les États ne soient pas utilisées pour exacerber les sentiments ou les comportements racistes ou xénophobes.
- 13 — Il est vivement conseillé aux États de tenir des relevés précis de tous les cas de détention de réfugiés ou de demandeurs d'asile, ou d'autres formes de restriction à leur déplacement, de publier des données statistiques sur ces détentions et restrictions au déplacement et d'informer régulièrement le HCR des cas de réfugiés et de demandeurs d'asile détenus, conformément à leur obligation découlant de l'article 35 de la Convention.

LISTE DES PARTICIPANTS

Table ronde d'experts, Genève (Suisse), du 8 au 9 novembre 2001 (article 31 et unité de famille)

Kohki Abe, Université de Kanagawa, Yokohama, Japon

T. Alexander Aleinikoff, Migration Policy Institute, Washington DC, États-Unis

Estelle Matilda Appiah, Service du Procureur général, Accra, Ghana

Lilia Dmitrievna Arestova, Gouvernement de la fédération de Russie

Rachel Brett, Bureau des Quakers auprès des Nations Unies, Genève, Suisse

Vincent Chetail, Institut Universitaire des Hautes Études Internationales, Genève, Suisse

Sebastian De Groot, Juge, Association internationale des juges du droit des réfugiés, Pays-Bas

Shirley DeWolf, Eglises sud-africaines auprès des peuples déracinés, Mutare, Zimbabwe

Istvan Dobo, Gouvernement hongrois

Rafael Garcia Gozalo, Gouvernement espagnol

Guy S. Goodwin-Gill, Université d'Oxford, Royaume-Uni

Vera Gowlland, Institut Universitaire des Hautes Études Internationales, Genève, Suisse

Colin Harvey, Université de Leeds, Royaume-Uni

Holger Hoffmann, Juriste, Brême, Allemagne

Robert Illingworth, Gouvernement australien

Kate Jastram, Juriste, États-Unis

Ninette Kelley, Juriste, Canada

Giovanni Kojanec, Université « La Sapienza », Rome, Italie

Vitit Muntarbhorn, Université de Chulalongkorn, Bangkok, Thaïlande

Dobromira Naydenova, Comité Helsinki bulgare, Sofia, Bulgarie

Peter Nygh, Australie

Mark Ockelton, Juge, Association internationale des juges du droit des réfugiés, Royaume-Uni

Thierry Schreyer, Comité international de la Croix Rouge, Genève, Suisse

Chris Sidoti, Human Rights Council, New South Wales, Australie

Nikos Sitaropoulos, Commission nationale pour les droits de l'homme, Athènes, Grèce

Annikki Vanamo-Alho, Gouvernement finlandais

Daniel Warner, Institut Universitaire des Hautes Études Internationales, Genève, Suisse

Wendy Young, Women's Commission on Refugee Women and Children, États-Unis

Pour le HCR : Erika Feller, Wilbert Van Hövell, Volker Türk, Diane Goodman (uniquement pour les discussions sur l'unité de famille), Walpurga Englbrecht (uniquement pour les discussions sur l'article 31), Nathalie Karsenty (uniquement pour les discussions sur l'article 31), Alice Edwards et Eve Lester (officier de liaison avec les ONG pour les Consultations mondiales)

L'affiliation institutionnelle n'est mentionnée que dans un objectif d'identification.

Quatrième partie

L'appartenance à un certain groupe social (article 1 A 2)

Sommaire

4.1

Caractéristiques protégées et perceptions sociales :
analyse de la signification de l'expression
« appartenance à un certain groupe social » 303

4.2

Relevé des conclusions :
l'appartenance à un certain groupe social 357

4.3

Liste des participants 359

CARACTÉRISTIQUES PROTÉGÉES ET PERCEPTIONS SOCIALES : ANALYSE DE LA SIGNIFICATION DE L'EXPRESSION « APPARTENANCE À UN CERTAIN GROUPE SOCIAL »

T. Alexander ALEINIKOFF *

Table des matières

I.	Introduction	305
II.	Les normes internationales	306
	A. La Convention de 1951 et travaux préparatoires	306
	B. Les Interprétations du HCR	307
	1. Le Guide	307
	2. La position défendue devant les tribunaux	308
	3. Autres orientations	308
III.	La jurisprudence nationale	309
	A. Le Canada	309
	B. L'Australie	312
	C. Le Royaume-Uni	314
	D. Les États-Unis	317
	E. La Nouvelle-Zélande	322
	F. La France	322
	G. L'Allemagne	325
	H. Les Pays-Bas	326

* Ce document a été enrichi par les commentaires judiciaires des personnes ayant pris part aux discussions de la table ronde qui s'est tenue à San Remo (Italie) du 6 au 8 septembre 2001, dans le cadre des Consultations mondiales sur la protection internationale organisées par le HCR.

IV. Les questions d'interprétation	327
A. Considérations générales	327
B. Le rôle de la « persécution » dans la définition d'un certain groupe social	328
C. <i>Ejusdem generis</i>	331
D. Non-discrimination et définition d'un « certain groupe social »	333
E. Groupes sociaux et violations des droits de l'Homme	335
V. Le cœur de l'analyse : les caractéristiques protégées et la perception sociale	336
VI. L'exigence du « lien causal » et les acteurs non étatiques	344
VII. Applications pratiques	347
A. L'orientation sexuelle	348
B. Les demandes fondées sur la famille	348
1. La persécution par un membre de la famille fondée sur l'appartenance de la victime à la famille	348
2. La persécution par un acteur non étatique qui s'en prend aux membres de la famille du demandeur	349
C. Les pratiques coercitives de planning familial chinoises	350
D. Les violences conjugales	352
VIII. Conclusion	354

I. Introduction

Au cours des dernières années, le nombre et la diversité des demandes d'asile fondées sur le motif de « l'appartenance à un certain groupe social » cité dans la *Convention de 1951 relative au statut des réfugiés*¹ ont énormément augmenté. Ces cas ont repoussé les limites du droit des réfugiés et ont soulevé des problèmes tels que les mauvais traitements domestiques², l'homosexualité³, les politiques coercitives de planning familial⁴, les mutilations génitales féminines⁵ et la discrimination envers les personnes handicapées⁶.

Il n'est pas surprenant d'invoquer le motif de l'appartenance à un certain groupe social. Sa portée potentielle en fait un fondement plausible pour les demandes de reconnaissance du statut de réfugié qui ne relèvent pas aisément des autres motifs énumérés à l'article 1 A 2 de la *Convention de 1951*. Ce dernier dispose :

(...) Le terme « réfugié » s'appliquera à toute personne qui (...) craignant avec raison d'être persécutée du fait de sa race, de sa religion, de sa nationalité, de son appartenance à un certain groupe social ou de ses opinions politiques, se trouve hors du pays dont elle a la nationalité et qui ne peut ou, du fait de cette crainte, ne veut se réclamer de la protection de ce pays (...)

En outre, comme les sources habituelles consultées en matière d'interprétation des accords internationaux apportent peu d'éclairage sur la question de l'appartenance à un certain groupe social, les juges ont adopté plusieurs interprétations (souvent contradictoires) des termes de la Convention⁷. Les tribunaux et les instances administratives ont parfois énoncé une norme permettant de résoudre de

1. Nations Unies, *Recueil des Traités*, vol. 189, n° 150.

2. *Islam c. Secretary of State for the Home Department et R. c. Immigration Appeal Tribunal and Secretary of State for the Home Department, ex parte Shah*, Chambre des Lords du Royaume-Uni, [1999] 2 WLR 1015 ; [1999] INLR 144, également réimprimé dans 11 *International Journal of Refugee Law*, 1999, p. 496 (ci-après « *Islam et Shah* »).

3. Voir D. McGhee, « Persecution and Social Group Status : Homosexual Refugees in the 1990s », 14 *Journal of Refugee Studies*, 2001, p. 20.

4. *Applicant A. and Another c. Minister for Immigration and Ethnic Affairs and Another*, Haute Cour d'Australie, (1997) 190 CLR 225 ; 142 ALR 331 (ci-après « *Applicant A.* »).

5. *In Re Kasinga*, US Board of Immigration Appeals (BIA), Décision provisoire No. 3278, 1996, 21 I. & N. Décisions 357 [1996].

6. A. Kanter et K Dadey, « The Right of Asylum for People with Disabilities », 73 *Temple Law review*, 2000, p. 1117.

7. Voir le juge McHugh dans l'affaire *Applicant A.*, *supra* note 4, p. 259 :

Les tribunaux et les juristes ont adopté des points de vue très divergents au sujet de ce qui constitue « l'appartenance à un certain groupe social » au sens de la Convention. Cela n'est pas surprenant. L'expression est vague et le détail de l'historique législatif ainsi que les débats font défaut. Il est non seulement impossible de définir cette expression de manière exhaustive mais il est également inutile de tenter de le faire.

(traduction libre)

manière adéquate le cas qui se présentait devant eux, pour finalement conclure plus tard que la règle devait être modifiée en raison des requêtes ultérieures.

Ce document fournit une analyse détaillée des différentes approches juridiques de l'interprétation de l'expression « appartenance à un certain groupe social » et des questions spécifiques suscitées par la définition du réfugié. Cette analyse est guidée par le principe sous-jacent selon lequel une interprétation raisonnable de l'expression doit prendre en considération les victimes de persécution, sans pour autant étendre la portée de la *Convention de 1951* jusqu'à imposer aux États des obligations auxquelles ils n'ont pas consenti. Dans la recherche de cet équilibre subtil, il faut garder à l'esprit que le droit international des réfugiés entretient des liens étroits avec le droit international relatif aux droits de l'Homme⁸, dans la mesure où les réfugiés sont des personnes dont les droits de l'Homme ont été violés et qui méritent une protection internationale.

Ce document comporte sept sections. Après cette introduction, la section II passe brièvement en revue les travaux préparatoires et les interprétations données par le HCR à l'expression « appartenance à un certain groupe social ». La section III examine en détail la jurisprudence des États, afin de fournir une base de discussion pour les questions spécifiques relatives à la définition de l'appartenance à un certain groupe social. Dans la section IV sont développées les questions d'interprétation qui préoccupent les instances de jugement. L'analyse tirée des parties précédentes ouvre la voie aux discussions présentées dans la section V, qui propose une norme pour juger les affaires invoquant l'appartenance à un certain groupe social comme motif de reconnaissance du statut de réfugié. La section VI examine brièvement une question souvent importante pour les affaires de groupe social : la nécessité d'un soi-disant « lien causal », au sens où la persécution doit être « du fait de » l'un des motifs de la Convention. Dans la partie VII, cette analyse est appliquée à plusieurs demandes invoquant le groupe social. La section de conclusion, résume les principaux points analysés dans le document.

II. Les normes internationales

A. La Convention de 1951 et travaux préparatoires

Il est bien connu que l'expression « appartenance à un certain groupe social » a été ajoutée quasiment à la fin des délibérations portant sur le projet de Convention. Les travaux préparatoires apportent particulièrement peu d'aide aux fins d'interprétation. Seule figure au procès-verbal l'observation du délégué suédois :

8. A comparer avec K. Daley et N. Kelley, « Particular Social Group : A Human Rights Based Approach in Canadian Jurisprudence », 12 *International Journal of Refugee Law*, 2000, p. 48.

« L'expérience a montré que certains réfugiés étaient persécutés parce qu'ils appartenaient à certains groupes sociaux. Le projet de Convention ne prévoit pas ce cas et il conviendrait d'y introduire une disposition destinée à les couvrir »⁹. Par conséquent, les tribunaux et les spécialistes ont, d'une manière générale, cherché des outils d'interprétation dans l'association de cette expression avec les autres motifs de la Convention : la race, la religion, la nationalité et les opinions politiques. Ils ont cherché à identifier les éléments essentiels aux autres motifs (comme l'« aspect immuable » ou « fondamental » du motif) pour adopter ensuite une interprétation de l'appartenance à un certain groupe social cohérente avec l'élément identifié. Bien qu'apportant un principe limitatif, cette stratégie n'est pas imposée par la Convention ou d'autres sources faisant foi ; il se peut que l'expression ait été adoptée pour englober une diversité de groupes dont le besoin de protection était fondé sur des circonstances différentes de celles justifiant l'inclusion en vertu des autres motifs¹⁰.

B. Les Interprétations du HCR

1. Le Guide

Les commentaires relatifs à l'expression « appartenance à un certain groupe social » dans le *Guide*¹¹ du HCR sont d'ordre général et relativement courts, ce qui reflète, sans aucun doute, la nature peu développée des demandes de cette nature au moment de la rédaction du *Guide*. La substance de ces commentaires s'énonce ainsi :

77. Par « un certain groupe social », on entend normalement des personnes appartenant à un groupe ayant la même origine et le même mode de vie ou le même statut social. La crainte d'être persécuté du fait de cette appartenance se confondra souvent en partie avec une crainte d'être persécuté pour d'autres motifs, tels que la race, la religion ou la nationalité.

78. L'appartenance à un certain groupe social peut être à l'origine de persécutions parce que les prises de position politique, les antécédents ou l'activité économique de ses membres, voire l'existence même du groupe social en tant que tel, sont considérés comme un obstacle à la mise en œuvre des politiques gouvernementales.

79. Normalement, la simple appartenance à un certain groupe social ne suffira pas à établir le bien-fondé d'une demande de reconnaissance du statut de réfugié. Il peut cependant y avoir des circonstances particulières où cette simple appartenance suffit pour craindre des persécutions.

9. Assemblée générale des Nations Unies, *Conférence de plénipotentiaires sur le statut des réfugiés et des apatrides, compte-rendu analytique de la troisième séance tenue au Palais des Nations, Genève, le mardi 3 juillet 1951 à 10h30*, UN doc. A/CONF.2/SR.3, 19 novembre 1951, p. 14.

10. Il se peut, par exemple, que les principes étatiques de non-discrimination condamnent les classifications fondées sur la race, la religion, l'âge, le handicap, l'orientation sexuelle et d'autres caractéristiques au motif que ces formes de classifications sont « injustes » — même si l'on ne peut pas identifier d'élément unique commun à tous justifiant la conclusion d'« injustice ».

11. HCR, *Guide des procédures et critères à appliquer pour déterminer le statut de réfugié au regard de la Convention de 1951 et du Protocole de 1967 relatifs au statut des réfugiés* (Genève, 1979, réédition en 1992) (ci-après « *Guide* »).

2. La position défendue devant les tribunaux

Dans ses observations sur les affaires *Islam c. Secretary of State for the Home Department* et *R. c. Immigration Appeal Tribunal and Secretary of State for the Home Department, ex parte Shah*¹², le HCR a plaidé ce qui suit :

La position du HCR est la suivante. Les personnes qui croient en des valeurs et en des normes qui ne sont pas conformes aux coutumes de la société dans laquelle elles vivent, ou qui sont perçues comme telles, peuvent, en principe, constituer un « certain groupe social » au sens de l'article 1 A 2 de la *Convention de 1951*. Ces personnes ne constituent pas toujours « un certain groupe social ». Pour ce faire, les valeurs en question doivent être d'une nature telle que la personne concernée ne doive pas être contrainte d'y renoncer.

[...]

« Un certain groupe social » signifie un groupe de personnes qui partagent une caractéristique qui les distingue de l'ensemble de la société. Cette caractéristique doit être immuable, parce qu'elle est innée ou impossible à changer ou parce qu'il serait injuste d'exiger que la personne la change. Ainsi, lorsque des personnes ont des convictions ou des valeurs telles qu'exiger d'elles d'y renoncer violerait leurs droits fondamentaux, elles peuvent en principe appartenir à un certain groupe social composé de personnes de même sensibilité.

[...]

Il est important de garder à l'esprit que la position du HCR n'implique pas une définition du certain groupe social en référence à la persécution subie. En effet, le HCR partage la conclusion de la Cour d'Appel dans les présentes affaires selon laquelle la persécution seule ne peut pas déterminer un groupe lorsqu'il n'y a rien par ailleurs.

[...]

Ce n'est pas la *réaction* par rapport au comportement de ces personnes qui constitue la pierre de touche définissant le groupe. Toutefois, cette réaction peut fournir des preuves dans un cas donné qu'un certain groupe social existe.

On peut remarquer qu'il existe sans doute une certaine tension, mais pas nécessairement une incohérence, entre les termes du *Guide* et les observations du HCR présentées en appel dans les affaires *Islam* et *Shah*. Le *Guide* n'est pas arrêté quant à l'idée d'une caractéristique immuable ou fondamentale.

3. Autres orientations

Dans sa *Conclusion de 1985 sur les femmes réfugiées et la protection internationale*, le Comité exécutif du HCR a reconnu que :

Les États, dans l'exercice de leur souveraineté, sont libres d'adopter l'interprétation selon laquelle les femmes en quête d'asile soumises à des traitements cruels ou inhumains pour avoir transgressé les coutumes de la communauté où elles vivent peuvent être considérées comme appartenant à un « certain groupe social » aux termes de l'article 1 A 2 de la *Convention de 1951*¹³.

12. *Islam* et *Shah*, *supra* note 2 (traduction libre).

13. Comité exécutif, Conclusion No. 39 (XXXVI), 1985, paragraphe k).

III. La jurisprudence nationale

Les débats les plus approfondis au sujet du motif tiré du « groupe social » ont lieu dans les affaires traitées par les juridictions de *common law*. Par conséquent, nous allons accorder la plus grande attention aux décisions rendues au Canada, en Australie, au Royaume-Uni, aux États-Unis et en Nouvelle-Zélande, tout en examinant également brièvement la jurisprudence d'autres pays. Les affaires révèlent plusieurs approches : même au sein de la même juridiction, les juristes adoptent fréquemment des interprétations contradictoires de la *Convention de 1951* et du droit interne. Comme cela sera résumé dans la conclusion de la partie suivante, il est néanmoins possible d'identifier des points de convergence entre les États sur plusieurs questions. Les « principes directeurs » et autres principes d'interprétation proposés ou adoptés par les instances non judiciaires des États concernés seront également examinés dans cette partie.

Les tribunaux des pays de *common law* ont tendance à interpréter et à analyser les décisions rendues dans d'autres États de *common law* jusqu'à un point surprenant. Les tribunaux américains sont une exception dans la mesure où ils invoquent presque exclusivement des affaires internes¹⁴. Les projets de règlements récents élaborés par le Service d'Immigration et de Naturalisation des États-Unis prennent toutefois note des décisions « groupe social » rendues par les tribunaux d'autres pays¹⁵.

A. **Le Canada**

La Cour suprême du Canada a débattu de manière approfondie de la question de l'appartenance à un certain groupe social dans l'affaire *Canada (Procureur général) c. Ward*¹⁶. L'affaire concernait la demande d'un ancien membre de l'Armée de libération nationale irlandaise (INLA) condamné à mort par son organisation pour avoir aidé des otages à s'évader. Ward soutenait qu'il serait persécuté en cas de retour en Irlande du Nord en raison de son appartenance à l'INLA.

La Cour suprême a refusé d'adopter une interprétation du motif de l'appartenance à un certain groupe social qui en ferait un « filet de sécurité destiné à parer à toute lacune possible dans les quatre autres catégories »¹⁷. Comme le juge La Forest

14. Pour un exemple rare où il a été regardé en dehors des frontières des États-Unis, voir la mention par la BIA des affaires *Islam* et *Shah*, *supra* note 2, dans l'affaire *Matter of R.A.*, Décision provisoire de la BIA No. 3403, 11 juin 1999.

15. Voir les projets de règlements du Département de la Justice sur « l'appartenance à un certain groupe social » (65 Fed.Reg.76588-98), 7 décembre 2000, *infra* note 55.

16. [1993] 2 SCR 689 ; (1993) 103 DLR (4th) 1 (ci-après « *Ward* »).

17. La Cour a élaboré cette approche au moyen de la doctrine développée, entre autres, par I. Foighel, « The Legal Status of the Boat-People », 48 *Nordisk Tidsskrift for International Relations*, 1993, p. 217 ; A.C. Helton, « Persecution on Account of Membership of a Social Group as a Basis for Refugee Status », 15 *Columbia Human Rights Law Review*, 1983, p. 39 ; G.S. Goodwin-Gill, *The Refugee in International Law*

l'a expliqué, une interprétation aussi large rendrait les autres motifs de la Convention superflus. Cherchant un principe limitatif, le juge La Forest a estimé que le sens donné à l'expression « appartenance à un certain groupe social » devrait tenir compte « des thèmes sous-jacents généraux de la défense des droits de l'Homme et à la lutte contre la discrimination, qui viennent justifier l'initiative internationale de protection des réfugiés »¹⁸. Par conséquent, il a défini l'appartenance à un certain groupe social comme englobant :

- 1) les groupes définis par une caractéristique innée ou immuable [par exemple, le sexe, les origines linguistiques, l'orientation sexuelle] ;
- 2) les groupes dont les membres s'associent volontairement pour des raisons si essentielles à leur dignité humaine qu'ils ne devraient pas être contraints à renoncer à cette association [par exemple, les défenseurs des droits humains] ; et
- 3) les groupes associés par un ancien statut volontaire immuable en raison de sa permanence historique¹⁹.

En appliquant cette analyse, la Cour a jugé que Ward ne pouvait pas répondre à la définition de la Convention. La persécution qu'il redoutait n'était pas fondée sur son appartenance antérieure à l'INLA et l'INLA ne constituait pas en elle-même « un certain groupe social ». En outre, Ward ne pouvait pas établir le lien causal requis entre un groupe social et une crainte fondée de persécution. Son appartenance à l'INLA « l'a placé dans la situation à l'origine de la crainte qu'il éprouve, mais la crainte elle-même était fondée sur son action, et non sur son affiliation »²⁰.

La norme établie par *Ward* est fréquemment évoquée comme l'approche de « l'immuabilité », mais elle reconnaîtrait manifestement d'autres groupes que ceux dont les membres ont des caractéristiques immuables. La seconde catégorie comprend les associations volontaires basées sur des caractéristiques qui sont essentielles pour la dignité humaine, mais peut-être modifiables. La Cour cite l'exemple des défenseurs des droits de l'Homme. Il est en outre important de remarquer que ce qui est identifié comme la base d'un groupe social dans cette catégorie n'est pas la possession commune d'une caractéristique assumée volontairement et essentielle à la dignité humaine ; c'est plutôt l'association volontaire des membres du groupe à

(1^{re} édition, Clarendon, Oxford, 1983), p. 30 ; M. Graves, « From Definition to Exploration : Social Groups and Political Asylum Eligibility », 26 *San Diego Law Review*, 1989, p. 739. Cela semble être une lecture excessivement large de l'interprétation de Goodwin-Gill. La seconde édition de son ouvrage *The Refugee in International Law* (Clarendon, Oxford, 1996) examine la décision *Ward* aux pages 360-2.

18. Le juge La Forest suit à cet égard l'approche élaborée par les tribunaux américains dans l'affaire *Matter of Acosta* (décrite *infra* note 45) et J.C. Hathaway, *The Law of Refugee Status* (Butterworths, Toronto, 1991).

19. *Ward*, *supra* note 16, (1993) 103 DLR (4th) à 33-4. La Cour fait remarquer que la troisième catégorie est incluse « davantage à cause d'intentions historiques », mais elle se rattache également aux influences anti-discriminatoires, en ce sens que « le passé d'une personne constitue une partie immuable de sa vie ».

20. *Ibid.*, p. 38. Dans une autre partie de la décision, la Cour a conclu que Ward pourrait faire une demande de reconnaissance du statut de réfugié au titre de ses opinions politiques.

laquelle il serait injuste de demander aux membres de renoncer parce que cette *association*, et non la *caractéristique*, est essentielle à leur dignité humaine. En pratique, la différence entre les deux peut sembler minime, parce qu'il est probable que les juges concluront que les personnes ont le droit de s'associer avec d'autres sur la base de caractéristiques essentielles à la dignité humaine. Par exemple, si l'exercice de la liberté de pensée est un droit humain fondamental, alors il ne fait pas de doute que les personnes ne devraient pas être contraintes de renoncer à s'associer avec des personnes de même sensibilité. En d'autres termes, la liberté de pensée va au-delà du droit de penser ce que l'on veut dans l'intimité de son domicile ; elle inclut le droit de s'associer avec d'autres personnes qui partagent les mêmes opinions.

Parce que « l'immutabilité » ne recouvre pas l'ensemble des groupes répondant aux normes définies par *Ward*, cette analyse sera appelée l'approche des « caractéristiques protégées ». Cette terminologie englobe les groupes définis par l'analyse de *Ward* et elle précise également que l'analyse porte avant tout sur les facteurs « internes », ce qui signifie que la définition du groupe sera surtout fondée sur les caractéristiques innées communes à un groupe de personnes, et non sur la façon dont le groupe est perçu dans la société.

Une fois admis que l'analyse de *Ward* s'étend au-delà des caractéristiques immuables, des problèmes conceptuels apparaissent toutefois. Quel est, par exemple, le principe sous-jacent qui unit les catégories identifiées dans *Ward* ? D'aucuns affirment parfois que le concept de « discrimination » est la clé de l'explication. Sur cette base, il est injuste de faire des discriminations envers certains groupes en raison de caractéristiques qu'ils ne peuvent pas modifier, ou qu'ils ne doivent pas être contraints de modifier eu égard aux principes des droits de l'Homme, en présumant à cet égard que contraindre une personne à renoncer à une association volontaire basée sur une caractéristique essentielle à la dignité humaine viole les droits de l'Homme. Si c'est la justification, elle n'explique cependant pas pourquoi les groupes doivent « s'associer volontairement » afin de bénéficier d'une protection. En effet, il semblerait tout aussi injuste de discriminer un groupe de personnes qui constituent un groupe en raison d'une caractéristique commune protégée, que les membres de ce groupe se connaissent ou aient choisi de s'associer ou pas. Un bon exemple pourrait être celui des personnes qui s'opposent à la stérilisation ou à l'avortement forcés. Dans la perspective des droits de l'Homme, des personnes ne devraient pas être soumises de force à ces pratiques, qu'elles aient ou non formé des groupes volontaires. À cet égard, le juge La Forest a suivi la logique de *Ward* en concluant que les requérants chinois s'opposant aux pratiques coercitives de planning familial pourraient constituer un certain groupe social²¹. Mais la raison pour laquelle *Ward* ne va pas aussi loin, et pour laquelle d'autres juristes ont rejeté la conclusion du juge La Forest,

21. Voir *Chan c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration)*, [1995] 3 SCR 593, pp. 642-6. Dans cette affaire, la majorité ne parvient pas à cette conclusion ; des tribunaux appartenant à d'autres juridictions ont rejeté le raisonnement du juge La Forest. Voir la discussion ci-dessous, dans la section intitulée « Groupes sociaux et violations des droits de l'Homme ».

est que cette interprétation risque d'étendre le motif du groupe social à toutes les personnes dont les droits de l'Homme pourraient être violés.

En résumé, la notion d'« association volontaire » pour la deuxième catégorie de *Ward*, semble guidée par l'intention de ne pas faire de la définition du groupe social un filet de sécurité. Le fait d'accepter cette restriction rend cependant difficile la construction d'un principe cohérent sous-tendant toutes les catégories de *Ward*.

B. L'Australie

La décision phare de la Haute Cour d'Australie, *Applicant A. c. Minister for Immigration and Ethnic Affairs*²², concernait des requérant(e)s qui faisaient valoir des craintes de stérilisation forcée en raison de leur refus de la politique chinoise de « l'enfant unique ». La Cour a adopté ce que l'on peut appeler l'approche de « la perception sociale » ou du « sens ordinaire », ce qui signifie que, pour constituer un « certain groupe social », un groupe doit partager une caractéristique commune qui unit les membres du groupe et les distingue du reste de la société. Comme le décrit le juge McHugh, ce qui distingue les membres d'un certain groupe social par rapport à d'autres personnes dans leur pays, « c'est un attribut commun et une perception sociale selon laquelle ils sont à part »²³. Dans le même sens, le juge Dawson a considéré qu'un certain groupe social était « un ensemble de personnes qui partagent une certaine caractéristique ou un certain élément qui les unit et leur permet de se distinguer du reste de la société. Cela signifie que ces personnes doivent non seulement manifester un élément commun mais cet élément doit les unir, faisant de ceux qui le partagent un groupe reconnaissable au sein de leur société »²⁴.

La Haute Cour a précisé que sa norme n'était pas aussi inclusive que l'approche du « filet de sécurité » préconisée par certains spécialistes. L'analyse tirée de l'affaire *Applicant A.*, par exemple, n'engloberait pas les groupes « statistiques » partageant un facteur démographique mais ne s'identifiant pas eux-mêmes comme un groupe ou n'étant pas perçus comme tel par la communauté. Un exemple, tiré de la jurisprudence américaine, est une catégorie alléguée de « jeunes hommes urbains soumis à la conscription forcée et au harcèlement au Salvador »²⁵.

22. Voir *supra* note 4. Les requêtes trouvant leur origine dans les politiques étatiques de planning familial en Chine sont courantes dans d'autres juridictions également, comme cela est décrit plus loin dans le texte accompagnant les notes 162-164 dans la section intitulée « Pratiques coercitives de planning familial chinoises ».

23. *Applicant A.*, (1997) 190 CLR 225, pp. 265-6 (traduction libre). Voir aussi *ibid.*, p. 264 : « L'existence de ce groupe dépend dans la plupart des cas, peut-être dans tous, des perceptions externes du groupe (...) [L'expression certain groupe social] évoque des personnes qui sont définies comme un groupe social distinct en raison d'une caractéristique, d'un attribut, d'une activité, d'une conviction, d'un intérêt ou d'un objectif donné qui les unit » (traduction libre).

24. *Ibid.*, p. 241 (sans note de bas de page) (traduction libre).

25. *Sanchez-Trujillo c. INS*, 801 F 2d 1571 (9th Circuit), 1986.

Un autre principe limitatif identifié par la Haute Cour est que le groupe ne saurait être défini uniquement par la persécution subie ; cela signifie que le « facteur qui unit » ne pourrait pas être « une crainte commune de persécution »²⁶. Cette règle est nécessaire pour éviter toute définition tautologique des groupes. Comme le fait remarquer le juge Dawson : « Il est quelque peu circulaire de penser qu'un certain nombre de personnes peuvent être considérées comme craignant une persécution du fait de leur appartenance à un certain groupe social lorsque ce qui est censé les unir au sein d'un certain groupe social est leur crainte commune de persécution »²⁷. Dans d'autres juridictions, ce principe bien établi est décrit comme exigeant que le groupe social existe « hors de la persécution »²⁸.

L'analyse tirée de *Applicant A.* contraste beaucoup avec le raisonnement de la Cour suprême du Canada dans *Ward*. L'approche de la Haute Cour d'Australie ne se fonde pas sur une analogie avec les principes de non-discrimination ; elle est plus sociologique. Cela signifie qu'elle regarde les facteurs externes, c'est à dire si le groupe est perçu comme distinct dans la société, plutôt que d'identifier une caractéristique protégée définissant le groupe (ou une caractéristique à laquelle les membres du groupe ne devraient pas être contraints de renoncer).

Ces normes se recourent fréquemment. Par exemple, les deux analyses mèneront probablement à la conclusion que les homosexuels et les anciens grands propriétaires terriens dans les États communistes constituent certains groupes sociaux. Un autre exemple peut être tiré d'une affaire plus récente de la Haute Cour, l'affaire *Chen Shi Hai c. Minister for Immigration and Multicultural Affairs*²⁹, dans laquelle le requérant né en Australie était le troisième enfant d'un couple chinois. La Haute Cour a jugé que le *Refugee Review Tribunal* (Tribunal des recours des réfugiés) n'avait pas commis d'erreur en concluant que les enfants dits « enfants noirs », c'est-à-dire les enfants nés en dehors des quotas fixés par les politiques de planning familial, constituaient un certain groupe social en Chine. Cette conclusion se justifie à la fois selon la norme de *Applicant A.* et de *Ward* parce que les « enfants noirs » sont perçus et traités comme un groupe à part en Chine et parce que l'ordre de naissance est immuable³⁰. Dans certains cas, toutefois, les deux normes peuvent conduire à des résultats différents dans les affaires d'appartenance à un certain groupe social. Pre-

26. *Applicant A.*, (1997) 190 CLR 225 à 242, juge Dawson.

27. *Ibid.*, p. 242 (traduction libre).

28. *Islam et Shah*, *supra* note 2, p. 503.

29. *Chen Shi Hai c. Minister for Immigration and Multicultural Affairs*, (2000), 170 ALR 553.

30. La question centrale dans l'affaire *Chen Shi Hai* ne concernait pas la définition du groupe social, mais plutôt la question de savoir si le ciblage des enfants dits « noirs » constituait l'application de lois générales et n'était donc pas source de persécution. La Haute Cour a rejeté ce raisonnement, confirmant le jugement du *Refugee Review Tribunal* (Instance de recours des réfugiés) selon lequel le mauvais traitement infligé aux « enfants noirs » équivalait à une persécution et se fondait sur leur appartenance à un certain groupe social et non sur le non-respect par leurs parents des politiques de planning familial.

nons l'exemple des requêtes émanant d'entrepreneurs privés dans un État socialiste, de riches propriétaires terriens visés par des groupes de guérilla ou de membres d'un syndicat professionnel. Selon les faits propres à la société concernée, ils pourraient tous constituer un groupe social en vertu de l'approche de la perception sociale ; il serait en revanche beaucoup plus difficile de parvenir à cette conclusion en vertu de l'approche des caractéristiques protégées.

Dans l'affaire *Applicant A.*, la Haute Cour n'a pas fait droit à la revendication du demandeur. La caractéristique unissant le groupe social allégué était la revendication par ses membres de leur droit fondamental à ne pas être soumis à la stérilisation forcée et de leur droit à exercer des choix fondamentaux en matière familiale³¹. La majorité de la Cour a néanmoins jugé que le groupe allégué était trop disparate, représentant simplement un ensemble de personnes situées en Chine qui s'opposaient à une politique sociale générale³². Selon le juge Dawson, il n'existait « aucune caractéristique ou aucun attribut *social* unissant les couples, aucun facteur externe leur permettant d'être perçus comme un certain groupe *social* aux fins de la Convention »³³. En outre, le fait de reconnaître une catégorie dont le seul élément commun serait la violation de leurs droits fondamentaux reviendrait à permettre à la persécution de définir la catégorie³⁴.

C. Le Royaume-Uni

La récente décision commune rendue par la Chambre des Lords dans les affaires *Islam et Shah*³⁵ a examiné les demandes de deux femmes pakistanaises mariées soumises à de graves sévices physiques de la part de leurs maris et forcées de quitter leur domicile. Les requérantes affirmaient en outre que l'État serait incapable ou n'aurait pas la volonté d'empêcher d'autres abus en cas de retour au Pakistan³⁶. Cette affaire est d'une importance capitale. La décision énonce des conclusions importantes relatives aux demandes d'asile liées au genre et à la question des acteurs non étatiques. Elle contient aussi des discussions importantes de la jurisprudence d'autres

31. Le groupe pourrait également être décrit sans faire référence aux droits de l'Homme. Voir le juge Brennan dans l'affaire *Applicant A.*, *supra* note 4 : « la caractéristique d'être parent d'un enfant et de ne pas avoir adopté volontairement un moyen contraignant de prévention des naissances distingue les demandeurs en tant que membres d'un groupe social partageant cette caractéristique » (traduction libre).

32. *Applicant A.*, *supra* note 4, (1997) 190 CLR 225 à 247, juge Dawson et 289 à 270, juge McHugh.

33. *Ibid.*, p. 270 (traduction libre).

34. Voir aussi *Minister for Immigration and Multicultural Affairs c. Khawar*, [2000] FCA 1130, 23 août 2000 (applicants *Applicant A.*, *supra* note 4, à une affaire concernant une femme pakistanaise battue par son mari et l'incapacité de l'État à prévenir ou à mettre fin à ces abus ; la notion de « certain groupe social » devant être déterminée « en fonction des perceptions de la société en question »). L'appel contre ce jugement a, par la suite, été rejeté par la Haute Cour : voir *Minister for Immigration and Multicultural Affairs c. Khawar*, [2000] FCA 14, 11 avril 2002.

35. *Islam et Shah*, *supra* note 2.

36. Ce document n'abordera pas la question des « opinions politiques » soulevée dans l'affaire *Islam*.

États. En outre, le raisonnement méticuleux de la Chambre des Lords a retenu l'attention de juges appartenant à d'autres juridictions de *common law*³⁷.

Le conseil des requérantes faisait valoir que le groupe social pertinent dans les présentes affaires devait être défini comme les femmes au Pakistan accusées de transgresser les coutumes et ne bénéficiant pas de la protection de leurs maris ou d'autres parents masculins. Le HCR, en tant qu'intervenant, a proposé une définition — conforme à la conclusion No. 39 du Comité exécutif, citée plus haut — englobant « les personnes qui croient en des valeurs et en des normes qui ne sont pas conformes aux coutumes de la société où elles vivent, ou qui sont perçues comme croyant en ces dernières »³⁸.

La majorité des Lords a conclu que le groupe social pouvait être correctement défini comme les femmes pakistanaises, bien que certains étaient en faveur de la définition plus limitée défendue par les requérantes³⁹. La Chambre des Lords est parvenue à un accord sur certains principes, notamment sur celui désormais largement accepté que le groupe social ne peut pas être défini uniquement par la persécution et que la définition d'un groupe n'est pas remise en cause par le simple fait de montrer que certains membres du groupe peuvent ne pas être menacés. La Chambre des Lords a également rejeté le considérant de la décision de la Cour d'Appel des États-Unis dans l'affaire *Sanchez-Trujillo* (discutée ci-dessous) qui soutenait qu'un groupe social devait faire preuve de « cohésion » afin d'être reconnu en vertu de la Convention. En outre, la majorité de la Chambre des Lords a identifié le principe de non-discrimination comme étant sous-jacent aux cinq motifs mentionnés dans la Convention.

La Chambre des Lords a cependant montré des approches globales divergentes pour définir l'expression « appartenance à un certain groupe social ». Lord Steyn

37. L'affaire a déjà suscité une attention considérable. Voir, par exemple, G.S. Goodwin-Gill, « Judicial Reasoning and « Social Group » after *Islam and Shah* », 11 *International Journal of Refugee Law*, 1999, p. 537 ; M. Vidal, « Membership of a Particular Social Group » and the Effect of *Islam and Shah* », 11 *International Journal of Refugee Law*, 1999, p. 528.

38. Voir la citation dans le texte *supra* note 13. La position du HCR semble courir deux lièvres à la fois, espérant peut-être que l'un d'eux franchira la ligne d'arrivée en premier. La déclaration citée dans le texte ci-dessus est écrite en caractères gras dans les observations et semble énoncer l'approche générale. (Les observations énoncent ailleurs que « la caractéristique distinctive qui définit le groupe consiste en le fait de partager un ensemble de valeurs qui ne sont pas partagées par le reste de la société ou, inversement par la décision commune de se dégager d'un ensemble de valeurs partagé par le reste de la société ».) Par ailleurs, les observations mentionnent positivement et semblent s'appuyer sur le raisonnement développé dans la décision *Acosta* de la BIA américain (discutée ci-dessous dans le texte accompagnant la note 45). Les observations énoncent donc : « La position du HCR est que la caractéristique distinctive pertinente peut consister en tout attribut inné ou immuable, soit parce qu'il est impossible de le modifier soit parce que personne ne devrait être contraint de le faire ». *Ibid.*, p. 16. Bien que ces normes puissent fréquemment se recouper, elles représentent précisément la différence entre *Ward*, *supra* note 16 et *Acosta*, *infra* note 45 d'une part, et *Applicant A.*, *supra* note 4, d'autre part.

39. Lord Steyn, Lord Hoffmann et Lord Hope of Craighead ont voté en faveur de la définition la plus large. Lord Steyn a également souscrit à la définition plus restrictive et a été rejoint par Lord Hutton. *Islam et Shah*, *supra* note 2.

et Lord Hoffmann se sont largement appuyés sur l'analyse des caractéristiques protégées, élaborée par la Cour suprême du Canada dans *Ward* ; Lord Hope of Craighead (opinion de la majorité) et Lord Millett (opinion dissidente) ont employé un langage plus proche de l'approche de la perception sociale défendue par la Haute Cour d'Australie dans *Applicant A*⁴⁰. Il n'a pas été nécessaire de faire de choix entre ces approches — au vu des faits de l'espèce, les femmes au Pakistan répondaient à chacune des analyses — et la majorité de la Chambre des Lords a adopté la définition la plus large de la catégorie (les femmes pakistanaises).

Dans une décision importante postérieure à *Islam et Shah*, l'*Immigration Appeal Tribunal* (IAT, Tribunal d'appel en matière d'immigration) a exposé les « principes essentiels devant régir les affaires fondées sur l'appartenance à un certain groupe social »⁴¹. Le Tribunal a estimé que la Chambre des Lords avait adopté la norme des caractéristiques protégées dans les affaires *Islam et Shah*. Il a donc estimé que le « principe de base » était que la caractéristique assurant l'unité du groupe « devait être une caractéristique immuable ou, pour le dire sommairement, une caractéristique que la personne n'a pas le pouvoir de modifier sauf à renoncer à des droits fondamentaux de l'Homme »⁴². Le IAT a fait référence à l'analyse en trois parties développée dans les affaires *Ward* et *Matter of Acosta* (examinée ci-dessous) : les groupes définis par i) une caractéristique immuable, ii) une association volontaire en vertu de raisons fondamentales pour la dignité humaine, ou iii) un ancien statut volontaire, et il a jugé que les deux dernières catégories ne devaient pas être comprises comme élargissant la première ; car, ce faisant, on ferait une entorse au « besoin sous-jacent de la Convention d'accorder une protection contre la privation discriminatoire de droits fondamentaux de l'Homme ». Elles identifient plutôt des groupes qui s'associent volontairement en raison d'une caractéristique immuable ou que les personnes ne devraient pas être contraintes de modifier⁴³.

40. *Ibid.*, selon Lord Hope of Craighead :

En termes généraux, on peut dire qu'un groupe social existe quand un groupe de personnes possédant une caractéristique particulière est considéré comme un groupe distinct par la société (...). Comme les coutumes et les attitudes sociales varient d'un pays à l'autre, le contexte pour l'investigation à mener est le pays dont la personne est ressortissante. L'expression peut donc inclure certains groupes sociaux qui peuvent être reconnaissables en tant que tels dans un pays mais pas dans d'autres ou qui, dans un pays donné, n'ont jusqu'alors pas été reconnus.

(traduction libre)

41. *Montoya*, Appel No. CC/15806/2000, 27 avril 2001. Le IAT a également cité de nombreuses décisions rendues par d'autres juridictions (traduction libre).

42. *Ibid.*, p. 12 (traduction libre).

43. *Ibid.*, pp. 13-15. En fait, le IAT semble avoir pris l'élément « ne devrait pas avoir à être modifié » appartenant à la catégorie ii) et l'a rattaché à la catégorie i) (immuabilité). Cette évolution doctrinale ne semble pas clarifier les catégories ou l'analyse. Cela souligne cependant l'engagement du IAT en faveur des caractéristiques protégées et son souci que le motif du groupe social ne soit pas interprété de façon excessivement large. Le présent document fait une critique de la position du IAT dans l'affaire *Montoya* dans la partie V ci-dessous.

Les affaires *Islam* et *Shah* sont également importantes pour leur analyse du « lien causal » figurant dans la définition du réfugié en cas de persécution par un acteur non étatique. Cet aspect sera développé plus loin dans la section VI.

D. Les États-Unis

Depuis un certain nombre d'années, deux méthodes d'analyse distinctes coexistent en matière de « groupe social » dans la jurisprudence américaine en raison de la structure administrative particulière du système américain. Les demandes d'asile sont entendues par les agents de l'*Immigration and Naturalization Service* (INS, Service d'immigration et de naturalisation) ; en cas de rejet, elles peuvent être présentées aux juges de l'immigration au cours d'une procédure de renvoi puis faire l'objet d'un appel devant le *Board of Immigration Appeals* (BIA, Commission des recours en matière d'immigration). Les juges et la BIA appartiennent au ministère de la Justice. Les décisions de la BIA peuvent faire l'objet d'un appel devant une *federal circuit Court of Appeals* (Cour d'Appel itinérante fédérale) ; le requérant ou la requérante introduit sa demande dans la circonscription dont son cas dépend. La pratique administrative veut que les décisions des Cours d'Appel lient la BIA uniquement pour les affaires survenant dans cette circonscription. La *Ninth Circuit Court of Appeals* (neuvième Cour d'Appel itinérante, qui couvre la Californie et d'autres États américains de l'Ouest) entend beaucoup plus d'affaires d'asile que les autres circonscriptions ; aussi ses décisions jouent un rôle crucial dans l'évolution du droit de l'asile aux États-Unis.

La BIA et la *Ninth Circuit* ont élaboré des interprétations différentes de la notion d'« appartenance à un certain groupe social ». Les autres Cours d'Appel itinérantes fédérales ont, en grande partie, adopté l'approche de la BIA⁴⁴. Par conséquent, les affaires d'asile présentées devant la *Ninth Circuit* sont jugées en application d'une norme ; les affaires traitées par la BIA et entendues en appel par d'autres Cours d'Appel itinérantes étant jugées en application d'une autre norme.

L'approche adoptée par la BIA, annoncée pour la première fois dans l'affaire *Matter of Acosta*⁴⁵ de 1985, a eu une très grande influence. Elle a été mentionnée positivement et en grande partie suivie dans la décision *Ward* de la Cour suprême du Canada, et elle a également été fréquemment citée dans des affaires présentées devant d'autres juridictions. La BIA a estimé que la notion de « certain groupe social » faisait référence à un « groupe de personnes ayant toutes une caractéristique commune immuable ». Cette caractéristique pourrait être « une caractéristique innée comme le sexe, la couleur ou les liens de parenté » ou « une expérience commune antérieure, comme le fait d'avoir été chef militaire ou propriétaire foncier ». Il est important de noter que la caractéristique commune doit être une caractéristique

44. Voir D. Anker, *Law of Asylum in the United States* (3^e édition, *Refugee Law Center*, Boston, MA, 1999), pp. 382-3.

45. *Matter of Acosta*, Décision provisoire No. 2986, 1985, 19 I.&N. Décisions 211, BIA, 1^{er} mars 1985.

que les membres du groupe ne peuvent pas changer ou ne devraient pas être contraints de changer parce qu'elle est essentielle à leur identité ou à leur conscience individuelle. C'est uniquement dans ce cas que le simple fait d'appartenir à un groupe devient quelque chose de comparable aux quatre autres motifs de persécution énoncés dans la définition du réfugié⁴⁶.

Dans l'affaire *Acosta*, la BIA a procédé par identification d'un élément commun aux quatre autres motifs de la Convention, puis l'a appliqué à l'expression « certain groupe social ». (Cette méthode de raisonnement, censée être une application du principe d'interprétation *ejusdem generis*, a également été adoptée dans des affaires relevant d'autres juridictions⁴⁷. Comme cela est discuté plus loin, il n'est pas évident que l'application de ce principe soit appropriée pour interpréter l'expression « du fait des » motifs au sein de la définition du réfugié). La BIA a identifié cet élément comme étant celui de l'« immuabilité », en se concentrant sans doute sur les aspects de race et de nationalité de la définition de la Convention et en faisant un parallèle avec le droit constitutionnel américain et les principes de non-discrimination. L'accent sur l'« immuabilité » a un intérêt parce que les caractéristiques immuables (comme le sexe et l'origine ethnique) sont souvent à l'origine de traitements injustes et parce qu'il fournit une façon raisonnable de limiter une catégorie potentiellement très large et mal définie. Comme la BIA l'a remarqué, la norme de l'« immuabilité » ne peut cependant pas servir de base pour les motifs de « religion » et d'« opinions politiques » de la Convention ; c'est pourquoi le deuxième aspect de l'analyse a été ajouté (caractéristiques tellement essentielles que personne ne devrait être contraint de les changer).

En appliquant la norme définie dans *Acosta*, les décisions américaines ont reconnu que les groupes sociaux pouvaient être fondés, par exemple, sur le sexe⁴⁸, l'appartenance à une tribu ou à un clan⁴⁹, l'orientation sexuelle⁵⁰, la famille⁵¹ et des expériences antérieures⁵². D'autres requêtes ont été rejetées, telles que celles relatives à des Chinois opposés à des pratiques coercitives de planning familial⁵³ et à des

46. *Ibid.*, pp. 233-4. Il est important de noter que la formulation n'est pas tout à fait la même que celle adoptée par la Cour suprême du Canada dans *Ward*, *supra* note 16, parce qu'elle énonce que la caractéristique, et non l'association volontaire basée sur cette caractéristique, doit être si essentielle qu'on ne saurait contraindre une personne à y renoncer.

47. Voir *Islam et Shah*, *supra* note 2, p. 503 ; *In Re G.J.*, Refugee Status Appeals Authority (RSAA, Instance d'appel des réfugiés) de Nouvelle-Zélande, Appel No. 1312/93, 1 NLR 387, 1995.

48. *Fatin c. INS*, 12 F 3d 1233 (3^e Circuit), 1993.

49. *In Re Kasinga*, *supra* note 5, *In Re H.*, Décision provisoire 3276, 1996.

50. *Matter of Toboso-Alfonso*, 20 I. & N. Décisions 819 (BIA), 1990.

51. *Lwin c. INS*, 144 F 3d 505 à 511-12 (7^e Circuit), 1998 (parents d'étudiants dissidents birmans) ; *Gebremichael c. INS*, 10 F 3d 28 à 36 (1^{er} Circuit), 1993 ; *Iliev c. INS*, 127 F 3d 638 à 642 et n. 4 (7^e Circuit), 1997.

52. *Matter of Fuentes*, 19 I. & N. Décisions 658 (BIA), 1988, concernant un ancien membre de la police nationale.

53. *Matter of Chang*, 20 I. & N. Décisions 38 (BIA), 1989.

femmes soumises à des sévices sexuels et physiques⁵⁴. (Les normes relatives à cette dernière catégorie évoluent⁵⁵ et nécessitent un examen minutieux dépassant le cadre du présent document). La décision *Acosta* a refusé de reconnaître les membres d'un collectif de chauffeurs de taxi comme un groupe social.

L'analyse du groupe social développée par la *Ninth Circuit Court of Appeals* contraste terriblement avec la norme de la BIA dans *Acosta*. Dans l'affaire *Sanchez-Trujillo c. INS*⁵⁶, qui examinait un groupe social de jeunes hommes urbains appartenant à la classe ouvrière en âge de faire leur service militaire au Salvador, la Cour a déclaré :

L'expression [groupe social] n'englobe pas chaque segment d'une population défini largement même si une certaine division démographique est pertinente au plan statistique. L'expression « certain groupe social » vise plutôt un ensemble de personnes affiliées étroitement les unes aux autres, qui sont guidées par une impulsion ou un intérêt commun. Le point central est l'existence d'un lien d'association volontaire entre les membres supposés, qui révèle une caractéristique commune essentielle à leur identité en tant que membre de ce groupe discret⁵⁷.

Le groupe allégué par le requérant ne répondait pas à cette définition parce qu'il ne constituait pas un « groupe cohérent et homogène ».

Les éléments d'« association volontaire » et de « cohésion » de la définition de *Sanchez-Trujillo* ont sans aucun doute été élaborés, comme la norme des caractéristiques protégées, pour empêcher qu'une notion de groupe social pouvant paraître illimitée, puisse servir de motif pour prétendre au statut de réfugié. Comme la Cour l'a expliqué :

D'importants segments de la population d'une nation assiégée, même s'ils se trouvent sans aucun doute en danger en raison d'une violence politique généralisée, ne constitueront que rarement, voire jamais, un « groupe social » distinct en considération d'une demande de statut de réfugié. Une opinion différente reviendrait à étendre le bénéfice du statut de réfugié à tout étranger déplacé en raison des conditions générales de troubles ou de violences dans son pays d'origine⁵⁸.

54. *In Re R.A. supra* note 14 ; *Gomez c. INS*, 947 F 2d 660 (2^e Circuit), 1991 (rejet d'une demande fondée sur le groupe social où le groupe était défini comme « les femmes qui ont été antérieurement battues et violées par des guérilleros salvadoriens »).

55. Le ministère de la Justice n'a pas encore élaboré une approche cohérente de ces questions. Lors de son dernier jour de travail en janvier 2001, le Procureur général J. Reno a invalidé la décision de la BIA dans l'affaire *In Re R.A., supra* note 14, et a ordonné que la question soit réexaminée une fois que les projets de règlements du ministère de la Justice sur « l'appartenance à un certain groupe social » seraient devenus définitifs. Il est loin d'être clair si ou quand les règles proposées publiées le 7 décembre 2000 (65 Fed. Reg. 76588-98) (voir aussi *supra* note 15) seront promulguées dans leur forme définitive par l'administration Bush. En outre, voir *Aguirre-Cervantez c. INS*, 2001 US App. Lexis 26170 ; 242 F 3d 1169 (9^e Circuit), 2001, donnant droit à une demande déposée par une fille mexicaine ayant subi des sévices sur la base d'un groupe familial défini comme un groupe social. Pour une analyse plus détaillée, voir la section intitulée « Demandes fondées sur la famille » ci-dessous.

56. *Sanchez-Trujillo c. INS, supra* note 25.

57. *Ibid.*, p. 1576 (traduction libre).

58. *Ibid.*, p. 1577 (traduction libre).

L'analyse développée dans *Sanchez-Trujillo* a fait l'objet de critiques virulentes⁵⁹ et a été explicitement rejetée par des tribunaux au Royaume-Uni⁶⁰ et en Australie⁶¹. Elle est certainement en conflit notable avec la norme des caractéristiques protégées⁶² élaborée par la BIA, comme on peut le constater en examinant la manière dont ces approches s'appliquent aux demandes déposées par des homosexuels ou des femmes. Ces caractéristiques sont toutes deux immuables ou tellement essentielles qu'il serait injuste d'exiger d'en changer ; il est cependant peu probable que la catégorie des gays et des lesbiennes ou celle des femmes soit cohérente ou homogène ou qu'elle manifeste une affiliation étroite entre les membres. (Il est intéressant de noter que les deux approches ont été interprétées de manière à couvrir des demandes basées sur un groupe familial.)⁶³

Dans une affaire récente, la *Ninth Circuit* semble avoir reconnu la faiblesse de la norme élaborée par la décision *Sanchez-Trujillo*. Dans l'affaire *Hernandez-Montiel c. INS*⁶⁴, il a été jugé que les « hommes gays mexicains avec des identités sexuelles féminines » constituait un certain groupe social, un groupe répondant à la norme *Acosta* mais difficile à concilier avec la notion de cohésion et d'association de *Sanchez-Trujillo*. La Cour a reconnu qu'elle était la seule circonscription à adopter une exigence de « relation d'association volontaire » et que celle-ci était en conflit avec la règle de la BIA dans *Acosta*. Elle a résolu cette divergence en combinant tout simplement les différentes normes :

Nous soutenons donc qu'un « certain groupe social » est un groupe uni par une association volontaire, y compris une association antérieure, ou par une caractéristique innée qui est tellement essentielle à l'identité ou à la conscience de ses membres que ces derniers ne peuvent pas ou ne devraient pas être contraints de la changer⁶⁵.

Aucune justification théorique n'est donnée pour cette évolution quelque peu remarquable⁶⁶. Cela semble être une façon de renoncer à la norme *Acosta* sans la volonté d'admettre la défaite.

La confusion engendrée par les normes concurrentes et la « solution » *Hernandez-Montiel* semble s'arranger avec les projets de règlements publiés par l'INS en décembre 2000⁶⁷. La règle de l'INS serait la suivante :

59. Voir, par exemple, Anker, *Law of Asylum in the United States*, *supra* note 44, p. 382.

60. *Islam et Shah*, *supra* note 2, pp. 501-2.

61. *Applicant A.*, *supra* note 4, p. 241.

62. Voir *Lwin c. INS*, *supra* note 51.

63. La décision *Sanchez-Trujillo* elle-même, *supra* note 25, déclare que « les membres immédiats d'une certaine famille » constitueraient un « archétype » de groupe social mentionné dans les termes de la Convention : 801 F 2d 1571 à 1576 (traduction libre). Voir aussi *Aguirre-Cervantez c. INS*, *supra* note 55. Pour des cas de « caractéristiques immuables », voir, par exemple, *Lwin c. INS*, *supra* note 51 et *Ananeh-Firempong c. INS*, 766 F 2d 621 à 626 (1^{er} Circuit), 1985.

64. *Hernandez-Montiel c. INS*, 225 F 3d 1084 (9^e Circuit), 2000.

65. *Ibid.*, p. 1093 (traduction libre).

66. Et, comme cela est mentionné plus loin, elle ne réussit toujours pas à élaborer une norme adéquate.

67. Voir *supra* note 55 (traduction libre).

c) Appartenance à un certain groupe social

1) Un certain groupe social est composé de membres qui partagent une caractéristique commune, immuable, telle que le sexe, la couleur, les liens de parenté ou une expérience antérieure, qu'un membre ne peut pas changer ou qui est tellement essentielle à son identité ou à sa conscience qu'il ou elle ne devrait pas être contraint de la changer (...)

(...)

3) Les facteurs qui peuvent être pris en compte, en plus des facteurs requis, (...) et sans être nécessairement déterminants, pour décider si un certain groupe social existe, sont les suivants :

- i) les membres du groupe sont étroitement affiliés entre eux ;
- ii) les membres sont animés par une motivation commune ou un intérêt commun ;
- iii) une relation d'association volontaire existe entre les membres ;
- iv) le groupe est reconnu comme un sous-groupe de la société ou est une partie reconnue de la population dans le pays en question ;
- v) les membres se considèrent eux-mêmes comme membres du groupe ; et
- vi) la société dans laquelle ce groupe existe distingue les membres du groupe en raison du traitement ou du statut différent qui leur est réservé par rapport aux autres membres de la société.

Dans les notes explicatives accompagnant la règle proposée, l'INS déclare que les facteurs identifiés sont issus de décisions administratives et judiciaires qui ont fait « l'objet d'interprétations contradictoires ». La disposition prévue est censée « résoudre ces ambiguïtés en stipulant que, bien que ces facteurs puissent être pertinents dans certains cas, ils ne sont pas impératifs pour qu'un certain groupe social existe »⁶⁸. Celui qui lit attentivement la règle proposée pourrait très bien penser qu'elle a produit davantage d'ambiguïtés qu'elle n'en a résolues. Par exemple, le paragraphe introductif énonce que les membres du groupe doivent partager « une caractéristique commune immuable » qui ne peut pas être changée ou qui est tellement essentielle qu'il ou elle ne devrait pas être contraint(e) de la changer. Pourtant, si la caractéristique doit être immuable, pourquoi ajouter qu'une personne ne devrait pas être contrainte de la changer ? Et quel est, par exemple, le but de l'énumération d'autres facteurs pouvant être consultés si les éléments d'« immuabilité » sont requis ? La formulation de l'INS cherche à être inclusive et réactive mais elle peut s'avérer finalement de peu d'utilité pour les juges.

Jusqu'ici, nous avons examiné deux approches différentes, employées expressément dans la jurisprudence des tribunaux américains. Il existe cependant une troisième approche à laquelle il est fait allusion dans certaines sources sans reconnaître généralement qu'il s'agit d'une analyse différente⁶⁹. Par exemple, dans l'affaire *Gomez c. INS*, la *Second Circuit Court of Appeals*, après avoir cité les termes habituels de *Sanchez-Trujillo*, poursuit en disant : « Un certain groupe social est composé de personnes qui ont en commun une caractéristique essentielle qui sert à les distin-

68. 65 Fed. Reg. A 76594 (traduction libre).

69. Voir M. Fullerton, « A Comparative Look at Refugee Status Based on Persecution Due to Membership of a Particular Social Group », 26 *Cornell International Law Journal*, 1993, pp. 505 et 560.

guer aux yeux du persécuteur — ou aux yeux du monde extérieur en général »⁷⁰. Les règles proposées par l'INS, citées ci-dessus, énoncent également que des facteurs externes peuvent jouer un rôle dans la définition d'un groupe social⁷¹. Cette troisième approche trace une voie entre la norme de l'association volontaire et celle des caractéristiques protégées qui ont dominé la jurisprudence des États-Unis. Elle va dans le sens de l'approche « sociologique » de l'affaire *Applicant A*.

E. La Nouvelle-Zélande

Le concept d'appartenance à un certain groupe social a été développé dans la jurisprudence de Nouvelle-Zélande en grande partie à travers l'analyse minutieuse et exhaustive de Rodger Haines, Président de la *Refugee Status Appeals Authority* (RSAA, Instance d'appel des réfugiés). Les affaires néo-zélandaises suivent de manière générale l'approche des caractéristiques protégées de *Ward/Acosta* et accordent une grande importance aux principes de non-discrimination de la Convention⁷². En appliquant cette analyse, la RSAA a reconnu des groupes sur la base de l'orientation sexuelle⁷³ et du genre⁷⁴. La RSAA a estimé qu'une analyse portant sur les perceptions sociales externes serait trop globale. Dans l'affaire *Re G.J.*, elle a déclaré :

La difficulté de l'approche de « l'observateur objectif » est que cela étend la catégorie du groupe social jusqu'à un degré qui le vide quasiment de son sens. En rendant les attitudes sociétales déterminantes pour l'existence du groupe social, tout groupe de personnes dans une société, perçu en tant que groupe, pourrait virtuellement être considéré comme un certain groupe social⁷⁵.

F. La France

La jurisprudence française ne comporte pas d'analyses détaillées de l'appartenance à un certain groupe social. Un certain nombre de décisions rendues par les

70. *Gomez c. INS*, *supra* note 54, 947 F 2d 660 à 664. Cette approche « externaliste » est mentionnée, mais sans lui accorder beaucoup de poids, dans une note de bas de page de l'affaire *Sanchez-Trujillo*, *supra* note 25 : « Nous ne voulons pas dire que la perception par le persécuteur d'une partie d'une société comme un « groupe social » sera toujours sans intérêt pour l'analyse. Mais une telle caractérisation externe ne serait pas non plus déterminante ». (traduction libre) 801 F 2d 1571 à 1576 n. 7.

71. Voir le sous-paragraphe iv) : « Le groupe est reconnu comme un sous-groupe de la société ou est une partie reconnue de la population dans le pays en question » et le sous-paragraphe vi) « la société dans laquelle ce groupe existe distingue les membres du groupe en raison du traitement ou du statut différent qui leur est réservé par rapport aux autres membres de la société ». Ces éléments sont censés être tirés de la décision de la BIA dans *In Re R.A.*, *supra* note 14, dans laquelle la BIA a estimé qu'il était significatif que le requérant n'ait pas montré que le groupe allégué « est un groupe qui est reconnu et compris comme une partie de la société ou qui est une partie reconnue de la population », *ibid.*, p. 15. Voir 65 Fed. Reg. A 76594. (traduction libre)

72. Voir *Re G.J.*, *supra* note 47.

73. *Ibid.*

74. *Re M.N.*, Refugee Appeal No. 2039/93, 1996 ; Refugee Appeal No. 71427/99, 2000, ce dernier étant disponible sur <http://www.refugeecaselaw.org/Refugee/guidelines2001.htm>.

75. *Re G.J.*, *supra* note 47, p. 24 (traduction libre).

autorités françaises ont néanmoins accueilli des demandes fondées sur le groupe social et, d'une manière générale, cela aboutit aux mêmes résultats que dans les décisions des pays de *common law*. Ainsi, des décisions rendues au milieu des années 80 ont accordé le statut de réfugié à des demandeurs d'asile cambodgiens craignant des persécutions de la part des Khmers rouges du fait de leur appartenance à la bourgeoisie commerçante et de leurs origines sociales⁷⁶.

Plus récemment, la Commission des recours des réfugiés (CRR) a affirmé que des femmes, dans certaines circonstances, pouvaient constituer un certain groupe social. Elle a ainsi jugé en 1991 que des femmes refusant de se soumettre à des mutilations génitales pouvaient être fondées à obtenir le statut de réfugié, bien que dans le cas précis le statut de réfugié ait été refusé parce que la requérante n'avait pas établi qu'elle était personnellement menacée⁷⁷. Dans une affaire concernant une femme algérienne, de retour en Algérie après avoir vécu longtemps à l'étranger, la CRR a estimé que les femmes qui contestaient une législation discriminatoire d'application générale ne constituaient pas, pour cette seule raison, un groupe social particulier. Toutefois, dans les circonstances propres à l'espèce, la requérante avait établi que les autorités avaient toléré volontairement les menaces de la part d'éléments islamistes qui tentaient de la contraindre à adopter un mode de vie traditionnel, aussi la CRR lui a reconnu le statut de réfugié⁷⁸.

Les juges français ont également eu à examiner des demandes déposées par des requérants chinois fondées sur leur crainte d'avortement ou de stérilisation forcés. Ces décisions ont abouti aux mêmes résultats que les décisions rendues par d'autres juridictions qui ont estimé que les personnes qui contestent des politiques publiques d'application générale ne constituaient pas un groupe social particulier⁷⁹.

Un tournant a été marqué par l'affaire *Ourbih*, qui a considéré que les transsexuels pouvaient constituer un groupe social particulier. Bien que la décision n'analyse pas la question en détail, le Conseil d'État a employé des termes suggérant une approche sous-jacente. En 1997, il a annulé la décision de la CRR rejetant la demande d'*Ourbih*, un transsexuel algérien, estimant que la Commission n'avait pas correctement examiné les éléments qui lui étaient soumis permettant de regarder les transsexuels comme constituant un groupe social en Algérie « en raison des caractéristiques communes qui les définissent aux yeux des autorités et de la société »⁸⁰. Après avoir réexaminé l'affaire, la CRR a jugé que les transsexuels en Algérie pouvaient constituer un certain groupe social, en raison des caractéristiques qui leur sont propres, qui les distinguent du reste de la société et les

76. Association internationale des juges du droit des réfugiés, *Rapport provisoire sur l'appartenance à un certain groupe social*, Annexe I (« jurisprudence française »), octobre 1998, disponible sur <http://www.refugee.org.nz/Iarlfrench.htm>.

77. *Aminata Diop*, CRR, Décision No. 164078, 18 septembre 1991.

78. *Elkebir*, CRR, Sections réunies (SR), Décision No. 237939, 22 juillet 1994.

79. *Zhang*, CRR, SR, Décision No. 228044, 8 juin 1993 ; *Wu*, CRR, SR, Décision No. 218361, 19 avril 1994.

80. *Ourbih*, Conseil d'État, SSR, Décision No. 171858, 23 juin 1997.

exposent à des persécutions délibérément tolérées par les autorités en Algérie⁸¹. Le résultat est comparable à celui de la décision *Hernandez-Montiel* aux États-Unis⁸², bien que la décision *Ourbih* aille sans doute plus loin, si elle entend permettre à l'élément de persécution de contribuer à la définition du groupe social. En effet, dans la plupart de ces affaires (à l'exception des affaires de politique coercitive de planning familial en Chine), le fait qu'un requérant puisse établir un risque de persécution spécifique semble constituer un facteur plus important que la définition d'un certain groupe social⁸³.

Depuis la décision *Ourbih*, les homosexuels ont également été reconnus réfugiés dans plusieurs cas, notamment dans des cas de demandeurs d'asile provenant de pays où l'homosexualité avait été dépénalisée⁸⁴. Dans toutes ces affaires, l'appartenance à un certain groupe social n'est que rarement spécifiée comme étant le motif de reconnaissance, bien que ce soit le seul motif possible pour ce faire. Au-delà des cas relatifs à l'orientation sexuelle, la CRR a également reconnu une femme afghane au motif que, en tant que femme, elle était exposée à de graves discriminations de la part des Talibans en raison de son mode de vie, de sa volonté de poursuivre des études et de son refus de pratiquer la religion⁸⁵.

Le premier cas de demande d'asile en France concernant des mutilations génitales féminines a été reconnu en mars 2001, bien que le motif du groupe social n'ait pas été explicitement mentionné⁸⁶. Plus récemment, fin 2001, la CRR a accordé le statut de réfugié à une femme somalienne et à un couple malien qui ne souhaitent pas que leurs filles soient soumises à des mutilations génitales. Dans le premier cas, la CRR a estimé que les femmes en Somalie qui refusent de soumettre leurs filles à des mutilations génitales sont exposées tant à l'infibulation forcée de leurs filles qu'à des persécutions, pratiquées avec l'assentiment général de la population et de l'ensemble des groupes qui dominent la vie du pays, sans pouvoir se réclamer de la protection d'une autorité publique légalement constituée. La CRR a également considéré qu'il existait un risque particulier de persécution du fait que la femme

81. *Ourbih*, CRR, SR, Décision No. 269875, 15 mai 1998.

82. Voir *supra* note 64.

83. Cf. T.A. Aleinikoff, « The Meaning of 'Persecution' in the US Asylum Law », 3 *International Journal of Refugee Law*, 1991, p. 5, qui suggère qu'une fois le risque de préjudice établi, les juges devraient être indulgents dans l'examen des motifs de la Convention.

84. *Djellal*, CRR, SR, Décision No. 328310, 12 mai 1999 (demandeur d'asile algérien) ; *Elnov et Tsyouchkine*, CRR, Décisions Nos. 318610 et 318611, 23 juillet 1999 (deux demandeurs d'asile du Kazakhstan) ; *Aourai*, CRR, Décision No. 343157, 22 février 2000 (demandeur d'asile algérien) ; *Albu*, CRR, Décision No. 347330, 3 avril 2000 (demandeur d'asile roumain) ; *Mahmoudi Gharehjah Daghi*, CRR, Décision No. 330627, 4 octobre 2000 (demandeur d'asile iranien) ; *Kulik*, CRR, Décision No. 367645, 29 juin 2001 (demandeur d'asile ukrainien).

85. *Berang*, CRR, Décision No. 334606, 6 mai 1999. Des exemples similaires concernent des femmes algériennes ayant obtenu le statut de réfugié en raison de leur mode de vie occidental (*Mme Benedir*, CRR, Décision No. 364663, 18 avril 2001 ; *Mme Krouar*, CRR, Décision No. 364839, 2 mai 2001 ; *Mlle Benarbia*, CRR, Décision No. 364301, 1^{er} juin 2001).

86. *Mlle Kinda*, CRR, Décision No. 366892, 19 mars 2001.

était veuve et que sa fille aînée était morte peu après avoir été infibulée de force⁸⁷. En ce qui concerne le couple de Maliens, ils ont tous deux été considérés comme membres d'un groupe social au sens de la *Convention de 1951* et comme craignant avec raison d'être exposés à des persécutions volontairement tolérées par les autorités publiques de leur pays d'origine⁸⁸.

G. L'Allemagne

Fullerton décrit un certain nombre de décisions allemandes rendues par des tribunaux de premier degré. Elle identifie deux analyses différentes dans son étude de 1990 portant sur la jurisprudence allemande⁸⁹. Certains tribunaux ont recherché l'homogénéité parmi les membres du groupe et une certaine sorte de structure interne au groupe ; d'autres ont examiné la question de savoir si le groupe allégué était perçu comme un groupe par la population en général et, le cas échéant, s'il était perçu en termes très négatifs.

Plus récemment, le juge Tiedemann, de la Cour administrative de Francfort, a déclaré que la jurisprudence allemande continuait à être « très rare »⁹⁰. La majorité des tribunaux administratifs de degré inférieur suivent le jugement du *Bundesverwaltungsgericht* (Tribunal administratif fédéral) selon lequel une « persécution politique » est requise pour être reconnu réfugié au sens de l'article 16a de la Loi fondamentale (Constitution allemande) ou de l'article 51 de la loi sur les étrangers (qui transpose les termes de la définition du réfugié de la *Convention de 1951* en droit allemand)⁹¹. De façon similaire, dans un jugement antérieur du Tribunal administratif fédéral concernant un homosexuel iranien, la Cour a fait remarquer que la Cour d'appel avait estimé que l'homosexualité du requérant était essentielle à sa vie affective et sexuelle et qu'on ne pouvait pas s'attendre à ce qu'il y renonce, comme un acte personnel de volonté. Cette analyse s'apparente à l'approche « des caractéristiques protégées » développée par certaines juridictions de *common law* dans des affaires concernant l'appartenance à un certain groupe social. Néanmoins, la Cour a conclu que le requérant pouvait bénéficier de l'asile en raison de la probabilité d'une persécution politique⁹².

87. CRR, SR, Décision No. 369776, 7 décembre 2001 (l'affaire n'a pas de nom car la requérante a demandé à être entendue à huis clos).

88. *M. et Mme Sissoko*, CRR, SR, Décisions Nos. 361050 et 373077, 7 décembre 2001.

89. Voir *supra* note 69.

90. P. Tiedemann, « Protection Against Persecution Because of 'Membership of a Particular Social Group' in German Law », in *The Changing Nature of Persecution* (Association internationale des juges du droit des réfugiés, 4^e Conférence, Berne, Suisse, octobre 2000), pp. 340-50, disponible sur <http://www.iarjlj.nl/swiss/en/nature.pdf/tiedemann.pdf>.

91. Tribunal administratif fédéral allemand, jugement du 18 janvier 1994, 9C 48.92, 95 BVerwGE 42.

92. Tribunal administratif fédéral allemand, jugement du 15 mars 1988, 9C 278.86, 79 BVerwGE 143. Un jugement plus similaire à d'autres cas concernant l'homosexualité a été rendu par le Tribunal administratif de Wiesbaden en 1983, Affaire No. IV/1 E 06244/81, 26 avril 1983. Dans cette affaire, le Tribunal a estimé que les homosexuels en Iran constituaient un groupe social en se basant sur le fait qu'un observateur objectif en Iran reconnaîtrait que les homosexuels sont perçus et traités comme appartenant à un groupe social particulier.

Du fait de la nécessité de prouver une persécution politique, il existe une tendance à intégrer les demandes dans un autre motif de la Convention. Lorsque la notion de certain groupe social a été invoquée par les tribunaux, c'est plutôt en évitant de procéder à une analyse approfondie. Les groupes sociaux particuliers reconnus par les tribunaux incluent néanmoins les femmes iraniennes ne souhaitant pas respecter le code vestimentaire islamique⁹³ et les femmes afghanes célibataires⁹⁴. Certains tribunaux administratifs ont également reconnu le statut de réfugié dans des affaires de mutilations génitales féminines mais en se fondant sur le motif de persécution politique ou sans spécifier le motif de la Convention⁹⁵.

H. Les Pays-Bas

Les décisions rendues aux Pays-Bas ont examiné de nombreux types de demandes fondées sur le groupe social qui ont été jugées dans d'autres États, y compris celles fondées sur le genre, l'homosexualité et les politiques coercitives de planning familial en Chine⁹⁶. Comme l'énonce Thomas Spijkerboer dans une étude phare du droit des réfugiés aux Pays-Bas :

Dans la pratique juridique néerlandaise, la question de savoir lequel des cinq motifs de persécution est lié à la persécution (redoutée) est quasiment considérée comme sans importance. En revanche, la question de savoir si la persécution est clairement discriminatoire, et pas seulement le fait du hasard, est essentielle. Une fois que la nature discriminatoire de la persécution est établie, la rubrique particulière dans laquelle elle entre est « d'une importance moindre ». Sans trop faire de bruit, les persécutions du fait de l'orientation sexuelle, du fait de la nationalité ou de la religion du conjoint, du fait de l'origine familiale et du fait de la transgression de la politique chinoise de l'enfant unique, sont entrées dans le concept de réfugié. C'est seulement dans la décision relative à l'orientation sexuelle que le motif de persécution a été effectivement spécifié (« une interprétation raisonnable de la persécution du fait de l'appartenance à un certain groupe social peut inclure des persécutions d'ordre sexuel »)⁹⁷.

Comme pour les demandes fondées sur le genre, les affaires néerlandaises ont reconnu les demandes déposées par des femmes persécutées du fait des agissements

93. Haute Cour administrative de Hesse, Décision du 14 novembre 1988, 13 TH 1094/87, InfAuslR 1998, 17.

94. Tribunal administratif de Francfort, Décision du 23 octobre 1996, 5 E 33532/94.A(3), NVwZ-Beilage 6/1997, p. 46.

95. Voir Tiedemann, *supra* note 90, pp. 342-3 ; T. Spijkerboer, *Gender and Refugee Status* (Ashgate, Aldershot, UK, 2000), pp. 118-19.

96. Dans une affaire de politique coercitive de planning familial, le Conseil d'État néerlandais a fait sien la position du HCR reconnaissant que les politiques familiales ne constituent pas, en elles-mêmes, une persécution, mais que leur mise en œuvre peut engendrer une persécution. En l'espèce, le Conseil d'État a rejeté la demande d'asile par manque de preuves que le requérant (un homme) serait visé à son retour en Chine. *Afdeling Bestuursrechtspraak van de Raad van Staat* (Section du droit administratif du Conseil d'État), 7 novembre 1996, RV 1996, 6 GV 18d-21 (Chine).

97. Spijkerboer, *Gender and Refugee Status*, *supra* note 95, p. 115 (sans notes de bas de page) (traduction libre). Spijkerboer note en outre, au sujet de demandes déposées par des femmes s'étant opposées aux coutumes prévalant dans leur société, qu'« une décision néerlandaise antérieure concernant une femme iranienne, expulsée de l'université en raison de son comportement inapproprié, a conclu que,

de membres de la famille masculins, mais sans spécifier le motif de la Convention⁹⁸. Spijkerboer signale que les cas concernant des femmes exposées à des sévices sexuels qui invoquent l'appartenance à un certain groupe social sont rares⁹⁹. Une « Consigne de travail » relative aux « Femmes dans la procédure d'asile », publiée par le Service d'immigration et de naturalisation des Pays-Bas énonce que, dans les affaires soulevant des questions de genre, « il faut tout d'abord prendre en considération la persécution du fait des opinions politiques » (y compris les opinions politiques imputées). En outre, cette consigne déclare spécifiquement :

Le sexe ne peut pas être le seul motif pour déterminer l'appartenance à un « certain groupe social ». *Les femmes en général* forment un groupe trop divers pour constituer un certain groupe social. Afin d'établir l'appartenance à un certain groupe social, il faut se trouver dans une situation exceptionnelle par rapport à ceux dont la situation est similaire. De plus, les personnes doivent être personnellement visées¹⁰⁰.

En résumé, bien que les affaires aboutissent à des *résultats* conformes à ceux des affaires de groupe social traitées dans d'autres juridictions, l'analyse théorique et doctrinale de ce motif de la Convention demeure peu développée dans la jurisprudence néerlandaise.

IV. Les questions d'interprétation

A. Considérations générales

Malgré la variété des approches décrites ci-dessus, un certain degré de convergence existe au sein des instances de jugement sur plusieurs principes d'interprétation. La principale préoccupation exprimée est qu'un principe restrictif soit identifié pour veiller à ce que le motif du groupe social n'englobe pas toutes les demandes. Plusieurs raisons s'opposent à une interprétation excessivement large. Premièrement, il est rappelé que l'objectif de la Convention n'était pas d'offrir une protection à toutes les victimes de persécution, mais seulement à celles relevant de l'un des cinq motifs de la Convention. Ainsi, interpréter le motif du groupe social comme incluant tous les autres groupes de personnes fuyant au-delà des frontières ou subissant des violations des droits de l'Homme serait en contradiction avec la structure de la Convention. Deuxièmement, la logique juridique dicte de ne pas interpréter le groupe social trop largement au risque de rendre les autres motifs de la Convention super-

en l'absence de jurisprudence du Conseil d'État faisant autorité, les femmes pouvaient être considérées comme 'une catégorie soumise à la persécution pertinente' ». Plus récemment, aux Pays-Bas, le groupe social semble cependant avoir cédé la place aux opinions politiques ou à la religion comme motifs de persécution dans les affaires de coutumes : *ibid.*, p. 117 (sans notes de bas de page).

98. *Ibid.*, p. 121.

99. *Ibid.*, p. 121.

100. Service d'Immigration et de Naturalisation des Pays-Bas, Consigne de travail No. 148, réimprimée dans Spijkerboer, *Gender and Refugee Status*, *supra* note 95, p. 231 (traduction libre).

flus. Troisièmement, certains avancent qu'une définition trop large du groupe social romprait l'équilibre entre la protection et les quelques obligations des États implicites dans la Convention ¹⁰¹.

À un niveau plus particulier, les instances de jugement ont, pour la plupart, rejeté le critère de « cohésion » de *Sanchez-Trujillo* ¹⁰². En effet, par sa récente décision dans l'affaire *Hernandez-Montiel*, la *Ninth Circuit* s'est elle-même écartée de la « cohésion » comme critère central de l'existence d'un « certain groupe social ».

Sur le fond, divers « groupes sociaux » ont été reconnus par de nombreuses instances. Les cas émanant de nombreux pays et reconnaissant les homosexuels ¹⁰³ et les femmes ¹⁰⁴ comme éligibles au statut de réfugié sont particulièrement importants. Comme indiqué dans la partie VI ci-dessous, la catégorie liée au genre a suscité certaines des questions d'interprétation les plus difficiles pour les juges nationaux, en particulier pour l'établissement du « lien causal » entre la persécution redoutée et l'appartenance à un groupe social.

B. Le rôle de la « persécution » dans la définition d'un certain groupe social

La jurisprudence affirme fréquemment que le groupe social doit exister indépendamment de la persécution imposée aux membres du groupe. Comme l'explique le juge Dawson dans *Applicant A.* :

La caractéristique ou l'élément qui unit le groupe ne peut pas être une crainte commune de persécution. Il est quelque peu circulaire de penser qu'un certain nombre de personnes peuvent être considérées comme craignant une persécution du fait de leur appartenance à un certain groupe social lorsque ce qui est censé unir ces personnes au sein d'un certain groupe social est leur crainte commune de persécution ¹⁰⁵.

Ce point de vue semble éminemment sensé, mais il peut également être mal appliqué. C'est le cas, par exemple, dans les affaires résultant de la mise en œuvre de

101. La définition probablement la plus large du « groupe social » a été proposée par A.C. Helton. Selon lui, relèvent du champ de la Convention, les « groupes statistiques » qui sont victimes de discrimination (comme les personnes souffrant d'anémie à hématies falciformes), les groupes sociétaux (personnes partageant des caractéristiques innées essentielles telles que la race et le genre), les groupes sociaux (groupes volontaires qui interagissent socialement, comme des amis, des voisins, des spectateurs) et les groupes associatifs (groupes de personnes qui poursuivent volontairement un objectif ou un intérêt commun, comme les syndicats et les universités). Reconnaisant l'étendue de la définition, Helton prétend que c'est la « seule interprétation raisonnable » parce qu'il « est profondément irrationnel de faire des distinctions entre les types de persécution arbitraires et fantasques qu'un régime oppressif peut imposer ». Helton, *Persecution on Account of Membership of a Social Group*, *supra* note 17, pp. 39 et 59.

102. Voir Lord Hoffmann dans *Islam et Shah*, *supra* note 2, pp. 502-3 ; *Ward*, *supra* note 16 ; *Applicant A.*, *supra* note 4, p. 241.

103. La jurisprudence est résumée dans *Re GJ.*, *supra* note 47.

104. Voir, par exemple, *Islam et Shah*, *supra* note 2.

105. Voir *Applicant A.*, *supra* note 4, p. 341 (traduction libre).

lois pénales et des règlements d'application générale. Prenons l'exemple courant du demandeur qui allègue que l'application des politiques coercitives chinoises de planning familial constitue une persécution sur la base du groupe social. On dit parfois qu'on ne peut faire droit à ces demandes parce que cela permettrait à la persécution de définir le groupe social¹⁰⁶. Sur ce point, voici encore le raisonnement du juge Dawson :

La raison pour laquelle les demandeurs craignent une persécution ne provient pas de leur appartenance à un groupe quelconque, dans la mesure où il n'est pas établi que le fait d'être les parents d'un enfant unique et de ne pas accepter les restrictions imposées par la politique gouvernementale est une caractéristique qui, parce qu'elle est partagée avec d'autres, unit un ensemble de personnes et les distingue du reste de la société. Il n'est pas exact de dire que le gouvernement lui-même perçoit ces personnes comme un groupe et les persécute parce qu'elles appartiennent à ce groupe. La persécution provient plutôt de la mise en œuvre d'une politique d'application générale. La persécution redoutée par les demandeurs résulte du fait que, par leurs actes, ils se sont eux-mêmes placés dans son champ d'application¹⁰⁷.

Il se peut que la demande dans *Applicant A.* ait échoué en raison d'un manque de preuves que ceux qui avaient violé les politiques de planning familial constituaient un groupe « à part » de la société. Cependant les mots précis employés par le juge Dawson ne doivent pas être considérés comme signifiant que ceux qui s'opposent à une politique étatique d'application générale chercheront toujours à définir un groupe social sur la seule base de la persécution qu'ils risquent de subir.

Les affaires concernant des femmes victimes de violence conjugale fournissent un autre exemple dans lequel la définition du groupe social a été particulièrement difficile. Les avocats ont proposé un certain nombre d'approches pour définir le groupe social concerné, y compris « les femmes », « les femmes battues » et « les femmes battues auxquelles l'État n'accordera pas de protection ». Diverses préoccupations placent la requérante d'asile dans un dilemme. Si le groupe est défini trop largement, les juges peuvent conclure que peu de membres du groupe risquent d'être exposés à la persécution et que, par conséquent, le groupe, en fait, ne se distingue pas de la société. Si, à l'inverse, le groupe est défini de manière trop étroite, il sera probablement perçu comme défini uniquement pour les besoins de la cause et non parce qu'il reflète un groupe reconnaissable dans l'ensemble de la société. Lord Millett, dans son opinion dissidente dans l'affaire *Islam et Shah*, a invoqué le dernier motif pour rejeter la catégorie alléguée (« les femmes au Pakistan qui ont été ou qui risquent d'être poursuivies pour adultère ou d'autres conduites transgressant les coutumes et qui ne sont pas protégées par leur mari ou d'autres membres de la famille de sexe masculin »). Il a estimé :

Que le groupe social soit considéré comme étant celui que les requérantes allèguent (...) ou le groupe plus large des femmes pakistanaises qui sont perçues comme ayant transgressé les coutumes, le résultat est le même. Il n'existe aucun groupe social reconnaissable indépendamment

106. Un autre motif fréquent de rejet de ces demandes est que la mise en œuvre de ces politiques n'est pas en soi constitutive de persécution. Voir *Matter of Chang*, *supra* note 53.

107. *Applicant A.*, *supra* note 4, p. 243 (traduction libre).

de la situation sociale sur laquelle la persécution est fondée. Le groupe social identifié par les requérantes est défini par la persécution, ou plus exactement (mais de manière aussi irrémédiable) par la discrimination à la base de la persécution. Il est fait appel à cette construction artificielle pour les besoins de la cause¹⁰⁸.

On peut être d'accord avec Lord Millett sans pour autant rejeter la demande, si le groupe social approprié est défini comme étant « les femmes pakistanaises », bien que Lord Millett ait également rejeté cette définition parce qu'il estimait qu'il n'y avait pas suffisamment de preuves pour montrer que les requérantes étaient persécutées pour ce motif. Avec tout le respect dû à cette interprétation, il est difficile de concevoir comment la catégorie des « femmes pakistanaises ayant transgressé les coutumes » est définie par la persécution subie. Ce groupe peut être considéré comme un groupe paria au Pakistan, qui n'est pas identifié par la persécution subie mais qui est plutôt persécuté en raison de son comportement.

En outre, le fait de dire que le groupe doit exister hors de la persécution ne signifie pas que la persécution ne peut pas aider à définir un groupe, en donnant aux personnes exposées aux mauvais traitements un sens d'« appartenance à un groupe » et en créant la perception sociétale que le groupe est distinct. Le juge McHugh l'exprime de la façon suivante :

Alors qu'un comportement de persécution ne peut définir un groupe social, les actions de ceux qui persécutent peuvent permettre d'identifier ou même de susciter l'émergence d'un certain groupe social dans la société. Les gauchers ne constituent pas un groupe social particulier. Mais s'ils étaient persécutés parce qu'ils étaient gauchers, ils deviendraient sans aucun doute rapidement identifiables au sein de leur société comme un certain groupe social. La persécution liée au fait d'être gaucher créerait la perception publique que les gauchers constituent un certain groupe social. Mais ce serait l'attribut de gaucher qui les identifierait en tant que certain groupe social et non le fait d'être persécutés¹⁰⁹.

En suivant ce raisonnement, il semblerait que la demande d'un ou d'une requérant(e) d'asile pourrait être accueillie si elle ou il pouvait démontrer que les personnes faisant valoir les droits de l'Homme en question étaient, en fait, perçues par l'ensemble de la société comme un groupe distinct¹¹⁰.

Il est important de noter qu'il ne doit pas être exigé du ou de la requérant(e) d'asile qu'il ou elle prouve que chaque membre du certain groupe social a une

108. *Islam et Shah*, *supra* note 2, p. 525 (traduction libre). Voir également *Matter of R.A.*, *supra* note 14, estimant que la catégorie alléguée était élaborée pour les besoins de la cause.

109. *Applicant A.*, *supra* note 4, (1997) 190 CLR 225 à 264 (traduction libre).

110. Voir le juge McHugh : « Il n'y a pas de raison que des personnes 'qui, n'ayant qu'un seul enfant (...) n'acceptent pas les restrictions qui leur sont imposées' et qui font connaître ce point de vue à la société chinoise ne puissent pas constituer un 'certain groupe social' dans certaines circonstances. Par exemple, si un grand nombre de personnes avec un enfant unique, et souhaitant en avoir un deuxième, avait publiquement manifesté contre la politique du gouvernement, elles pourraient avoir acquis une notoriété suffisante en Chine pour être perçues comme un certain groupe social ». *Ibid.*, p. 269. (traduction libre).

crainte fondée de persécution pour établir l'existence d'un « groupe social » au sens de la *Convention de 1951*. En effet, si cette condition était requise, l'analyse reviendrait presque à autoriser la persécution à définir la catégorie. Ainsi, les homosexuel(le)s ont été considéré(e)s comme constituant un groupe social dans de nombreux États ; pourtant, tou(te)s les membres de cette catégorie peuvent ne pas être menacé(e)s de persécution car cela dépend, par exemple, de la façon dont ils ou elles manifestent leur orientation sexuelle ou de la question de savoir s'ils ou elles ont des soutiens au sein du gouvernement. Encore une fois, il faudra, dans chaque cas, porter son attention sur l'élément de la définition que constitue la crainte fondée de persécution. Un ou une requérant(e) ne sera pas en mesure de se prévaloir du statut de réfugié uniquement parce qu'il ou elle appartient à un groupe reconnu comme tel par la société dont il ou elle recherche la protection.

La décision *Kasinga* de la BIA illustre ces points. Le cas concernait une demande déposée par une jeune femme qui craignait d'être soumise à des mutilations génitales par sa tribu. La BIA, qui a fait droit à la demande, a défini le groupe comme « les jeunes femmes de la tribu tchamba-kunsuntu n'ayant pas fait l'objet de mutilations génitales, telles que pratiquées par cette tribu, et qui s'opposent à cette pratique »¹¹¹. La nécessité d'une définition aussi élaborée est, toutefois, loin d'être claire. La BIA était peut-être préoccupée par le fait que certains membres féminins de la tribu consentent aux mutilations génitales et a donc préféré une définition plus restrictive afin d'harmoniser le groupe social avec le statut de victime. Cette préoccupation semble déplacée. La persécution n'est subie que par les *femmes de la tribu* ; c'est la raison pour laquelle la requérante, en tant que membre féminine de la tribu est en danger. Le fait que d'autres femmes de la tribu puissent ne pas chercher à échapper aux mutilations génitales est sans importance à la fois pour la définition de la catégorie et pour l'établissement du « lien causal ». En résumé, la définition de la catégorie doit décrire un groupe qui se distingue de la société, dans lequel la caractéristique partagée par les membres du groupe reflète le *motif* de la persécution. Cette formulation est très différente de celle consistant à dire qu'une catégorie définie doit inclure uniquement des personnes exposées à la persécution.

C. *Ejusdem generis*

Il a parfois été suggéré que le principe d'*ejusdem generis* apportait une limitation utile pour l'interprétation de l'appartenance à un certain groupe social. Ce principe énonce qu'un terme général, faisant suite à une liste de termes particuliers, doit être interprété d'une manière qui soit cohérente avec la nature générale des éléments énumérés¹¹². Ainsi, par exemple, si un arrêté municipal interdit « les bruits forts, les véhicules à moteur, les animaux sans laisse et les autres comportements

111. *Supra* note 5 (traduction libre).

susceptibles de troubler la jouissance paisible des parcs publics », il serait approprié de rechercher dans les exemples spécifiques un concept sous-jacent pouvant servir à l'interprétation de la phrase finale plus large.

Les cinq motifs de la Convention ne sont toutefois pas rédigés de sorte à rendre l'application de l'*ejusdem generis* appropriée. La Convention n'énumère pas quatre motifs puis en ajoute un cinquième du type « et tous les autres motifs qui sont fréquemment à la base d'une persécution »¹¹³. L'expression « certain groupe social » semble définir un motif conventionnel autonome du même type et du même statut que les autres motifs identifiés. (Pour reprendre l'exemple de l'arrêté municipal, il serait comparable à un arrêté interdisant « les véhicules à moteur, les animaux sans laisse et tout comportement excessivement bruyant »). Comme l'a déclaré le juge Kirby dans *Applicant A.*, « il est difficile de trouver un élément qui relie les catégories de persécution à moins que ce soit la persécution elle-même »¹¹⁴. En effet, une interprétation *ejusdem generis* des cinq motifs, poursuit le juge Kirby, semblerait enfreindre la règle selon laquelle le groupe doit exister en dehors de la persécution. Ce serait un guide utile pour l'interprétation seulement si l'expression « certain groupe social » visait à constituer une catégorie « filet de sécurité », une interprétation largement rejetée pour les raisons exposées plus haut¹¹⁵.

La suggestion selon laquelle l'*ejusdem generis* peut jouer un rôle utile pour l'interprétation peut être fondée sur un type d'argument légèrement différent, visant à rechercher la motivation sous-jacente de la désignation des catégories particulières. Par exemple, on pourrait essayer d'identifier une norme de non-discrimination essentielle pour la structure de la Convention et, de ce fait, considérer les cinq motifs de la Convention comme des catégories de personnes risquant d'être victimes de persécution. Cela pourrait alors donner un argument pour que le motif du « certain groupe social » soit interprété, dans l'ensemble, de façon à couvrir les groupes subissant des discriminations. Quel que soit le bien-fondé de cette approche, il doit être clair qu'elle ne repose pas sur le principe de l'*ejusdem generis* mais plutôt sur les objectifs qui sous-tendent la Convention¹¹⁶.

112. Voir *Black's Law Dictionary* (6^e édition, West Publishing, St Paul, MN, 1990), p. 517 : « Lorsque des termes généraux suivent une énumération de personnes ou d'objets, définis par des termes ayant une signification particulière et spécifique, ces termes généraux ne doivent pas être interprétés au sens le plus large, mais doivent être considérés comme s'appliquant uniquement aux personnes ou aux objets de la même sorte ou catégorie générale que ceux spécifiquement mentionnés ».

113. Cela est également une raison de rejeter l'interprétation du groupe social particulier comme un « filet de sécurité ».

114. *Applicant A.*, *supra* note 4, (1997) 190 CLR 225 à 295 (traduction libre). Il est possible que la liste comprenne des caractéristiques personnelles qui sont immuables ou tellement essentielles qu'il serait injuste de contraindre les personnes à y renoncer. Comme noté dans l'exposé relatif à *Ward*, *supra* note 16, le concept commun qui sous-tend ces considérations séparées n'est cependant pas clair.

115. Voir Goodwin-Gill, *Judicial Reasoning*, *supra* note 37, pp. 537 et 541.

D. Non-discrimination et définition d'un « certain groupe social »

La recherche d'un principe limitatif a conduit les juges d'un certain nombre d'États à identifier la non-discrimination comme un critère sous-jacent à la *Convention de 1951* pouvant aider à l'interprétation. On fait ainsi régulièrement référence¹¹⁷ au premier paragraphe du préambule de la Convention qui déclare :

Considérant que la *Charte des Nations Unies* et la *Déclaration universelle des droits de l'Homme* approuvée le 10 décembre 1948 par l'Assemblée générale ont affirmé le principe que les êtres humains, *sans distinction, doivent jouir des droits de l'Homme et des libertés fondamentales (...)* (c'est nous qui soulignons)

L'approche fondée sur la non-discrimination est censée fournir une base commune aux motifs énumérés dans la Convention. Cela signifie que les personnes qui sont persécutées du fait de leur race, de leur religion, de leur nationalité, de leur appartenance à un certain groupe social ou de leurs opinions politiques sont des personnes dont les droits de l'Homme sont violés pour des raisons discriminatoires. Dans l'affaire *Islam et Shah*, Lord Hoffmann déclare :

Selon moi, la notion de discrimination dans les affaires touchant aux droits de l'Homme et aux libertés fondamentales est capitale pour comprendre la Convention. Cette dernière ne comprend pas tous les cas de persécution, même s'ils entraînent des privations des droits de l'Homme, mais les persécutions fondées sur la discrimination. Dans le cadre d'un instrument de protection des droits de l'Homme, la discrimination consiste en des différences de traitement que les principes des droits de l'Homme considèrent comme incompatibles avec le droit de tout être humain à un traitement équitable et au respect de sa personne (...). L'inclusion du motif « un certain groupe social » a permis de reconnaître l'existence de différents critères de discrimination, sur le même plan que la discrimination pour d'autres motifs, qui seraient aussi choquants pour les principes des droits de l'Homme (...). En choisissant d'employer l'expression générale « un certain groupe social », plutôt qu'une énumération de groupes spécifiques, les

116. Dans un commentaire sur la version antérieure de ce document débattue lors de la table ronde d'experts, l'INS a suggéré que la règle d'interprétation *noscitur a sociis* (la signification d'un terme peut se déduire des termes qui l'accompagnent) va dans le sens de l'approche des caractéristiques protégées. L'INS prétend que l'élément commun aux autres motifs est une caractéristique protégée ou essentielle et que cela devrait donc s'appliquer également au motif du groupe social. Cet argument est plausible mais il se heurte à des difficultés car on peut identifier d'autres éléments communs parmi les motifs. Par exemple, l'un d'eux pourrait être « la reconnaissance sociale » ; un autre pourrait être les « motifs traditionnels de traitement défavorable ». De plus, l'élément des caractéristiques protégées lui-même est un peu artificiel : il doit aller au-delà des caractéristiques immuables pour pouvoir couvrir les opinions politiques et la religion. (Notons également que toutes les caractéristiques immuables ne sont pas nécessairement essentielles, par exemple, la taille). Une fois que cette évolution conceptuelle est prise en compte, il n'est pas clair pourquoi un élément supplémentaire ne pourrait pas être ajouté pour s'étendre jusqu'au groupe social ; ainsi l'élément commun pourrait logiquement être décrit comme « une caractéristique immuable, une caractéristique essentielle ou une caractéristique commune à un groupe ».

117. *Re G.J.*, *supra* note 47 ; *Islam et Shah*, *supra* note 2, pp. 510-11.

rédacteurs de la Convention avaient, selon moi, l'intention d'inclure tous les groupes pouvant être considérés comme relevant des objectifs de non-discrimination de la Convention¹¹⁸.

L'invocation d'un principe de non-discrimination semble répondre à quatre objectifs. Premièrement, en définissant un principe limitatif, il s'oppose à l'approche « filet de sécurité » du groupe social. Deuxièmement, en mettant l'accent sur le manque de protection étatique et la marginalisation, il explique pourquoi les personnes fuyant des désastres naturels et la guerre civile peuvent ne pas être des réfugiés au sens de la Convention¹¹⁹. Troisièmement, il rejette l'analyse de la « cohésion » et de l'« association volontaire » de *Sanchez-Trujillo*. Quatrièmement, il facilite la reconnaissance des femmes en tant que groupe social, dans la mesure où les femmes sont fréquemment victimes de discrimination sociétale grave.

Malgré les avantages de l'approche fondée sur la non-discrimination, il est très difficile d'en faire le seul principe sous-jacent aux cinq motifs de la Convention¹²⁰. Le principe de non-discrimination est invoqué en premier lieu pour faire comprendre que la Convention n'offre pas une protection à toutes les personnes qui sont victimes de persécution. Cependant, il n'est pas nécessaire d'avoir recours à cette approche pour atteindre ce résultat. Cela semble évident à la lecture de la Convention elle-même. D'aucuns *pourraient* dire qu'un opposant politique souffre de discrimination à cause de ses opinions, tandis que d'autres personnes ayant des opinions plaisant au régime ne sont pas persécutées. Cela serait cependant vrai de toute personne dont les droits de l'Homme sont violés, comparée à toutes celles, dans une société donnée, dont les droits ne sont pas violés¹²¹.

En outre, une analyse fondée sur la non-discrimination peut conduire à proposer des normes supplémentaires qui restreignent de manière excessive la portée de la Convention. Cela pourrait, par exemple, conduire les juges à transposer de manière inappropriée en droit des réfugiés des concepts appartenant au droit interne en matière de non-discrimination, comme ceux relatifs au lien de causalité. De façon encore plus significative, une interprétation de la Convention fondée sur la non-discrimination pourrait conduire à une approche de l'« immuabilité » pour définir le groupe social¹²². Il en est ainsi parce que le droit interne en matière de non-discrimination dans plusieurs pays définit de manière typique les groupes protégés comme ceux qui partagent des caractéristiques qui ne devraient pas entrer en ligne de compte dans la prise de décision de l'État ; et les caractéristiques immuables sont

118. *Islam et Shah*, *supra* note 2, p. 511 (traduction libre).

119. Voir Hathaway, *Law of Refugee Status*, *supra* note 18, p. 137.

120. Comme Goodwin-Gill le fait remarquer, « cela reste un vernis sur les termes d'origine, dont les avocats doivent être conscients ». Goodwin-Gill, *Judicial Reasoning*, *supra* note 37, p. 539 (traduction libre).

121. Goodwin-Gill a suggéré que « bien qu'il puisse être possible, et c'est souvent le cas, d'interpréter la persécution comme une forme de privation discriminatoire des droits de l'Homme, le fait de ne penser qu'en ces termes peut échouer à refléter la réalité sociale de l'oppression ». *Ibid.*, p. 539 (traduction libre).

122. Voir, par exemple, *Re GJ*, *supra* note 47.

fréquemment identifiées de cette manière. Par exemple, il est considéré comme injuste de faire des distinctions entre les personnes sur la base de caractéristiques qu'elles ne peuvent pas modifier, telles que la race, le sexe, l'origine ethnique ou la caste. Il semble finalement que même les instances de jugement qui prétendent adopter une approche fondée sur la non-discrimination la définissent d'une manière qui, en réalité, va au-delà. Par exemple, la *New Zealand Refugee Appeals Authority* (Instance d'appel des réfugiés de Nouvelle-Zélande), qui est fortement engagée dans une analyse fondée sur la non-discrimination/les caractéristiques protégées, déclare que selon cette approche « on reconnaît le principe que le droit des réfugiés doit couvrir les actions qui, d'une manière ou d'une autre, portent atteinte à la dignité humaine »¹²³. Bien que cette conclusion soit sensée, la fonction que remplit en fin de compte la norme de non-discrimination dans l'analyse est loin d'être claire.

E. Groupes sociaux et violations des droits de l'Homme

Le fait d'exiger qu'un certain groupe social existe en dehors de la persécution alléguée jette des doutes sur les groupes définis exclusivement sur la base de la violation des droits de l'Homme de leurs membres. Par exemple, il est peu probable qu'un juge accepte la demande d'une victime de torture si le groupe social allégué est constitué par toutes les personnes du pays qui sont ou qui pourraient devenir victimes de torture.

C'est ce raisonnement qui a généralement motivé le rejet des demandes des requérants chinois alléguant une crainte de stérilisation ou d'avortement forcés. Bien qu'il ne fasse pas de doute que ces actes violent les droits fondamentaux de l'Homme, les juges ont hésité à reconnaître ces demandes, parce qu'ils concluent que la persécution alléguée est la seule caractéristique partagée par le groupe concerné.

Le juge La Forest, qui est l'auteur de la décision *Ward* rendue par la Cour suprême du Canada, a cependant affirmé que les demandes fondées sur l'appartenance à un groupe social pouvaient émaner d'une catégorie de personnes dont les droits fondamentaux ont été violés. Dans une opinion dissidente dans l'affaire *Chan c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration)*¹²⁴, il a déclaré qu'il modifierait la deuxième catégorie de *Ward* (« les groupes dont les membres s'associent volontairement pour des raisons si essentielles pour leur dignité humaine qu'ils ne devraient pas être contraints à renoncer à cette association ») en supprimant l'exigence d'« association volontaire ». Selon le juge La Forest, la question pertinente est de savoir si le persécuteur traite les personnes ayant un attribut commun comme si elles formaient un groupe, et non celle de savoir si les membres du groupe s'associent volontairement entre eux¹²⁵. Ainsi, si une personne est volontairement associée à un statut pour des raisons essentielles pour sa dignité humaine, un groupe pourrait alors

123. *Ibid.*, p. 26, citant Hathaway, *Law of Refugee Status*, *supra* note 18, p. 108.

124. Voir *supra* note 21.

125. *Ibid.*, p. 645. Voir également, A. Macklin, « *Canada (Procureur général) c. Ward : A Review Essay* », 6 *International Journal of Refugee Law*, 1994, pp. 362-81.

être reconnaissable ; ce dernier existerait « du fait d'une tentative commune d'exercer un droit fondamental ». Dans le cas d'espèce, le juge La Forest aurait considéré que les personnes persécutées parce qu'elles ont plus d'un enfant peuvent se prévaloir de l'appartenance à un certain groupe social¹²⁶.

Dans l'affaire *Applicant A.*, le juge Dawson ne partage pas la conclusion du juge La Forest, estimant que le groupe ne peut pas être simplement constitué par un ensemble de personnes prises au hasard à travers la Chine, dont les droits de l'Homme ont été violés par des pratiques coercitives de planning familial. Le juge Dawson ajoute, cependant, qu'il conviendrait de reconnaître un groupe social si la violation des droits de l'Homme donnait lieu à une auto-perception ou à la perception sociétale d'un groupe :

Un droit fondamental pourrait constituer une caractéristique unificatrice seulement si les personnes étaient associées les unes aux autres sur la base de ce droit ou, on pourrait ajouter, si la société percevait ces personnes comme un groupe en raison de leur volonté commune d'exercer leur droit. Dans ce cas, ce serait l'aspect unificateur de cet élément, et non son caractère de droit fondamental, qui permettrait de circonscrire un certain groupe social¹²⁷.

Selon la logique du juge Dawson, si des personnes s'unissaient à travers la Chine pour former des groupes « de soutien » aux familles de plus d'un enfant, ou si la politique étatique d'avortements forcés conduisait à la perception sociétale que les personnes s'opposant à l'avortement forcé étaient des parias, une demande fondée sur le groupe social serait alors valable. Cela semble représenter une approche sensée qui ne reconnaît pas toutes les victimes des droits de l'Homme comme membres d'un groupe social mais qui ne supprime pas non plus la possibilité que les victimes de politiques « d'application générale », constituent un groupe social reconnaissable. En résumé, le fait qu'un groupe de personnes ait subi des violations des droits de l'Homme peut être un élément important pour déterminer qu'un « certain groupe social » existe, dans la mesure où ces sévices sont infligés à des personnes qui partagent une caractéristique identifiable indépendante. Il en est ainsi parce que ces sévices peuvent renforcer la constatation que le groupe est perçu comme un groupe par la société dans laquelle il se situe, c'est-à-dire qu'il est identifié comme « susceptible d'être persécuté », ou qu'il attire en fait la persécution en raison de sa caractéristique commune.

V. Le cœur de l'analyse : les caractéristiques protégées et la perception sociale

Comme l'a montré l'examen de la jurisprudence des États dans la partie III, le développement du motif du groupe social dans les pays de *common law* a eu lieu

126. Voir également Daley et Kelley, *Particular Social Group*, *supra* note 8.

127. *Applicant A.*, *supra* note 4 (1997) 190 CLR 225 à 246 (traduction libre).

avant tout, mais pas exclusivement, au moyen de l'adoption et de l'application de l'approche dite des caractéristiques protégées. Les résultats ont été importants en permettant d'accorder une protection aux victimes de violations graves des droits de l'Homme ; et ces affaires ont influencé d'autres États. L'affaire *Islam et Shah* constitue un exemple particulièrement intéressant. L'approche des caractéristiques protégées a aussi été vivement défendue par d'éminents spécialistes¹²⁸.

Les raisons du succès de l'approche des caractéristiques protégées sont évidentes. Elle fournit un principe limitatif pour l'interprétation du « certain groupe social » qui est conforme à une perspective de protection des droits de l'Homme. Cela signifie qu'on pourrait affirmer de façon plausible, comme l'approche des caractéristiques protégées est censée le faire, que les quatre premiers motifs de la Convention sont tous fondés sur des conceptions des droits de l'Homme et que, par conséquent, le motif du « certain groupe social » doit également être limité aux groupes définis en termes de droits de l'Homme. L'approche des caractéristiques protégées identifie des groupes dont nous pouvons généralement estimer qu'ils méritent une protection : ceux qui subiraient un préjudice très important s'ils devaient renoncer à leur affiliation au groupe, soit parce qu'il serait pratiquement impossible de renoncer à une caractéristique « immuable », soit parce que cette affiliation se fonde sur l'exercice d'un droit fondamental. Cette approche a également apporté une innovation importante dans la mesure où les instances de jugement ont estimé que l'analyse de l'« association volontaire » de *Sanchez-Trujillo* n'était pas satisfaisante. Elle a permis de reconnaître des groupes dont la protection était totalement justifiée — tels que les femmes et les homosexuels — et dont les membres ne sont généralement pas étroitement affiliés entre eux.

Face à ces avantages, il existe toutefois des inconvénients qui doivent être évalués. L'analyse des caractéristiques protégées est sans aucun doute en divergence avec la signification du « groupe social » dans le sens commun. Rien ne suggère dans la définition du réfugié, pas plus que dans les travaux préparatoires, que les caractéristiques immuables ou essentielles soient fondamentales pour la compréhension des motifs énoncés dans la Convention. En outre, bien que la jurisprudence des États parties manifeste le souci de ne pas définir ce motif de manière tellement large qu'il engloûtirait les autres motifs de la Convention ou qu'il ferait automatiquement de toutes les victimes de persécution des réfugiés, ce qui est une préoccupation manifestement conforme aux termes et aux objectifs de la Convention, cette seule considération ne peut pas justifier des limites qui ne seraient pas, par ailleurs, conformes à la Convention ou déduites d'une lecture raisonnable de ce texte¹²⁹.

128. Hathaway, en particulier, a défendu avec force et conviction l'approche *Acosta* de la définition du groupe social. Voir Hathaway, *Law of Refugee Status*, *supra* note 18, pp. 157-69.

129. Comme l'a exprimé le juge Brennan dans l'affaire *Applicant A.* : « Toute tentative visant à limiter la signification de l'expression « un certain groupe social » afin de restreindre la protection accordée par la Convention » serait déplacée alors que « le but et l'objet de la Convention est de garantir au mieux la même jouissance par tous de leurs droits et libertés fondamentales », *supra* note 4, (1997) 190 CLR 225 à 236 (traduction libre).

L'approche des caractéristiques protégées semble également priver de la protection du statut de réfugié les membres de groupes qui peuvent très bien être la cible de persécution en raison de leurs associations largement reconnues dans la société¹³⁰. On peut citer, par exemple, les étudiants, les syndicalistes, les professionnels, les employés des camps de réfugiés ou les enfants des rues. (Le fait d'énumérer ces groupes ne signifie pas que tous auront toujours le droit d'être reconnus ; cela aide toutefois le lecteur à imaginer des cas où il pourrait être justifié de reconnaître ces groupes).

La décision *Montoya*¹³¹, rendue par le *Immigration Appeal Tribunal* (IAT, Tribunal d'appel en matière d'immigration) en 2001 au Royaume-Uni, représente un exemple notable. Le demandeur, gérant de la plantation de café de son père en Colombie, alléguait qu'il était exposé à des menaces et à des extorsions de la part d'un groupe révolutionnaire que le gouvernement n'avait ni la capacité, ni la volonté de contrôler. Il affirmait que sa famille était ciblée parce qu'ils étaient de riches propriétaires terriens ; il ajoutait que son oncle, qui avait exploité une plantation de café dans le même village, avait fait l'objet des mêmes menaces et qu'il avait fini par être assassiné. Le tribunal a fait remarquer qu'en Colombie, « le statut de propriétaire d'une terre exploitée pour faire du profit est un facteur d'identification sociale ostensible et important avec une connotation historique » ; il a également admis qu'« une autre caractéristique partagée par les propriétaires terriens privés est le fait qu'ils sont inefficacement protégés ». Il a néanmoins conclu que le requérant n'appartenait pas à un certain groupe social au sens de la Convention, parce que le groupe allégué ne se fondait pas sur une caractéristique que les membres du groupe « ne peuvent pas changer ou ne doivent pas être contraints de changer »¹³². Le tribunal a déclaré que le requérant pouvait changer son statut de propriétaire terrien et ce « sans que cela ait un impact fondamental sur son identité ou sa conscience »¹³³.

Bien que la conclusion du tribunal selon laquelle la propriété de terres n'est pas immuable ni fondamentale pour l'identité soit plausible, il n'est pas évident qu'elle aille jusqu'au bout de l'analyse. Supposons que le requérant puisse établir ses allégations, le cas montre un risque évident de violations graves des droits de l'Homme fondées uniquement sur le statut du requérant, un risque partagé avec d'autres personnes dans une situation comparable. Si l'on s'en tient au sens ordinaire des termes, il n'y a pas de raison d'estimer que les propriétaires terriens ne peuvent pas constituer un groupe social ; ils sont clairement perçus comme tels dans de nombreuses sociétés, à la fois par eux-mêmes et par les autres. En effet, le tribunal a semblé admettre que les riches propriétaires terriens en Colombie étaient perçus comme

130. Goodwin-Gill, *Refugee in International Law* (2^e édition, 1996), *supra* note 17, p. 365 : « Il est évident qu'il existe des groupes sociaux autres que ceux qui partagent des caractéristiques immuables ou qui s'associent pour des raisons essentielles pour leur dignité humaine » (traduction libre).

131. *Montoya*, *supra* note 41.

132. *Ibid.*, p. 21 (traduction libre).

133. *Ibid.*, p. 22 (traduction libre).

un groupe social. Pourtant, l'approche des caractéristiques protégées, tout au moins telle qu'elle est appliquée par le tribunal, a écarté la demande. La raison pour laquelle une Convention protégeant les droits de l'Homme devrait être interprétée de cette manière est loin d'être évidente.

L'analyse des caractéristiques protégées pourrait être étendue de manière à inclure le groupe de Montoya ainsi que d'autres groupes mentionnés plus haut. La propriété de terres pourrait être vue comme un aspect fondamental de l'identité d'une personne (bien que le tribunal n'en ait pas été convaincu). James Hathaway est disposé à donner une interprétation plus généreuse de l'approche des caractéristiques protégées. Il suggère ainsi que « les étudiants entrent logiquement dans la catégorie du groupe social puisque la poursuite de l'éducation constitue un droit fondamental reconnu au plan international » auquel personne ne devrait être contraint de renoncer¹³⁴. Cela semble élargir la catégorie dans le seul but d'atteindre un résultat approprié, sans pour autant affaiblir l'analyse dite des caractéristiques protégées. Il est d'ailleurs intéressant de noter que le projet de règlements de l'INS, en reconnaissant d'autres facteurs pertinents pour déterminer un groupe social, semble pousser la jurisprudence américaine au-delà de la formulation *Acosta*¹³⁵.

Une autre interprétation des termes de la Convention est proposée par la majorité des juges dans la décision *Applicant A.*, rendue par la Haute Cour d'Australie. Ce qui constitue un certain groupe social est « un attribut commun et une perception sociale qu'ils sont à part »¹³⁶. Cet attribut doit non seulement être partagé, mais il doit unir le groupe selon sa propre perception ou la perception sociale. Cela signifie que la caractéristique partagée doit faire « de ceux qui la partagent un groupe reconnaissable au sein de leur société »¹³⁷. Les termes employés dans la décision *Ourbih* du Conseil d'État français produisent le même effet : l'appartenance à un certain groupe social doit être examinée par rapport à la question de savoir si les membres du groupe seraient exposés à des persécutions « en raison des caractéristiques communes qui les définissent aux yeux des autorités et de la société »¹³⁸. La meilleure appellation pour cette approche serait celle des « caractéristiques communes/perception sociale » mais nous utiliserons l'expression abrégée de « perception sociale ».

134. Hathaway, *Law of Refugee Status*, supra note 18, p. 168 (traduction libre).

135. De la discussion qui précède, il doit être clair que les critères de « cohésion » et d'« association volontaire » de *Sanchez-Trujillo*, supra note 25, ne constituent pas une alternative acceptable. Comme cela a été dit, la *Ninth Circuit* elle-même s'est écartée de cette approche dans l'affaire *Hernandez-Montiel*, supra note 64.

136. *Applicant A.*, supra note 4, (1997) 190 CLR 225 à 265-6. Voir aussi *ibid.*, p. 264 :

L'existence d'un tel groupe dépend dans la plupart des cas, peut-être dans tous, de la perception externe du groupe... [L'expression « certain groupe social »] évoque des personnes qui sont définies comme un groupe social distinct en raison d'une caractéristique, d'un attribut, d'une activité, d'une croyance, d'un intérêt ou d'un but qui les unit. (traduction libre)

137. *Ibid.*, p. 241 (sans note de bas de page) (traduction libre).

138. *Ourbih*, cité supra note 80.

Cette interprétation se retrouve, de façon non-explicite, dans certaines sources américaines décrites plus haut et elle est expressément mentionnée dans *Islam* et *Shah*. Lord Hope of Craighead a ainsi déclaré :

En général, on peut dire qu'un groupe social existe quand un groupe de personnes possédant une caractéristique particulière est considéré comme un groupe distinct par la société [...] Comme les coutumes et les attitudes sociales varient d'un pays à l'autre, le contexte de la présente investigation est le pays dont la personne est ressortissante. L'expression peut donc inclure certains groupes sociaux qui peuvent être reconnaissables en tant que tels dans un pays mais pas dans d'autres ou qui, dans un pays donné, n'ont jusqu'alors pas été reconnus¹³⁹.

Il est important de mentionner que l'analyse de la perception sociale semblerait englober les groupes actuellement reconnus au titre de l'approche des caractéristiques protégées. Cela est principalement dû au fait que les groupes reconnus au titre de l'analyse des caractéristiques protégées ont des chances d'être perçus comme des groupes sociaux. Pourquoi cela ? Il en est ainsi parce que les personnes appartenant à des groupes soumis à des traitements discriminatoires et à des persécutions éviteront la caractéristique partagée qui définit le groupe si elles le peuvent, tandis que les groupes définis par des caractéristiques immuables ne peuvent pas le faire et les groupes définis par des caractéristiques essentielles pour la dignité humaine choisissent souvent de ne pas le faire et ne devraient pas être contraints de le faire¹⁴⁰. Ainsi, ces groupes maintiendront probablement leur appartenance malgré le traitement défavorable et seront généralement perçus comme des groupes sociaux, définis par la caractéristique en raison de laquelle des mauvais traitements leur sont imposés. Par exemple, les personnes garderont probablement leurs convictions religieuses ou politiques profondes même si elles s'exposent à des risques ce faisant parce qu'elles peuvent considérer ces convictions comme fondamentales pour leur identité. Les personnes qui maintiennent ces types d'affiliations malgré la pression sociale qui les pousse à les modifier seront probablement perçues comme des groupes sociaux.

Tandis que la plupart des groupes définis par des « caractéristiques protégées » seront probablement perçus comme des groupes sociaux, il peut également exister des groupes sociaux perçus comme tels qui ne sont pas fondés sur des caractéristiques protégées. Par conséquent, l'approche de la perception sociale va au-delà des caractéristiques protégées en reconnaissant que les facteurs externes peuvent être importants pour définir correctement le groupe social. Le fait de demander

139. *Islam* et *Shah*, *supra* note 2, p. 1038 (traduction libre).

140. Notons que cela explique également pourquoi toutes les caractéristiques immuables ne définissent pas des groupes sociaux — la taille, par exemple. Les personnes ne sont généralement pas persécutées pour ce motif et ne sont généralement pas perçues comme un groupe social. Si toutefois elles étaient perçues comme un groupe social et persécutées pour ce motif, elles devraient se voir reconnaître le statut de réfugié. À l'inverse, l'approche des caractéristiques immuables ne peut pas fournir d'explication quant au fait que certaines caractéristiques immuables permettent d'établir des groupes et d'autres non.

si un groupe a été « marqué comme autre »¹⁴¹ ne revient pas à vider le groupe social et les questions de persécution de leur sens mais plutôt à examiner si le groupe est reconnaissable dans un contexte culturel donné¹⁴². Prenons à nouveau l'exemple du cas *Montoya* concernant le propriétaire terrien colombien ciblé par les forces de guérilla. Même si le demandeur ne pouvait pas satisfaire les critères de l'analyse des caractéristiques protégées, il semble tout à fait plausible de le considérer comme appartenant à un groupe que la guérilla perçoit comme distinct et marqué pour être l'objet de persécutions.

L'approche de la perception sociale pourrait également couvrir les demandes déposées par des personnes qui croient en des valeurs qui ne sont pas conformes aux coutumes des sociétés dans lesquelles elles vivent¹⁴³. Par exemple, les femmes qui s'opposent à des mutilations génitales ou qui refusent de porter les vêtements traditionnels ont de fortes chances d'être perçues comme constituant un groupe social parce qu'elles se sont opposées aux pratiques culturelles, religieuses ou politiques de la société. À l'inverse, il peut s'avérer plus difficile de reconnaître certaines de ces demandes, par exemple, celles fondées sur les vêtements, au titre de l'approche des caractéristiques protégées.

Comme l'approche des caractéristiques protégées, celle de la perception sociale fait des adeptes dans la doctrine. Goodwin-Gill propose qu'« aux fins de la définition de la Convention, les facteurs internes d'union ne soient pas pris en considération de façon isolée mais seulement en conjonction avec les facteurs externes, tels que les perceptions, les politiques, les pratiques et les lois »¹⁴⁴. Cela évite d'avoir à identifier un principe unique (tel que l'« immuabilité »), en mettant plutôt l'accent sur un ensemble de variables :

Ces variables incluraient, par exemple, 1) le fait de s'associer volontairement, lorsqu'une telle association répond à une certaine *valeur* et ne résulte pas simplement d'un accident ou d'un incident, à moins que ceci soit affecté à son tour par [des perceptions sociales] ;

2) des liens involontaires, comme la famille, une expérience commune antérieure ou des caractéristiques innées, immuables et 3) la perception des autres¹⁴⁵.

141. T.D Parish, « Membership in a Particular Social Group under the Refugee Act of 1980 : Social Identity and the Legal Concept of the Refugee », 92 *Columbia Law Review*, 1992, pp. 923 et 946 (traduction libre).

142. Voir Goodwin-Gill, *Refugee in International Law*, supra note 17 (2^e édition, 1996), p. 362 : tandis que la « mise en position de victime » ne suffit pas à établir à elle seule un groupe social, des lois et des pratiques de persécution peuvent représenter « une facette de politiques et de perspectives plus larges qui contribuent toutes à l'identification du groupe » (traduction libre).

143. Ces demandes sont fréquemment analysées comme des demandes fondées sur les opinions politiques ou les opinions politiques imputées.

144. Voir Goodwin-Gill, *Refugee in International Law*, supra note 17 (2^e édition, 1996), p. 362 (traduction libre).

145. *Ibid.*, p. 366 (traduction libre).

Goodwin-Gill reconnaît que cette interprétation pourrait englober des groupes d'« individus apparemment sans rapport entre eux et non apparentés » tels que les mères, les femmes exposées à la violence domestique, les capitalistes et les homosexuels¹⁴⁶.

Tout en reconnaissant les arguments plaidant pour l'analyse de la perception sociale, il ne faut pas sous-estimer les difficultés. On peut se demander comment, précisément, un juge va déterminer les « perceptions sociales » d'autres sociétés ? En outre, *de qui* relèvent les perceptions qui comptent ? Le juge devrait-il prendre en compte les opinions des persécuteurs allégués, de la majorité de la société, les vues de l'élite dirigeante ? Un très grand avantage de l'approche des caractéristiques protégées est qu'elle évite certains de ces problèmes de preuves : un juge peut rendre des jugements raisonnables au sujet de l'immuabilité d'une caractéristique donnée et il peut évaluer le témoignage du demandeur quant à la dimension essentielle d'un aspect particulier de son identité. (Bien entendu, selon l'approche des caractéristiques protégées, le demandeur doit toujours démontrer que le groupe auquel il appartient est exposé à des persécutions dans le pays vers lequel il serait renvoyé).

Les problèmes de preuve qui entourent l'analyse de la perception sociale ne sont pas insurmontables. Dans de nombreux cas, il existe d'importantes preuves objectives que certains groupes sont considérés comme des groupes parias ou reconnus comme séparés du reste de la société dans le pays d'origine de la requérante ou du requérant. Des lois et des politiques discriminatoires, des animosités historiques, des relevés de presse, et d'autres documents de ce genre, peuvent souvent établir, avec un degré satisfaisant de certitude, qu'un groupe particulier est perçu comme « autre » dans une société donnée. Les juges devraient avoir peu de difficultés à conclure, par exemple, que les femmes, les homosexuels ou les membres de la famille des groupes visés constituent des groupes sociaux dans de nombreux pays.

Une autre objection à l'analyse de la perception sociale pourrait être qu'elle semblerait reconnaître des groupes sans égard pour le degré de futilité de la caractéristique partagée. Les philatélistes ou les amateurs de rollers, par exemple, pourraient être considérés comme constituant des « groupes sociaux » dans certains pays. À l'inverse, l'approche des caractéristiques protégées emploie un filtre conceptuel, en veillant à ce que les groupes reconnus soient unis par un trait réellement important. Ce faisant, elle réserve le puissant palliatif de la protection internationale aux personnes pour lesquelles il serait injuste d'exiger qu'elles évitent ou qu'elles renoncent à leur caractéristique commune. Comme Hathaway l'a énoncé dans un commentaire portant sur une première ébauche de ce document, « il serait certainement plus raisonnable d'attendre des amateurs de rollers qu'ils enlèvent leurs patins que d'insister pour qu'ils se voient accorder un « laissez-passer » pour les contrôles migratoires pour leur permettre de continuer de faire du roller »¹⁴⁷.

146. *Ibid.* (traduction libre). Voir également l'approche « sociologique » proposée dans Graves, *From Definition to Exploration*, *supra* note 17.

147. J.C. Hathaway, *Professor Aleinikoff's Paper on « Membership of a Particular Social Group »*, p. 2 (archives de l'auteur) (traduction libre).

Une première réponse à cette objection consiste à faire remarquer que les associations les plus insignifiantes ont peu de chances d'attirer des actes de persécution ; il est donc tout à fait improbable que les amateurs de rollers soient reconnus comme réfugiés qu'ils constituent ou non un « groupe social ». Si toutefois ces groupes étaient effectivement considérés comme des groupes dans une société donnée et que les personnes étaient effectivement exposées à des persécutions du fait de leur appartenance à ce groupe, pourquoi la protection internationale devrait-elle leur être refusée ? Quoi qu'on puisse penser des philatélistes ou des amateurs de rollers, le persécuteur les considère manifestement comme un groupe représentant une menace et devant être supprimé et il est disposé à leur infliger des sévices injustifiés pour atteindre cet objectif. La Convention vise à empêcher que des sévices graves soient infligés en raison de l'appartenance à un groupe et non à préserver l'appartenance à des groupes considérés comme importants ou dignes de l'être. La futilité, ou non, de la caractéristique partagée par le groupe ne doit donc pas être pertinente aux fins de la Convention. En effet, comme exposé plus haut, dans la plupart des États de droit civil, le risque de persécution est un élément qui pèse beaucoup plus dans la détermination du statut de réfugié que le motif conventionnel concerné. Il n'est donc pas surprenant que la Convention n'emploie pas les termes « fondamental » ou « immuable » pour qualifier le « groupe social ». Comme l'histoire humaine le montre, les persécuteurs choisissent des groupes et des victimes pour diverses raisons, pas simplement en fonction du caractère fondamental du trait qui les définit.

En effet, le fait d'adopter une exigence de « non-futilité » reviendrait à donner carte blanche au persécuteur envers les groupes qui s'associent pour des raisons « non fondamentales », c'est-à-dire à permettre au persécuteur d'accomplir précisément ce qu'il veut : la suppression de la caractéristique sur laquelle le groupe se fonde. (Il est concevable que des persécuteurs sadiques cherchent en fait à infliger des sévices, mais en général le persécuteur cherche plutôt à se débarrasser de la caractéristique incriminée.) Cette approche renverse l'ordre des choses : elle impose aux membres d'un groupe la charge de changer afin d'éviter la persécution plutôt que d'accorder une protection à ceux exposés à des sévices graves injustifiables.

Une dernière préoccupation concernant l'analyse de la perception sociale pourrait être qu'elle permet une interprétation trop large du groupe social, ouvrant la porte à d'innombrables groupes et demandeurs. Pourquoi les personnes handicapées, les pauvres, les étudiants, les commerçants, les athlètes ou les artistes comiques ne pourraient-ils pas satisfaire l'analyse ? Pourtant, tant que les juges respectent la règle selon laquelle le groupe doit exister en dehors de la persécution (interprétée correctement), la catégorie du groupe social sera considérablement limitée. En outre, les autres éléments de la définition du réfugié, par exemple, les exigences que le « lien causal » soit établi et que la crainte soit fondée, apportent d'autres limites.

Étant donné les avantages et les inconvénients que présentent toutes deux les analyses des caractéristiques protégées et de la perception sociale, quelle analyse le juge consciencieux doit-il adopter ? Selon moi, celle de la perception sociale est plus proche

du sens et de l'objet de la Convention. Elle est également plus inclusive ; l'analyse des caractéristiques protégées semble écarter des demandes plausibles dans le seul but d'identifier un principe limitatif. Il faut toutefois également reconnaître que l'approche des caractéristiques protégées est bien établie dans la jurisprudence d'un certain nombre d'États et que, dans l'ensemble, elle a produit des résultats conformes à la Convention qui favorisent manifestement la protection de groupes exposés à des persécutions.

Plutôt que de considérer les deux approches comme des analyses contradictoires et concurrentes, je propose de concevoir l'approche des caractéristiques protégées comme le cœur de l'analyse de la perception sociale. Cela signifie que les groupes qui sont reconnus au titre de l'approche des caractéristiques protégées sont quasiment assurés de l'être également au titre de l'analyse de la perception sociale. Comme cela est noté plus haut, il en est ainsi parce que les caractéristiques immuables produisent généralement des perceptions sociales, en particulier quand ces caractéristiques ont été utilisées comme motif pour imposer des sévices. De la même façon, les groupes fondés sur des caractéristiques non-immuables, mais néanmoins essentielles, qui ont été exposés à des sévices graves, ont également des chances d'être reconnaissables socialement, sinon, les membres du groupe auraient renoncé à leur comportement pour éviter les sévices. Le fait de conceptualiser les choses de cette façon permet de conserver l'analyse et les résultats de l'approche des caractéristiques protégées tout en interprétant l'« appartenance à un certain groupe social » comme incluant d'autres groupes répondant à l'analyse de la perception sociale.

L'idée que la protection puisse être accordée en vertu de différentes analyses n'est pas étrangère au droit relatif aux droits de l'Homme. Par exemple, les normes interdisant la discrimination raciale peuvent condamner la discrimination intentionnelle ainsi que les pratiques qui imposent de façon injustifiée des sévices disproportionnés, que ce soit intentionnel ou non. Les analyses de l'intention et les analyses des effets soulèvent des questions différentes et nécessitent différents types de preuves mais les juges semblent avoir peu de difficultés à appliquer les analyses aux mêmes demandes. L'application des deux analyses différentes n'est pas non plus considérée comme contradictoire ; toutes deux condamnent les pratiques qui relèvent de la catégorie plus large de la discrimination. De la même façon, les juges des États qui utilisent actuellement l'approche des caractéristiques protégées pourraient envisager d'adopter de plus l'analyse de la perception sociale, examinant les demandes fondées sur le groupe social à l'aune des deux normes. Cela signifie que l'identification d'un groupe au titre de l'approche des caractéristiques protégées serait *suffisante*, mais non *nécessaire*, aux fins de la Convention.

VI. L'exigence du « lien causal » et les acteurs non étatiques

Dans de nombreuses affaires de groupe social, la question difficile pour le juge ne sera pas la définition du groupe mais plutôt l'exigence du « lien causal »,

c'est-à-dire le lien entre la persécution et l'appartenance au groupe (« *du fait de* »). Le présent document n'a pas la prétention de procéder à une analyse complète de la question¹⁴⁸ du « lien causal » mais plusieurs questions d'appréciation doivent être examinées concomitamment à l'étude du « certain groupe social ». Ces questions se posent dans les situations où l'agent de persécution n'est pas l'État.

Des exemples peuvent être tirés de différentes affaires : i) une femme subit des sévices de la part de son époux dans un État qui ne prend aucune mesure contre ces sévices ; ii) une femme est menacée d'être soumise à des mutilations génitales par son groupe tribal dans un État qui interdit, mais ne peut pas arrêter ces pratiques ; iii) une entreprise criminelle menace la famille d'une personne qui lui doit de l'argent. Dans ces cas, il est difficile de décider si le comportement du persécuteur et/ou l'absence de protection étatique sont « *du fait de* » l'appartenance de la victime à un groupe social. Par exemple, dans l'affaire *Matter of R.A.*, la BIA a conclu que la requérante, qui avait subi des sévices très graves, ne pouvait pas satisfaire l'exigence du lien causal parce qu'elle ne pouvait pas établir que les sévices infligés par son mari étaient motivés par son appartenance à un groupe social¹⁴⁹. Selon la majorité des membres, il en était ainsi parce qu'il n'existait pas de preuves que l'époux avait ou aurait visé d'autres membres du groupe¹⁵⁰. Leur opinion a été la suivante : « À la lumière de ce dossier, nous avons le sentiment que l'époux visait la requérante parce qu'elle était sa femme et non parce qu'elle était membre d'un ensemble plus large de femmes, quel que soit sa définition, dont il pensait qu'elles méritaient de subir des préjudices »¹⁵¹.

Le raisonnement tenu dans l'affaire *R.A.* suscite des questions graves¹⁵². En effet, les règles proposées par l'INS, élaborées pour apporter des « clarifications » au

148. Pour une analyse approfondie, voir J.C. Hathaway, *Les recommandations de Michigan sur le lien avec un motif conventionnel* (2001), disponible sur <http://www.refugeecaselaw.org/Refugee/guidelines2001.htm>.

149. *In Re R.A.*, *supra* note 14, pp. 21-2. Le Board of Immigration Appeals (BIA, Commission d'appel en matière d'immigration) a également estimé que la requérante n'avait pas établi que le gouvernement encourageait les sévices infligés aux femmes ou était incapable de protéger les femmes dans le but que des sévices se produisent.

150. *Ibid.*, p. 20 : « Si l'appartenance au groupe était la motivation des sévices, on pourrait s'attendre à avoir des preuves d'agissements envers d'autres membres du même groupe » (traduction libre).

151. *Ibid.*, p. 21 (traduction libre).

152. Voir également l'opinion dissidente profonde du Président de la BIA, P. Schmidt, concluant qu'il était raisonnable de penser que le préjudice infligé à la requérante était motivé par son appartenance à un certain groupe social défini par son genre, sa relation à son mari et son opposition à la violence conjugale. L'opinion dissidente estimait également que l'affaire *R.A.* ne pouvait être distinguée de l'affaire *Kasinga*, *supra* note 5, une affaire de mutilations génitales féminines où l'appartenance à un certain groupe social était établie, parce que « les caractéristiques fondées sur le genre partagées par les membres de chaque groupe sont immuables, la nature du sévice auquel les requérantes avaient résisté dans les deux cas était considérée comme faisant partie des traditions culturelles, le refus était largement condamné par la communauté et la persécution imposée avait lieu sans possibilité de protection étatique », *In Re R.A.*, *supra* note 14, p. 37 (traduction libre).

raisonnement de la BIA, désapprouvent en fait implicitement l'analyse du « lien causal » de la BIA¹⁵³. Le fait de savoir si le persécuteur a agi envers d'autres personnes dans une situation similaire peut donner une indication, mais cela ne peut certainement pas être exigé comme une condition, pas plus qu'une personne prétendant être victime de discrimination raciale doit prouver que l'auteur a également discriminé d'autres personnes en raison de la race. La Convention exige la preuve que sa crainte de persécution est fondée sur une caractéristique qu'elle possède.

Même quand il ne peut pas être prouvé que le persécuteur a agi « du fait » d'un des motifs de la Convention, dans certaines circonstances, une demande d'asile pourrait être reconnue. M. Haines, de la *Refugee Status Appeals Authority* (Instance d'appel des réfugiés de Nouvelle-Zélande), fournit un exposé convaincant dans l'affaire en appel No. 71427/99 :

Le lien causal entre le motif conventionnel et la persécution peut être rempli soit par le risque de préjudice grave, soit par l'absence de protection de l'État contre ce risque. Cela signifie que si un demandeur d'asile est exposé à un risque réel de préjudice grave de la part d'un acteur non étatique (par ex., le conjoint, le partenaire ou un autre agent non étatique) pour des raisons qui n'ont pas de rapport avec un des motifs de la Convention, mais que l'absence de protection de l'État est liée à un motif de la Convention, le lien causal est satisfait. À l'inverse, si le risque de préjudice de la part de l'agent non étatique est lié à la Convention, mais que l'absence de protection de l'État ne l'est pas, le lien causal est toujours satisfait. Cela vient du fait que la « persécution » est composée de deux éléments séparés mais essentiels, à savoir le risque de préjudice grave et l'absence de protection¹⁵⁴.

En d'autres termes, le demandeur doit prouver que la persécution redoutée est « du fait de » l'un des motifs de la Convention et que l'État n'accorde pas de protection. Le motif de la Convention peut être fourni soit par le persécuteur non étatique (couplé à un État qui n'a pas la capacité ou la volonté d'accorder une protection), soit par l'État (quand il n'a pas la volonté d'accorder une protection pour un des motifs de la Convention)¹⁵⁵.

153. L'exposé des motifs des règles proposées déclare que le demandeur n'a pas à montrer que le persécuteur serait enclin à faire du mal aux autres membres du groupe social défini. Il énonce : « Ainsi, dans certains cas, il se peut que la victime de violence conjugale satisfasse la condition « du fait de », même si les limites sociales et d'autres facteurs font que l'auteur des sévices a la possibilité, et la motivation, de ne porter atteinte qu'à une seule des femmes qui partagent les caractéristiques, parce que seule une de ces femmes a un lien conjugal avec l'auteur des sévices ». 65 Fed. Reg. à 76593 (traduction libre).

154. Voir *supra* note 7, paragraphe 112 (traduction libre).

155. La Cour fédérale d'Australie a estimé que « l'incapacité du système Étatique à protéger les membres d'un certain groupe social » contre un mari auteur de sévices, pourrait constituer en elle-même « un comportement de persécution ». Voir *Minister for Immigration and Multicultural Affairs c. Khawar*, *supra* note 34, paragraphe 124, qui énonce : « La motivation du mari n'a pas d'importance : sa violence ne constitue pas le comportement de persécution et ne serait pertinente que pour donner l'occasion d'un exemple de persécution par l'État » (traduction libre). Voir aussi P. Golberg, « Anyplace but Home : Asylum in the United States for Women Fleeing Intimate Violence », 26 *Cornell International Law Journal*, 1993, pp. 565 et 584-8.

Cette analyse à deux branches signifie qu'une demande fondée sur le groupe social peut nécessiter deux analyses séparées du comportement de l'acteur non étatique et de l'État pour voir si l'un d'eux agit en raison de l'appartenance du demandeur à un certain groupe social. Prenons à nouveau l'exemple d'un mari infligeant des sévices. Une demande fondée sur le groupe social peut être établie en montrant soit i) que les actes de l'homme sont basés sur le genre de son épouse et que l'État n'a pas la capacité (ou la volonté) d'accorder une protection contre ce comportement, soit ii) que, quelles que soient les motivations des actes du mari, l'État n'a pas la volonté de protéger l'épouse en raison de son genre ¹⁵⁶.

Il est important de noter que cette analyse n'implique pas que tout cas de violence conjugale fonde une demande d'asile. Premièrement, l'État peut avoir instauré une procédure légale adéquate pour sanctionner les auteurs de sévices ; dans ce cas, la requérante d'asile ne serait pas en mesure de prouver l'absence de protection de l'État. Deuxièmement, même si la requérante d'asile en question n'a pas bénéficié de la protection de la police, il se pourrait — comme l'a expliqué la Cour fédérale d'Australie dans l'affaire *Khawar* — que cette absence de protection soit atypique, due à l'attitude ou à l'incompétence d'un officier de police particulier, fondées sur l'inefficacité de la police ou sur la réticence de la police à se mêler de conflits conjugaux. La requérante devra alors démontrer « quelque chose de plus » — une condition qui « serait satisfaite au moins par une absence continue ou systémique de protection étatique envers les membres d'un certain groupe social due à la perception de l'État que ces derniers ou ces dernières ne méritent pas la même protection selon la loi que les autres membres de la société » ¹⁵⁷.

VII. Applications pratiques

Dans cette partie, j'applique l'analyse qui précède à plusieurs types de demandes auxquelles les juges sont confrontés aujourd'hui. L'analyse ne peut pas être défi-

156. A comparer avec les affaires *Islam* et *Shah*, *supra* note 2.

157. *Minister for Immigration and Multicultural Affairs c. Khawar*, *supra* note 34, jugement du 23 août 2000, paragraphe 160 (traduction libre). Voir également Lord Hoffmann dans l'affaire *Islam* et *Shah*, *supra* note 2, [1999] 2 WLR 1015 à 1035 :

Supposons que le gouvernement nazi, au début, n'organise pas activement de violence envers les juifs, mais qu'il poursuive une politique consistant à ne pas accorder de protection aux juifs subissant la violence de leurs voisins. Un épicier juif est attaqué par un gang organisé par un concurrent aryen qui détruit son magasin, le bat et le menace de recommencer s'il continue d'exercer. Le concurrent et son gang sont motivés par la rivalité dans les affaires et par le souhait de régler un compte, mais ils ne se seraient pas comportés de la sorte sans savoir que les autorités leur permettraient d'agir en toute impunité. Et le motif pour lequel ils jouissent de l'impunité était que la victime était juive. Était-elle persécutée du fait de sa race ? (...) Selon moi, la réponse est affirmative. Un élément essentiel de la persécution, l'absence de protection de la part des autorités, repose sur la race. Il est vrai qu'une réponse à la question 'Pourquoi a-t-il été attaqué ?' serait 'parce qu'un concurrent voulait le chasser des affaires'. Mais une autre réponse, et selon moi la bonne réponse dans le contexte de la Convention, serait 'il a été attaqué par un concurrent qui savait qu'il ne se verrait accorder aucune protection parce qu'il est juif' (traduction libre).

nitive dans la mesure où les cas dépendent des circonstances propres au demandeur et au pays d'origine. Néanmoins, les développements susmentionnés devraient aider à guider l'examen de ces demandes.

A. L'orientation sexuelle

M. A. est un homme qui ne cache pas son homosexualité. Il a été gravement battu et harcelé par des individus dans la ville où il réside. Les plaintes qu'il a déposées auprès de la police locale ont été vaines. Il allègue que l'homosexualité est pénalisée dans son pays et que la police locale et la police nationale tolèrent ou encouragent la violence contre les homosexuels.

Dans de nombreux États, les homosexuels ont été reconnus comme un certain groupe social au sens de la Convention¹⁵⁸. Le résultat est le même que le juge applique l'approche des caractéristiques protégées ou l'approche de la perception sociale. L'orientation sexuelle est désormais généralement admise comme immuable ou si essentielle pour la dignité humaine qu'on ne saurait être contraint d'en changer. En outre, dans de nombreuses sociétés, les homosexuels sont considérés comme des parias. L'absence de « cohésion » parmi les membres du groupe ne doit pas faire échec à la demande. Pour satisfaire la condition du « lien causal », un demandeur devra établir que le persécuteur lui a infligé des sévices en raison de son homosexualité (et que l'État a refusé d'agir) ou que l'État ne lui a pas accordé de protection en raison de son homosexualité.

B. Les demandes fondées sur la famille

1. La persécution par un membre de la famille fondée sur l'appartenance de la victime à la famille

Mme. R. est une jeune femme de 18 ans qui, de même que ses trois sœurs, a subi des sévices physiques et sexuels de la part de son père pendant plusieurs années. Son père a menacé sa mère de mort si elle cherchait à intervenir. Les plaintes déposées à la police n'ont pas empêché ces abus.

Selon toutes les approches développées plus haut (y compris la norme *Sanchez-Trujillo*), la famille a été identifiée comme un certain groupe social plausible, bien que le fait que le persécuteur soit lui-même un membre de la famille rend peut-être l'utilisation de ce motif de la Convention originale dans ce cas. Dans une décision importante (*Aguirre-Cervantes c. INS*), une Cour d'appel des États-Unis a néan-

158. Voir *Re G.J.*, *supra* note 47 et les cas cités dans cette affaire. Il est important de noter que le raisonnement de la Chambre des Lords dans l'affaire *Islam et Shah*, *supra* note 2, semble également inclure l'orientation sexuelle. Le cas peut donc être considéré comme tirant au clair une ambiguïté qui existait dans les affaires jugées par les tribunaux de degré inférieur du Royaume-Uni. Voir Vidal, *Membership of a Particular Social Group*, *supra* note 37, pp. 535-6. Voir également, le Comité ad hoc d'experts sur les aspects juridiques de l'asile territorial, des réfugiés et des apatrides (CAHAR), *Réponses au questionnaire sur les demandeurs d'asile gay et lesbiennes*, 14 mars 2001.

moins reconnu que la famille constituait un groupe social dans ces circonstances¹⁵⁹. L'intégration de la « famille » dans la définition d'un certain groupe social évite un certain nombre d'écueils qui apparaissent quand les demandes liées à des sévices invoquent une persécution du fait du genre, par exemple, parce que le « lien causal » peut être établi en montrant que le père a violenté des membres de sa famille, il n'est pas nécessaire de prouver que l'État a agi « du fait de » l'appartenance du ou de la requérant(e) à un groupe social. En outre, la définition de cette catégorie évite la difficulté exprimée par la BIA dans l'affaire *R.A.* selon laquelle le mari ne montrait aucune inclination à infliger des sévices à d'autres femmes que sa propre épouse (empêchant de ce fait, selon la BIA, de définir les « femmes » comme un groupe social). Dans l'affaire *Aguirre-Cervantes*, il existait un lien étroit entre le groupe et les victimes de persécution : la famille proche de l'auteur des sévices.

D'autres tribunaux et d'autres juridictions peuvent refuser de suivre l'approche développée dans *Aguirre-Cervantes* car elle semble transformer tout cas de violence domestique qui n'est pas empêché par l'État, en demande d'asile, indépendamment des raisons de l'absence de protection étatique. Dans les affaires de sévices invoquant un certain groupe social fondé sur le genre, la requérante d'asile identifie normalement des valeurs et des normes sociales qui tolèrent les sévices infligés aux femmes et qui sous-tendent tant les actes de l'auteur des sévices que l'absence de protection étatique. Cela signifie que les femmes, en tant que catégorie, sont dévaluées, considérées comme n'ayant pas droit à la même protection contre la violence de la part de l'État. Dans *Aguirre-Cervantes*, il serait cependant difficile de trouver des preuves qu'une société dévalue la vie de famille. L'élément clé de l'affaire est peut-être la conception sociale de la famille, avec un chef de famille masculin libre de traiter les membres de la famille comme il l'entend, sans intervention de l'État. La Cour cite des preuves que la violence domestique est largement admise au Mexique, que l'État n'a ni la volonté ni la capacité d'y mettre un terme et que l'État semble « approuver tacitement un certain degré de sévices ».

2. La persécution par un acteur non étatique qui s'en prend aux membres de la famille du demandeur

Mme S. et ses enfants ont reçu des menaces de mort de la part de criminels à qui son mari doit de l'argent. La famille vit dans une zone où le gouvernement ne peut pas exercer de contrôle effectif sur les gangs criminels.

Comme dans l'autre exemple, la famille peut constituer un certain groupe social. La question intéressante dans ce cas-ci est de savoir si la famille peut faire valoir une demande fondée, même si les liens entre le groupe criminel et le mari sont sans rapport avec un des motifs de la Convention. Comparons, par exemple, avec le cas classique d'un État menaçant la famille d'un dissident afin de décourager les activités de ce dernier¹⁶⁰. La Cour fédérale d'Australie a estimé que la famille

159. A comparer avec *Aguirre-Cervantes c. INS*, *supra* note 55.

constituait un groupe social dans ces circonstances, rejetant la conclusion d'un tribunal inférieur selon laquelle le litige était d'ordre privé parce que « la principale cible de la persécution n'entrait pas dans le champ d'application de la Convention »¹⁶¹. Ce jugement semble raisonnable. C'est la famille en tant que telle qui est ciblée ; on ne peut échapper à ce statut et l'État est incapable d'accorder une protection contre la persécution.

C. Les pratiques coercitives de planning familial chinoises

M. et Mme C. ont fui la Chine après la naissance de leur second enfant. Ils allèguent qu'ils ont été menacés de stérilisation forcée par les autorités locales chinoises.

Les demandeurs qui fondent leur demande d'asile sur une crainte liée aux pratiques coercitives de planning familial sont généralement déboutés¹⁶². Les affaires soulèvent un certain nombre de préoccupations. Tout d'abord, tout en ne tolérant pas la stérilisation ou l'avortement forcés, les tribunaux et les instances administratives ont tendance à considérer que les mesures de contrôle de la population sont des politiques sociales autorisées, c'est-à-dire qu'elles ne sont pas en elles-mêmes une source de persécution. Ensuite, les rapports sur les mesures prises par des fonctionnaires de police peuvent être considérés comme des incidents isolés. Ainsi, les demandes peuvent être écartées car elles n'établissent pas de crainte *fondée* de persécution¹⁶³. Les juges ont également sans doute été influencés par le fait que la majorité des requérants sont des hommes originaires de régions en Chine qui sont traditionnellement des terres d'émigration.

L'élément le plus important, pour ce qui nous concerne, est que les juges hésitent à conclure que les personnes s'opposant à une politique sociale d'application générale constituent un certain groupe social. Ces personnes n'ont pas de lien d'affiliation en tant que groupe et, selon les juges, elles ne sont pas perçues comme un groupe par le reste de la société. La préoccupation sous-jacente évidente est de ne pas énoncer une règle tendant à reconnaître des criminels ordinaires comme un

160. Pour une étude des affaires allemandes relatives à cette question, voir M. Fullerton, « Persecution Due to Membership in a Particular Social Group : Jurisprudence in the Federal Republic of Germany », 4 *Georgetown Immigration Law Journal*, 1990, pp. 381, 428-37.

161. *Minister for Immigration and Multicultural Affairs c. Sarrazola*, [1999] FCA 1134, 1999 Austr Fedct Lexis 667 (traduction libre). A comparer aux décisions néerlandaises accordant le statut de réfugié dans des situations où le préjudice est infligé à des membres de la famille pour en atteindre un autre. Spijkerboer, *Gender and Refugee Status*, *supra* note 95, p. 120.

162. Voir *Chang*, *supra* note 53 (USA), *Applicant A.*, *supra* note 4 (Australie). A comparer avec *Chan* (Canada), *supra* note 21. Il est important de noter cependant que les enfants de familles de deux enfants ont été considérés comme constituant un certain groupe social. Voir *Chen Shi Hai c. Minister for Immigration and Multicultural Affairs*, *supra* note 29 (les enfants dits « noirs »). En outre, les requérants peuvent être en mesure d'établir leurs demandes sur la base de la persécution du fait de la religion ou des opinions politiques.

163. A comparer à *Chan*, *supra* note 21, qui conclut qu'une crainte de stérilisation forcée n'était pas objectivement fondée.

groupe social, qui seraient susceptibles d'être considérés comme liés, du fait de leur violation de mesures étatiques générales.

Les demandeurs ont cherché à se distinguer des criminels ordinaires en faisant remarquer que les affaires de planification familiale forcée donnaient lieu à une punition pour l'exercice de droits fondamentaux, comme le droit à disposer de son corps et le droit à une vie familiale. Cela rejoint la seconde catégorie de *Ward/Acosta* englobant les caractéristiques essentielles pour la dignité humaine, ce qui signifie qu'on peut affirmer qu'un groupe social est constitué par des personnes unies par la revendication de leurs droits fondamentaux¹⁶⁴. Le problème de cette analyse est toutefois qu'elle semblerait conduire à remplacer les motifs individuels de la Convention par un motif unique, protégeant toutes les personnes dont les droits de l'Homme ont été violés, désignant un groupe social pour chaque droit violé, ou peut-être pour toutes les personnes dont les droits de l'Homme sont violés dans une société donnée. Ce type de principe général de non-refoulement pourrait représenter un progrès admirable en matière de protection des droits de l'Homme, mais il dépasse manifestement l'intention et la portée de la Convention.

Les juges devraient, toutefois, prendre leur temps avant de conclure hâtivement que les personnes qui s'opposent aux pratiques chinoises de planning familial ne peuvent jamais constituer un groupe social. Si on adopte l'approche proposée plus haut, il faut examiner la question de savoir si les personnes qui ont eu deux enfants, ou qui ont invoqué un droit fondamental à le faire, ont été perçues comme un groupe social en Chine. Dans cette recherche, le fait qu'il y ait persécution pourrait aller dans le sens de la reconnaissance d'un groupe social, sans négliger la règle selon laquelle la persécution ne peut pas définir le groupe. Cela signifie que l'action coercitive de l'État peut être perçue par l'ensemble de la société comme renforçant l'idée que ceux qui s'y opposent sont des ennemis de l'État. En effet, la gravité de l'atteinte aux droits de l'Homme souligne la position de l'État. C'est comme si l'État disait : « Le comportement de ces personnes transgresse les normes sociales à tel point qu'il est justifié que nous violions leurs droits fondamentaux ». (Même si la punition infligée n'incluait pas la stérilisation ou l'avortement forcés, il pourrait toujours être utile d'identifier les contrevenant(e)s comme un groupe paria dans la société chinoise).

En résumé, la question pertinente dans les cas de planification familiale coercitive chinoise doit être de savoir si celles et ceux qui s'opposent à cette politique sont perçu(e)s comme un groupe à part en Chine. Ce serait le cas que le groupe soit « uni » ou non, ou que les membres du groupe soient volontairement affilié(e)s entre eux ou non. Il suffit que le groupe soit reconnu comme tel dans la société, de telle manière que tout(e) membre qui possède la caractéristique qui définit le groupe soit perçu(e) comme un(e) membre du groupe. Dans ce cas, les actes dirigés contre elles et/ou eux en violation des droits de l'Homme doivent être interprétés comme une persécution infligée du fait de leur appartenance à un certain groupe social.

164. Voir l'opinion dissidente du juge La Forest dans *Chan*, *supra* note 21, [1995] 3 SCR 593 à 642-6.

Cet exemple montre la façon dont l'approche proposée trace une voie médiane, ne concluant pas que toutes les personnes subissant des violations des droits de l'Homme doivent se voir accorder la protection de la Convention sur le motif du groupe social et ne rejetant pas automatiquement les demandes déposées par celles et ceux qui s'opposent à des politiques sociales d'application générale. Cela évite les conséquences fâcheuses de l'approche développée dans l'affaire *Sanchez-Trujillo* et ne nécessite pas non plus une application extensive de l'approche des caractéristiques protégées afin de fournir une protection adéquate au titre de la Convention.

D. Les violences conjugales

Mme T., après avoir été fréquemment battue par son mari, lui a dit qu'elle souhaitait divorcer. Il l'a chassée du foyer et lui a dit qu'il ne consentirait pas au divorce. Bien qu'ils ne vivent plus ensemble, le mari continue de harceler sa femme. Ses appels aux autorités locales ne lui ont procuré aucune assistance ; selon les normes sociales de l'État, le mari est libre de punir une femme ayant quitté le domicile.

Aucun autre type de cas n'a autant testé le motif du groupe social que les demandes impliquant des violences conjugales. Même si ces demandes étaient quasiment inexistantes il y a vingt ans, elles sont de plus en plus nombreuses à être déposées dans plusieurs juridictions. Ces demandes soulèvent des questions difficiles d'interprétation de l'expression « appartenance à un certain groupe social » et de la condition du lien causal. Les juges, aidés par des lignes directrices officielles relatives aux demandes d'asile fondées sur le genre¹⁶⁵, ont généralement manifesté une volonté d'accueillir ces demandes, mais le raisonnement tenu dans les différents cas varie énormément d'une juridiction à l'autre.

La définition précise du groupe social a été particulièrement difficile¹⁶⁶. Les cas ont examiné les groupes tels que les femmes, les femmes mariées, les femmes exprimant leur opposition à la violence ou les femmes mariées à des maris infligeant des sévices. L'approche des caractéristiques protégées et celle de la perception sociale pourraient toutes deux reconnaître que *les femmes* constituent le groupe approprié. Cela a été la conclusion de la majorité des Lords dans l'importante décision *Islam* et *Shah*. On pourrait objecter que cette définition ne convient pas parce que tous les membres du groupe ne sont pas en danger¹⁶⁷. Cependant, comme l'a fait remarquer Lord Steyn dans *Islam* et *Shah*, cela constituerait une restriction inappropriée de la catégorie ; la question pertinente n'est pas de savoir si tous les membres sont soumis au danger, mais si l'appartenance de la requérante au groupe est la base

165. Voir, par exemple, l'Australie, le Canada, les Pays-Bas, le Royaume-Uni et les États-Unis. Des lignes directrices relatives au traitement des demandeurs d'asile particulièrement vulnérables (y compris ceux confrontés à une persécution liée au genre) ont également été élaborées par l'Office fédéral autrichien de l'asile.

166. Voir Goldberg, *Anyplace but Home*, *supra* note 155.

167. C'était l'argument du conseil du Secrétaire d'État dans *Islam* et *Shah*, *supra* note 2. Voir le jugement de Lord Steyn au § 504.

de sa crainte de persécution. Une autre objection à la définition du groupe social des *femmes* pourrait être fondée sur l'idée qu'un auteur de sévices pourrait avoir ciblé sa femme pour lui infliger des sévices, non parce qu'elle est une femme, mais plutôt parce qu'elle est sa femme ou parce qu'il est simplement violent. Mais ce raisonnement semble ouvert à controverse, une fois que l'analyse est développée pour prendre en compte les normes sociales. Il se peut que des normes plus générales au sein de la société permettent, par essence, que des sévices soient infligés aux femmes dans la mesure où ces normes ne stigmatisent pas le persécuteur et n'insistent pas non plus pour que l'État prenne des mesures pour les prévenir. Dans ce cas, les sévices subis par la requérante semblent manifestement lui arriver simplement parce qu'elle est une femme.

Certains juges ont préféré utiliser la catégorie des *femmes mariées*, peut-être parce qu'elle identifie plus étroitement le groupe de personnes susceptibles de subir des sévices. Cela signifie qu'un mari violent peut ne pas persécuter les femmes dans la rue mais infliger des sévices à toute femme à qui il est marié.

Selon l'approche proposée, il pourrait être approprié que les juges identifient soit les *femmes*, soit les *femmes mariées* comme groupe social particulier : il est difficile d'imaginer une société dans laquelle ces groupes ne sont pas reconnus comme partageant une caractéristique distincte et socialement pertinente. Les deux groupes auraient également des chances d'être reconnus selon l'approche des caractéristiques protégées. La question serait alors de savoir si la requérante peut démontrer que la persécution a été subie du fait de son appartenance à ce groupe. Comme décrit dans l'exposé portant sur le « lien causal », cela pourrait être établi de deux façons. Soit la requérante peut montrer que l'auteur des sévices l'a persécutée en raison de son appartenance au groupe social particulier et que l'État n'avait ni la capacité, ni la volonté d'empêcher les sévices, soit elle peut montrer que, quelles que soient les motivations de l'auteur des sévices, l'État n'avait *pas la volonté* d'empêcher les sévices en raison de son appartenance au groupe défini.

Il faut reconnaître que cette analyse ne cadre pas avec la décision de la BIA dans *Matter of R.A.*, mais ce jugement semble soulever des questions graves, comme indiqué par les règles proposées par l'INS et par la déclaration du Procureur général des États-Unis invalidant la décision de la BIA et lui renvoyant l'affaire pour réexamen, une fois les règles définitives de l'INS promulguées. Il n'est pas justifié d'exiger de la requérante qu'elle prouve que l'auteur de ses sévices les infligerait à toutes les femmes (ou à toutes les femmes mariées). Encore une fois, la question à creuser est de savoir si la requérante est en danger en raison des circonstances dans lesquelles elle se trouve et si c'est son appartenance au groupe qui la met en danger.

VIII. Conclusion

Il serait sage de garder à l'esprit les mots du juge Sedley, écrivant pour la Cour d'appel dans l'affaire *Islam et Shah* (et cités par Lord Steyn dans *Islam et Shah*) :

Le fait de juger [une demande fondée sur l'appartenance à un certain groupe social] n'est pas un exercice conventionnel pour un juriste, consistant à appliquer un test juridique décisif pour établir des faits ; il s'agit d'effectuer une évaluation globale de la situation passée et future d'une personne dans un milieu culturel, social, politique et juridique particulier, au travers d'une analyse qui, bien que comprenant des limites juridiques et linguistiques, comporte un objectif humanitaire large¹⁶⁸.

De plus, il est très important d'insister sur le fait que les procédures de détermination des demandes fondées sur le groupe social sont spécifiques aux faits et aux pays. Cela signifie qu'il n'y a aucune raison *a priori* de présumer qu'un groupe identifié comme un groupe social au sens de la Convention dans un pays pourra être qualifié de groupe social dans d'autres pays. En gardant à l'esprit ces éléments de réflexion, voici le résumé des discussions qui précèdent.

L'expression « un certain groupe social » ne doit pas être artificiellement limitée dans son application, mais elle ne peut pas non plus se voir attribuer une signification rendant les autres motifs superflus. Il est important de noter qu'un groupe ne peut pas être défini uniquement par la persécution infligée. Deux analyses générales ont été identifiées : l'approche des caractéristiques protégées et l'approche de la perception sociale. J'ai démontré que cette dernière, tout en suscitant parfois quelques difficultés, constitue probablement la meilleure interprétation de la Convention. La question centrale à analyser dans un cas de groupe social doit, alors, être celle de savoir si le groupe allégué est uni par une caractéristique commune par laquelle les membres s'identifient ou sont identifiés par le gouvernement ou la société. Les deux approches peuvent néanmoins être considérées comme cohérentes si l'analyse des caractéristiques protégées est comprise comme définissant un ensemble central de groupes qui sont quasiment certains d'être reconnus en vertu de l'analyse de la perception sociale. Si on l'entend de cette façon, l'analyse des caractéristiques protégées peut être appliquée par les juges qui estiment qu'elle est plus adéquate ; ces juges peuvent avoir la certitude qu'elle identifiera la majeure partie des groupes qui doivent être protégés par la Convention. J'ai toutefois suggéré qu'ils soient disposés à évaluer également les demandes qui ne remplissent pas les critères de l'analyse des caractéristiques protégées à l'aune de l'analyse de la perception sociale.

Quelle que soit l'analyse utilisée, il n'est pas exigé que le groupe soit « uni » pour être reconnu comme un « certain groupe social » au sens de la Convention, c'est-à-dire qu'il n'est pas nécessaire de montrer que tou(te)s les membres du groupe se connaissent ou s'associent volontairement. La question pertinente est de savoir si

168. *R. c. IAT and Secretary of State for the Home Department, ex parte Shah*, English High Court, [1997] Imm AR 145 à 153 (traduction libre).

ces membres partagent une caractéristique commune qui définit le groupe. Un ou une requérant(e) n'a pas non plus besoin de démontrer que chaque membre du groupe est menacé(e) de persécution pour établir qu'un certain groupe social existe. Il ou elle doit seulement prouver que sa crainte de persécution est fondée sur son appartenance au groupe.

Alors qu'un « certain groupe social » ne saurait être défini exclusivement par la persécution subie par tou(te)s les membres du groupe, ni par une crainte commune d'être persécuté, un acte de persécution à l'encontre d'un groupe peut être un élément pertinent pour déterminer la visibilité d'un groupe dans une société donnée. Le fait que les abus ciblent des personnes qui partagent une caractéristique identifiable indépendante peut prouver que le groupe est perçu comme un groupe dans la société dans laquelle il se trouve et qu'il est donc identifié comme « susceptible d'être persécuté » ou qu'il attire effectivement la persécution, en raison de cette caractéristique partagée.

J'ai montré que l'invocation de l'*ejusdem generis* et l'interprétation de la Convention principalement en termes de « non-discrimination » n'ont qu'une pertinence limitée pour interpréter l'expression « certain groupe social ».

Concernant l'exigence d'un lien causal entre l'appartenance à un groupe social et une crainte fondée de persécution, lorsqu'un ou une requérant(e) subit un préjudice de la part d'un agent non étatique, ce préjudice peut constituer une persécution du fait de l'appartenance à un certain groupe social si i) le préjudice est infligé en raison de cette appartenance et l'État n'a ni la capacité, ni la volonté d'empêcher ce préjudice ou ii) le préjudice est infligé et l'État, en raison de l'appartenance du ou de la requérant(e) à un certain groupe social, n'a pas la volonté d'empêcher ce préjudice.

Un dernier point mérite d'être rappelé. Le fait de conclure qu'un certain groupe social existe dans un cas individuel n'établit bien entendu pas que tous les membres du groupe ont le droit d'être reconnus réfugiés. Un ou une requérant(e) aura besoin de démontrer une crainte fondée de persécution du fait de son appartenance à ce groupe.

RELEVÉ DES CONCLUSIONS : L'APPARTENANCE À UN CERTAIN GROUPE SOCIAL

TABLE RONDE D'EXPERTS ORGANISÉE PAR LE HAUT COMMISSARIAT
DES NATIONS UNIES POUR LES RÉFUGIÉS ET L'INSTITUT INTERNATIONAL
DE DROIT HUMANITAIRE DE SAN REMO, ITALIE, DU 6 AU 8 SEPTEMBRE 2001



La table ronde d'experts de San Remo s'est penchée sur la question de la signification de l'expression « appartenance à un certain groupe social » dans la définition du réfugié telle qu'elle est énoncée dans la *Convention de 1951 relative au statut des réfugiés*. Les discussions se sont appuyées sur un document de travail rédigé par T. Alexander Aleinikoff (Migration Policy Institute et Université de Georgetown), intitulé « *Membership in a Particular Social Group* » : *Analysis and Proposed Conclusions*. En outre, les participants ont reçu des contributions écrites de Lory Rosenberg (Juge à la Commission américaine de recours en matière d'immigration), de Deborah Anker (Faculté de droit de Harvard) et de James Hathaway (Université du Michigan). Des commentaires ultérieurs ont été apportés par le gouvernement américain et par Joan Fitzpatrick (Université de Washington). Trente-trois experts, provenant de vingt-trois pays, et comprenant des représentants des gouvernements, des ONG, des universitaires, des juges et des praticiens du droit y ont participé. Lee Anne de la Hunt (Legal Aid Clinic, Université de Cape Town) a animé les débats.

Le relevé des conclusions ci-dessous ne représente pas l'opinion individuelle de chaque participant ni nécessairement celle du HCR, mais il reflète en grande partie le consensus qui s'est dégagé des discussions.

1. L'appartenance à un certain groupe social est le motif le moins clair de la Convention. Diverses interprétations lui ont été données par différentes juri-

dictions, et deux approches dominantes ont été élaborées dans les juridictions de *common law* : celle des caractéristiques protégées et celle de la perception sociale. Dans les juridictions de droit civil, ce motif est moins développé, l'accent étant davantage placé sur l'interprétation des persécutions et sur les quatre autres motifs. L'évolution de ce motif a fait progresser la compréhension de la définition du réfugié dans son ensemble.

2. La signification correcte de ce motif ne peut être donnée qu'en le replaçant dans le cadre de la définition du réfugié, conformément au but et à l'objet de la Convention. Il est important que son interprétation ne rende pas les autres motifs de la Convention superflus.

3. En fonction des circonstances propres à chaque cas d'espèce, un ou plusieurs motifs peuvent se recouper ou être également applicables. Ce phénomène ne se limite pas au motif du groupe social.

4. Un groupe n'est pas obligé d'afficher une cohésion pour être reconnu comme un certain groupe social au sens de la Convention ; en d'autres termes, il n'est pas nécessaire de montrer que tous les membres d'un groupe se connaissent ou sont associés ensemble.

5. Un certain groupe social est un groupe de personnes qui partagent une caractéristique commune, autre que le risque d'être persécutées, et cette caractéristique les met à l'écart des autres. Cette dernière est généralement innée, immuable ou bien essentielle à la dignité humaine.

6. Si un certain groupe social ne peut être défini uniquement par le fait que tous les membres du groupe subissent des persécutions, ni par une crainte commune d'être persécutés, les persécutions envers un groupe peuvent néanmoins constituer un facteur pertinent pour déterminer sa visibilité dans une société donnée.

7. Un requérant ou une requérante n'est pas tenu(e) de prouver que tout(e) membre est exposé(e) à des persécutions pour établir qu'il ou elle craint avec raison d'être persécuté(e).

8. L'examen des demandes d'asile fondées sur l'appartenance à un certain groupe social implique une appréciation globale de la situation passée et future de l'intéressé(e) dans un contexte juridique, politique, social et culturel donné au moyen d'une analyse qui, bien qu'ayant des limites juridiques et linguistiques, se place dans un objectif humanitaire large.

9. On pourrait réfléchir à l'évolution permanente de la catégorie de l'appartenance à un certain groupe social notamment en examinant la pertinence de l'analyse de la « perception sociale ».

LISTE DES PARTICIPANTS

**Table ronde d'experts, San Remo (Italie), du 6 au 8 septembre 2001
(appartenance à un certain groupe social, persécution
liée au genre, possibilité de protection interne/
réinstallation interne/fuite interne)**

T. Alexander Aleinikoff, Centre juridique de l'Université de Georgetown et Migration Policy Institute, Washington DC, États-Unis

Deborah Anker, Faculté de droit d'Harvard, Cambridge, MA, États-Unis

Osamu Arakaki, Université de Shigakukan, Kagoshima, Japon

David Baragwanath, Law Commission de Nouvelle-Zélande

Widney Brown, Human Rights Watch, New York, États-Unis

Éduardo Cifuentes Munoz, Gouvernement colombien

Bo Cooper, Gouvernement américain

Krista Daley, Commission de l'immigration et du statut de réfugié, Ottawa, Canada

Lee Anne De la Hunt, Université de Cape Town, Legal Aid Clinic, Afrique du Sud

Cholpon Djakupova, Gouvernement kirghize

Bill Frelick, United States Committee for Refugees, Washington DC, États-Unis

Rodger Haines, Refugee Status Appeals Authority, Auckland, Nouvelle-Zélande

James C. Hathaway, Université du Michigan, Ann Arbor, MI, États-Unis

Karim Lahidji, Gouvernement français

Reinhard Marx, Juriste, Francfort, Allemagne

Hugh Massey, Royaume-Uni

Penelope Mathew, Université nationale australienne, Canberra, Australie

Djamchid Momtaz, Université de Téhéran, Iran

A.D. Nuhu, Gouvernement nigérian

Olga Osipova, Comité russe d'avocats pour la défense des droits de l'homme, Fédération de Russie

David Palmer, Gouvernement australien

Chan-un Park, Avocats pour une société démocratique (MINBYUN), Séoul, République de Corée

Ryszard Piotrowicz, Université du Pays de Galles, Aberystwyth, Royaume-Uni

Qin Huasun, Ambassadeur, Gouvernement chinois

Simon Russell, Comité international des agences volontaires (ICVA), Genève, Suisse

Haken Sandesjo, Gouvernement suédois

Pablo Santolaya, Université Complutense de Madrid, Espagne

Thomas Spijkerboer, Université libre d'Amsterdam, Pays-Bas

Hugo Storey, Immigration Appellate Authority, Royaume-Uni

Wolfgang Taucher, Gouvernement autrichien

Marta Torres Falcon, Université de Mexico

Carina Van Eck, Gouvernement néerlandais

Amal Yazigi, Université de Damas, Syrie

Pour le HCR : Erika Feller, Volker Türk, Janice Marshall, Shahrzad Tadjbakhsh, Alice Edwards et Fanny Benedetti

L'affiliation institutionnelle n'est mentionnée que dans un objectif d'identification.

Cinquième partie

La persécution liée au genre (article 1 A 2)

Sommaire

5.1	La persécution liée au genre	363
5.2	Relevé des conclusions : la persécution liée au genre	397
5.3	Liste des participants	399

LA PERSÉCUTION LIÉE AU GENRE

Rodger HAINES QC *

Table des matières

I.	Introduction	365
II.	L'interprétation de l'article 1 A 2	368
	A. L'accès universel au régime de protection des réfugiés	369
	B. L'examen se concentre sur les caractéristiques et les circonstances propres au demandeur d'asile	370
	C. Le sexe et le genre font partie intégrante de la détermination de la qualité de réfugié	370
	D. L'importance du Protocole de 1967	371
	E. Le sexe et le genre sont d'ores et déjà inclus dans la Convention de 1951	371
III.	Comprendre la signification du terme « persécution »	372
	A. La persécution = un préjudice grave + l'absence de protection de l'État	375
	B. Un préjudice grave	375
	C. La discrimination	376
	D. L'absence de protection de l'État	377
	E. La norme de protection de l'État	378
	F. Le relativisme culturel	379
	G. La violence domestique	380
	H. La discrimination liée au genre imposée par la loi	380
	I. Guerre, guerre civile et troubles civils	381
	J. La protection interne	382
IV.	Comprendre la signification des termes « avec raison »	384
V.	Comprendre la signification de l'expression « du fait de »	385

* Ce document a été commandé par le HCR pour servir de document de travail pour les discussions d'une table ronde d'experts portant sur la persécution liée au genre, organisée dans le cadre des Consultations globales sur la protection internationale, à l'occasion du 50^e anniversaire de la *Convention de 1951 relative au statut des réfugiés*.

VI. Les cinq motifs de la Convention	387
A. La race	388
B. La religion	388
C. La nationalité	389
D. L'appartenance à un certain groupe social	390
E. Les opinions politiques	392
VII. Questions de procédure	395
VIII. Conclusion	396

I. Introduction

Le principe de non-discrimination a été, à juste titre, décrit comme fondamental pour le concept des droits de l'Homme¹. Il est expressément affirmé, par exemple, au préambule de la *Charte des Nations Unies*², dans la *Déclaration universelle des droits de l'Homme de 1948*³, dans le *Pacte international relatif aux droits civils et politiques de 1966*⁴, et dans la *Convention sur l'élimination de toutes les formes de discrimination à l'égard des femmes de 1979*⁵. Le principe d'égalité et l'interdiction de la discrimination ont été réaffirmés et renforcés par une multitude de traités internationaux relatifs aux droits de l'Homme. Leur respect est toutefois loin d'être exemplaire et cela vaut également pour la *Convention relative au statut des réfugiés de 1951*⁶. En particulier, il n'a pas toujours été reconnu que les femmes et les petites filles bénéficiaient de la même protection en vertu de la Convention de 1951.

Depuis 1985 au moins, un effort concerté a toutefois été consenti par l'Office du Haut Commissariat des Nations Unies pour les réfugiés (HCR) en vue de corriger cette inéquité. Le Comité exécutif du Programme du Haut Commissaire a également prié les États de reconnaître que les femmes réfugiées victimes de violence et de persécution avaient besoin de la protection de la *Convention de 1951*⁷. Ainsi, en octobre 1995, le Comité exécutif :

1. P. Sieghart, *The International Law of Human Rights* (Clarendon Press, Oxford, 1990), p. 75. Voir aussi M. Nowak, *UN Covenant on Civil and Political Rights : CCPR Commentary* (NP Engel, Kehl am Rhein, Allemagne, et Arlington, VA, États-Unis, 1993), pp. 458 et 460 : « Avec la liberté, l'égalité est le principe le plus important, imprégnant et inspirant le concept des droits de l'Homme » ; « Le principe d'égalité et l'interdiction de la discrimination parcourent le [*Pacte international relatif aux droits civils et politiques*] comme un fil rouge » (traduction libre).

2. L'article 1 § 3 de la *Charte des Nations Unies, 1945*, inclut également le sexe parmi les motifs de discrimination interdits, au même titre que la race, la langue et la religion.

3. *Déclaration universelle des droits de l'Homme*, Résolution 217 A (III) de l'Assemblée générale des Nations Unies, 10 décembre 1945 (ci-après « *Déclaration universelle* »), articles 2 et 7.

4. *Pacte international relatif aux droits civils et politiques*, 1966, Nations Unies, *Recueil des Traités*, vol. 999, n° 171, 6 ILM 368, 1967 (ci-après « *PIDCP* »), articles 2 § 1, 3 et 26.

5. *Convention sur l'élimination de toutes les formes de discrimination à l'égard des femmes*, 1979, Nations Unies, *Recueil des Traités*, vol. 1249, n° 13, articles 1 à 5.

6. *Convention relative au statut des réfugiés, 1951*, Nations Unies, *Recueil des Traités*, vol. 189, n° 150 (ci-après « *Convention de 1951* »). Les références à la *Convention de 1951* faites dans ce document doivent être comprises comme incluant le *Protocole de 1967 relatif au statut des réfugiés*, Nations Unies, *Recueil des Traités*, vol. 606, n° 267.

7. Voir, par exemple, Comité exécutif, Conclusion No. 39 (XXXVI) 1985, *Les femmes réfugiées et la protection internationale*, paragraphes b) et k) qui se félicite de l'adoption de recommandations relatives à la situation des femmes réfugiées ou déplacées par la Conférence mondiale chargée d'examiner et d'évaluer les résultats de la Décennie des Nations Unies pour la femme, réunie à Nairobi (Kenya) en juillet 1985.

invite le Haut Commissaire à appuyer et promouvoir les efforts déployés par des États pour élaborer et appliquer les critères et principes directeurs sur les réponses à la persécution visant spécifiquement les femmes [...]. Conformément au principe qui veut que les droits des femmes participent des droits de l'Homme, ces principes directeurs doivent reconnaître comme réfugiées les femmes dont la demande de statut de réfugié s'appuie sur une crainte fondée de persécution pour les raisons énumérées dans la *Convention de 1951* et le *Protocole de 1967 relatifs au statut des réfugiés*, y compris la persécution du fait de violences sexuelles ou toute autre persécution liée au genre⁸.

Il en a résulté un ensemble de plus en plus complet de positions et de principes directeurs relatifs à la persécution liée au genre, publiés par le HCR et d'autres organes⁹. Dans le même temps, l'analyse et la compréhension des considérations de sexe et de genre dans le domaine des réfugiés ont progressé d'une manière très significative dans la jurisprudence¹⁰, dans la pratique des États¹¹ et dans les travaux

8. Comité exécutif, Conclusion No. 77 (XLVI) 1995, *Conclusion générale sur la protection internationale*, paragraphe g), UN doc. A/AC.96/878, IIIA.1. Voir, en général, HCR, Division de la protection internationale, « Gender-Related Persecution : An Analysis of Recent Trends », *International Journal of Refugee Law*, édition spéciale, 1997, pp. 79-113. Voir aussi Rapport de la quatrième Conférence mondiale sur les femmes, Programme d'action, UN doc. A/CONF.177/20, 17 octobre 1995, Annexe II, en particulier le paragraphe 136 qui reconnaît que les femmes (...) « peuvent être forcées de s'enfuir, pour les raisons énumérées dans la *Convention de 1951*, en raison de craintes justifiées de persécutions, (...) notamment sous forme de sévices sexuels ou d'autres violences spécifiques au genre [...] ».

9. Ces documents incluent, entre autres, HCR *Guidelines on the Protection of Refugee Women*, juillet 1991 ; HCR, *Sexual Violence Against Refugees : Guidelines on Prevention and Response*, 1995 ; Symposium sur la persécution liée au genre organisé à Genève les 22 et 23 février 1996 (reproduit dans *International Journal of Refugee Law*, édition spéciale, 1997, pp. 1-251) et HCR, *Gender-Related Persecution*, Position du HCR, janvier 2000 (ci-après HCR, *Position de 2000 sur la persécution liée au genre*).

10. Voir, par exemple, *In Re Kasinga*, US Board of Immigration Appeals (BIA), Décision provisoire No. 3278, 1996, [1996] I. & N. Decisions 357 ; *Islam c. Secretary of State for the Home Department et R. c. Immigration Appeal Tribunal and Secretary of State for the Home Department, ex parte Shah*, UK House of Lords, [1999] 2 WLR 1015 ; [1999] INLR 144 ; [1999] 2 AC 629 et 11 *International Journal of Refugee Law*, 1999, pp. 496-527 (ci-après « *Islam et Shah* ») ; *Minister for Immigration and Multicultural Affairs c. Khawar*, High Court of Australia, (2002) 187 ALR 574 et [2000] HCA 14, 11 avril 2002 ; Refugee Appeal No. 71427/99, New Zealand Refugee Status Appeals Authority (NZ RSAA), [2000] NZAR 545 ; [2000] INLR 608. Ces décisions sont commentées entre autres dans D.E. Anker, « Refugee Status and Violence Against Women in the 'Domestic' Sphere : The Non-State Actor Question ? », 15 *Georgetown Immigration Law Journal*, 2001, p. 391.

11. Voir, par exemple, Immigration and Naturalization Service (INS), *Gender Guidelines : Considerations for Asylum : Considerations for Asylum Officers Adjudicating Asylum Claims from Women*, 26 mai 1995 (États-Unis) ; Department of Immigration et Multicultural Affairs, *Guidelines on Gender Issues for Decision Makers*, juillet 1996 (Australie) ; Commission de l'immigration et du statut de réfugié, *Principe directeur 4 : Femmes en quête d'asile craignant des persécutions liées à leur genre*, 25 novembre 1996 (Canada) ; Immigration and Naturalization Service, *Work Instruction No. 148 : Women in the Asylum Procedure*, 1997 (Pays-Bas) ; Immigration Appellate Authority (IAA), *Asylum Gender Guidelines*, novembre 2000 (Royaume-Uni) (ci-après IAA, *Asylum Gender Guidelines*). Pour les développements récents aux États-Unis, voir *INS Issues Proposed Rule on Gender and Domestic Violence-Based Asylum Claims*, 77 *Interpreter Releases* 1737, 18 décembre 2000. L'article 1 § 1 du Refugee Act de 1996 (Irlande)

universitaires¹². Cela est lié avant tout à une meilleure appréciation de la différence entre le sexe, qui indique une différence biologique, et le genre, qui fait référence aux relations entre les hommes et les femmes fondées sur des rôles définis socialement qui sont attribués à un sexe ou à l'autre¹³.

Ces développements se sont produits parallèlement à l'évolution du droit international relatif aux droits de l'Homme et du droit international humanitaire et s'en sont inspirés — notamment de la jurisprudence du Tribunal pénal international pour l'ex-Yougoslavie et du Tribunal pénal international pour le Rwanda¹⁴. Le *Statut de Rome* de la Cour pénale internationale a également joué un rôle important en reconnaissant explicitement que la violence sexuelle pouvait constituer un crime contre l'humanité et un crime de guerre¹⁵. Comme pour d'autres aspects de la définition du réfugié, la pratique des États relative aux questions de sexe et de genre dans le contexte des réfugiés est variable mais indique dans l'ensemble une convergence sur le principe d'une interprétation de la *Convention de 1951* prenant en compte le genre et sensible à cet aspect¹⁶.

définit « l'appartenance à un certain groupe social » comme incluant l'appartenance à un groupe de personnes dont la caractéristique commune est d'appartenir au sexe féminin ou masculin. La législation suédoise a intégré une disposition spécifique dans la loi sur les étrangers en 1997 prévoyant que les personnes persécutées en raison de leur genre ont droit à un titre de séjour humanitaire. Un amendement de 1998 à la loi suisse sur l'asile stipule que les motifs de fuite liés au genre doivent être pris en considération, et l'accord constituant la base du nouveau gouvernement allemand en 1998 contient également des règles spécifiques concernant la persécution liée au genre : voir T. Spijkerboer, *Gender and Refugee Status* (Ashgate, Aldershot, 2000), p. 3. L'Office fédéral de l'asile d'Autriche est en train d'élaborer des lignes directrices relatives au traitement des demandeurs d'asile particulièrement vulnérables, y compris les enfants séparés, les demandeurs d'asile traumatisés et les cas de persécution liée au genre.

12. Pour deux récents exemples notables, voir Spijkerboer, *Gender and Refugee Status*, *supra* note 11, et H. Crawley, *Refugees and Gender : Law and Process* (Jordans, Bristol, 2001). Pour un commentaire sur la législation américaine, voir D.E. Anker, *Law of Asylum in the United States* (3^e édition, Refugee Law Center, 1999), pp. 252-66, 365-76 et 388-93 ; P. Golberg, « Analytical Approaches in Search of Consistent Application : A Comparative Analysis of the Second Circuit Decisions Addressing Gender in the Asylum Law Context », 66 *Brooklyn Law Review*, 2000, p. 309.

13. Pour une discussion plus détaillée sur cette question spécifique, voir le sous-titre *infra* intitulé « Le sexe et le genre font partie intégrante de l'examen de la demande d'asile ». Crawley, *Refugees and Gender*, *supra* note 12, p. 6 ; Refugee Women's Legal Group (RWLG), *Gender Guidelines for the Determination of Asylum Claims in the UK*, juillet 1998, paragraphe 1.8 ; HCR, *Position de 2000 sur la persécution liée au genre*, *supra* note 9, p. 1.

14. Pour plus de détails, voir le sous-titre *infra* intitulé « Guerre, guerre civile et troubles civils » ; E. Mose, « The Criminality Perspective », 15 *Georgetown Immigration Law Journal*, 2001, p. 463.

15. *Statut de Rome de la Cour pénale internationale*, UN doc. A/CONF.183/9, 17 juillet 1998, articles 7 et 8. L'article 6 inclut aussi dans sa définition du génocide « le fait d'imposer des mesures visant à entraver les naissances au sein du groupe ».

16. Voir, par exemple, A. Leiss et R. Boesjes, *Female Asylum-Seekers : A Comparative Study Concerning Policy and Jurisprudence in the Netherlands, Germany, France, the United Kingdom, also Dealing Summarily with Belgium and Canada* (Dutch Refugee Council, Amsterdam, avril 1994), p. 94 ; J. Bissland et K. Lawand, « Report of the UNHCR Symposium on Gender-Based Persecution », *International Journal of Refugee Law*, édition spéciale, 1997, pp. 13 et 28.

L'expérience a montré qu'une telle interprétation de la *Convention de 1951* ne conduit pas inexorablement à ce que toutes les femmes en quête d'asile se voient automatiquement reconnaître le statut de réfugié¹⁷. Tout(e) requérant(e) d'asile doit toujours établir qu'elle ou il craint avec raison d'être persécuté(e), que la nature du préjudice redouté atteint le niveau d'un préjudice grave, que l'État ne la ou le protégerait pas en cas de retour, et que sa crainte fondée de persécution est du fait de la race, de la religion, de la nationalité, de l'appartenance à un certain groupe social ou des opinions politiques. L'examen du statut de réfugié est toujours individuel ; il dépend toujours des particularités au cas en l'espèce.

Ce document a pour objectif de proposer une manière d'interpréter la définition du réfugié qui soit sensible au genre. La partie II examine brièvement les questions générales relatives à l'interprétation de l'article 1 A 2 de la *Convention de 1951*, qui prévoit un examen visant à déterminer si la ou le requérant(e) d'asile est une personne qui :

craignant avec raison d'être persécutée du fait de sa race, de sa religion, de sa nationalité, de son appartenance à un certain groupe social ou de ses opinions politiques, se trouve hors du pays dont elle a la nationalité et qui peut ou, du fait de cette crainte, ne veut se réclamer de la protection de ce pays (...)

Les parties III à V analysent les différents éléments liés aux termes « persécution », « avec raison » et « du fait de » contenus dans la définition du réfugié. Elles démontrent que les différents éléments de cette définition doivent tous être remplis pour qu'une personne soit reconnue réfugiée. Bien que le genre ne soit pas spécifiquement mentionné dans la définition, cet élément peut influencer, voire dicter, le type de persécution ou de préjudice subi et les motifs de ce traitement. La partie VI examine chacun des cinq motifs de la Convention permettant l'octroi du statut de réfugié en intégrant la question du genre. Enfin, la partie VII identifie brièvement quelques-unes des questions de procédure les plus importantes pouvant être soulevées et qui nécessitent une réponse tenant compte du genre. Bien que l'accent de cette analyse soit avant tout mis sur la situation particulière des femmes et des filles, il est bien évident que les hommes et les garçons peuvent également être exposés à une persécution liée au genre.

II. L'interprétation de l'article 1 A 2

Ni la définition du réfugié, ni la *Convention de 1951* en général, ne font référence au sexe ou au genre¹⁸. Toutefois, cette omission n'a pas de réelle portée. Le

17. C. Bernier, « The IRB Guidelines on Women Refugee Claimants Fearing Gender-Related Persecution », *International Journal of Refugee Law*, édition spéciale, 1997, pp. 167 et 168. Le Canada, qui figure parmi les pays les plus expérimentés concernant les principes directeurs sur les femmes en quête d'asile, n'a pas remarqué d'effet sensible sur le nombre de requêtes liées au genre au Canada. L'expérience des États-Unis a été similaire. Voir D.E. Anker, *Law of Asylum in the United States* (3^e édition, Refugee Law Center, Washington DC, 1999), p. 254, n. 405.

18. La clause de non-discrimination de la *Convention de 1951*, à savoir l'article 3, ne mentionne que la race, la religion et le pays d'origine comme motifs de discrimination prohibés.

sens ordinaire de l'article 1 A 2 de la *Convention de Genève*, dans son contexte et à la lumière de l'objet et du but de cette dernière, impose la conclusion que la Convention protège tant les femmes que les hommes et qu'il faut donc en faire une interprétation prenant en compte le genre et sensible à cet aspect¹⁹. En outre, l'article 26 du *PIDCP* confère un droit indépendant à l'égalité devant la loi et à une égale protection de la loi, en sus et au-delà de l'interdiction complémentaire de la discrimination prévue à l'article 2 du *PIDCP*²⁰.

A. L'accès universel au régime de protection des réfugiés

Conformément au texte lui-même, la définition du réfugié s'applique à toute personne sans distinction basée sur le sexe, l'âge, le handicap, l'orientation sexuelle, le statut marital, le statut familial, la race, les convictions religieuses, les origines ethniques ou nationales, les opinions politiques, ou sur tout autre statut ou caractéristique. Les seules catégories de personnes qui ne sont pas incluses dans la définition sont celles décrites dans les clauses de cessation de l'article 1 C et dans les clauses d'exclusion des articles 1 D, 1 E et 1 F. Mais même dans ce cas, aucune de ces clauses ne fait de distinction entre les personnes sur la base, par exemple, de leur sexe, de leur âge, de leur handicap, de leur orientation sexuelle, de leur statut marital ou familial, de leur race, de leurs opinions politiques ou de leurs croyances religieuses ou éthiques.

L'intention d'assurer un accès universel au régime des réfugiés est expressément affirmée par le premier et le deuxième considérants du préambule de la *Convention de 1951* :

Considérant que la *Charte des Nations Unies* et la *Déclaration universelle des droits de l'Homme* approuvée le 10 décembre 1948 par l'Assemblée générale ont affirmé ce principe que les êtres humains, sans distinction, doivent jouir des droits de l'Homme et des libertés fondamentales,

Considérant que l'Organisation des Nations Unies a, à plusieurs reprises, manifesté la profonde sollicitude qu'elle éprouve pour les réfugiés et qu'elle s'est préoccupée d'assurer à ceux-ci dans l'exercice le plus large possible des droits de l'Homme et des libertés fondamentales [...]

19. L'article 31 de la *Convention de Vienne de 1969 sur le droit des traités*, Nations Unies, *Recueil des Traités*, vol. 1155, n° 331, dispose : « Un traité doit être interprété de bonne foi suivant le sens ordinaire à attribuer aux termes du traité dans leur contexte et à la lumière de son objet et de son but ». Voir aussi *Applicant A. c. Minister for Immigration and Ethnic Affairs*, High Court d'Australie, (1997) 190 CLR 225, par le juge McHugh ; HCR, *L'interprétation de l'article 1 de la Convention de 1951 relative au statut des réfugiés*, avril 2001, paragraphes 2-6.

20. Nowak, *CCPR Commentary*, supra note 1, p. 465. L'article 26 du *PIDCP* dispose que : Toutes les personnes sont égales devant la loi et ont droit sans discrimination à une égale protection de la loi. À cet égard, la loi doit interdire toute discrimination et garantir à toutes les personnes une protection égale et efficace contre toute discrimination, notamment de race, de couleur, de sexe, de langue, de religion, d'opinion politique et de toute autre opinion, d'origine nationale ou sociale, de fortune, de naissance ou de toute autre situation.

B. L'examen se concentre sur les caractéristiques et les circonstances propres au demandeur d'asile

Bien que le régime de protection des réfugiés soit universel, la définition du réfugié est stricte et nécessite un examen extrêmement spécifique des caractéristiques et des circonstances propres au demandeur d'asile. Il faut établir que l'intéressé(e) craint avec raison d'être persécuté(e) et que cette crainte est du fait d'au moins un des cinq « motifs » énumérés dans la définition. En termes plus généraux, l'examen porte sur la personne elle-même ou ce qu'elle pense et la raison pour laquelle elle ne peut ou ne veut se réclamer de la protection de son pays d'origine. Le sexe et le genre constituent tous deux des aspects inhérents à la question de savoir si le ou la requérant(e) répond à la définition du réfugié.

C. Le sexe et le genre font partie intégrante de la détermination de la qualité de réfugié

L'objectif de la *Convention de 1951* est d'assurer une protection de substitution aux hommes, aux femmes et aux enfants qui craignent des persécutions. Comme les hommes, les femmes et les enfants peuvent être persécutés de manière différente et comme l'article 1 A 2 exige un examen des caractéristiques et des circonstances propres à chaque demandeur, le sexe et/ou l'âge de l'intéressé(e) font partie intégrante de la détermination de la qualité de réfugié.

Font également partie intégrante de cet examen les structures du pouvoir dans le pays d'origine et en particulier la situation civile, politique, sociale et économique du demandeur d'asile. Dans ce contexte, comme l'ont expliqué Heaven Crawley et d'autres :

Le terme « genre » [...] fait référence à la construction sociale des relations de pouvoir entre les femmes et les hommes, et aux implications de ces relations pour leur identité respective, leur statut, leurs rôles et leurs responsabilités (en d'autres termes, l'organisation sociale de la différence entre les sexes). Le genre n'est ni statique ni inné, mais il acquiert une signification construite socialement et culturellement parce que c'est le moyen principal de montrer les relations de pouvoir. Les relations et les différences de genre sont spécifiques historiquement, géographiquement et culturellement, de telle sorte que ce qu'on entend par être une « femme » ou un « homme » varie selon les lieux et les époques. L'analyse de la façon dont le genre (par opposition au sexe biologique) influence les expériences des femmes en quête d'asile doit par conséquent replacer ces expériences dans leur contexte²¹.

En effet, comme l'a exposé le *Refugee Women's Legal Group* au Royaume-Uni :

Le genre est une relation sociale qui intervient dans, et fait partie de, toutes les autres relations et identités sociales. Les expériences que rencontrent les femmes en matière de persécution et

21. Crawley, *Refugees and Gender*, supra note 12, pp. 6-7 (traduction libre). Voir aussi Refugee Women's Legal Group (RWLG), *Gender Guidelines for the Determination of Asylum Claims in the UK*, juillet 1998, paragraphes 1.8-1.15 (ci-après RWLG, *Gender Guidelines*) ; HCR, *Position de 2000 sur la persécution liée au genre*, supra note 9, p. 1.

de procédure de détermination du statut de réfugié seront également influencées par les différences de race, de classe, de sexualité, d'âge, de statut marital, d'expérience sexuelle, etc. Tenir compte du genre, par opposition au sexe, permet une approche [de la définition du réfugié] qui peut combiner la spécificité, la diversité et l'hétérogénéité²².

La persécution liée au genre fait référence aux expériences que rencontrent des femmes *parce que* ce sont des femmes, c'est-à-dire à cause de leur identité et de leur statut en tant que femmes. La persécution basée sur le genre fait référence à des formes de préjudice grave qui sont spécifiques aux femmes²³. Les motifs de cette persécution et la forme qu'elle prend peuvent toutefois se recouper. Le premier aspect sera développé dans le contexte de la discussion relative au lien causal (« du fait de ») et aux « motifs de la Convention ». Le second sera débattu dans la partie relative à la « persécution ».

D. L'importance du Protocole de 1967

Le *Protocole de 1967* additionnel à la *Convention de 1951* n'a pas seulement supprimé la date limite du 1^{er} janvier 1951 et la limite géographique, mais il a fondamentalement transformé la *Convention de 1951* d'un document établi à un moment donné de l'histoire en un instrument relatif aux droits de l'Homme traitant des formes contemporaines de violations des droits de l'Homme appelées à juste titre persécutions²⁴.

E. Le sexe et le genre sont d'ores et déjà inclus dans la Convention de 1951

Le texte, le but et l'objet de la *Convention de 1951* exigent une interprétation prenant en compte le genre et sensible à cet aspect. Le sexe et le genre sont d'ores et déjà inclus dans la définition du réfugié. Si l'on perd cela de vue, une interprétation erronée peut refléter et renforcer les préjugés liés au genre conduisant à la marginalisation des femmes dans le contexte des réfugiés²⁵. Il a été suggéré que le « sexe » ou le « genre » soit ajouté comme sixième motif à la *Convention de 1951*. Hormis le fait qu'il est peu réaliste d'espérer que la Convention évolue dans ce sens, l'argument en faveur d'un sixième motif peut avoir l'effet involontaire de marginaliser davantage les femmes, s'il est interprété de manière erronée, comme une concession implicite que le sexe et le genre n'ont pas leur place dans le droit des réfugiés actuel²⁶.

22. RWLG, *Gender Guidelines*, supra note 21, paragraphe 1.10 (traduction libre).

23. Crawley, *Refugees and Gender*, supra note 12, p. 7.

24. L'article 31 § 3 a) de la *Convention de Vienne sur le droit des traités*, supra note 19, dispose en particulier qu'il sera tenu compte, en même temps que du contexte, de tout accord ultérieur intervenu entre les parties au sujet de l'interprétation du traité ou de l'application de ses dispositions.

25. Crawley, *Refugee and Gender*, supra note 12, pp. 4-5 ; HCR, *Position de 2000 sur la persécution liée au genre*, supra note 9, p. 2.

26. T. Spijkerboer, *Women and Refugee Status : Beyond the Public/Private Distinction* (Emancipation Council, La Haye, septembre 1994), p. 68 ; HCR, *L'interprétation de l'article 1*, supra note 19, paragraphe 19.

Le fait que les décisionnaires ne reconnaissent pas et ne répondent pas de manière adéquate aux expériences des femmes ne s'explique pas par l'absence de référence spécifique dans la *Convention de 1951* à la persécution fondée sur le sexe ou sur le genre, mais plutôt par le fait que ce texte est abordé de manière partielle et interprété via le prisme d'expériences masculines²⁷. Le problème principal que rencontrent les femmes qui demandent l'asile, est l'incapacité des décisionnaires d'intégrer les demandes d'asile liées au genre faites par des femmes, à l'interprétation des motifs énumérés existant, ainsi que leur incapacité à reconnaître la nature politique d'actes, apparemment privés, qui portent préjudice aux femmes²⁸.

III. Comprendre la signification du terme « persécution »

L'engagement de la communauté internationale envers la protection non discriminatoire des droits de l'Homme sous-tend la *Convention de 1951*²⁹. La Convention ne protège toutefois pas les personnes contre toute forme de préjudice, même grave³⁰. Il doit exister un risque de préjudice d'un type qui soit incompatible avec l'obligation élémentaire de protection qu'un État doit à sa propre population³¹. L'opinion dominante est que le droit des réfugiés doit se préoccuper des actes qui portent atteinte à la dignité humaine d'une façon majeure et que la violation continue ou générale des droits fondamentaux de l'Homme constitue la référence appropriée³². La définition la plus appropriée de la persécution est l'absence continue ou générale de protection étatique à l'égard de l'un des droits fondamentaux reconnus par la communauté internationale³³.

Les droits fondamentaux de l'Homme en question sont ceux qui figurent dans ce qu'on appelle la *Déclaration internationale des droits*, qui comprend la *Déclaration universelle des droits de l'Homme* (DUDH) et, du fait que leur adhésion est quasi-uni-

27. Crawley, *Refugee and Gender*, supra note 12, pp. 35.

28. *Ibid.*

29. Préambule (premier et deuxième considérants) de la *Convention de 1951* ; *Canada (Procureur général) c. Ward*, Cour suprême du Canada, [1993] 2 SCR 689 à 733 ; (1993) 103 DLR (4th) 1 (ci-après « *Ward* »).

30. J.C. Hathaway, *The Law of Refugee Status* (Butterworths, Toronto, 1991), p. 103.

31. *Ibid.*, pp. 103-4.

32. *Ibid.*, pp. 108, approuvé dans *Ward*, supra note 29, [1993] 2 SCR 689 à 733.

33. Hathaway, *Law of Refugee Status*, supra note 30, pp. 104-5 et 112, approuvé dans *Horvath c. Secretary of State for the Home Department*, Chambre des Lords du Royaume-Uni, [2001] 1 AC 489 à 495F, 501C, 512F et 517D (ci-après « *Horvath* ») et par le juge Kirby dans *Minister for Immigration and Multicultural Affairs c. Khawar*, High Court d'Australie, (2002) 187 ALR 574, et [2002] HCA 14, 11 avril 2002, paragraphe 111. Voir aussi *Refugee Appeal No. 71427/99*, supra note 10, paragraphe 51 ; *Crawley, Refugees and Gender*, supra note 12, pp. 40-2 ; RWLG, *Gender Guidelines*, supra note 21, paragraphe 1.17 ; IAA, *Asylum Gender Guidelines*, supra note 11, paragraphe 2.3.

verselle, le *PIDCP* et le *Pacte international de 1966 relatif aux droits économiques, sociaux et culturels*³⁴. À ces instruments, il faut ajouter la *Convention de 1965 sur l'élimination de toutes les formes de discrimination raciale*³⁵, la *Convention de 1979 sur l'élimination de toutes les formes de discrimination à l'égard des femmes*³⁶ et la *Convention de 1989 sur les droits de l'enfant*³⁷.

Quatre types distincts d'obligations ont été identifiés. Il s'agit tout d'abord des droits énumérés dans la *DUDH* et transcrits sous forme immédiatement contraignante dans le *PIDCP*, et auxquels aucune dérogation, quelle qu'elle soit, n'est permise, même en cas de danger public exceptionnel. Ces droits incluent : la protection contre la privation arbitraire de la vie ; la protection contre la torture ou les peines ou traitements cruels, inhumains ou dégradants ; la protection contre l'esclavage ; le droit à la reconnaissance de sa personnalité juridique et la liberté de pensée, de conscience et de religion³⁸.

En deuxième lieu, figurent les droits inclus dans la *Déclaration universelle* et transcrits sous forme contraignante et exécutoire dans le *PIDCP*, mais auxquels les États peuvent déroger en cas de danger public menaçant l'existence de la Nation et proclamé par un acte officiel³⁹. Ces droits incluent : la protection contre l'arrestation ou la détention arbitraires ; le droit à une égale protection de la loi ; le droit à des procédures pénales équitables ; le droit à la vie privée et à l'intégrité familiale ; la liberté de circulation ; le droit de quitter son pays et d'y revenir ; la liberté d'opinion, d'expression, de réunion et d'association ; le droit de constituer un syndicat et d'y adhérer ; la possibilité de prendre part au gouvernement ; le droit d'accéder aux fonctions publiques sans discrimination ; et le droit de vote⁴⁰.

En troisième lieu, figurent les droits reconnus dans la *Déclaration universelle* et inclus dans le *PIDESC*. Contrairement au *PIDCP*, le *PIDESC* n'impose pas de nor-

34. *Pacte international relatif aux droits économiques, sociaux et culturels*, Résolution 220 A (XXI) de l'Assemblée générale des Nations Unies, 16 décembre 1966, Nations Unies, *Recueil des Traités*, vol. 993, n° 3 (ci-après *PIDESC*). Voir, en général, Hathaway, *Law of Refugee Status*, *supra* note 30, pp. 108-12.

35. *Convention sur l'élimination de toutes les formes de discrimination raciale*, 1965, Nations Unies, *Recueil des Traités*, vol. 660, n° 195.

36. *Supra* note 5.

37. *Convention sur les droits de l'enfant*, 1989, Résolution 44/25 de l'Assemblée générale des Nations Unies, 20 décembre 1989. Voir aussi, en général, J.C. Hathaway, « The Relationship Between Human Rights and Refugee Law : What Refugee Law Judges Can Contribute », in *The Realities of Refugee Determination on the Eve of a New Millennium : The Role of the Judiciary* (Actes de la Conférence de 1998 de l'Association internationale des juges du droit des réfugiés, octobre 1998), pp. 80 et 85-90 ; Refugee Appeal No. 71427/99, *supra* note 10, paragraphe 51.

38. Hathaway, *Law of Refugee Status*, *supra* note 30, p. 109 ; Crawley, *Refugees and Gender*, *supra* note 12, p. 40 ; RWLG, *Gender Guidelines*, *supra* note 21, paragraphe 1.20 ; IAA, *Asylum Gender Guidelines*, *supra* note 11, paragraphe 2A.4.

39. Hathaway, *Law of Refugee Status*, *supra* note 30, p. 109.

40. *Ibid.*, pp. 109-10 ; Crawley, *Refugees and Gender*, *supra* note 12, p. 40 ; IAA, *Asylum Gender Guidelines*, *supra* note 11, paragraphe 2A.4.

mes absolues et immédiatement contraignantes, mais exige plutôt des États qu'ils prennent des mesures au maximum de leurs moyens disponibles pour assurer progressivement le plein exercice de ces droits de façon non discriminatoire. Figurent, par exemple, dans cette troisième catégorie le droit au travail, le droit à la nourriture, aux vêtements et au logement, le droit aux soins médicaux, à la sécurité sociale et à l'enseignement primaire ; ainsi que la protection de la famille, en particulier des enfants et des mères. Même si la norme de protection est moins absolue que celle qui s'applique pour les deux premières catégories de droits, l'État viole ses obligations fondamentales s'il ne respecte pas ces droits, nonobstant la capacité financière dont il dispose, ou s'il exclut une minorité de sa population de leur jouissance⁴¹. En outre, la privation de certains droits socio-économiques, comme le droit de gagner sa vie ou le droit à la nourriture, au logement et à la santé, équivaldra à un certain niveau à une privation de la vie ou à un traitement cruel, inhumain ou dégradant et constituera incontestablement une persécution⁴². Les droits économiques, sociaux et culturels ont un impact spécifique sur le niveau de vie et sont directement pertinents dans le contexte des demandes d'asile déposées par des femmes et des enfants⁴³. On ne saurait considérer que, du fait que ces droits appartiennent à la troisième catégorie, ils ont moins d'importance pour l'examen du statut de réfugié, que les droits de la première ou deuxième catégorie.

En quatrième lieu, figurent les droits reconnus dans la *Déclaration universelle*, mais codifiés dans aucun des Pactes internationaux de 1966. Ces droits incluent le droit à la propriété privée et à la protection contre le chômage⁴⁴.

La question de savoir si le préjudice redouté atteint le niveau d'une persécution ne repose pas sur une application rigide ou mécanique de ces catégories de droits, mais sur l'évaluation d'un ensemble complexe de facteurs qui incluent non seulement la nature du droit menacé, mais aussi la nature de la menace ou de la restriction et la gravité du préjudice redouté. Il faut également garder à l'esprit que tous les droits de l'Homme et les libertés fondamentales sont universels, indissociables, interdépendants et intimement liés⁴⁵.

41. Hathaway, *Law of Refugee Status*, supra note 30, p. 110-11.

42. *Ibid.*, pp. 111. Voir aussi l'exposé de R. Higgins, *Problems and Process : International Law and How We Use It* (Clarendon, Oxford, 1995), pp. 100-1.

43. H.J. Steiner et P. Alston, *International Human Rights in Context : Law, politics, Morals — Text and Materials* (2^e édition, Oxford University press, 2000), p. 163.

44. Hathaway, *Law of Refugee Status*, supra note 30, p. 111 ; Crawley, *Refugees and Gender*, supra note 12, p. 40.

45. *Déclaration et programme d'action de Vienne adoptés lors de la Conférence mondiale sur les droits de l'Homme*, UN doc. A/CONF.157/24, 25 juin 1993, chapitre 1, paragraphe 5 ; « Programme d'action » adopté lors de la Quatrième Conférence mondiale sur les femmes de 1995, supra note 8, chapitre 1, paragraphe 2. On peut aussi mentionner les Observations générales du Comité des droits de l'Homme, du Comité des droits économiques, sociaux et culturels, du Comité contre la torture et les Recommandations générales du Comité sur l'élimination de toutes les formes de discrimination à l'égard des femmes et du Comité sur l'élimination de la discrimination raciale.

A. La persécution = un préjudice grave + l'absence de protection de l'État

Pour savoir si une personne est exposée à un risque de persécution, il faut identifier le préjudice grave existant dans le pays d'origine et évaluer la capacité et la volonté de l'État de contrer effectivement ce risque⁴⁶. La persécution est composée de deux éléments séparés mais essentiels, à savoir le risque de préjudice grave et l'absence de protection de l'État. On peut l'exprimer avec la formule : la persécution = un préjudice grave + l'absence de protection de l'État⁴⁷.

B. Un préjudice grave

Les femmes vivent souvent l'expérience de la persécution différemment des hommes⁴⁸. En particulier, elles peuvent être victimes de violence sexuelle ou d'autres formes de persécution spécifique à leur genre ou liée à ce dernier⁴⁹. Cette violence doit être interprétée de manière extensive et peut être définie comme tout acte de violence liée au genre dirigé contre le sexe féminin, qui cause, ou peut causer, un préjudice ou des souffrances physiques, sexuelles ou psychologiques, y compris la menace de tels actes, la contrainte ou la privation arbitraire de liberté, que ce soit dans la vie publique ou dans la vie privée⁵⁰. La violence à l'égard des femmes s'entend comme comprenant, sans y être limitée, les formes de violence énumérées ci-après⁵¹ :

46. Hathaway, *Law of Refugee Status*, supra note 30, p. 125.

47. RWLG, *Gender Guidelines*, supra note 21, paragraphe 1.17, approuvé dans *Islam et Shah*, supra note 10, [1999] 2 AC 629 à 653 F ; *Horvath*, supra note 33, [2001] 1 AC 489 à 515 H ; *Refugee Appeal No. 71427/99*, supra note 10, paragraphe 67 ; et *Minister for Immigration and Multicultural Affairs c. Khawar*, Haute Cour d'Australie, supra note 10, paragraphes 31 et 118. Voir aussi Anker, *Refugee Status and Violence Against Women in the 'Domestic' Sphere*, supra note 10, p. 391.

48. Comité exécutif, Conclusion No. 73 (XLIV) 1993, *La protection des réfugiés et la violence sexuelle*, paragraphes d) et e).

49. Comité exécutif, Conclusion No. 77 (XLVI) 1995, Conclusion générale, paragraphe g) ; Conclusion No. 79 (XLVII) 1996, *Conclusion générale sur la protection internationale*, paragraphe o) ; Conclusion No. 81 (XLVIII) 1997, *Conclusion générale sur la protection internationale*, paragraphe t) ; Conclusion No. 87 (L) 1999, *Conclusion générale sur la protection internationale*, paragraphe n).

50. Assemblée générale des Nations Unies, *Déclaration sur l'élimination de la violence à l'égard des femmes*, 20 décembre 1993, UN doc. A/RES/48/104, 23 février 1994, article 1. Il est bien établi que la persécution peut impliquer des mauvais traitements physiques ou psychologiques. Voir, par exemple, *R. c. Secretary of State for the Home Department, ex parte Sasitharan*, English High Court (Queen's Bench Division), [1998] Imm AR 487 à 489-90 par le juge Sedley ; *Abdulaziz Faraj c. Secretary of State for the Home Department*, Cour d'appel d'Angleterre, [1999] INLR 451 à 456 ; *Khawar c. Minister for Immigration and Multicultural Affairs*, Cour fédérale d'Australie, (1999) 168 ALR 190, paragraphe 37, confirmé en appel dans *Minister for Immigration and Multicultural Affairs c. Khawar*, supra note 10.

51. Assemblée générale des Nations Unies, *Déclaration sur l'élimination de la violence à l'égard des femmes*, supra note 50, article 2 ; HCR, *Position de 2000 sur la persécution liée au genre*, supra note 9, pp. 4-5.

1. la violence physique, sexuelle et psychologique exercée au sein de la famille, y compris les coups, les sévices sexuels infligés aux enfants de sexe féminin au foyer, les violences liées à la dot, le viol conjugal, les mutilations génitales et autres pratiques traditionnelles préjudiciables à la femme, la violence non-conjugale, et la violence liée à l'exploitation ;
2. la violence physique, sexuelle et psychologique exercée au sein de la collectivité, y compris le viol, les sévices sexuels, le harcèlement sexuel et l'intimidation au travail, dans les établissements d'enseignement et ailleurs, le proxénétisme et la prostitution forcée⁵² ;
3. la violence physique, sexuelle et psychologique perpétrée ou tolérée par l'État, où qu'elle s'exerce.

C. La discrimination

Des différences de traitement entre divers groupes existent à un degré plus ou moins marqué, dans de nombreuses sociétés. Les personnes qui, de ce fait, jouissent d'un traitement moins favorable, ne sont pas nécessairement victimes de persécutions. La discrimination en soi ne suffit pas à faire droit à une demande de reconnaissance du statut de réfugié. Il convient de faire la distinction entre une violation des droits de l'Homme et une persécution. Toute violation des droits de l'Homme d'un demandeur d'asile ne constitue pas une persécution⁵³. Ce n'est que dans des circonstances particulières que la discrimination équivaudra à une persécution. Il en est ainsi lorsque les mesures discriminatoires ont des conséquences gravement préjudiciables pour la personne concernée⁵⁴. La discrimination peut, toutefois, affecter les personnes à des degrés différents et il est nécessaire de reconnaître et de mesurer correctement l'impact des mesures discriminatoires à l'égard des femmes. Plusieurs actes de discrimination, par leur effet cumulatif, peuvent affecter la dignité humaine de manière substantielle et doivent être considérés clairement comme une persécution au sens de la *Convention de 1951*⁵⁵.

La discrimination à l'égard des femmes, telle que définie dans la *Convention pour l'élimination de la discrimination à l'égard des femmes*, vise :

toute distinction, exclusion ou restriction fondée sur le sexe qui a pour effet ou pour but de compromettre ou de détruire la reconnaissance, la jouissance ou l'exercice par les femmes, quel que soit leur état matrimonial, sur la base de l'égalité de l'homme et de la femme, des droits de

52. Pour une définition de la traite des personnes, voir le *Protocole visant à prévenir, réprimer et punir la traite des personnes, en particulier des femmes et des enfants, additionnel à la Convention des Nations Unies contre la criminalité transnationale organisée*, novembre 2000, UN doc. A/55/383, article 3.

53. Hathaway, *Law of Refugee Status*, *supra* note 30, pp. 103-4.

54. HCR, *Guide des procédures et critères à appliquer pour déterminer le statut de réfugié* (Genève, 1979, réédité en 1992), paragraphe 54 (ci-après « HCR, *Guide* ») ; HCR, *Interprétation de l'article 1*, *supra* note 19, paragraphe 17.

55. Refugee Appeal No. 71427/99, *supra* note 10, paragraphe 51.

l'Homme et des libertés fondamentales dans les domaines politique, économique, social, culturel et civil ou dans tout autre domaine⁵⁶.

Comme l'a fait remarquer le Comité pour l'élimination de la discrimination à l'égard des femmes :

La violence fondée sur le sexe, qui compromet ou rend nulle la jouissance des droits individuels et des libertés fondamentales par les femmes en vertu des principes généraux du droit international ou des conventions particulières relatives aux droits de l'homme, constitue une discrimination, au sens de [...] la Convention [pour l'élimination de la discrimination à l'égard des femmes]⁵⁷.

D. L'absence de protection de l'État

Tandis que la persécution peut être définie comme la violation continue ou générale des droits fondamentaux de l'Homme démontrant une absence de protection de l'État, la définition du réfugié n'exige pas que l'État soit lui-même l'agent qui commet le préjudice. La persécution émanant d'agents de persécution « privés » ou non étatiques, relève également de la définition. L'incapacité de l'État à protéger la personne contre la persécution constitue une absence de protection locale⁵⁸. Il existe quatre situations dans lesquelles on peut estimer qu'il y a une absence de protection de l'État :

1. la persécution commise par l'État concerné ;
2. la persécution encouragée par l'État concerné ;
3. la persécution tolérée par l'État concerné ; et
4. la persécution qui n'est ni encouragée ni tolérée par l'État concerné mais qui est néanmoins réelle parce que l'État refuse ou est incapable d'assurer une protection adéquate.

56. *Convention sur l'élimination de toutes les formes de discrimination à l'égard des femmes*, supra note 5, article 1.

57. Comité pour l'élimination de la discrimination à l'égard des femmes, *Violence à l'égard des femmes*, Recommandation générale No. 19, 1992, paragraphe 7, voir <http://www.un.org/womenwatch/daw/cedaw/recomm.htm>. Cette recommandation déclare que la définition de la discrimination figurant à l'article 1 de la *Convention sur l'élimination de toutes les formes de discrimination à l'égard des femmes* inclut la violence fondée sur le genre, c'est-à-dire la violence exercée contre une femme parce qu'elle est une femme, ou qui touche spécialement la femme. Elle englobe les actes qui infligent des tourments ou des souffrances d'ordre physique, mental ou sexuel, la menace de tels actes, la contrainte ou autres privations de liberté. La violence fondée sur le genre peut violer des dispositions particulières de la Convention, même si ces dispositions ne mentionnent pas expressément la violence. Voir Recommandation générale No. 19, paragraphe 6. Le texte de la recommandation est reproduit dans S. Joseph, J. Shultz et M. Castan, *The International Covenant on Civil and Political Rights : Cases, Materials, and Commentary* (Oxford University Press, 2000), p. 564.

58. *Ward*, supra note 29, [1993] 2 SCR 689 à 709 et 716-17 ; HCR, *Position de 2000 sur la persécution liée au genre*, supra note 9, p. 5 ; HCR, *Interprétation de l'article 1*, supra note 19, paragraphe 19.

La complicité de l'État dans la persécution n'est pas une condition préalable à l'octroi du statut de réfugié⁵⁹.

E. La norme de protection de l'État

L'examen d'une demande d'asile ne vise pas à déterminer les responsabilités des uns et des autres⁶⁰. L'objectif du droit des réfugiés consiste plutôt à identifier les personnes qui ont une crainte fondée de persécution pour un motif de la Convention. Le niveau de protection assuré par un État doit être de nature à réduire le risque auquel un demandeur d'asile est exposé au point de considérer que la crainte de persécution n'est plus fondée. Sinon, une personne craignant avec raison d'être persécutée du fait de l'un des cinq motifs énumérés dans la *Convention de 1951*, sera expulsée ou refoulée sur les frontières des territoires où sa vie ou sa liberté serait menacée, en violation de l'obligation de non-refoulement⁶¹.

Un demandeur d'asile n'est pas obligé de risquer sa vie dans la recherche d'une protection non effective d'un État, dans le simple objectif de démontrer cette ineffectivité⁶². L'approche correcte de la question de la protection de l'État consiste à examiner si cette protection va réduire le risque de préjudice grave jusqu'à un niveau inférieur au bien-fondé de la crainte. L'obligation de l'État n'est pas d'éliminer tout risque de préjudice⁶³, mais pour considérer que le demandeur d'asile peut avoir accès à la protection de l'État, cette protection doit être réelle, accessible, effective et disponible pour tous, quel que soit le sexe, la race, l'origine ethnique, l'orientation sexuelle, le handicap, la religion, la classe, l'âge, la profession ou tout autre aspect de l'identité. Dans certains cas, la protection peut exister en théorie mais pas en pratique⁶⁴.

59. HCR, *Guide*, supra note 54, paragraphe 65 ; HCR « An Overview of Protection Issues in Western Europe : Legislative Trends and Positions Taken by UNHCR », *European Series*, vol. 1, No. 3, septembre 1995, pp. 27-30 ; *Adan c. Secretary of State for the Home Department*, Chambre des Lords du Royaume-Uni, [1999] 1 AC 293 à 306A ; *R. c. Secretary of State for the Home Department, ex parte Adan*, *R. c. Secretary of State for the Home Department, ex parte Aitseguer (appels conjoints)*, Chambre des Lords, [2001] 2 WLR 143 à 147F, 156-7 et 168 ; *Islam et Shah*, supra note 10 ; *Horvath*, supra note 33 ; *Minister for Immigration and Multicultural Affairs c. Khawar*, Haute Cour d'Australie, supra note 10 ; W. Kälin, « Non-State Agents of Persecution and the Inability of the State to Protect », 15 *Georgetown Immigration Law Journal*, 2001, p. 415 ; R. Marx, « The Notion of Persecution by Non-State Agents in German Jurisprudence », 15 *Georgetown Immigration Law Journal*, 2001, p. 447.

60. Cela est reflété dans le vœu exprimé au Préambule de la *Convention de 1951* que « tous les États, 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 États ».

61. Article 33 § 1 de la *Convention de 1951*.

62. *Ward*, supra note 29, [1993] 2 SCR 689 à 724 ; *Refugee Appeal No. 71427/99*, supra note 10, paragraphes 62-7. Par opposition *Horvath*, supra note 33.

63. Hathaway, *Law of Refugee Status*, supra note 30, p. 105.

64. RWLG, *Gender Guidelines*, supra note 21, paragraphe 3.3 ; IAA, *Asylum Gender Guidelines*, supra note 11, paragraphe 2B.3.

F. Le relativisme culturel

Les souffrances et les sévices ne représentent pas des valeurs culturellement authentiques et ne sauraient être justifiées au nom du relativisme culturel⁶⁵. La question de savoir si le préjudice redouté est suffisamment grave pour être décrit comme une « persécution » doit être mesurée par rapport aux droits fondamentaux de l'Homme reconnus par la communauté internationale. Les violations des droits de l'Homme ne sauraient être ignorées, rabaisées ou justifiées au nom de la culture, de la tradition ou de la religion.

La *Déclaration de 1994 sur l'élimination de toutes les formes de discrimination à l'égard des femmes* énonce que les États « devraient [...] ne pas invoquer de considérations de coutume, de tradition ou de religion, pour se soustraire à l'obligation d'éliminer [la violence à l'égard des femmes] »⁶⁶. La *Convention sur l'élimination de toutes les formes de discrimination à l'égard des femmes* exige que les États parties prennent toutes les mesures appropriées « pour modifier les schémas et modèles de comportement socio-culturel de l'homme et de la femme en vue de parvenir à l'élimination des préjugés et des pratiques coutumières, ou de tout autre type, qui sont fondés sur l'idée de l'infériorité ou de la supériorité de l'un ou l'autre sexe ou d'un rôle stéréotypé des hommes et des femmes »⁶⁷. Le Comité des droits de l'Homme a déclaré que les États parties au *PIDCP* doivent faire en sorte que les attitudes traditionnelles, historiques, religieuses ou culturelles ne servent pas à justifier les violations du droit des femmes à l'égalité devant la loi et à la jouissance égale de tous les droits énoncés dans le Pacte⁶⁸.

Dans ces exigences figure implicitement une obligation de protéger les femmes contre les pratiques fondées sur des présomptions d'infériorité ou des

65. J.J. Shestack, « The Philosophical Foundations of Human Rights », in *Human Rights : Concept and Standards* (ed. J. Symonides, Ashgate, Aldershot, 2000), pp. 31 et 59.

66. *Déclaration sur l'élimination de la violence à l'égard des femmes*, supra note 50, article 4. Voir, en général, « Rapport préliminaire présenté par le Rapporteur spécial chargé de la question de la violence contre les femmes, y compris ses causes et ses conséquences, Mme Radhika Coomaraswamy, conformément à la résolution 1994/45 de la Commission des droits de l'Homme », UN doc. E/CN.4/1995/42, 22 novembre 1994, paragraphe 63-9, disponible sur <http://www.unhchr.ch/Huridoca.nsf/TestFrame/75ccfd797b0712d08025670b005c9a7d?Opendocument>, et « Rapport présenté par le Rapporteur spécial chargé de la question de la violence contre les femmes, y compris ses causes et ses conséquences, Mme Radhika Coomaraswamy, conformément à la résolution 1995/85 de la Commission des droits de l'Homme », UN doc. E/CN.4/1996/53, 6 février 1996, paragraphes 100-15, disponible sur <http://www.unhchr.ch/Huridoca/Huridoca.nsf/TestFrame/c41d8f479a2e9757802566d6004c72ab?Opendocument>.

67. *Convention sur l'élimination de toutes les formes de discrimination à l'égard des femmes*, supra note 5, article 5.a).

68. Comité des droits de l'Homme, *Egalité des droits entre hommes et femmes*, Observation générale No. 28, 2000, paragraphe 5.

stéréotypes traditionnels. Les pratiques comme les mutilations génitales féminines⁶⁹, le sati⁷⁰, les brûlures des jeunes mariées, les mariages forcés, le viol et la violence conjugale ne constituent pas seulement des violations de la liberté et de la sécurité de la personne mais elles sont clairement dangereuses et dégradantes pour les femmes et sont l'expression de la position inférieure inhérente aux femmes dans de nombreuses sociétés⁷¹. Le droit à la sécurité, à la dignité de la vie et à la protection contre les peines ou traitements cruels, inhumains ou dégradants n'est pas une donnée culturelle, mais émane de la nature humaine de la personne⁷².

G. La violence domestique

La violence physique et psychologique et les mauvais traitements au sein de la famille sont une forme de préjudice répandue et souvent liée au genre. Le fait que ces traitements aient lieu dans le contexte familial n'exclut pas qu'ils constituent un « préjudice grave ». Un traitement qui constituerait un préjudice grave s'il était infligé en dehors de la famille constituera également un préjudice grave s'il est infligé au sein de la famille. Comme pour les autres formes de préjudice, la question de savoir s'il constitue une persécution au sens de la *Convention de 1951* doit être appréciée sur la base des droits de l'Homme reconnus au plan international ainsi qu'en fonction du lien de causalité. Ce point est développé ci-dessous dans la section V intitulée « Comprendre la signification de l'expression “du fait de” »⁷³.

H. La discrimination liée au genre imposée par la loi

La discrimination liée au genre est souvent imposée par la loi et par les pratiques sociales⁷⁴. Une demande de reconnaissance du statut de réfugié déposée par une femme ne peut pas se fonder uniquement sur le fait qu'elle est soumise à une politique ou une loi nationale à laquelle elle est opposée⁷⁵. Le demandeur devra établir que :

69. Voir, par exemple, Organisation mondiale pour la santé/Fonds des Nations Unies pour l'enfance (UNICEF)/Fonds des Nations Unies pour la Population (UNFPA), *Déclaration commune sur les mutilations génitales*, 1997, qui conclut que les mutilations génitales féminines sont une violation de l'intégrité physique et psycho-sexuelle des femmes et des fillettes, sont une forme de violence contre elles et sont donc inacceptables au plan universel.

70. Ancienne coutume hindoue où une veuve s'immole par le feu dans le bûcher funéraire de son époux.

71. N. Valji et L.A. De La Hunt, *Gender Guidelines for Asylum Determination*, National Consortium on Refugee Affairs, 1999, p. 18 (Afrique du Sud) ; *Aguirre-Cervantes c. INS*, 242 F 3d 1169 (9th Circuit), 2001.

72. N. Valji et De La Hunt, *Gender Guidelines for Asylum Determination*, *supra* note 71, p. 8 ; R. Higgins, *Problems and Process*, *supra* note 42, pp. 96-7.

73. IAA, *Asylum Gender Guidelines*, *supra* note 11, paragraphe A.23 ; Crawley, *Refugees and Gender*, *supra* note 12, p. 129 ; HCR *Interprétation de l'article 1*, *supra* note 19, paragraphe 31.

74. Crawley, *Refugees and Gender*, *supra* note 12, p. 51.

75. HCR, *Guide*, *supra* note 54, paragraphe 65 ; HCR, *Position de 2000 sur la persécution liée au genre*, *supra* note 9, p. 4 ; HCR, *Interprétation de l'article 1*, *supra* note 19, paragraphe 18 ; Immigration and Refugee Board, *Women Refugee Claimants*, *supra* note 11, p. 11.

1. la politique ou la loi constitue en soi une persécution ; ou
2. la politique ou la loi est utilisée comme un moyen de persécution pour l'un des motifs de la Convention ; ou
3. la politique ou la loi, bien qu'ayant des objectifs légitimes, est appliquée par des moyens assimilables à une persécution ; ou
4. la sanction pour non-respect de la politique ou de la loi est disproportionnément sévère⁷⁶.

I. Guerre, guerre civile et troubles civils

Le rôle des femmes dans la reproduction biologique et sociale de l'identité du groupe les place dans une position de vulnérabilité particulière pendant les guerres, les guerres civiles et les troubles civils. Cette vulnérabilité et la signification politique du genre pendant les périodes de guerre et de troubles civils doivent être reconnues de manière spécifique⁷⁷. Les femmes peuvent participer directement en tant que combattantes ou remplir des missions de soutien, comme rassembler des renseignements, fournir de la nourriture et soigner les blessés. Cela peut leur faire encourir des risques de persécution pour un motif de la Convention. De nombreuses femmes peuvent faire l'objet d'une persécution ciblée du fait de leur race, de leur nationalité, de leur appartenance ou association clanique. En outre, les femmes peuvent être ciblées parce que, en tant que femmes, elles ont un certain statut symbolique⁷⁸.

Les femmes sont particulièrement vulnérables à la persécution par la violence sexuelle en tant qu'arme de guerre⁷⁹. Comme l'a noté Crawley :

Les femmes font particulièrement l'objet de violence à cause du symbolisme attaché aux rôles féminins et masculins. La violation du corps des femmes agit comme un symbole de la violation du pays (ou d'un groupe politique, ethnique ou national donné).

[...] Pendant la guerre, le corps des femmes devient extrêmement symbolique et représente le territoire physique d'une bataille politique plus importante, dans laquelle la violence sexuelle, notamment le viol, est utilisée comme une stratégie militaire pour humilier et démoraliser un adversaire ; le corps des femmes devient le champ de bataille pour les « revanches », il symbolise la domination d'un groupe sur un autre [...] Il est important de reconnaître que la violence sexuelle et le viol peuvent eux-mêmes constituer une véritable *arme* ou *stratégie* de guerre, plutôt qu'une simple expression ou conséquence de celle-ci. Dans le contexte d'un conflit armé ou d'une guerre civile, le viol des femmes est aussi une question

76. HCR, *Guide*, supra note 54, paragraphes 57-60 ; HCR, *Position de 2000 sur la persécution liée au genre*, supra note 9, p. 4-6 ; HCR, *Interprétation de l'article 1*, supra note 19, paragraphe 18 ; Immigration and Refugee Board, *Women Refugee Claimants*, supra note 11, p. 11 ; Crawley, *Refugees and Gender*, supra note 12, p. 51.

77. *Ibid.*, p. 88.

78. *Ibid.*, p. 89.

79. *Ibid.*

de contrôle sur les autres hommes et sur le groupe (national, ethnique, politique) auquel elles appartiennent⁸⁰.

J. La protection interne

Le droit des réfugiés a été élaboré pour servir de remplacement à la protection que toute personne attend de l'État dont elle est ressortissante. Il n'était censé entrer en jeu dans les situations où cette protection n'est pas disponible⁸¹. Lorsque le risque de persécution trouve son origine dans des actions émanant d'un agent étatique ou non étatique qui peuvent être et qui seront effectivement supprimées par le gouvernement national, cette protection internationale de substitution n'est pas nécessaire. Par conséquent, de nombreux pays prennent en compte la question de savoir si la ou le requérant(e) peut bénéficier d'un lieu sûr à l'intérieur de son pays d'origine. Cette problématique est parfois nommée possibilité de protection interne, de réinstallation interne ou de fuite interne.

L'analyse de cette protection nécessite une évaluation objective et tournée vers l'avenir de la situation dans une ou plusieurs parties du pays envisagées comme lieu de repli ou lieu sûr⁸². Avant de pouvoir refuser le statut de réfugié au motif que le demandeur d'asile dispose d'une possibilité de protection interne lui permettant de s'installer ailleurs dans son pays, il doit être possible d'affirmer que l'intéressé(e) peut effectivement avoir accès à une protection interne réelle. Quatre conditions minimales doivent être remplies. Premièrement, le lieu proposé pour la protection interne doit être accessible tant au plan de la sécurité qu'en pratique. Deuxièmement, le refuge dans ce lieu doit supprimer la crainte fondée de persécution, ce qui signifie que l'endroit en question doit permettre au demandeur d'asile d'être protégé contre un risque de persécution pour un motif de la Convention. Troisièmement, dans ce lieu, l'intéressé(e) ne doit pas être exposé(e) au risque d'autres formes de préjudice grave, lié à la Convention ou non, même si ce dernier n'atteint pas le niveau d'une persécution. Quatrièmement, une protection interne importante ne signifie

80. *Ibid.*, pp. 89-90 (traduction libre). La violence sexuelle est prohibée par l'article 3 commun aux *Conventions de Genève de 1949* et par les deux *Protocoles additionnels de 1977*. Les articles 7 et 8 du *Statut de Rome de la Cour pénale internationale* définissent les « crimes contre l'humanité » et les « crimes de guerre » comme incluant le viol, l'esclavage sexuel, la prostitution forcée, la grossesse forcée, la stérilisation forcée ou toute autre forme de violence sexuelle de gravité comparable. Voir aussi Tribunal pénal international pour le Rwanda, *Procureur c. Jean-Paul Akayesu*, 2 septembre 1998, Affaire No. TPIR-96-4-T, disponible sur <http://www.ictj.org>, qui définit le viol en droit international et considère que le viol peut constituer un génocide et, plus récemment, Tribunal pénal international pour l'ex-Yougoslavie, *Procureur c. Kunarac, Kovac et Vukovic*, 22 février 2001, disponible sur <http://www.un.org/icty/foca/trialc2/judgement/index.htm>.

81. *Ward*, *supra* note 29, [1993] 2 SCR 689 à 709 ; *Horvath*, *supra* note 33, [2001] 1 AC 489 à 495C, 501C et 517D ; *Minister for Immigration and Multicultural Affairs c. Khawar*, Haute Cour d'Australie, *supra* note 10, paragraphes 20 et 113.

82. Position du HCR, « Relocating Internally as a Reasonable Alternative to Seeking Asylum (The So-Called « Internal Flight Alternative » or « Relocation Principle ») », février 1999, paragraphe 13.

pas seulement une absence de risque de préjudice mais exige aussi l'octroi de droits civils, politiques et socio-économiques de base⁸³.

La première condition signifie qu'on ne peut exiger d'une femme qu'elle mette sa sécurité personnelle, ou celle de ses enfants, en danger. Cela signifie aussi que, si les coutumes du pays d'origine exigent qu'elle voyage en compagnie d'un membre de famille de sexe masculin mais qu'aucun n'est disponible, le lieu proposé n'est pas accessible en pratique. Lorsque la femme a la garde de ses enfants, le site de protection interne proposé doit être accessible en toute sécurité et au plan pratique pour l'ensemble du groupe. La deuxième condition se passe facilement d'explication.

Les troisième et quatrième conditions trouvent une application particulière dans le cas des demandes d'asile déposées par des femmes. Dans de nombreuses sociétés, les femmes ne jouissent pas de l'égalité des droits ni de l'accès aux droits sur un pied d'égalité avec les hommes. Il se peut que des femmes ne puissent pas avoir accès à un logement ou à d'autres biens de première nécessité ou qu'elles ne puissent y avoir accès sans être accompagnées par un mari ou un membre de famille de sexe masculin. Dans de nombreuses situations de fuite, cela peut s'avérer impossible. De même, les femmes seules, en particulier quand elles sont accompagnées par des enfants, peuvent subir des discriminations dans tous les aspects de la vie en raison de la coutume, de la religion ou de la construction sociale des rôles. Ces facteurs peuvent être exacerbés par la rupture du tissu social qui accompagne souvent les conflits armés, les troubles civils ou la persécution. La possibilité pour les femmes d'avoir accès, pour elles-mêmes et leurs familles, aux droits civils, politiques et socio-économiques de base est d'une importance fondamentale. Elles doivent être en mesure de fournir à leur famille une nourriture suffisante, d'entretenir leur foyer, de s'occuper des enfants et, dans de nombreux cas, de soutenir leur époux ou partenaire. Il faut également garder à l'esprit que, dans certaines circonstances, les femmes sont confrontées à des problèmes particuliers dans la mesure où leurs difficultés peuvent venir non seulement de leur religion, de leur race, de leur origine ethnique ou d'un autre statut de minorité, mais également de leur sexe ou de leur genre. Le refus du statut de réfugié au motif qu'une possibilité de protection interne existe dans le pays d'origine ne peut pas se fonder sur l'hypothèse implicite qu'une femme doit tolérer que ses droits fondamentaux soient bafoués.

83. Hathaway, *Law of Refugee Status*, supra note 30, p. 134, approuvé et appliqué dans *Butler c. Attorney-General*, Cour d'appel de Nouvelle-Zélande, [1999] NZAR 205 et *Al-Amidi c. Minister for Immigration and Multicultural Affairs*, Cour fédérale d'Australie, (2000) 177 ALR 506 ; Refugee Appeal No. 71684/99, NZ RSAA, [2000] INLR 165 aux paragraphes 55-79 ; *Canaj c. Secretary of State for the Home Department*, Cour d'appel d'Angleterre, [2001] INLR 342 au paragraphe 31 ; « Recommandations de Michigan sur l'alternative de protection interne », 21 *Michigan Journal of International Law*, avril 1999, 131 et <http://www.refugeecaselaw.org/frenchGuidelines.pdf>.

IV. Comprendre la signification des termes « avec raison »

La condition que le demandeur d'asile craigne « avec raison » d'être persécuté en cas de retour dans son pays d'origine impose une évaluation du risque potentiel de préjudice qui soit tournée vers l'avenir. Cette évaluation doit être faite par les décisionnaires à la date de la décision relative à la demande d'asile⁸⁴.

La condition que la crainte de persécution soit fondée nécessite une évaluation objective du risque de persécution auquel le demandeur est exposé⁸⁵. Cette condition peut s'avérer très difficile lorsqu'on dispose de peu d'informations sur la véritable situation dans le pays d'origine. Comme l'indique le *Guide* du HCR :

[B]ien que la charge de la preuve incombe en principe au demandeur, la tâche d'établir et d'évaluer tous les faits pertinents sera-t-elle menée conjointement par le demandeur et l'examineur. Dans certains cas, il appartiendra même à l'examineur d'utiliser tous les moyens dont il dispose pour réunir les preuves nécessaires à l'appui de la demande. Cependant, même cette recherche indépendante peut n'être pas toujours couronnée de succès et il peut également y avoir des déclarations dont la preuve est impossible à administrer. En pareil cas, si le récit du demandeur paraît crédible, il faut lui accorder le bénéfice du doute, à moins que de bonnes raisons ne s'y opposent. Ainsi, les exigences de la preuve ne doivent pas être interprétées trop strictement, et cela compte tenu des difficultés de la situation dans laquelle se trouve le demandeur du statut de réfugié⁸⁶.

Les femmes, en particulier, peuvent rencontrer des difficultés pour établir leur demande de reconnaissance du statut de réfugié. De nombreuses femmes proviennent de pays où elles ont été privées d'une éducation réelle et peuvent être analphabètes. De nombreuses femmes proviennent de pays où elles ont été privées de participation réelle dans la vie et peuvent avoir du mal à s'exprimer. Dans certains pays, les femmes vivent recluses. On ne sait pas grand chose d'elles ou de leur statut et de leur traitement, à la fois dans la société dans son ensemble et dans leur foyer. Il est important de noter qu'il existe peu d'informations sur leur capacité à avoir accès à une protection réelle de l'État. Le partage de la responsabilité entre la personne en charge de l'examen de la demande et la demanderesse pour l'établissement de tous

84. Pour une analyse du droit français, allemand et suisse, voir W. Kälin, « Well-Founded fear of Persecution : A European Perspective » in *Asylum Law and Practice in Europe and North America : A Comparative Analysis* (ed. J. Bhabha et G. Coll, 1^{re} édition, Federal Publications, Washington DC, 1992), p. 21. Pour une analyse du droit canadien et américain, voir B. Jackman, « Well-Founded Fear of Persecution and Other Standards of Decision-Making : A North American Perspective », in *Asylum Law and Practice in Europe and North America : A Comparative Analysis* (ed. J. Bhabha et G. Coll, 1^{re} édition, Federal Publications, Washington DC, 1992), p. 37. Pour une étude comparative plus récente, voir J.Y. Carlier, D. Vanheule, P. Galiano et K. Hullmann (eds.), *Who is a Refugee ? A Comparative Case Law Study* (Kluwer, La Haye, 1997). Pour un résumé de la jurisprudence canadienne et néo-zélandaise, voir *Re C.*, Appeal No. 70366/96, NZ RSAA, [1997] 4 HKC 236 à 264.

85. HCR, *Guide*, *supra* note 54, paragraphe 38.

86. HCR, *Guide*, *supra* note 54, paragraphes 196-7.

les faits pertinents dans les cas de ce type, doit être réellement appliqué, de même que le principe du bénéfice du doute.

V. Comprendre la signification de l'expression « du fait de »

Afin d'établir la meilleure façon de concevoir le lien de causalité entre le motif de la Convention et le risque d'être persécuté, en 2001 un Colloque a élaboré les « recommandations de Michigan sur le lien avec un motif conventionnel⁸⁷ » dont le contenu est le suivant :

1. [...] Le risque encouru par le demandeur doit être causalement lié à au moins l'un des cinq motifs énumérés par la Convention — race, religion, nationalité, appartenance à un certain groupe social ou opinion politique.
2. Dans beaucoup d'États, le lien de causalité requis est explicitement rencontré [...] [tandis que] dans d'autres États, le lien de causalité n'est pas envisagé comme un élément définitionnel *per se*, mais se trouve plutôt inclus dans l'analyse des autres exigences conventionnelles [...]
3. Il n'est pas du devoir du demandeur d'identifier de façon précise la raison pour laquelle il éprouve une crainte bien fondée d'être persécuté. Il appartient à l'État évaluant la demande de statut de réfugié de décider pour quel motif conventionnel, s'il y en a un, rencontre la crainte bien fondée du demandeur d'être persécuté.
4. Le risque d'être persécuté peut parfois provenir de circonstances dans lesquelles deux ou plusieurs motifs conventionnels existent dans le chef de la même personne ; dans ce cas, la combinaison de tels motifs définit la relation causale avec une crainte bien fondée d'être persécuté.
5. On ne devrait pas attendre d'un individu qu'il renie ses croyances ou son identité protégée dans le but d'éviter de susciter l'attention de l'État ou de l'agent non-gouvernemental de persécution.

Nature du lien de causalité requis

6. La relation causale requise est entre un motif conventionnel et la crainte bien fondée du demandeur « *d'être persécuté* » [...] L'attention [est] portée sur la situation difficile du demandeur [...].
7. Puisque c'est la situation difficile du demandeur qui doit être causalement liée à un motif conventionnel, le fait que sa crainte *subjective* soit basée sur un motif conventionnel ne suffit pas à justifier la reconnaissance du statut de réfugié.
8. Le lien de causalité entre la situation difficile du demandeur et le motif conventionnel sera établi par la preuve des raisons qui ont conduit soit à la réalisation soit à la menace d'un préjudice donné, ou qui poussent l'État d'origine du demandeur à ne pas fournir une protection effective en face d'un risque émanant de personnes privées [...] ⁸⁸.

Comme le déclare la *New Zealand Refugee Appeals Authority* (Instance d'appel en matière de réfugiés de Nouvelle-Zélande) :

87. « Les recommandations de Michigan sur le lien avec un motif conventionnel », 25 mars 2001, 23 *Michigan Journal of International Law*, 2002, p. 210 ; disponible sur <http://www.refugeecaselaw.org/liens-avec-un-motif-conventionnel.pdf>.

88. *Ibid.*, paragraphes 1-8 (C'est nous qui soulignons).

Si nous admettons, comme nous le faisons, que la persécution = un préjudice grave + l'absence de protection de l'État, le lien de causalité entre le motif conventionnel et la persécution peut être établi *soit* par l'élément constitué par le risque de préjudice grave, *soit* par l'élément constitué par l'absence de protection de l'État face à ce risque. Cela signifie que si un demandeur d'asile est exposé à un risque réel de préjudice grave de la part d'un agent non étatique (par exemple, mari, partenaire ou autre agent non-étatique), pour des raisons qui n'ont de lien avec aucun motif de la Convention, mais que l'absence de protection de l'État est, elle, liée à un motif de la Convention, le lien de causalité est satisfait. À l'inverse, si le risque de préjudice de la part d'un agent non étatique a un lien avec la Convention, mais que l'absence de protection de l'État n'en a pas, le lien de causalité est toujours satisfait. Dans les deux cas, la persécution est du fait d'un motif de la Convention. Il en est ainsi parce que la « persécution » est constituée de deux éléments séparés mais essentiels, à savoir le risque de préjudice grave et l'absence de protection. En toute logique, si l'un des deux éléments constitutifs est « du fait d'un » motif de la Convention, la construction d'ensemble est elle aussi du fait d'un motif de la Convention⁸⁹.

Les recommandations de Michigan poursuivent ainsi :

8. [...] L'attribution du motif conventionnel au demandeur par l'État ou l'agent de persécution non-gouvernemental suffit à établir la relation causale requise.

9. Un lien de causalité peut être établi, qu'il y ait ou non preuve d'inimitié, de nuisance ou d'animosité particularisée de la part de la personne ou du groupe responsable de la réalisation ou de la menace d'un préjudice donné, ou de la part de l'État qui refuse sa protection aux personnes encourant un risque de préjudice de provenance non-gouvernementale.

10. Le lien de causalité peut aussi être établi en l'absence de toute preuve d'intention de porter préjudice ou de refuser la protection, aussi longtemps qu'il est établi que le motif conventionnel contribue à exposer le demandeur au risque d'être persécuté.

Standard de causalité

11. Les standards de causalité développés dans d'autres branches du droit international ou national ne devraient pas être considérés comme étant nécessairement pertinents pour la reconnaissance du statut de réfugié. En ce que la reconnaissance du statut de réfugié est à la fois orientée vers la protection et tournée vers l'avenir, il n'est pas certain de tirer quelque instruction utile des standards de causalité déterminés par des considérations relevant de la recherche de la responsabilité criminelle ou civile, ou qui sont orientés exclusivement vers l'analyse des événements passés.

12. Le standard de causalité devrait aussi prendre en compte les réalités pratiques de la détermination du statut de réfugié, en particulier les combinaisons complexes des circonstances qui peuvent donner lieu au risque d'être persécuté, la prévalence des différences de conviction, et la difficulté d'obtention de la preuve à travers les divisions linguistiques et culturelles.

13. En considérant les objets et buts uniques de la détermination du statut de réfugié, et prenant en compte des défis pratiques de la détermination du statut de réfugié, le motif conventionnel mérite de ne pas être considéré comme la seule, ou même la dominante, cause du

89. Refugee Appeal No. 71427/99, *supra* note 10, paragraphe 112 (C'est nous qui soulignons) (traduction libre). Ce passage a été adopté et appliqué par le juge Kirby dans l'affaire *Minister for Immigration and Multicultural Affairs c Khawar*, Haute Cour d'Australie, *supra* note 10, paragraphe 120. Voir aussi le juge Gleeson aux paragraphes 29-31 et les juges McHugh et Gunmow aux paragraphes 79-80. Voir aussi les affaires *Islam* et *Shah*, *supra* note 10, à 646C-D, 648C, 653E-G et 654D.

risque d'être persécuté. Il devrait seulement être un facteur contribuant au risque d'être persécuté. Si, toutefois, le motif conventionnel est insuffisant au point de n'être pas pertinent, le statut de réfugié ne devrait pas être reconnu.

Preuve de causalité

14. La relation de causalité requise entre le risque d'être persécuté et le motif conventionnel peut être établie par preuve directe ou circonstancielle.

15. Qu'elle soit vécue individuellement ou en tant que membre d'un groupe, la crainte d'être persécuté doit être rattachée à des raisons liées à un motif conventionnel. Ainsi, la preuve que les personnes qui partagent la race, la religion, la nationalité, l'appartenance à un certain groupe social ou encore l'opinion politique du demandeur courent plus de risque d'être persécutées que d'autres dans le pays d'origine représente une forme suffisante de preuve circonstancielle qu'un motif conventionnel a été un facteur contribuant au risque d'être persécuté.

16. Il n'y a, cependant, aucune exigence qu'un demandeur d'asile court plus de risque que d'autres personnes ou groupes dans son pays d'origine. La question pertinente consiste plutôt à savoir si le motif conventionnel est causalement lié à la situation difficile du demandeur, indépendamment du fait de savoir si d'autres individus ou groupes courent aussi une crainte bien fondée d'être persécutés pour le même ou un autre motif conventionnel.

17. Aucune règle spéciale ne gouverne l'application du standard du lien de causalité à la situation des réfugiés venant d'un pays où il y a un risque de guerre, ou d'autre violence ou oppression à grande échelle. Les demandeurs venant d'un tel pays ne sont pas automatiquement des réfugiés au sens de la Convention. Ils sont cependant en droit d'être reconnus comme réfugiés si leur race, leur religion, nationalité, appartenance à un certain groupe social ou opinion politique représente un facteur contribuant à leur crainte bien fondée d'être persécutés dans de telles circonstances. Par exemple, les personnes fuyant une guerre peuvent être des réfugiés conventionnels là où soit la raison de la guerre, soit la manière dont la guerre est conduite, démontre un lien de causalité entre le motif conventionnel et le risque d'être persécuté⁹⁰.

VI. Les cinq motifs de la Convention

La question du genre est un facteur et une caractéristique pertinents, et parfois extrêmement importants, qui doit être prise en considération lorsque l'on décide si la crainte fondée de persécution est liée à un motif de la Convention. Cette question doit entrer en ligne de compte dans l'appréciation de la race, de la religion, de la nationalité, de l'appartenance à un certain groupe social ou des opinions politiques. En particulier, « la religion » et « les opinions politiques » doivent être correctement interprétées, de manière à inclure les expériences vécues par les femmes. Dans certains cas, « les femmes » (ou une sous-catégorie de ce groupe) peuvent constituer « un certain groupe social »⁹¹.

90. *Les recommandations de Michigan sur le lien avec un motif conventionnel*, supra note 87, paragraphes 8-17.

91. RWLG, *Gender Guidelines*, supra note 21, paragraphe 4.1 ; *Islam et Shah*, supra note 10 ; *Refugee Appeal No. 71427/99*, supra note 10 ; *Minister for Immigration and Multicultural Affairs c. Khawar*, Haute Cour d'Australie, supra note 10.

La *UK Immigration Appellate Authority* (Instance d'appel en matière d'immigration du Royaume-Uni) a déclaré :

Les femmes peuvent être exposées à une persécution du fait d'un motif de la *Convention sur les réfugiés* qui leur est attribué ou imputé. Dans de nombreuses sociétés, les opinions politiques d'une femme, sa race, sa nationalité, sa religion et ses affiliations sociales sont souvent considérées comme assimilées à celles des membres de sa famille ou celles de son entourage ou des membres de sa communauté. Il est donc important d'examiner si une femme est persécutée du fait d'un motif de la Convention qui lui a été attribué ou imputé⁹².

A. La race

Concernant ce motif conventionnel, le *UK Refugee Women's Legal Group* a noté :

Alors que l'identité raciale, réelle ou imputée, n'est pas spécifique aux femmes, elle peut fonctionner en tandem avec le genre pour expliquer pourquoi une femme craint une persécution. Par exemple, tandis que la destruction d'une identité ethnique et/ou de la prospérité d'un groupe racial peut se faire par le meurtre, la mutilation ou l'incarcération des hommes, les femmes peuvent être considérées comme propageant l'identité ethnique par leur fonction de reproduction, et peuvent être persécutées notamment par la violence sexuelle ou le contrôle de la reproduction⁹³.

B. La religion

Une femme peut être exposée à un préjudice du fait de son adoption, ou de son rejet, de certaines croyances ou pratiques religieuses, ou de sa décision d'adopter une croyance ou une pratique religieuse d'une manière différente de celle qui est prescrite⁹⁴.

La religion inclut notamment :

a) la liberté d'adopter le système de croyances de son choix ou de n'adopter aucun système de croyances particulier ;

92. IAA, *Asylum Gender Guidelines*, supra note 11, paragraphe 3.3 ; Spijkerboer, *Women and Refugee Status*, supra note 26, pp. 47-53.

93. RWLG, *Gender Guidelines*, supra note 21, paragraphe 4.6 (traduction libre). Voir aussi HCR, *Position de 2000 sur la persécution liée au genre*, supra note 9, p. 7 ; IAA, *Asylum Gender Guidelines*, supra note 11, paragraphe 3.6. L'article 1 de la *Convention sur l'élimination de toutes les formes de discrimination raciale*, supra note 35, donne une définition large de l'expression « discrimination raciale ». Elle vise « toute distinction, exclusion, restriction ou préférence fondée sur la race, la couleur, l'ascendance ou l'origine nationale ou ethnique ». L'interprétation large donnée à la race et aux origines nationales ou ethniques est confirmée par l'affaire *King-Ansell c. Police*, Cour d'appel de Nouvelle-Zélande, [1979] 2 NZLR 531 ; et par l'affaire *Mandla c. Dowell Lee*, Chambre des Lords du Royaume-Uni, [1983] 2 AC 548 ; HCR, *Interprétation de l'article 1*, supra note 19, paragraphe 26.

94. RWLG, *Gender Guidelines*, supra note 21, paragraphe 4.9 ; IAA, *Asylum Gender Guidelines*, supra note 11, paragraphe 3.11.

- b) la liberté de pratiquer la religion de son choix ou de ne pas pratiquer la religion prescrite ;
- c) la liberté de pratiquer une religion de la manière de son choix⁹⁵.

Les *Lignes directrices relatives au genre* de la *UK Immigration Appellate Authority* (Instance d'appel en matière d'immigration du Royaume-Uni) prévoient :

Lorsque la religion attribue des rôles ou des codes de comportement particuliers aux femmes, une femme qui refuse ou ne se conforme pas à ce rôle ou n'en respecte par les codes peut avoir une crainte fondée de persécution liée au motif de la religion.

Le fait de ne pas se conformer aux codes de comportement établis pour les femmes peut être perçu comme une preuve qu'une femme défend des opinions religieuses inacceptables quelles que soient ses croyances religieuses réelles⁹⁶.

Il y a souvent un recoupement entre la persécution religieuse et la persécution politique. La nature politique de l'oppression des femmes dans le cadre des lois et des rites religieux doit être reconnue. Lorsque la doctrine religieuse impose certains types de comportement aux femmes, le comportement contraire d'une femme peut être perçu comme la preuve d'une opinion politique inacceptable, quelles que soient ses convictions réelles⁹⁷. Comme l'a également fait remarquer le *Refugee Women's Legal Group* : « L'identité religieuse d'une femme peut être assimilée à celle des autres membres de sa famille ou de sa communauté. L'imputation ou l'attribution d'une identité religieuse peut donc être importante »⁹⁸.

C. La nationalité

La nationalité ne doit pas s'entendre simplement au sens de la citoyenneté, mais dans son sens le plus large, incluant l'appartenance à un groupe ethnique ou linguistique et elle peut parfois recouvrir certains aspects des notions de « race », de « religion » et d'« opinions politiques »⁹⁹.

95. RWLG, *Gender Guidelines*, supra note 21, paragraphe 4.9 (traduction libre) ; IAA, « Asylum Gender Guidelines », supra note 11, paragraphe 3.12. Voir, par exemple, *Matter of S.A.*, Décision provisoire No. 3433 (BIA) 2000, p. 11-12.

96. IAA, *Asylum Gender Guidelines*, supra note 11, paragraphes 3.13 et 3.14 (traduction libre).

97. HCR, *Position de 2000 sur la persécution liée au genre*, supra note 9, p. 7 ; RWLG, *Gender Guidelines*, supra note 21, paragraphe 4.10 ; IAA, *Asylum Gender Guidelines*, supra note 11, paragraphe 3.15 ; Refugee Appeal No. 2039-93 *Re M.N.*, NZ RSAA, 12 février 1996, p. 41, disponible sur <http://www.refugee.org.nz/rsaa/text/docs/2039-93.htm> ; Refugee Appeal No. 71427/99, supra note 10, paragraphes 86-7.

98. RWLG, *Gender Guidelines*, supra note 21, paragraphe 4.11 (traduction libre). Voir aussi IAA, *Asylum Gender Guidelines*, supra note 11, paragraphe 3.16.

99. RWLG, *Gender Guidelines*, supra note 21, paragraphe 4.7 ; IAA, *Asylum Gender Guidelines*, supra note 11, paragraphe 3.8. Voir aussi supra note 93.

D. L'appartenance à un certain groupe social

Le principe sous-tendant la *Convention de 1951* est qu'un préjudice grave ne doit pas être infligé pour des raisons liées au statut personnel¹⁰⁰. Le préambule de la Convention mentionne explicitement le principe de non-discrimination garanti par l'article 2 de la *Déclaration universelle* qui énonce :

Chacun peut se prévaloir de tous les droits et de toutes les libertés proclamés dans la présente Déclaration, sans distinction aucune, notamment de race, de couleur, de sexe, de langue, de religion, d'opinion politique ou de toute autre opinion, d'origine nationale ou sociale, de fortune, de naissance ou de toute autre situation [...]

(C'est nous qui soulignons)

L'article 26 du *PIDCP*, rédigé en termes comparables, exige que :

[...] la loi doit interdire toute discrimination et garantir à toutes les personnes une protection égale et efficace contre toute discrimination, notamment de race, de couleur, de sexe, de langue, de religion, d'opinion politique et de toute autre opinion, d'origine nationale ou sociale, de fortune, de naissance ou de toute autre situation.

(C'est nous qui soulignons)¹⁰¹

Aucun de ces instruments ne tente d'énumérer de manière exhaustive les caractéristiques sur lesquelles la discrimination peut se baser. Ils reconnaissent plutôt qu'il est impossible de donner une définition exhaustive.

De même, le motif du groupe social de la *Convention de 1951* est une catégorie ouverte qui n'admet pas de liste limitée d'applications. Il existe néanmoins une limitation inhérente aux termes « certain groupe social ». L'appartenance à un certain groupe social est l'une des cinq seules catégories existantes. Il ne s'agit pas d'une catégorie qui englobe tout. Elle n'inclut pas toute association liée par un trait commun¹⁰². En outre, tout du moins dans les juridictions de *common law*, un groupe social particulier peut exister seulement si le groupe existe indépendamment de la persécution et n'est pas défini par cet élément. Néanmoins, bien que le comportement de persécution ne puisse pas définir le groupe social, les actes des agents de

100. D.J. Steinbock, « The Refugee Definition as Law : Issues of Interpretation » in *Refugee Rights and Realities : Evolving International Concepts and Regimes* (ed. F. Nicholson et P. Twomey, Cambridge University Press, 1999), p. 13 et pp. 20-3. À la page 20, l'auteur déclare que les objectifs de la définition du réfugié concernent les deux plus grands paradigmes de la période d'après-guerre : les droits à la non-discrimination et à la liberté d'expression. Ils servent ainsi à garantir deux attributs essentiels de la personnalité humaine.

101. L'article 26 complet est cité *supra* note 20.

102. Pour une analyse plus détaillée du motif conventionnel de l'« appartenance à un certain groupe social », voir le document rédigé par T.A. Aleinikoff dans le Chapitre 4 de cette publication ; *Ward*, *supra* note 29, [1993] 2 SCR 689 à 728-32 ; *Applicant A.*, *supra* note 19, (1997) 190 CLR 225 à 242 et 260 ; *Islam et Shah*, *supra* note 10, [1999] 2 AC 629 à 643B-C, 656D et 658H ; HCR, *Position de 2000 sur la persécution liée au genre*, *supra* note 9, p. 7.

persécution peuvent servir à identifier voire à provoquer la création d'un certain groupe social dans la société¹⁰³.

La cohésion n'est pas une condition pour l'existence d'un certain groupe social. Bien que cet aspect puisse être utile pour prouver l'existence d'un groupe social, la signification d'un « certain groupe social » ne peut pas être limitée par l'exigence de cohésion¹⁰⁴.

Les quatre autres motifs de la Convention (race, religion, nationalité et opinions politiques) décrivent une caractéristique, ou un statut, dont la modification est hors du pouvoir d'une personne, ou qui est si essentielle pour l'identité ou la conscience de la personne, que sa modification ne saurait être exigée. En appliquant ce concept fondamental de protection contre un préjudice infligé sur la base d'une différence de statut ou de caractéristiques personnelles, trois catégories possibles de la notion de « certain groupe social » ont été identifiées :

- a) les groupes définis par une caractéristique innée ou immuable ;
- b) les groupes dont les membres s'associent volontairement pour des raisons si fondamentales pour leur dignité humaine qu'on ne saurait les contraindre d'y renoncer ; et
- c) les groupes associés par un statut passé volontaire, immuable du fait de sa permanence historique¹⁰⁵.

La première catégorie engloberait les personnes craignant la persécution du fait de leur sexe, de leur situation linguistique et de leur orientation sexuelle, tandis que la deuxième regrouperait, par exemple, les défenseurs des droits de l'Homme. Sont exclus les groupes définis par une caractéristique qui peut être modifiée ou dont il est possible de se dissocier, tant que ces possibilités n'exigent pas de renoncer à l'exercice des droits fondamentaux de l'Homme.

Les groupes basés sur le sexe représentent des exemples clairs de groupes sociaux définis par une caractéristique innée et immuable. Ainsi, alors que le sexe n'est pas un motif séparé énuméré dans la Convention, il relève à juste titre de la catégorie du groupe social¹⁰⁶.

103. *Ward*, *supra* note 29, [1993] 2 SCR 689 à 729 ; *Applicant A.*, *supra* note 19, (1997) 190 CLR 225 à 242, 263-4 et 285-6 ; *Islam et Shah*, *supra* note 10, [1999] 2 AC 629 à 639G-H, 645^E, 656G, 658H et 662B. Voir aussi HCR, *Position de 2000 sur la persécution liée au genre*, *supra* note 9, p. 7.

104. *Ward*, *supra* note 29, [1993] 2 SCR 689 à 739 ; *Islam et Shah*, *supra* note 10, [1999] 2 AC 629 à 642A-643G, 651G, 657F, 658H et 661D ; HCR, *Position de 2000 sur la persécution liée au genre*, *supra* note 9, p. 8.

105. *Ward*, *supra* note 29, [1993] 2 SCR 689 à 739 ; Hathaway, *Law of Refugee Status*, *supra* note 30, p. 161.

106. Hathaway, *Law of Refugee Status*, *supra* note 30, p. 162 ; *Islam et Shah*, *supra* note 10, [1999] 2 AC 629 à 644D et 652C ; *Refugee Appeal No. 71427/99*, *supra* note 10, paragraphe 106 ; HCR, *Position de 2000 sur la persécution liée au genre*, *supra* note 9, p. 8 ; Comité exécutif, *Conclusion No. 39 (XXXVI) 1985 sur les femmes réfugiées et la protection internationale*, paragraphe k) ; *Crawley, Refugees and Gender*, *supra* note 12, p. 70.

Les femmes qui se comportent d'une façon non conforme aux coutumes sociales et culturelles dominantes peuvent également constituer un certain groupe social¹⁰⁷. Les liens au sein du groupe proviennent d'attitudes et de systèmes de valeur communs, intrinsèques à la nature des personnes concernées qui touchent à leur identité ou à leur statut. Dans ce contexte, les facteurs externes, au-delà des caractéristiques internes unissant le groupe, sont également pertinentes pour associer des personnes en un groupe social. Par exemple, bien que la discrimination ne crée pas en soi l'appartenance à un certain groupe social, elle peut contribuer à le définir, en isolant les personnes par rapport aux segments de la société plus largement tolérés. Cette approche va dans le sens de ceux qui reconnaissent que les femmes qui choisissent de vivre en dehors du cadre des codes sociaux acceptés et qui risquent de subir des punitions sévères en raison de ce choix, relèvent de la Convention¹⁰⁸. À cet égard, plus d'un motif de la Convention peut être applicable, y compris, outre l'appartenance à un certain groupe social, les opinions politiques réelles ou imputées ou la religion¹⁰⁹.

Les associations familiales ou de parenté peuvent définir un certain groupe social. Il existe des cas où les femmes sont persécutées uniquement à cause de leurs relations de famille ou de parenté. Par exemple, une femme peut être persécutée comme un moyen de démoraliser ou de punir des membres de sa famille ou de sa communauté, ou afin de faire pression sur elle pour qu'elle dévoile des informations¹¹⁰.

E. Les opinions politiques

La définition de la *Convention de 1951* mentionne les « opinions politiques » plutôt que les « activités politiques ». Il n'est pas exigé qu'un demandeur d'asile ait agi conformément à ses convictions avant de quitter son pays pour pouvoir bénéficier du statut de réfugié¹¹¹. Les opinions politiques doivent être entendues au sens large, incluant toute opinion sur toute question dans laquelle l'État, le gouvernement et la politique peuvent être engagés¹¹². Cela peut inclure une opinion au sujet des rôles attribués aux hommes et aux femmes. Les opinions politiques, en tant que fondement d'une crainte fondée de persécution, ont été définies assez simplement comme la persécution de personnes au motif que l'on présume, ou que l'on sait,

107. *Islam et Shah*, *supra* note 10.

108. Refugee Appeal No. 2039/93 *Re M.N.*, 12 février 1996 ; Refugee Appeal No. 71427/99, *supra* note 10.

109. *Ibid.*

110. RLWG, *Gender Guidelines*, *supra* note 21, paragraphe 4.26.

111. Hathaway, *Law of Refugee Status*, *supra* note 30, p. 149.

112. G.S. Goodwin-Gill, *The Refugee in International Law* (2^e édition, Clarendon press, Oxford, 1996), p. 49, approuvé dans *Ward*, *supra* note 29, [1993] 2 SCR 689 à 746. Voir aussi Hathaway, *Law of Refugee Status*, *supra* note 30, p. 154 : « Par essence, tout acte perçu comme défiant l'autorité du gouvernement doit être considéré comme l'expression d'une opinion politique ».

qu'elles ont des opinions contraires, ou critiques vis-à-vis des politiques du gouvernement ou du parti dominant¹¹³. Cette conception large doit également être appliquée lorsque l'agent de persécution n'est pas l'État mais un agent de persécution non-étatique ou un acteur privé.

Comme énoncé au paragraphe 80 du *Guide* du HCR : « Le fait d'avoir des opinions politiques différentes de celles du gouvernement n'est pas en soi un motif suffisant pour demander la reconnaissance du statut de réfugié et le demandeur doit montrer qu'il a lieu de craindre d'être persécuté du fait de ses opinions politiques ». Toutefois, dans la mesure où la définition du réfugié exige une évaluation tournée vers l'avenir d'un risque de préjudice anticipé dans le futur, un demandeur, affirmant avoir une crainte de persécution en raison de ses opinions politiques, n'a pas besoin de montrer que l'agent de persécution dans le pays d'origine connaissait ses opinions avant que le demandeur ne quitte le pays. Il peut les avoir cachées et n'avoir jamais été victime de discrimination ni de persécution. Cependant, le simple fait qu'il refuse le bénéfice de la protection du gouvernement, ou qu'il refuse de retourner dans son pays, peut révéler le véritable état d'esprit du demandeur et conduire à penser qu'il craint effectivement d'être persécuté. « En pareil cas », comme l'énonce le paragraphe 83 du *Guide*, « il faut, pour apprécier le bien-fondé de ses craintes, examiner quelles seraient, pour un demandeur ayant certaines dispositions politiques, les conséquences d'un retour dans son pays »¹¹⁴.

Dans certaines sociétés, la manifestation claire d'opinions politiques par les femmes peut être impossible, dans la mesure où ces dernières n'ont officiellement pas l'autorisation de participer à la vie politique. En outre, le fait qu'une femme puisse remettre en cause certaines conventions sociales concernant la manière dont les femmes doivent se comporter peut être considéré comme une position politique par les autorités et peut engendrer un traitement relevant de la persécution sur cette base¹¹⁵. Selon certaines jurisprudences, les activités relevant de la sphère privée sont considérées non-politiques par nature, mais la distinction entre activités par nature politiques et activités par nature non politiques n'a aucun sens. La question de savoir si des activités sont politiques ou non dépend de leur contexte ; celle de savoir si elles peuvent donner lieu à des demandes légitimes de reconnaissance du statut de réfugié dépend de la réaction de l'agent de persécution et/ou de celle des autorités du pays d'origine du demandeur d'asile¹¹⁶. Ce qui constitue une opinion

113. A. Grahl-Madsen, *The Status of Refugees in International Law* (A.W. Sijthoff, Leiden, 1996), vol. I, p. 220, approuvé dans *Ward, supra* note 29, [1993] 2 SCR 689 à 746.

114. HCR, *Guide, supra* note 54, paragraphe 83.

115. Department of Immigration and Multicultural Affairs, *Guidelines on Gender Issues for Decision-Makers*, juillet 1996 (Australie), paragraphe 4.25, reproduit dans *International Journal of Refugee Law*, édition spéciale, 1997, pp. 195 et 210.

116. Spijkerboer, *Women and Refugee Status, supra* note 26, p. 58.

politique n'est pas une question de définition mais dépend entièrement du contexte de l'affaire¹¹⁷.

Les questions « privées », généralement associées aux femmes, ne sont pas par nature moins politiques que celles ayant lieu dans la sphère « publique ». Les conflits concernant la délimitation de la vie privée (par exemple, la liberté de choisir de porter le voile ou non, de suivre une éducation ou d'exercer certains emplois, d'être sexuellement active ou non, de choisir son partenaire, de ne pas subir la domination et la violence masculines, d'exercer ses droits reproductifs ou de refuser les mutilations génitales féminines) peuvent être considérés comme des conflits de nature politique¹¹⁸.

Lorsque la personne en quête d'asile n'est pas directement impliquée dans une activité politique au sens conventionnel, une demande de reconnaissance du statut de réfugié nécessite que les opinions politiques soient correctement entendues comme incluant les opinions au sujet du traitement ou du statut des femmes à l'intérieur du pays, de la culture ou du groupe social, religieux ou ethnique de l'intéressée¹¹⁹. Comme l'a fait remarquer le *Refugee Women's Legal Group* :

Une femme qui s'oppose à la discrimination institutionnalisée à l'égard des femmes ou qui exprime des opinions indépendantes des normes sociales ou culturelles de sa société, peut subir ou craindre un préjudice en raison de ses opinions politiques réelles ou imputées. Au sein de la structure politique/sociale établie, elle est perçue comme exprimant des opinions politiquement opposées par ses actions ou ses omissions. Si une femme résiste à l'oppression basée sur le genre, sa résistance est politique.

Lorsqu'une femme ne défie pas directement ou intentionnellement les normes ou les comportements institutionnalisés, on peut néanmoins lui imputer (c'est-à-dire attribuer) une opinion politique. Cela peut s'observer, par exemple, dans le cas d'une femme violée qualifiée de femme adultère, de l'ostracisme social à l'égard d'une femme célibataire, séparée, divorcée, veuve ou lesbienne, et de la politisation de violations (non intentionnelles) des codes vestimentaires¹²⁰.

117. Spijkerboer, *Women and Refugee Status*, supra note 26, p. 58 :

Une discussion privée peut être en elle-même subversive et, par conséquent, constituer un acte politique, comme dans le livre *1984* d'Orwell. Dans le contexte du droit des réfugiés, le fait de cuisiner sera normalement un acte privé et ne sera donc pas pertinent. Cela peut toutefois changer si la nourriture est servie à un opposant politique aux autorités et ou si la cuisine est préparée collectivement par des membres de famille de personnes « disparues ». Il existe des discussions politiques et des discussions privées — comme nous le savons. Mais il existe aussi la cuisine privée et la cuisine politique. C'est pourquoi il faut être vigilant lorsque l'on analyse le droit des réfugiés sur la base de la distinction public/privé. Les notions de public ou privé ne concernent pas les actes. Ce sont des aspects de l'analyse, qu'elle soit menée par les autorités du pays d'origine du demandeur (qui peuvent considérer que cuisiner est politique), ou par le juge en matière d'asile (qui peut considérer que cuisiner est par nature privée).
(traduction libre).

118. Spijkerboer, *Women and Refugee Status*, supra note 26, p. 46 ; RWLG, *Gender Guidelines*, supra note 21, paragraphe 4.16.

119. Crawley, *Refugees and Gender*, supra note 12, p. 69.

120. RWLG, *Gender Guidelines*, supra note 21, paragraphes 4.17-4.18 (traduction libre). Voir aussi IAA, *Asylum Gender Guidelines*, supra note 11, paragraphes 3.25-3.26.

Les opinions des femmes sur les questions sociales et économiques et leurs activités dans ces domaines peuvent être interprétées comme des opinions politiques par les autorités du pays d'origine. Les droits sociaux et économiques peuvent être violés pour des raisons politiques.

VII. Questions de procédure

La protection des femmes réfugiées n'exige pas seulement une interprétation de la définition du réfugié qui prenne en compte la question du genre, mais aussi une procédure de détermination du statut de réfugié qui le fasse également¹²¹. Les procédures de détermination du statut de réfugié sont extrêmement importantes et elles doivent être réactives aux expériences vécues par les femmes qui demandent l'asile¹²². Les décisionnaires doivent être conscients et sensibles aux difficultés de procédure et de preuve que rencontrent les femmes.

Parmi les questions les plus importantes identifiées par le *Refugee Women's Legal Group* figure le fait que :

certaines requérantes d'asile arrivent seules. D'autres arrivent avec l'ensemble de la cellule familiale et elles ne sont pas toujours interrogées au sujet de leurs expériences, même s'il se peut que, comme les membres de leur famille de sexe masculin, voire davantage qu'eux, elles soient exposées à un risque de persécution. Les membres masculins de la famille ou de l'entourage peuvent ne pas soulever les questions pertinentes, parce qu'ils ne sont pas au courant des détails ou de leur importance, ou qu'ils ont honte d'en faire état.

Il est important de ne pas partir de l'hypothèse que le statut d'une femme est un statut dérivé ; la demande d'asile d'une femme peut dans certains cas être aussi solide, voire plus solide, que celle d'un membre masculin de sa famille ou de son entourage¹²³.

121. HCR, *Position de 2000 sur la persécution liée au genre*, supra note 9, p. 8 ; HCR, *Guidelines on the Protection of Refugee Women*, juillet 1991, paragraphes 57-76, en particulier les techniques d'entretien des femmes réfugiées prenant en compte la question de l'appartenance sexuelle (paragraphe 72) et les conditions dans le pays affectant les femmes (paragraphe 73) ; HCR, *La violence sexuelle et sexiste contre les réfugiés, les rapatriés et les personnes déplacées, mai 2003 (version française), paragraphe 4.3* ; Spijkerboer, *Women and Refugee Status*, supra note 26, ch. 6 ; Crawley, *Refugees and Gender*, supra note 12, ch. 10 ; RWLG, *Gender Guidelines*, supra note 21, partie 5 ; Immigration and Refugee Board, *Women Refugee Claimants*, supra note 11, partie D ; Department of Immigration and Multicultural Affairs (Australie), *Guidelines on Gender Issues for Decision-Makers*, juillet 1996, partie 3 ; IAA, *Asylum Gender Guidelines*, supra note 11, partie 5 ; G. Hinshelwood, « Interviewing Female Asylum Seekers », *International Journal of Refugee Law*, édition spéciale, 1997, p. 159 ; W. Kâlin, « Gender-Related Persecution », in *Switzerland and the International Protection of Refugees* (ed. V. Chetail et V. Gowland-Debbas, Kluwer, La Haye, 2002), p. 111.

122. Comité exécutif, Conclusion No. 73 (XLIV) 1993 sur la protection des réfugiés et la violence sexuelle, paragraphe g).

123. RWLG, *Gender Guidelines*, supra note 21, paragraphes 5.2-5.3 (traduction libre).

Il a également été fait remarquer que les femmes devaient se voir systématiquement accorder la possibilité de déposer une demande individuelle de reconnaissance du statut de réfugié¹²⁴. En effet, comme l'a souligné le *Refugee Women's Legal Group* : « Les femmes rencontrent certaines difficultés pour défendre leur cas auprès des autorités, notamment quand elles ont vécu des expériences difficiles et/ou douloureuses à décrire. L'entretien devrait ne pas conduire à une confrontation mais chercher à obtenir des explications »¹²⁵. Par conséquent, il est important que les femmes ne soient pas interrogées en présence de membres masculins de leur famille, à moins qu'elles ne le demandent explicitement¹²⁶. De leur côté, « les personnes en charges de l'audition et les agents chargés de l'instruction doivent se familiariser avec le rôle, le statut et le traitement des femmes dans le pays d'où la femme a fui »¹²⁷. Il est donc nécessaire de former toutes les personnes impliquées dans la procédure de détermination du statut de réfugié afin qu'elles soient sensibles aux questions de genre. En particulier, les femmes qui demandent l'asile doivent avoir accès à une personne en charge de l'entretien du même sexe et à un interprète ayant reçu une formation adéquate¹²⁸.

VIII. Conclusion

En conclusion, les développements en matière de droit international relatif aux droits de l'Homme et en droit international humanitaire, y compris la jurisprudence internationale, de même que les avancées importantes dans la pratique des États, dans la jurisprudence et dans les travaux universitaires, montrent des progrès vers une interprétation, par de nombreuses juridictions, des dispositions de la *Convention de 1951* prenant en compte la question du genre. La pratique des États, quoique variable, montre une convergence dans la conception de la définition du réfugié qui, interprétée correctement, intègre les demandes d'asile liées au genre. Elle a également renforcé la capacité des femmes qui demandent l'asile à avoir notamment accès à des procédures d'asile prenant en compte cet aspect et à bénéficier d'une interprétation de leurs demandes allant au-delà des limites étroites du cadre des expériences vécues par les hommes. Le texte, l'objet et le but de la *Convention de 1951*, y compris le principe de non-discrimination, exigent une interprétation prenant en compte la question du genre et sensible à cet aspect, sans quoi les préjugés liés au genre peuvent être renforcés. De ce fait, il n'est pas nécessaire d'ajouter un sixième motif à ceux qui sont déjà énumérés dans la *Convention de 1951* elle-même.

124. Spijkerboer, *Women and Refugee Status*, *supra* note 26, paragraphe 6.2.

125. RWLG, *Gender Guidelines*, *supra* note 21, paragraphe 5.8 (traduction libre).

126. Spijkerboer, *Women and Refugee Status*, *supra* note 26, paragraphe 6.2 ; RWLG, *Gender Guidelines*, *supra* note 21, paragraphes 5.10-5.16.

127. RWLG, *Gender Guidelines*, *supra* note 21, paragraphe 5.43 (traduction libre). Voir aussi Spijkerboer, *Women and Refugee Status*, *supra* note 26, paragraphe 6.4.

128. Spijkerboer, *Women and Refugee Status*, *supra* note 26, paragraphe 6.3 ; RWLG, *Gender Guidelines*, *supra* note 21, paragraphe 5.21.

RELEVÉ DES CONCLUSIONS : LA PERSÉCUTION LIÉE AU GENRE

TABLE RONDE D'EXPERTS ORGANISÉE PAR LE HAUT COMMISSARIAT
DES NATIONS UNIES POUR LES RÉFUGIÉS ET L'INSTITUT INTERNATIONAL
DE DROIT HUMANITAIRE DE SAN REMO (ITALIE) DU 6 AU 8 SEPTEMBRE 2001



La table ronde d'experts de San Remo s'est penchée sur la question de la persécution liée au genre et la *Convention de 1951 relative au statut des réfugiés*. Les discussions se sont appuyées sur un document de travail de Rodger Haines QC (Instance de recours des réfugiés de Nouvelle-Zélande), intitulé « La persécution liée au genre ». En outre, les participants ont reçu des contributions écrites de la juge Catherine Branson, Tribunal fédéral d'Australie, de Deborah Anker, Faculté de droit de Harvard, de Karen Musalo et Stephen M. Knight, Faculté de droit de Hastings, Université de Californie, et de l'Organisation mondiale contre la torture. Trente-trois experts, émanant de gouvernements, d'ONG, d'universités, et des professions juridiques et provenant de vingt-trois pays, y participaient. Deborah Anker, Faculté de droit de Harvard, a animé les débats.

Le relevé des conclusions ci-dessous ne représente pas nécessairement l'opinion individuelle de chaque participant, ni celle du HCR, mais il reflète en grande partie le consensus qui s'est dégagé des discussions.

La Convention repose, entre autres, sur le principe selon lequel les êtres humains doivent jouir des libertés et des droits fondamentaux sans discrimination. Les hommes, les femmes et les enfants pouvant être soumis à des types de persécutions différents, l'article 1 A 2 exige un examen des caractéristiques et de la situation propres à chaque requérant. D'où les conclusions suivantes :

1. La définition du réfugié, correctement interprétée, peut englober les demandes liées au genre. Le texte, l'objet et le but de la *Convention sur les réfugiés* nécessitent une interprétation prenant en compte le genre et sensible à cet aspect. Dès lors, il serait inutile d'ajouter un motif supplémentaire à la définition de la Convention.
2. Le genre fait référence à la construction sociale des relations de pouvoir entre les femmes et les hommes, et aux implications de ces relations pour l'identité, le statut, les rôles et les responsabilités des femmes et des hommes. Le sexe est déterminé biologiquement.
3. Même si le genre n'est pas spécifiquement mentionné dans la définition du réfugié, il est clair, et donc admis, que cet aspect peut influencer ou dicter le type de persécution ou de sévices subis et les raisons d'un tel traitement.
4. Le fait de veiller à ce qu'une interprétation prenant en compte le genre soit donnée à chacun des motifs de la Convention peut s'avérer très important pour déterminer si une requérante ou un requérant spécifique craint avec raison d'être persécuté(e) du fait de l'un des motifs énoncés dans la Convention. Le problème principal que rencontrent les femmes qui demandent l'asile réside dans l'incapacité des instances décisionnelles à intégrer les requêtes liées au genre présentées par des femmes dans leur interprétation des motifs existants énumérés dans la Convention, et à leur incapacité à reconnaître la nature politique d'actes de maltraitance, apparemment privés, infligés à des femmes.
5. Il s'ensuit que le genre peut, à juste titre, entrer dans la catégorie du groupe social, les femmes étant un exemple clair de sous-groupe social défini par des caractéristiques innées et immuables, et qui sont souvent traitées différemment des hommes.
6. Lorsqu'il existe un risque réel de sévices graves émanant d'un acteur non-étatique (par exemple l'époux, le partenaire ou un autre acteur non-étatique), pour des raisons qui ne sont pas liées à un motif de la Convention, et que l'absence de protection de l'État repose sur un motif de la Convention, il est généralement reconnu que l'exigence du lien de causalité est satisfaite. De même, si le risque de sévices émanant d'un acteur non étatique est lié à la Convention mais que l'absence de protection de l'État ne l'est pas, l'exigence du lien de causalité est également satisfaite.
7. Lorsque certaines femmes ne répondent pas aux critères de la définition du réfugié au sens de la *Convention de 1951*, leur expulsion peut néanmoins être interdite en vertu d'autres instruments applicables en matière de protection des droits de l'Homme.
8. La protection des femmes réfugiées nécessite non seulement une interprétation de la définition du réfugié qui prenne en considération le genre, mais une procédure de détermination du statut de réfugié qui tienne elle aussi compte de cet aspect.

LISTE DES PARTICIPANTS

Table ronde d'experts, San Remo, Italie, du 6 au 8 septembre 2001 (appartenance à un certain groupe social, persécution liée au genre, possibilité de protection interne/réinstallation interne/ fuite interne)

T. Alexander Aleinikoff, Centre juridique de l'Université de Georgetown et Migration Policy Institute, Washington DC, États-Unis

Deborah Anker, Faculté de droit d'Harvard, Cambridge, MA, États-Unis

Osamu Arakaki, Université de Shigakukan, Kagoshima, Japon

David Baragwanath, juge, Law Commission de Nouvelle-Zélande

Widney Brown, Human Rights Watch, New York, États-Unis

Éduardo Cifuentes Muñoz, Gouvernement colombien

Bo Cooper, Gouvernement américain

Krista Daley, Commission de l'immigration et du statut de réfugié, Ottawa, Canada

Lee Anne De la Hunt, Université de Cape Town, Legal Aid Clinic, Afrique du Sud

Cholpon Djakupova, Gouvernement kirghize

Bill Frelick, United States Committee for Refugees, Washington DC, États-Unis

Rodger Haines, Refugee Status Appeals Authority, Auckland, Nouvelle-Zélande

James C. Hathaway, Université du Michigan, Ann Arbor, MI, États-Unis

Karim Lahidji, Gouvernement français

Reinhard Marx, Juriste, Frankfort, Allemagne

Hugh Massey, Royaume-Uni

Pénélope Mathew, Université nationale australienne, Canberra, Australie

Djamchid Momtaz, Université de Téhéran, Iran

A.D. Nuhu, Gouvernement nigérian

Olga Osipova, Comité russe d'avocats pour la défense des droits de l'Homme, Fédération de Russie

David Palmer, Gouvernement australien

Chan-un Park, Avocats pour une société démocratique (MINBYUN), Séoul, République de Corée

Ryszard Piotrowicz, Université du Pays de Galles Aberystwyth, Royaume-Uni

Qin Huasun, Ambassadeur, Gouvernement chinois

Simon Russell, Comité international des agences volontaires (ICVA), Genève, Suisse

Haken Sandesjo, Gouvernement suédois

Pablo Santolaya, Université Complutense de Madrid, Espagne

Thomas Spijkerboer, Université libre d'Amsterdam, Pays-Bas

Hugo Storey, Immigration Appellate Authority, Royaume-Uni

Wolfgang Taucher, Gouvernement autrichien

Marta Torres Falcon, Université de Mexico

Carina Van Eck, Gouvernement néerlandais

Amal Yazigi, Université de Damas, Syrie

Pour le HCR : Erika Feller, Volker Türk, Janice Marshall, Shahrzad Tadjbakhsh, Alice Edwards et Fanny Benedetti.

L'affiliation institutionnelle n'est mentionnée que dans un objectif d'identification.

Sixième partie

La possibilité de protection interne/ réinstallation interne/ fuite interne

Sommaire

6.1

La possibilité de protection interne/
réinstallation interne/fuite interne
comme aspect de la procédure de détermination
du statut de réfugié 403

6.2

Relevé des conclusions : la possibilité
de protection interne/réinstallation interne/
fuite interne 471

6.3

Liste des participants 475

LA POSSIBILITÉ DE PROTECTION INTERNE/RÉINSTALLATION INTERNE/ FUITE INTERNE COMME ASPECT DE LA PROCÉDURE DE DÉTERMINATION DU STATUT DE RÉFUGIÉ

James C. HATHAWAY * et Michelle FOSTER

Table des matières

I.	Introduction	404
II.	Évolution conceptuelle de l'examen de la possibilité de fuite interne	408
III.	Fondement conceptuel de l'analyse de possibilités de refuge interne comme alternative à l'asile	412
IV.	La logique du passage à une « possibilité de protection interne »	429
V.	Étapes de l'évaluation d'une possibilité de protection interne	438
	A. Première étape : accessibilité	439
	B. Deuxième étape : antidote	441
	C. Troisième étape : absence de nouveau risque de persécution ou de refoulement dans la région d'origine	450
	D. Quatrième étape : existence d'une protection étatique effective minimale	455
VI.	Garanties procédurales	463
VII.	Conclusion	467

* M. Kagan JD (Michigan, 2000) a préparé une synthèse avisée des documents de fond sur lesquels cette étude repose en majeure partie. Je suis redevable de la grande perspicacité sur cette question des participants du premier Colloque de l'Université de Michigan sur les défis en droit international des réfugiés, organisé en avril 1999, durant lequel la compréhension de la notion de « possibilité de protection interne », sur laquelle nous nous appuyons ici, a été affinée ; ainsi qu'aux personnes ayant contribué à la table ronde d'experts qui s'est tenue à San Remo en Italie en Septembre 2001, afin de discuter de ce document. Ce document, prend en compte généralement les développements en matière de droit jusqu'au 1er janvier 2002.

I. Introduction

Dans de nombreuses juridictions à travers le monde¹, la « possibilité de fuite interne » (souvent appelée « possibilité de réinstallation interne ») est invoquée pour refuser le statut de réfugié aux personnes qui risquent une persécution pour un motif relevant de la Convention² dans une partie, et non l'ensemble, de leur pays d'origine³. Dans ce domaine du droit et de la politique des réfugiés, comme dans beaucoup d'autres, le caractère universel de la protection est mis à l'épreuve par les divergences entre les pratiques des États. Les objectifs de ce document sont donc : premièrement, d'examiner brièvement les origines et les évolutions de la pratique intégrant la possibilité de fuite interne dans la procédure de détermination du statut de réfugié ; deuxièmement, d'identifier les préoccupations majeures, en termes de

1. Ce concept n'est pas pertinent dans les États parties à la *Convention de l'Organisation de l'Unité Africaine régissant les aspects propres aux problèmes des réfugiés en Afrique de 1969*, Nations Unies, *Recueil des Traités*, vol. 1001, n° 45, entrée en vigueur le 20 juin 1974. En vertu de l'article I § 2 de cet instrument régional, la définition d'un réfugié inclut

« 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 ».

(C'est nous qui soulignons).

2. *Convention de 1951 relative au statut des réfugiés*, Nations Unies, *Recueil des Traités*, vol. 189, n° 150 (ci-après « *Convention de 1951* »).

3. C'est la conclusion des auteurs d'une étude sur la pratique des États dans dix-huit juridictions : voir European Legal Network on Asylum (ELENA), *The Application of the Concept of Internal Protection Alternative* (document de recherche, Conseil Européen sur les Réfugiés et les Exilés — ECRE-, Londres, 1998, mis à jour en 2000) (ci-après « *Document de recherche d'ELENA* »), p. 65 : « Toutefois, il n'existe aujourd'hui aucun doute que le concept est fermement établi dans la jurisprudence nationale des États parties à la *Convention de 1951* sur les réfugiés » (traduction libre). Par exemple, la Position commune de l'Union européenne de 1996 sur l'interprétation de la définition du réfugié mentionne la possibilité de protection interne : voir *Position commune du 4 mars 1996 définie par le Conseil sur la base de l'article K.3 du traité sur l'Union européenne, concernant l'application harmonisée de la définition du terme « réfugié » au sens de l'article 1 de la convention de Genève, du 28 juillet 1951, relative au statut des réfugiés*, JO 1996 L63/2 (ci-après « *Position commune de l'UE* »). Ce concept a également été récemment codifié en droit américain de l'asile par des amendements à la réglementation : voir *Code of Federal Regulations* (CFR), Titre 8, Réglementation sur l'immigration et la nationalité, s. 208.13 (ci-après « *Réglementation américaine* »), qui dispose que la présomption en faveur de l'octroi du statut de réfugié, du fait de persécutions antérieures, ne s'étend pas aux demandeurs qui « pourraient échapper à une persécution future en s'établissant dans une autre partie du pays de nationalité [...] et, compte tenu des circonstances, il serait raisonnable d'attendre du demandeur qu'il agisse de la sorte » (s. 208.13(1)(i)(B)). En outre, la réglementation prévoit qu'un demandeur « n'a pas de crainte fondée de persécution s'il peut échapper à la persécution en s'établissant dans une autre partie du pays de nationalité [...] si, compte tenu des circonstances, il serait raisonnable de s'attendre à ce que le demandeur agisse de la sorte » (s. 208.13(2)(C)(ii)) (traduction libre).

protection, soulevées par les principales formulations de cette notion ; et troisièmement, de proposer les règles de fond et de procédure adéquates qui reconnaissent la possibilité légale de prendre en compte cette notion dans certaines circonstances, mais qui, selon nous, évitent la plupart des lacunes en termes de protection qui découlent de la pratique et de la doctrine actuelles.

Pour plus de clarté, nous nous référons, dans ce document, à l'approche suivant la « meilleure norme » quand nous évoquons « la possibilité de protection interne », une expression dont les termes saisissent plus précisément l'étendue autorisée du pouvoir discrétionnaire de l'État. En résumé, nous estimons que le statut de réfugié ne peut pas légalement être refusé pour la simple raison que le demandeur d'asile aurait d'abord dû essayer de fuir à l'intérieur de son propre pays, ni même au motif qu'il serait aujourd'hui possible pour lui d'être en « sécurité » dans son pays d'origine en se réinstallant ailleurs. Toutefois, lorsqu'on démontre qu'un demandeur d'asile a accès à une véritable *protection* à l'intérieur de son propre pays, le statut de réfugié n'a pas besoin d'être accordé. Il en est ainsi parce que le droit international des réfugiés est uniquement conçu pour apporter une protection de substitution à des personnes exposées à des menaces graves. Son but n'est pas de supplanter la règle première selon laquelle les personnes doivent rechercher protection auprès de leur État de nationalité, mais simplement de fournir un filet de sécurité au cas où un État ne remplirait pas ses responsabilités élémentaires en matière de protection⁴. Comme l'a observé la Cour suprême du Canada :

La communauté internationale était destinée à servir de tribune de second ressort pour le persécuté, de « substitut » auquel celui-ci pourrait s'adresser à défaut de protection locale. Le droit international relatif aux réfugiés ne repose pas simplement sur la nécessité d'abriter ceux qui sont persécutés par l'État, mais, d'une façon plus générale, sur celle de donner asile à ceux auxquels l'État d'origine ne peut pas fournir ou ne fournit pas de protection contre la persécution⁵.

Il s'ensuit en toute logique que les personnes qui sont exposées même à des menaces graves, mais qui peuvent obtenir une réelle protection de la part de leur propre gouvernement, ne sont pas éligibles au statut de réfugié au sens de la *Convention de 1951*. Il est donc sensé que les tribunaux de la plupart des pays exigent que les demandeurs d'asile épuisent toutes les possibilités raisonnables de protection nationale comme condition préalable à la reconnaissance du statut de réfugié. Lorsque, par exemple, le risque de persécution trouve son origine dans les actes d'une autorité locale déviante ou d'une entité non étatique (telle qu'un groupe paramilitaire ou un

4. J.C. Hathaway, *The Law of Refugee Status* (Butterworths, Toronto, 1991) (ci-après « Hathaway, *Refugee Status* »), cite, aux pages 127 et 128, le Conseil d'État français dans une décision (CE, section, Dan-kha, 27 mai 1983) énonçant : « Des persécutions exercées par des particuliers, organisés ou non, peuvent être retenues, dès lors qu'elles sont en fait encouragées ou tolérées volontairement par l'autorité publique, de sorte que l'intéressé n'est pas effectivement en mesure de se réclamer de la protection de celle-ci ».

5. *Canada (Procureur général) c. Ward*, [1993] 2 SCR 689 à 716.

groupe d'autodéfense) auxquels le gouvernement peut mettre, et met effectivement, fin, une protection internationale de substitution n'est pas nécessaire.

Le scepticisme courant des avocats à propos — et fréquemment de leur rejet souvent catégorique⁶ — du recours systématique aux possibilités de protection interne est principalement dû à deux facteurs. Premièrement, même si le droit des réfugiés est généralement conçu comme une protection de substitution, la pratique des États a traditionnellement accepté que la preuve d'une menace suffisamment grave dans une partie du pays d'origine suffisait. Une personne avait habituellement droit au statut de réfugié si elle craignait « avec raison d'être persécutée du fait de sa race, de sa religion, de sa nationalité, de son appartenance à un certain groupe social ou de ses opinions politiques⁷ » dans sa ville ou sa région d'origine. Jusqu'au milieu des années 80, il n'y avait pas de pratique de refus systématique de l'asile au motif qu'une protection contre une menace avérée pouvait être assurée dans une autre partie de l'État d'origine du demandeur.

D'une certaine manière, la traditionnelle absence quant à l'exploration de la possibilité d'une protection interne reflétait simplement la prédisposition des États d'asile occidentaux à répondre de manière généreuse (pour des raisons politiques et idéologiques) aux arrivées, alors prédominantes à leurs frontières, de réfugiés fuyant le communisme. Avec l'arrivée, au cours des années 80, d'un nombre croissant de réfugiés originaires de pays « différents » des pays d'asile occidentaux au plan politique, racial et culturel, l'ouverture traditionnelle du monde développé aux flux de réfugiés a laissé place à l'exploration de moyens, juridiques et autres, d'échapper à l'obligation légale d'admettre les réfugiés⁸. La recherche d'une alternative de fuite interne est née dans ce contexte et a joué un rôle majeur pour justifier les refus d'octroi du statut de réfugié.

En plus des inquiétudes soulevées par ses origines malencontreuses, l'opportunité de la prise en compte de possibilités internes autres que l'asile, a été remise en question par le manque de clarté sur *les raisons* pour lesquelles ces considérations font partie intégrante de la procédure de détermination du statut. Ni le Haut Commissariat des Nations Unies pour les Réfugiés, ni la plupart des États n'ont été cohérents et clairs dans l'élaboration du fondement juridique du recours à cette notion. Comme le montre l'analyse développée dans les parties II et III de ce document, la formulation, apparemment simple, du principe masque d'énormes variations entre les États, voire même à l'intérieur des États. La confusion doctrinale conduit à des

6. Voir par exemple, B. Frelick, « Down the Rabbit Hole : The Strange Logic of Internal Flight Alternative », in *World Refugee Survey* (US Committee for Refugees, Washington DC, 1999), p. 22 (ci-après « Frelick »).

7. Article 1 A 2 de la *Convention de 1951*.

8. Voir J.C. Hathaway, « The Emerging Politics of *Non-Entrée* », 91 *Refugees*, 1992, pp. 40-1 ; également publié sous le titre « L'émergence d'une politique de non-entrée » in *Frontières du droit, Frontières des droits* (ed. F. Julien-Laferrière, l'Harmattan, Paris, 1993), pp. 65-7.

résultats extrêmement contradictoires pour les demandeurs d'asile et constitue une source d'imprévisibilité dans le processus décisionnel concernant les réfugiés.

Nonobstant ces préoccupations légitimes, il faut reconnaître que l'évolution récente vers la prise en compte du concept de possibilité de fuite interne peut également être expliquée depuis la fin des années 1980 par le nombre croissant de personnes en quête d'asile, qui fuient des menaces en grande partie régionalisées (notamment de nombreux conflits armés internes) plutôt que des États agresseurs monolithiques. L'évolution de la nature des circonstances entraînant la fuite peut avoir permis de prendre en considération la possibilité d'assurer à la personne une protection à l'intérieur de son propre État, d'une manière qui n'existait pas quand l'agresseur était habituellement un gouvernement central. Si le droit international des réfugiés est une protection de substitution, et si une protection nationale peut (compte tenu de la nature régionalisée de nombreux phénomènes à l'origine de flux de réfugiés) être assurée dans certaines parties de l'État d'origine, mais pas dans toutes, il s'ensuit logiquement que le droit des réfugiés doit être appliqué d'une manière qui reconnaît les réalités et les possibilités qui subsistent pour les personnes ou les groupes de bénéficier de la protection de leur propre pays, mais qui ne compromet pas l'accès à l'asile pour celles qui ne sont pas en mesure de se prévaloir de la protection nationale.

Définir cet équilibre a été la tâche du premier Colloque de l'Université de Michigan sur les défis en droit international des réfugiés, organisé en avril 1999. En s'appuyant sur un cadre préparé par le principal co-auteur de ce document en coopération avec le Conseil européen sur les réfugiés et les exilés (CERE/ECRE), un groupe de neuf étudiants de l'Université de Michigan en licence de droit, a entrepris une étude complète de la jurisprudence pertinente des principaux pays d'asile. Ils ont synthétisé leur recherche collective en sous-thèmes adéquats et ont formulé un ensemble de critiques sur le plan juridique et politique. Ces dernières ont été partagées avec un groupe d'éminents universitaires spécialistes du droit des réfugiés, originaires du monde entier et, en réponse, chacun a rédigé un court document. Les étudiants et les universitaires ont ensuite travaillé en collaboration pendant trois jours à Ann Arbor — Michigan — du 9 au 11 avril 1999, afin d'affiner un cadre d'analyse permettant de concilier les questions de protection interne dans le respect des obligations générales découlant de la *Convention de 1951*. Le fruit de ce travail est intitulé « Les Recommandations de Michigan sur l'alternative de protection interne »⁹. Ces recommandations ont été diffusées auprès de responsables politiques, de décideurs et d'avocats à travers le monde, notamment aux membres de l'Association internationale des juges du droit des réfugiés. La première instance à avoir adopté formellement ces recommandations a été la *New Zealand Refugee Status Appeals Authority* (Instance d'appel de Nouvelle-Zélande pour le statut de réfugié)

9. Voir J.C. Hathaway, « Les recommandations de Michigan sur l'alternative de protection interne », 21(1) *Michigan Journal of International Law*, 1999, p. 131 et disponible sur <http://refugeecaselaw.org/frenchGuidelines.pdf> (ci-après « *Lignes directrices de Michigan* »).

dans sa décision No. 71684/99 du 29 octobre 1999¹⁰. Les recommandations énoncées dans ce document (détaillées dans les parties IV à VI) s'en inspirent largement, même si l'accent est parfois mis sur d'autres aspects.

En résumé, quelles que soient les raisons précises à l'origine du développement et de la prolifération de la notion de possibilité de fuite interne dans la jurisprudence de nombreux États, l'objectif de ce document n'est ni d'engager un débat sur les origines controversées de cette notion, ni d'argumenter sur son rejet pour ce motif. Cette étude analyse plutôt le fondement juridique du droit affirmé au refus d'octroi du statut de réfugié pour des motifs de protection interne et cherche à définir clairement l'étendue légitime de règles régissant son application pratique.

II. **Évolution conceptuelle de l'examen de la possibilité de fuite interne**

Les origines précises de la notion de possibilité de fuite interne ne sont pas claires. Toutefois, la source à laquelle il est fait le plus souvent référence comme renfermant la formulation classique de ce principe est le paragraphe 91 du *Guide* du HCR, selon lequel :

La crainte d'être persécuté ne doit pas nécessairement s'étendre à l'ensemble du territoire du pays dont l'intéressé a la nationalité. En cas de conflit entre des ethnies ou en cas de troubles graves équivalant à une situation de guerre civile, les persécutions dirigées contre un groupe ethnique ou national particulier peuvent être limitées à une partie du pays. En pareil cas, une personne ne se verra pas refuser le statut de réfugié pour la seule raison qu'elle aurait pu chercher un refuge dans une autre partie du même pays si, compte tenu de toutes les circonstances, on ne pouvait raisonnablement attendre d'elle qu'elle agisse ainsi¹¹.

Bien qu'il n'y ait aucun doute sur le fait que le HCR espérait que le paragraphe 91 dissuaderait les États de refuser le statut de réfugié à des personnes « pour la seule raison » qu'elles auraient pu chercher un refuge interne, trois aspects saillants de cet énoncé ont, en pratique, souvent conduit à des refus indus de protection. Premièrement, la formulation du paragraphe 91 sous-entend que le refus du statut de réfugié *peut* être justifié si le demandeur n'a pas cherché un refuge dans une partie du pays de nationalité, et introduit donc un fondement légitime pour l'application de cette notion. Deuxièmement, il emploie des termes suggérant une analyse rétrospective, à savoir un examen de la question de savoir si le réfugié « *aurait* pu chercher un refuge dans une autre partie du même pays » (C'est nous qui soulignons). Plutôt que de se concentrer sur la situation difficile dans laquelle le demandeur se trouve au moment de la détermination, la formulation du *Guide* semble exiger une

10. [2000] INLR 165 ; cette décision figure également sur www.refugee.org.nz/index.htm.

11. HCR, *Guide des procédures et critères à appliquer pour déterminer le statut de réfugié au regard de la Convention de 1951 et du Protocole de 1967 relatifs au statut des réfugiés* (Genève, 1979, réédité en 1992) (ci-après « *Guide* »), paragraphe 91 (L'italique figure dans la version originale).

évaluation de l'opportunité du comportement du demandeur avant sa fuite, une notion exprimée dans l'expression abrégée « fuite interne ». Troisièmement, il introduit le concept de « caractère raisonnable » dans la détermination, un concept qui ne découle ni de la *Convention de 1951* elle-même, ni du *Guide*. Cette formulation a une connotation de punition : si le fait de ne pas avoir cherché un refuge interne n'est pas considéré comme « raisonnable », alors la personne doit être exclue de la protection. Cela est évidemment difficile à concilier avec les clauses d'exclusion énoncées de manière explicite et étroitement circonscrite, dans la *Convention de 1951*.

Bien que le *Guide* ait été publié en 1979, la notion de possibilité de fuite interne est restée largement inappliquée jusqu'au milieu des années 1980, au moment où les États du Nord ont commencé à explorer les possibilités légales de restreindre l'application et la portée de la *Convention de 1951*. La jurisprudence relative à la possibilité de fuite interne peut être considérée comme ayant débuté en 1983-84 quand la Haute Cour administrative allemande, dans une approche validée par la Cour constitutionnelle fédérale en 1989, a instauré une analyse en deux étapes, reflétant étroitement le cadre énoncé au paragraphe 91¹². Toutefois, il est important de noter que la Cour n'a pas adopté l'approche rétrospective suggérée par le *Guide*, mais qu'elle a conclu qu'un demandeur pouvait se voir refuser la protection s'il était en mesure de trouver la sécurité dans une autre région de son pays d'origine, à condition que la région proposée ne présente pas d'autres dangers ou inconvénients équivalant à une persécution. L'essentiel de cette approche a vite été adopté par les principales juridictions de *common law*¹³, bien que le second élément de l'analyse ait été modifié pour inclure le « caractère raisonnable » du *Guide* du HCR. Lorsque les cours d'appel ont commencé à confirmer systématiquement la légitimité de la notion de possibilité de fuite interne et à en préciser les critères¹⁴, la fréquence du recours à cette notion a dès lors considérablement augmenté durant les années 1990.

12. Jugement du 10 novembre 1989, Cour constitutionnelle fédérale allemande, 2 BvR 403/84, 2 BvR 1501/84, *Entscheidungssammlung zum Ausländer-und Asylrecht* (EZAR) 203 No. 5.

13. Dans deux affaires antérieures, les tribunaux britanniques et américains ont adopté la doctrine de la possibilité de refuge interne sans pour autant s'engager dans une analyse approfondie de ses critères. Dans l'affaire *R c Immigration Appeal Tribunal (IAT), ex parte Jonah*, [1985] Imm AR 7, la High Court of Justice (Queen's Bench Division) (QBD) d'Angleterre a proposé qu'un syndicaliste originaire du Ghana craignant des persécutions à son ancien domicile, se voit refuser le statut de réfugié s'il pouvait vivre dans un village plus éloigné. La Cour lui a finalement accordé l'asile car son installation dans un autre endroit l'aurait forcé à être séparé de sa femme (application antérieure de l'analyse du caractère raisonnable). Dans l'affaire *Matter of Acosta*, 19 I&N Décisions 211, le Board of Immigration Appeals (BIA) des États-Unis a rejeté, en 1985, l'appel d'un Salvadorien en se basant en partie sur le fait que « les faits ne montraient pas que cette menace existait dans d'autres villes du Salvador. Il se pourrait que le demandeur ait pu éviter la persécution en se rendant dans une autre ville de ce pays » (paragraphe 235-6) (traduction libre).

14. En 1990, la Cour d'appel américaine (*Third Circuit*) a estimé qu'un requérant devait alléguer dans sa demande d'asile *prima facie* qu'« il serait persécuté au-delà des environs immédiats de sa ville d'origine » : *Étugh c. Immigration and Naturalization Service (INS)*, 921 F 2d 36 à 39. En 1991, la English High Court (QBD) a cité textuellement le paragraphe 91 et l'a invoqué pour rejeter une demande d'asile :

La formulation du *Guide* n'a pas explicitement servi de base textuelle pour l'analyse de la possibilité de fuite interne. Toutefois, le HCR a fourni des orientations supplémentaires pour l'application adéquate de cette analyse en mars 1995, dans une *Note d'information sur l'article 1 de la Convention de 1951* qui déclare que « l'hypothèse sous-jacente » sur laquelle se fonde l'application de la doctrine est « l'impossibilité localisée à une région, pour un État de protéger ses citoyens contre la persécution, ». Il explique ainsi :

Dans de telles circonstances, il est assuré que les autorités de l'État veulent protéger une personne de la persécution provenant d'agents non-étatiques mais qu'elles en ont été empêchées ou qu'elles sont, pour d'autres raisons, incapables d'assurer cette protection dans certaines régions du pays¹⁵.

Un élément important de la formulation utilisée par le HCR en 1995 est que, tout en continuant à employer les termes de « possibilité de s'établir ailleurs dans le pays » et à proposer une analyse, au moins en partie, rétrospective¹⁶, le HCR a reconnu que l'accent qu'il convenait de mettre dans l'examen portait sur la capacité et/ou la volonté de l'État de nationalité d'assurer une *protection*. L'accent a été placé sur la nécessité d'une « possibilité effective de s'établir ailleurs dans le pays »¹⁷ qui n'existerait que lorsque la région proposée est « accessible en toute sécurité et que la stabilité et la sécurité y [sont] garanties de façon durable » *et* lorsque les conditions dans la région correspondent aux principaux instruments de protection des droits de l'Homme.

Cette méthode d'analyse, centrée sur la protection, a été encore plus clairement soulignée dans une présentation d'ensemble publiée plus tard au cours de la même année, par le bureau régional pour l'Europe du HCR¹⁸. Ce document insistait

R. c. Secretary of State for the Home Department, ex parte Gunes, [1991] Imm AR 278. En 1991 également, la Cour d'appel fédérale du Canada a faite sienne l'approche du paragraphe 91 — l'analyse en deux volets — en énonçant que le décideur doit être convaincu qu'« il n'existe pas de possibilité sérieuse que le requérant soit persécuté dans la partie du pays dans laquelle il estime qu'une possibilité de refuge interne existe » et que les conditions d'application de cette notion doivent être telles « qu'il ne serait pas déraisonnable pour lui, compte tenu de toutes les circonstances, y compris celles spécifiques au requérant, de chercher un refuge dans cet endroit » : *Rasaratnam c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration)*, [1992] 1 FCJ 706 à 710. En 1994, la Full Court of the Federal Court of Australia a rendu une décision importante dans l'affaire *Randhawa c. Minister for Immigration Local Government and Ethnic Affairs*, (1994) 124 ALR 265, du 19 mai 1994, dans laquelle elle a rejeté la demande d'un Sikh du Pendjab qui craignait d'être tué par des militants hindous en raison de son appartenance au parti Akali, en invoquant des motifs de refuge interne.

15. HCR, *Note d'information sur l'article 1 de la Convention de 1951*, mars 1995 (ci-après *Note d'information du HCR de 1995*), partie 6.

16. *Ibid.*, il est énoncé à la partie 6 : « La possibilité de trouver la sécurité dans d'autres régions du pays doit avoir existé au moment de la fuite et continuer d'exister lorsque la décision d'éligibilité est prise et lorsque le retour vers le pays d'origine est mis en œuvre ».

17. *Ibid.*

18. HCR, Bureau régional pour l'Europe, *An Overview of Protection Issues in Western Europe : Legislative Trends and Positions Taken by UNHCR*, European Series, vol. 1, No. 3 (septembre 1995) (ci-après *Présentation d'ensemble de 1995 du HCR*).

sur le fait que « la protection doit exister réellement pour la personne concernée dans l'autre lieu » et que « la protection doit être significative »¹⁹. Tout en continuant d'approuver la notion de « caractère raisonnable », issue du *Guide*, comme faisant partie de la notion de possibilité de fuite interne fondée sur la protection, pour la première fois le HCR a fourni quelques orientations concrètes relatives aux éléments principaux de l'appréciation du « caractère raisonnable »²⁰. L'analyse du caractère raisonnable est décrit comme incluant des facteurs tels que le respect des droits de l'Homme civils, politiques et socio-économiques élémentaires, les circonstances spécifiques au demandeur et même « l'intensité et la nature de la crainte elle-même »²¹.

L'analyse la plus récente du HCR relative au concept de possibilité de refuge interne est exposée dans une Position de 1999 intitulée « Relocating Internally as a Reasonable Alternative to Seeking Asylum ». Ce document renverse implicitement le raisonnement conceptuel des documents de 1995 (dans lesquels la possibilité de refuge interne était conçue comme relevant de la question de la volonté et de la capacité de l'État de nationalité d'assurer une *protection*). On considère désormais que la possibilité de refuge interne relève plutôt de la question de savoir si la crainte du demandeur est *fondée* ou non :

Dans les cas où la question de la réinstallation interne se pose, il faut se prononcer sur le point de savoir si le risque de persécution auquel la personne est exposée dans une partie du pays, peut être évité en vivant dans une autre partie du pays. Si c'est le cas, et si cette réinstallation interne est à la fois possible et raisonnable pour l'intéressé, cela a un *impact direct sur les décisions relatives au bien fondé de la crainte*. Dans le cas où il existe une partie du pays où il est à la fois sûr et raisonnable de vivre pour le demandeur d'asile, le critère de la « crainte fondée » peut ne pas être rempli. L'analyse des possibilités de réinstallation interne peut constituer un élément légitime de l'analyse globale de la question de savoir si la crainte de persécution du demandeur d'asile est en fait fondée²².

Outre le fait d'introduire un changement conceptuel important, en passant d'une analyse fondée sur la protection à une analyse fondée sur le bien fondé de la crainte, il ressort manifestement du passage précité que la Position de 1999 emprunte également les termes de « réinstallation interne », reflétant certaines pratiques étatiques ayant tenté de s'éloigner de l'accent mis sur la « fuite » pour adopter

19. *Ibid.*, p. 32 (traduction libre).

20. *Ibid.*

21. *Ibid.* (traduction libre).

22. HCR, « Relocating Internally as a Reasonable Alternative to Seeking Asylum — The So-Called « Internal Flight Alternative » or « Relocation Principle » », 1999 (ci-après « Position du HCR de 1999 »), paragraphe 9 (C'est nous qui soulignons). (traduction libre). Note de la traduction : pour la position la plus récente, voir : *Principes directeurs sur la protection internationale* : « La possibilité de fuite ou de réinstallation interne » dans le cadre de l'application de l'Article 1A(2) de la Convention de 1951 et/ou du Protocole de 1967 relatifs au statut des réfugiés, 23 juillet 2003 — <http://www.unhcr.fr/cgi-bin/texis/vtx/publ/openssl.pdf?tbl=PUBL&id=41e29f4c2>

une analyse prospective des possibilités de réinstallation interne²³. La Position de 1999 suggère la prise en compte de deux éléments clés : tout d'abord, la question de savoir si l'autre endroit constitue un lieu sûr (analyse de l'absence de risque à cet endroit et de son caractère généralement habitable, stable et accessible) ; et, deuxièmement, la question de savoir s'il serait raisonnable pour ce demandeur d'asile de chercher la sécurité à cet endroit (ce qui inclurait la prise en compte d'une liste non exhaustive de facteurs énoncés dans la Position tels que l'âge, le sexe, la santé, la situation et les relations familiales, les questions de langue et les conditions économiques et tout autre facteur de vulnérabilité). Comme cela sera expliqué ci-dessous, le fait de fonder l'examen sur ces deux notions est problématique²⁴. Bien que le changement important opéré par le HCR dans son approche de l'« origine textuelle » correcte de l'analyse de la possibilité de fuite interne ait été conforté par certaines pratiques étatiques, il est néanmoins essentiel d'examiner, à titre préliminaire, si le fait de considérer l'examen de cette possibilité comme portant sur l'existence d'une crainte fondée, est justifié au regard du droit international.

III. Fondement conceptuel de l'analyse de possibilités de refuge interne comme alternative à l'asile

Les principales affaires concernant la possibilité de refuge interne ont généralement relevé que la définition du réfugié figurant à l'article 1 A 2 de la *Convention de 1951* incluait deux clauses principales : la clause relative à la crainte fondée (« craignant avec raison d'être persécutée du fait de sa race, de sa religion, de sa nationalité, de son appartenance à un certain groupe social ou de ses opinions politiques ») et la clause relative à la protection (« se trouve hors du pays dont elle a la nationalité et ne peut ou, du fait de cette crainte, ne veut se réclamer de la protection de ce pays »). Tandis que les tribunaux ont souvent reconnu que l'origine textuelle la plus évidente pour la possibilité de refuge interne se trouvait dans la clause relative à la protection²⁵, les éléments des deux clauses sont parfois réunis, ce qui revient à dire que la possibilité de refuge interne relève des deux volets. Par exemple, dans l'affaire *Randhawa c. Minister for Immigration, Local Government and Ethnic Affairs*, le juge Black a expliqué que :

Bien qu'il soit vrai que la définition du réfugié figurant dans la Convention ne fait pas référence à des parties ou régions d'un pays, cela ne justifie pas qu'on interprète la définition comme

23. Cette méthode d'analyse a été utilisée en particulier dans la jurisprudence de la Nouvelle-Zélande, bien que plus récemment celle des recommandations de Michigan ait été explicitement adoptée. Pour une étude de la méthode d'analyse utilisée par les autorités néo-zélandaises, voir Décision No. 71684/99, New Zealand Refugee Status Appeals Authority (RSSA), *supra* note 10.

24. Voir *infra* texte notes 85-111.

25. Voir par exemple, *Thirunavukkarasu c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration)*, Cour fédérale d'appel du Canada, [1994] 1 FC 589 ; *Re S.*, Décision No. 11/91, New Zealand RSSA, 5 septembre 1991 ; *Randhawa*, *supra* note 14.

accordant le statut de réfugié à ceux qui, bien qu'ayant une crainte fondée de persécution dans leur région d'origine, pourraient néanmoins se prévaloir de la protection réelle de leur pays de nationalité ailleurs à l'intérieur de ce pays. Dans la définition conventionnelle, l'accent ne porte pas sur la protection que le pays de nationalité pourrait être en mesure d'assurer dans une région donnée, mais sur une notion plus générale de protection par ce pays. S'il en était autrement, on aboutirait à une situation anormale où la communauté internationale serait dans l'obligation d'assurer une protection en dehors des frontières du pays de nationalité alors qu'une protection réelle pourrait être trouvée à l'intérieur de ces frontières [...]. Dans le cas présent, le délégué a demandé à juste titre si la crainte du demandeur était fondée par rapport au pays de nationalité, et pas seulement par rapport à la région dans laquelle il vivait²⁶.

De toute évidence, les éléments de « crainte fondée » et de « protection » sont, dans une certaine mesure, mêlés. En effet, en examinant si une personne craint avec raison d'être persécutée dans une région quelconque du pays, le décideur doit, en plus de l'identification du préjudice grave pouvant être infligé pour un motif conventionnel, également étudier de près la capacité et la volonté de l'État de contrer effectivement ce danger²⁷. Comme l'a formulé succinctement la Chambre des Lords dans l'affaire *R. c. Immigration Appeal Tribunal, ex parte Shah and Islam*, « Persécution = préjudice grave + absence de protection de l'État »²⁸. Si l'État peut effectivement

26. *Randhawa*, *supra* note 14, pp. 268-9 (traduction libre).

27. Hathaway, *Refugee Status*, *supra* note 4, p. 125. Cette formulation a été adoptée, par exemple, dans les affaires *R. c. IAT and Another, ex parte Shah ; Islam c. Secretary of State for the Home Department*, UK House of Lords, (1999) 2 AC 629 ; *Horvath c. Secretary of State for the Home Department*, House of Lords, [2000] 3 All ER 577 ; et *Canada (Procureur général) c. Ward*, *supra* note 5. Dans l'affaire *Minister for Immigration and Multicultural Affairs c. Khawar and Others*, [2002] HCA 14, les juges McHugh et Gummow de la Haute Cour d'Australie ont estimé que l'absence de protection nationale n'était pas pertinente pour l'appréciation de la « persécution » : paragraphes 66-72. Toutefois, les deux autres juges formant la majorité n'étaient pas d'accord. Le juge Kirby a explicitement affirmé le point de vue général en *common law* selon lequel l'absence de protection de l'État était un élément essentiel du fait « d'être persécuté » : paragraphes 106-18. Le juge Gleeson est également convenu que « l'absence d'intervention de l'État pour protéger la victime [de persécution] peut être pertinente par rapport à la question de savoir si la crainte persistante de persécution de la victime est fondée » (paragraphe 29) et il a semblé approuver également l'approche « en deux branches » de la persécution en énonçant que « si la persécution consiste en deux éléments, le comportement criminel de citoyens privés et la tolérance ou l'indulgence de l'État ou des agents de l'État face à ce comportement, qui revient à refuser la protection à laquelle les victimes ont droit, alors l'exigence que la persécution soit liée à l'un des motifs de la Convention peut être satisfaite par la motivation des criminels ou de l'État (paragraphe 31). Le juge Callinan n'a pas abordé cette question dans son opinion dissidente. (traduction libre).

28. *R. c. IAT and Another, ex parte Shah ; Islam c. Secretary of State for the Home Department*, *supra* note 27 par Lord Hoffmann. Lord Hoffmann a expliqué, p. 653, que la persécution pertinente comprenait deux éléments :

Tout d'abord, il y a la menace de violence à l'égard de Mme Islam par son mari et ses amis politiques et à l'égard de Mme Shah par son mari. Il s'agit d'une affaire personnelle, dirigée contre elles en tant que personnes. Deuxièmement, il y a l'incapacité ou l'absence de volonté de l'État de faire quoi que ce soit pour les protéger [...]. Ces deux éléments doivent être combinés pour constituer une persécution au sens de la Convention. (traduction libre).

supprimer le risque de préjudice grave dans le lieu d'origine du demandeur, alors la personne n'a pas de crainte fondée de persécution.

Toutefois, il est essentiel de comprendre que l'analyse change considérablement dès lors qu'il a déjà été établi que la personne a une crainte fondée de persécution dans sa région d'origine (région « A »), ce qui sous-entend que l'État n'a pas la capacité ou la volonté de la protéger dans cette région²⁹. Une fois cela établi, il n'est ni logique, ni réaliste d'estimer que le fait que l'État puisse protéger la personne dans une *autre* région du pays (région « B ») signifie qu'elle n'a plus de crainte fondée de persécution dans la région A³⁰. La crainte fondée de persécution dans la région A n'a pas été supprimée ou éliminée par l'exercice d'une protection nationale dans la région B, pas plus que le risque serait supprimé ou éliminé par l'existence d'une protection dans un pays de deuxième nationalité ou dans un État d'asile. Dans tous ces cas, le réfugié continue d'être exposé à une crainte fondée de persécution dans la région A de son pays d'origine, mais il est en mesure de se prévaloir d'une protection nationale compensatoire. Raisonner autrement reviendrait à élaborer une fiction juridique fondamentalement contraire au bon sens.

29. H. Storey a récemment remis en question la logique de ce qu'il appelle le « critère de l'origine », qui part de l'hypothèse qu'une demande de reconnaissance du statut de réfugié devrait tout d'abord être examinée par rapport au lieu d'origine du demandeur. Son argument principal consiste à dire que cette approche importe de manière injustifiée un critère de domicile en droit des réfugiés, en considérant comme juridiquement sans importance les risques qui peuvent exister dans d'autres parties du pays d'origine du demandeur. « Les risques de ce type peuvent être plus ou moins réels, ou plus ou moins éloignés, mais jamais purement théoriques » : H. Storey, *The Internal Flight/Protection Alternative — Key Issues*, juillet 2001, p. 15 (archives des auteurs). (traduction libre). Tout bien considéré, il y a toutefois peu de raison de s'écarter de la pratique acceptée consistant à se concentrer sur l'examen des conditions régnant dans la région d'origine du demandeur d'asile. Sur le plan de la preuve, rien n'empêche un demandeur qui pense que les risques existant dans une autre région peuvent avoir un impact sur sa région d'origine de fournir des preuves à ce sujet. Dans la mesure où le statut de réfugié s'appuie sur les risques à venir et nécessite seulement de prouver qu'il existe un « risque réel » ou une « possibilité sérieuse » d'être persécuté, le fait que le préjudice n'ait pas encore eu lieu dans la région d'origine n'est en rien préjudiciable à la demande. D'un autre côté, si cette preuve n'est pas apportée, il est difficile de concevoir pourquoi le statut de réfugié doit être reconnu. Un argument comprenant un risque de dérapage peut également être avancé : tout écart par rapport à la prise en compte des conditions régnant dans la région la plus familière au demandeur risque de lui rendre la tâche partagée d'établissement des faits difficile (voir *Guide, supra* note 11, paragraphe 196) et va dans le sens de la logique d'exiger la preuve d'un risque de persécution s'étendant à l'ensemble du pays (voir texte *infra* notes 32-9).

30. Selon G. de Moffarts, *Refugee Status and the Internal Flight or Protection Alternative* (commentaires présentés lors de la réunion de l'Association internationale des juges du droit des réfugiés, *The 1951 Convention at Fifty : The Way Forward*, Prétoria, Afrique du Sud, 12-15 juillet 2001) (ci-après « de Moffarts ») : « La possibilité de refuge interne est une conséquence du caractère substitutif de la protection internationale. La définition de la Convention elle-même limite le statut de réfugié à une personne qui peut démontrer l'incapacité ou le manque légitime de volonté de 'se prévaloir de la protection de l'État (d'origine)' » (traduction libre).

En effet, le texte de la *Convention de 1951* envisage lui-même que la possibilité d'une protection nationale n'allège pas nécessairement la crainte fondée, comme cela a été clairement expliqué par le juge Sedley dans la décision *Karanakaran* qui fait école :

Le juge spécial, tout comme le tribunal, n'ont pas réussi à aborder la Convention de manière méthodique. Ils ont considéré l'existence d'une [protection] interne comme une raison d'estimer que la crainte de persécution n'était pas fondée. Il peut éventuellement exister des pays dans lesquels une crainte de persécution, bien que réelle, peut si facilement être allégée, dans un cas particulier en se déplaçant vers une autre partie du pays, qu'on peut dire que la crainte est soit inexistante soit non fondée, ou que ce n'est pas « du fait de » cette crainte que le demandeur est ici. Mais une limite claire est apportée à ce moyen de refuser une demande d'asile par la disposition suivante de l'article qui requiert que le demandeur d'asile ne puisse ou ne veuille, du fait de « cette crainte » — *ex hypothesi* sa crainte fondée de persécution —, se prévaloir de la protection de son État d'origine. Si la simple existence d'une protection dans une partie du pays d'origine détruisait la cause de la crainte ou l'effet de causalité, cette disposition ne serait jamais satisfaite³¹.

Au cas où nous serions tentés de penser qu'il s'agit simplement d'un débat sémantique, il est important de tirer au clair les conséquences pratiques négatives découlant du fait de rattacher l'analyse de la possibilité de refuge interne à l'énoncé du bien fondé de la crainte dans la *Convention de 1951*.

Tout d'abord, cela a conduit certains États et tribunaux à exiger que le demandeur établisse une « persécution dans l'ensemble du pays »³². Si la crainte d'un demandeur est considérée comme non-fondée quand il est objectivement raisonnable pour lui de se réinstaller dans une partie de son pays d'origine, il n'est pas illogique de lui demander d'établir non seulement une crainte fondée dans sa propre localité mais aussi dans toute autre ville ou village du pays d'origine. Par exemple, dans l'affaire *In Re C.A.L.*, le *US Board of Immigration Appeals* (Commission d'appel de l'immigration

31. *Karanakaran c. Secretary of State for the Home Department*, English Court of Appeal, [2000] 3 All ER 449 à 473-4 (traduction libre).

32. Cette approche a été critiquée par le HCR : « Une pratique continue dans certains pays consistait à interpréter restrictivement les différents éléments de la définition du réfugié [...] et à exiger, de plus, que les demandeurs d'asile respectent une charge et un niveau de preuve excessivement stricts. Par exemple, un petit nombre de pays rejetait des demandeurs d'asile au motif que, bien qu'ils aient démontré une crainte fondée de persécution, ils ne pouvaient pas prouver que ladite crainte s'étendait à l'ensemble du territoire de leur pays d'origine » : UN Doc. E/1991/85, 30 mai 1991, p. 5 (traduction libre). Il est intéressant de noter que, malgré cette position officielle, un responsable du HCR a récemment soutenu qu'il devrait y avoir une approche en trois étapes pour déterminer s'il existait une possibilité de refuge interne, la première question étant de savoir si le demandeur d'asile avait « démontré une possibilité raisonnable d'être persécuté dans l'ensemble du pays d'origine ». Dans ce cas, « cela prouve que sa crainte est fondée » : H. Massey, *Reasonableness Rescued ? The Michigan Guidelines on the 'Internal Protection Alternative' and UNHCR's Position on 'Relocating Internally as a Reasonable Alternative to Seeking Asylum'* (projet manuscrit de document de travail daté de mai 2001) (ci-après « Massey »), p. 4 (dossiers des auteurs) (traduction libre).

des États-Unis) a rejeté la demande de reconnaissance du statut de réfugié d'un homme originaire du Guatemala en se fondant, entre autres, sur le fait que :

Il n'a fourni aucune preuve convaincante montrant que sa crainte de persécution existerait dans l'ensemble du Guatemala. Cette Commission a jugé qu'un étranger cherchant à répondre à la définition d'un réfugié doit faire davantage que démontrer une crainte fondée de persécution dans un endroit particulier du pays. *Il doit démontrer que la crainte de persécution existe pour lui dans l'ensemble du pays.* (C'est nous qui soulignons)³³

De même, la Cour d'appel des États-Unis (*Third Circuit*) a rejeté l'appel d'un homme originaire du Nigeria, estimant que le requérant avait fait une erreur dans sa demande déposée devant le *Board of Immigration Appeals* en omettant d'alléguer qu'il serait dans l'incapacité de vivre en sécurité dans une autre partie du pays. La Cour a conclu en substance :

Dans cette affaire, le Board a estimé à juste titre qu'Étugh n'avait pas présenté de bons arguments pour un dossier d'asile *prima facie*. Étugh a omis d'alléguer qu'il serait persécuté au-delà des environs immédiats de sa localité, Akirika [...]. La portée de la persécution alléguée par Étugh n'est pas nationale et ne permet pas de faire droit à sa demande de réouverture³⁴.

Cette approche ne trouve pas de justification dans le texte de la *Convention de 1951* ; elle revient plutôt à ajouter, à la définition de la Convention, des termes restrictifs qui n'y figurent pas, pour que celle-ci soit interprétée comme exigeant « [une crainte fondée] d'être persécuté *dans l'ensemble du pays de nationalité* »³⁵. En outre, cela fait reposer sur les demandeurs d'asile une charge extrêmement lourde, charge

33. Décision No. A70-684-022, BIA, 21 février 1997, p. 5 (traduction libre). Voir aussi l'affaire *Matter of R.*, Décision provisoire No. 3195, BIA, 15 décembre 1992, dans laquelle la Commission a déclaré que « bien qu'il ne soit pas toujours nécessaire de démontrer une crainte dans l'ensemble du pays, il relève plus de l'exception que de la règle qu'une personne soit reconnue comme réfugiée sans cela » (traduction libre). Voir aussi l'affaire *In Re A.E.M.*, BIA, Décision provisoire No. 3338, 20 février 1998, dans laquelle le BIA a jugé qu'« à la lumière de la situation du pays [...] [établissant] que le Sentier lumineux n'opère que dans quelques zones du Pérou, les demandeurs n'ont fourni aucune preuve montrant que leur crainte de persécution de la part du Sentier lumineux s'étendrait à l'ensemble du pays » (traduction libre). Voir aussi les US Regulations, *supra* note 3. Le IAT au Royaume-Uni a adopté une approche similaire pour l'interprétation d'une mesure transposant le paragraphe 91 du *Guide* en droit national, qui dispose qu'« une demande d'asile réussie exige du demandeur qu'il établisse une persécution dans l'ensemble du pays vers lequel il est « raisonnable » de le renvoyer » : *Duprovac*, Décision No. R11846, IAT, 8 février 1995 (traduction libre).

34. *Étugh c. INS*, *supra* note 14 (traduction libre).

35. Voir H. Storey, *The Internal Flight Alternative Test : The Jurisprudence Re-examined*, 10 *International Journal of Refugee Law*, 1998, p. 499 à p. 524. Il est intéressant de noter que cette approche est implicitement adoptée dans le document de Massey, *supra* note 32, lorsqu'il cite les *Lignes directrices de Michigan* comme faisant référence à une crainte fondée de persécution dans une région, ou au moins une partie du pays d'origine. Il estime alors que « cette phraséologie soulève la question de savoir si, selon les *Lignes directrices*, le fait de prouver un risque de persécution dans une partie du pays d'origine prouve en réalité que la crainte du demandeur d'asile est fondée de manière générale, au sens de la définition du réfugié, ou que cela établit seulement une présomption à cet égard » : p. 4 (traduction libre).

aggravée par les nombreuses restrictions pratiques auxquelles les demandeurs sont souvent confrontés pour avoir accès à des informations suffisamment précises et complètes sur leur pays. Le HCR n'a eu de cesse de critiquer la notion de persécution s'étendant à l'ensemble du pays³⁶, décrivant cette exigence comme « une tâche impossible et en opposition manifeste avec la définition du réfugié, selon laquelle le critère essentiel est que le demandeur d'asile démontre qu'il a une crainte fondée de persécution pour l'un des motifs de la Convention »³⁷. En effet, cela est en contradiction avec la règle bien établie de la répartition de la charge de la preuve en matière de détermination du statut de réfugié, exprimée de la façon suivante par le HCR :

Bien que la charge de la preuve incombe en principe au demandeur, la tâche d'établir et d'évaluer tous les faits pertinents sera-t-elle menée conjointement par le demandeur et l'examineur. Dans certains cas, il appartiendra même à l'examineur d'utiliser tous les moyens dont il dispose pour réunir les preuves nécessaires à l'appui de la demande³⁸.

L'approche de la « persécution dans l'ensemble du pays » a également tendance à susciter une importante volonté d'en savoir davantage sur les régions offrant potentiellement une possibilité de protection et cela risque de créer « un assemblage de questions » résultant en une « absence d'analyse ciblée »³⁹.

À l'inverse, le fait d'analyser la possibilité de refuge interne comme une possibilité de protection donne une structure à l'exercice de détermination et encourage une approche logique et méthodique de la procédure⁴⁰. Cela aide donc considérablement les décideurs ainsi que les demandeurs. Une approche de la possibilité de refuge interne fondée sur la protection renforce le fait qu'une fois que le demandeur a établi une crainte fondée dans un endroit, il a droit au bénéfice complet de l'établissement de son cas *prima facie*. À cet égard, l'analyse de la possibilité de refuge interne est considérée comme comparable à l'examen de l'exclusion dans la mesure où la charge de la preuve qu'une telle possibilité existe incombe alors à la partie qui allègue.

Une deuxième préoccupation pratique importante réside dans le fait que considérer que la question de la possibilité de fuite interne fait partie de l'examen initial de l'existence d'une crainte fondée de persécution, encourage les décideurs à anticiper l'analyse de la crainte fondée dans la première région en abordant directement la question de la possibilité de fuite interne. Bien que le HCR insiste pour dire qu'il ne faut pas utiliser l'analyse de la possibilité de fuite interne pour refuser l'accès à la

36. Les préoccupations exprimées au sujet de cette notion remontent au moins à la déclaration de 1991, *supra* note 32.

37. HCR, *Interprétation de l'article 1 de la Convention de 1951 relative au statut des réfugiés*, avril 2001 (ci-après *Note du HCR de 2001 sur l'interprétation de l'article 1*), note 28.

38. *Guide*, *supra* note 11, paragraphe 196.

39. *Karanakaran c. Secretary of State for the Home Department*, *supra* note 31, p. 476, par Lord Sedley (traduction libre).

40. Les quatre étapes de l'examen de la possibilité de protection interne sont exposées dans le texte *infra* notes 112-85 et résumées dans les *Recommandations de Michigan*, *supra* note 9.

procédure de détermination du statut de réfugié⁴¹ ou comme une « réponse facile » ou un « raccourci » pour la contourner⁴², le fait d'intégrer la question dans l'analyse de la crainte fondée, a tendance à aboutir précisément à ce résultat. De nombreux exemples de décisions invoquent l'existence d'une possibilité de refuge interne pour rejeter une demande sans examiner les conditions à l'origine de la crainte fondée dans la région d'origine⁴³. Par exemple, dans l'affaire *Syan c. Refugee Review Tribunal and Another*, la Cour fédérale d'Australie a déclaré que, « ayant donné tort au demandeur sur la question du refuge interne, il n'était pas nécessaire de déterminer s'il avait une crainte fondée de persécution basée sur un motif conventionnel »⁴⁴. Cela confirme la pratique existante du *Refugee Review Tribunal* (Tribunal de recours des réfugiés), qui a rejeté de nombreux cas sur la question préalable de la possibilité de refuge interne sans même prendre en considération les caractéristiques de la crainte fondée de persécution du demandeur⁴⁵. De manière analogue, dans l'affaire *R. c. Secretary of State for the Home Department, ex parte Singh*, la *English High Court of Justice* (Haute Cour de Justice d'Angleterre) (*Queen's Bench Division*) a estimé que « l'option de refuge interne est un point qui, à lui seul, permet de se prononcer contre le demandeur »⁴⁶.

41. HCR, *Position de 1999*, supra note 22, paragraphe 2. Voir aussi HCR, *Note d'information de 1995* supra note 15, partie 6, où le HCR insiste sur le fait qu'« en raison de la complexité des questions traitées, le concept de l'option de refuge intérieur ne doit pas être appliqué dans le cadre de procédures accélérées ».

42. HCR, *Position de 1999*, supra note 22, paragraphe 18.

43. Voir, par exemple, la décision dans *R. c. IAT, ex parte Probakaran*, [1996] Imm AR 603, dans laquelle l'English High Court (QBD) énonçait : « Il me semble que s'il existe un lieu sûr, du point de vue de la Convention, vers lequel une personne peut être renvoyée à l'intérieur de son pays, la question de savoir, dans un certain nombre de cas, si elle encourrait un risque de persécution pour un motif conventionnel dans la partie du pays d'où elle est venue, est sans importance. Il est important de savoir s'il pourrait exister un risque de persécution pour un motif conventionnel seulement dans la mesure où ce risque pose la question de savoir s'il a été démontré qu'il ne serait pas raisonnable d'exiger du demandeur d'asile qu'il retourne vers la partie sûre de son pays » : p. 604 (traduction libre). Voir aussi *R. c. IAT, ex parte Mahendran*, Cour d'appel d'Angleterre, Décision du 13 juillet 1999 (décision non-publiée figurant aux archives des auteurs) qui conclut que, même quand un juge fait une erreur en matière de crédibilité, l'appel peut être rejeté parce que la possibilité de refuge interne peut être examinée de manière indépendante et autonome.

44. (1995) 61 FCR 284 à 288, par le juge Beazley (traduction libre).

45. Voir, par exemple, Décision No. V98/08482, Australian Refugee Review Tribunal (RRT), 31 mars 1999 : « Comme le Tribunal a estimé que le refuge interne constituait une possibilité viable [...] il n'a pas cherché à déterminer si le demandeur répondait par ailleurs à la définition du réfugié au sens de la Convention » (traduction libre) ; Décision No. V98/08414, RRT, mai 1999, dans laquelle il est énoncé qu'« il n'est pas nécessaire que le Tribunal détermine s'il existe une crainte fondée de persécution dans une partie d'un pays avant l'examen d'une possibilité de réinstallation interne » (traduction libre).

46. Décision No. CO/2696/98, English High Court (QBD), 3 mars 1999, par le juge Scott Baker (décision non-publiée figurant aux archives des auteurs) (traduction libre).

Cette approche est dangereuse, dans la mesure où l'analyse d'une possibilité de refuge interne nécessite « un examen approfondi visant à établir si la persécution à laquelle le demandeur est exposé est clairement limitée à un lieu spécifique et si une protection effective existe dans d'autres parties du pays »⁴⁷. Cette préoccupation est bien illustrée par l'affaire *R. c. Secretary of State for the Home Department, ex parte Akar*, dans laquelle une femme kurde, qui alléguait qu'elle-même et sa famille avaient soutenu le mouvement séparatiste kurde PKK, a vu sa demande d'asile rejetée par le juge, uniquement pour des motifs de possibilité de refuge interne et sans examiner toutes les preuves relatives à l'étendue et à la nature de sa crainte fondée de persécution. Suite à sa demande de réexamen par le juge, la *English High Court of Justice (Queen's Bench Division)* a rejeté ses conclusions et approuvé le recours à la notion de possibilité de refuge interne à titre préliminaire, de la manière suivante :

Troisièmement, la demanderesse allègue qu'il y a eu différentes erreurs dans l'examen des faits et que plusieurs éléments de la documentation de fond ont été ignorés. Selon moi, le juge spécial avait le droit, dans le cas d'espèce, de se concentrer comme il l'a fait sur les conditions à Istanbul, sur la présence des deux frères dans cette ville, et de conclure d'après tous les éléments portés à sa connaissance, qu'il n'y avait aucune raison d'estimer que cette femme ne pouvait pas de manière sûre et raisonnable vivre à Istanbul avec eux, en particulier dans la mesure où la persécution personnelle subie concernait la vie au village⁴⁸.

Cette décision doit être remise en question compte tenu des allégations de la demanderesse relatives à sa crainte fondée. Il est inhérent à la notion d'*alternative* interne que le décideur comprenne d'abord les conditions pour lesquelles la région sûre est considérée comme une alternative convenable. D'une part, en commençant l'examen par une évaluation de la crainte fondée de persécution dans la région d'où la personne a fui, avant de passer à la question de la protection, le décideur dispose d'un point de référence clair pour évaluer si la protection interne qui existe pour le demandeur est suffisante. D'autre part, le fait de placer cette analyse dans le cadre de la crainte fondée, permet au décideur de passer outre cette analyse minutieuse et crée un risque important que des demandes légitimes soient rejetées suite à un examen superficiel des circonstances.

En résumé, soutenir que l'existence d'une possibilité de protection interne supprime la crainte fondée de persécution, relève d'une fiction juridique qui a des implications concrètes préjudiciables aux demandeurs d'asile. Il est à la fois plus logique, et plus satisfaisant d'un point de vue linguistique, de considérer l'analyse de la possibilité de refuge interne comme relevant de la question de savoir si une protection nationale existe pour contrer la crainte fondée⁴⁹. Les termes de la *Convention de 1951* confortent naturellement une telle conceptualisation de la possibilité de

47. Décision No. 70951/98, New Zealand RSAA, 5 août 1998 (traduction libre).

48. Décision N° CO/1789/99, English High Court (QBD), 17 septembre 1999 (décision non-publiée figurant aux archives des auteurs) (traduction libre).

49. Selon la *Position commune de l'UE*, *supra* note 3, partie 8 :

Lorsqu'il apparaît que les persécutions sont clairement limitées à une portion déterminée du territoire, il peut être nécessaire, pour vérifier qu'est effectivement remplie la condition de l'article 1A de

refuge interne, qui est en outre cohérente avec la conception bien établie du droit des réfugiés vu comme une protection de substitution⁵⁰. En effet, fusionner les considérations de protection dans l'élément de crainte fondée rend l'aspect de protection de la définition largement superflu.

La principale objection⁵¹ qui a été faite par rapport à une interprétation de la possibilité de refuge interne ancrée dans la clause de protection de la *Convention de 1951*, est que cela étendrait de manière inacceptable la notion de « protection », au-

la Convention de Genève selon laquelle l'intéressé « ne peut ou, du fait de cette crainte fondée de persécution, ne veut se réclamer de la protection des autorités de son pays », d'examiner si l'intéressé peut trouver une protection efficace dans une autre partie de son propre pays, où l'on peut raisonnablement s'attendre à ce qu'il se rende.

50. Hathaway, *Refugee Status*, supra note 4, p. 133. Cette interprétation a été validée dans l'affaire *Applicant A. and Another c. Minister for Immigration and Ethnic Affairs and Another*, (1997) 190 CLR 225 à 248, dans laquelle le juge Dawson a déclaré que « c'est un fait bien accepté que le droit international des réfugiés a été conçu pour servir de 'substitut' à la protection nationale lorsque cette dernière faisait défaut en raison de discriminations à l'égard de personnes pour des motifs de statut civil ou politique » (traduction libre) ; *Canada (Procureur général) c. Ward*, supra note 5, p. 731 par le juge La Forest : « Le droit international des réfugiés a été conçu pour servir de 'substitut' à la protection nationale lorsque cette dernière faisait défaut » ; *Horvath c. Secretary of State for the Home Department*, supra note 27, p. 581 par Lord Hope : « Le but général de la Convention est de permettre à une personne qui ne bénéficie plus de la protection contre la persécution pour un motif conventionnel dans son propre pays, de se tourner vers la communauté internationale pour obtenir une protection » (traduction libre) ; p. 589 par Lord Lloyd : « Ainsi le principe de la protection de substitution trouve sa place dans la seconde moitié de l'article 1 A 2. En cas d'absence de protection de la part du pays d'origine, le demandeur sera incapable de se prévaloir de la protection de ce pays » (traduction libre) ; p. 594 par Lord Clyde. Cependant deux juges de la Haute Cour d'Australie ont récemment remis en question ce point de vue, estimant que la notion de droit des réfugiés comme protection de substitution « ajoute une couche de complexité [...] qui est une diversion inutile » : *Minister for Immigration and Multicultural Affairs c. Khawar and Others*, supra note 27, paragraphe 73, par les juges McHugh et Gummow (traduction libre).

51. Selon certains, la seconde préoccupation concerne le fait qu'il n'y a pas de « clause de protection » dans la partie de la définition du réfugié concernant les demandes de reconnaissance du statut de réfugié déposées par des apatrides. Une personne apatride a seulement besoin de démontrer qu'elle « ne peut ou, en raison de ladite crainte, ne veut retourner [dans le pays dans lequel elle avait sa résidence habituelle] ». Si la « clause de protection » contenue dans la partie de la définition du réfugié applicable aux personnes ayant une nationalité est la seule base permettant de s'engager dans l'analyse d'une possibilité de protection interne, il ne serait pas possible d'explorer les possibilités de protection interne pour une personne apatride. Il se peut cependant que ce résultat soit sensé. Le droit de circuler librement à l'intérieur d'un État n'est pas inhérent à tous, mais seulement aux personnes « se trouvant légalement sur le territoire d'un État » : *Pacte international relatif aux droits civils et politiques*, Nations Unies, *Recueil des Traités*, vol. 999, n° 171, entré en vigueur le 23 mars 1976 (ci-après *PIDCP*), à l'article 12 § 1. En effet, le droit d'entrer de nouveau dans un État ne peut même pas être garanti en tant que droit reconnu au plan international pour les non-citoyens : article 12 § 4 du *PIDCP*. Ainsi, parce que seul un citoyen a, par définition, le droit à la fois d'entrer de nouveau dans son propre pays, de se déplacer et d'établir sa résidence dans toute partie de cet État, il existe des raisons valables de ne pas s'engager dans l'analyse d'une possibilité de protection interne pour les apatrides. Cette analyse est fondée sur le droit d'entrer de nouveau à la fois dans l'État et dans une région donnée de ce dernier, droit qui ne peut s'appliquer dans le cas d'une personne apatride.

delà de l'intention des rédacteurs de la *Convention de 1951*. Antonio Fortin a soutenu que, d'après des preuves historiques, le concept de « protection » inclus dans la définition visait uniquement la protection diplomatique et non la protection nationale interne⁵². Cela l'a conduit à conclure que, à la lumière de la stipulation de la *Convention de Vienne de 1969 sur le droit des traités* selon laquelle « un terme [d'un traité] sera entendu dans un sens particulier s'il est établi que telle était l'intention des parties⁵³ », la référence à la « protection » dans la définition du réfugié doit être interprétée comme « protection diplomatique ». L'argument se fonde sur l'idée que le statut de réfugié dépend de la question de savoir si une personne peut ou non se prévaloir de la protection diplomatique de son pays de nationalité, ce qui implique que si cette protection externe existe, une protection de substitution n'est pas nécessaire, quels que soient les risques auxquels une personne est exposée dans le pays d'origine.

Cette analyse soulève un certain nombre de problèmes importants. Premièrement et de façon évidente, l'expression élargie « protection diplomatique » n'appa-

52. A. Fortin, « The Meaning of 'Protection' in the Refugee Definition », 12(4) *International Journal of Refugee Law*, 2000, p. 548 à p. 551 (ci-après « Fortin »). Deux juges, se prononçant dans le sens de la majorité dans une décision récente de la Haute Cour d'Australie, *Minister for Immigration and Multicultural Affairs c. Khawar and Others*, *supra* note 27, ont invoqué cette interprétation historique. Tandis que le juge Gleeson a admis que la signification historique de la « protection » était une protection diplomatique ou consulaire, il a également estimé qu'il existait un sens plus large, celui dans lequel le terme « protection » est employé dans la Convention (paragraphe 17) en citant pour corroborer ses dires, entre autres, le jugement de Lord Hope of Craighead dans l'affaire *Horvath c. Secretary of State for the Home Department* dans laquelle ce dernier expliquait que « dans le cas d'une allégation de persécution par des agents non-étatiques, l'absence de protection de la part de l'État est néanmoins un élément essentiel » (paragraphe 19). Le juge Gleeson a expliqué que la « protection au sens plus large » peut avoir de l'importance pour interpréter différents aspects de la Convention aujourd'hui, en déclarant : « concernant la question de savoir si la persécution est une menace, (qui implique généralement la prise en compte de ce qui a eu lieu dans le passé comme base de l'examen du futur), si cette persécution est liée à l'un des motifs de la Convention et si la crainte de persécution est fondée, l'obligation de l'État de protéger les droits et les libertés fondamentales de ceux qui ont droit à sa protection peut avoir de l'importance » (paragraphe 24). En appliquant cette analyse, il semble accepter l'approche « en deux branches » de la signification de l'expression « être persécuté » (paragraphe 31), citée *supra* note 27. Cependant, tout en soutenant que la signification historique de la protection visait la protection externe, Kälén reconnaît que « la pierre angulaire du régime de protection internationale des réfugiés » est une « protection de substitution créée par le droit international des réfugiés moderne » : Kälén, *infra* note 59, p. 431. En outre, Kälén reconnaît qu'« en droit international, l'interprétation 'historique' des traités internationaux n'est qu'un moyen supplémentaire de déterminer le contenu d'une disposition d'un traité » et il fournit des « raisons sérieuses » d'adopter une interprétation contemporaine de la *Convention de 1951* donnant à la clause de protection « une signification élargie qui englobe aussi la protection interne » (*ibid.*, pp. 427-8). Ceci est cohérent avec l'approche générale de l'interprétation de la *Convention de 1951*. Comme le juge Kirby de la Haute Cour d'Australie l'a expliqué : « Comme ses termes eux-mêmes, la Convention évolue avec le temps » : *Chen Shi Hai c. Minister for Immigration and Multicultural Affairs*, (2000) 201 CLR 293 à 312. (traduction libre).

53. *Convention de Vienne de 1969 sur le droit des traités*, Nations Unies, *Recueil des Traités*, vol. 1155, n° 331, article 31 § 4.

raît pas dans le texte de la *Convention de 1951* elle-même. En tenant compte à la fois du sens ordinaire de la notion de « protection⁵⁴ » et des façons dont le terme « protection » est utilisé ailleurs dans la *Convention de 1951*, la position de Fortin ne tient pas. En particulier, le préambule fait référence au souhait des parties de « réviser et de codifier les accords internationaux antérieurs relatifs au statut des réfugiés et d'étendre l'application de ces instruments et la protection qu'ils constituent pour les réfugiés » et à l'importance de la coordination des mesures visant à faciliter la tâche du HCR de « veiller à l'application des conventions internationales qui assurent la protection des réfugiés⁵⁵ ». De toute évidence, le terme « protection », tel que mentionné au préambule, ne peut pas signifier seulement « protection diplomatique », dans la mesure où la Convention s'attache presque exclusivement à assurer une « protection » au sens de la protection des droits de l'Homme.

Deuxièmement, les références historiques isolées qui peuvent être identifiées, ne justifient pas la conclusion selon laquelle les rédacteurs de la *Convention de 1951* avaient clairement à l'esprit cette interprétation de la « protection » extrêmement spécialisée. Au cours des premières étapes du processus d'élaboration, l'objectif a été de rédiger une Convention unique pour régir le statut à la fois des réfugiés et des apatrides. Pendant les premiers débats du Comité spécial, des déclarations semblant conforter la position de Fortin ont donc été faites, mais seulement parce qu'elles concernaient les circonstances dans lesquelles une *personne apatride* (et non un réfugié) pouvait être considérée comme n'ayant pas besoin d'une protection internationale⁵⁶. Dans le cas d'une personne apatride — mais pas d'un réfugié — la bonne volonté du personnel

54. La protection est définie comme « l'action ou le fait de protéger, le fait d'être protégé » ; tandis que le verbe « protéger » est défini comme « mettre à l'abri, défendre, garder » : *Concise Oxford Dictionary* (9^e édition, Oxford University Press, 1995). Voir aussi l'affaire *Lay Kon Tji c. Minister for Immigration and Ethnic Affairs*, (1998) 158 ALR 681, dans laquelle le juge Finkelstein de la Cour fédérale d'Australie a étudié les différentes formes de « protection », qui comprennent la jouissance d'une « nationalité effective » dans le contexte d'une demande de reconnaissance du statut de réfugié par un binational, et fait remarquer que « la protection du sujet fonctionne à deux niveaux, le niveau national et le niveau international » (p. 690) (traduction libre).

55. Préambule de la *Convention de 1951*.

56. Pendant sa première session en janvier et février 1950, le Comité spécial a débattu de la question de savoir si la *Convention de 1951* devait traiter du problème de l'apatridie et il a finalement décidé qu'elle ne devait s'occuper que de réfugiés. Dans la mesure où les références citées concernent des discussions qui ont eu lieu avant que la question de l'apatridie soit exclue de la *Convention de 1951*, on peut remettre en question leur pertinence pour éclairer les buts de la *Convention de 1951*. Par exemple, Fortin déclare que le Secrétaire général « a posé comme principe la nécessité de mettre en place une organisation visant à assurer aux réfugiés la protection diplomatique qui leur manquait » : Fortin, *supra* note 52, p. 560. Toutefois, la citation du Secrétaire général visée énonce : « L'octroi d'un statut ne suffit pas en soi à régulariser la situation des *personnes apatrides* et à les intégrer dans le cadre de la loi ; elles doivent aussi être liées à un organisme indépendant qui, dans une certaine mesure, compenserait l'absence d'une protection nationale et leur rendrait certains services que les autorités d'un pays d'origine rendent à leurs citoyens à l'étranger » : Fortin, *supra* note 52, p. 560 (C'est nous qui soulignons). De même, Fortin soutient que le Directeur général de l'Organisation Internationale pour les

diplomatique d'un pays de le libérer de son statut en lui fournissant, par exemple, un passeport ou un visa d'entrée pourrait bien être considérée comme montrant que le dilemme de cette personne est réglé, et de ce fait répondre logiquement à la question de savoir si une protection internationale est nécessaire. Fait marquant, une fois que la décision de rédiger une Convention séparée sur l'apatridie a été prise, il n'y a plus eu que quelques références à la signification juridique de l'expression « protection diplomatique⁵⁷ » et, en réalité, très peu de discussion sur le sens de l'aspect « protection » de la définition⁵⁸. Il n'existe tout simplement pas suffisamment de preuves historiques⁵⁹ pour justifier la conclusion selon laquelle les auteurs de la *Convention de 1951* « ont spécifiquement attribué au terme « protection » le sens particulier de « protection diplomatique⁶⁰ ». En outre, il est possible de trouver dans les travaux préparatoires des références allant dans le sens d'une définition souple et ouverte de la « protection ». Par exemple, au cours des discussions relatives à la proposition d'article 1 C 3, M. Hoare, le délégué du Royaume-Uni, a soutenu qu'« il serait préférable de dire « jouit de la protection du pays dont elle a acquis la nationalité », car cela laisserait à l'État intéressé le soin de décider si le réfugié jouira de cette protection, et de forcer l'interprétation qu'il convient de donner à ce membre de phrase⁶¹ ».

Troisièmement, même s'il était prouvé d'une façon ou d'une autre que la signification spéciale de la « protection diplomatique » devait avoir une influence sur les

Réfugiés a rappelé que les réfugiés sont « des étrangers sans protection », dans la mesure où ils n'ont pas la protection que les États accordent à leurs citoyens à l'étranger, Fortin *supra* note 52, p. 560. Toutefois, la citation originale mentionnée par Fortin énonce : « Le réfugié qui ne possède aucune nationalité se trouve dans une position anormale et inférieure qui ne réduit pas seulement son statut social, mais détruit sa confiance en lui » (C'est nous qui soulignons) (traduction libre).

57. Fortin cite les opinions du représentant des États-Unis, M. Henkin, qui considérait la protection comme un « terme consacré » (Fortin, *supra* note 52, p. 562) ainsi que les déclarations moins directes du Président suppléant de la Conférence de plénipotentiaires, M. Humphrey (p. 563) et du représentant d'Israël, M. Robinson (p. 561) (traduction libre).

58. Il apparaît clairement à la lecture des travaux préparatoires que les questions importantes et controversées relatives à l'article 1 ont porté sur les limitations temporelles et géographiques imposées dans la *Convention de 1951*, et sur la question du caractère plus ou moins restrictif de la définition des motifs énoncés dans la Convention. Il n'y a pas eu de discussions importantes au sujet de la signification du terme « protection ».

59. En dehors des trois citations tirées des travaux préparatoires mentionnées *supra* note 56, Fortin fonde ses allégations en grande partie sur des sources secondaires. W. Kälin, qui défend également le point de vue selon lequel, dans sa signification historique, la protection visait la « protection diplomatique », fait référence au procès-verbal du Comité spécial dans lequel il est déclaré que « ne peut » se rapportait aux réfugiés, ayant une nationalité, qui se voient refuser un passeport « ou une autre protection de la part de leur propre gouvernement », W. Kälin, « Non-State Agents of Persecution and the Inability of the State to Protect », 15 *Georgetown Immigration Law Journal*, 2001, p. 415 à p. 425. Toutefois, cette référence n'est guère concluante dans la mesure où la référence à « une autre protection » est manifestement ouverte.

60. Fortin, *supra* note 52, p. 551.

61. Assemblée générale des Nations Unies, *Résumé analytique de la vingt-troisième réunion organisée au Palais des Nations, Genève, lundi 16 juillet 1951*, UN doc. A/Conf.2/SR.23, p. 19.

références générales à la « protection » dans la *Convention de 1951*, le point de vue de Fortin interprète mal la notion de « protection diplomatique » au sens du droit international. La signification bien établie de la « protection diplomatique » en droit international est constituée par « toute action engagée par un État contre un autre État à raison du préjudice causé à la personne ou aux biens d'un ressortissant du premier État, par un fait ou une omission internationalement illicite imputable au deuxième État »⁶². Il s'agit d'un concept considérablement plus étroit que celui défendu par les partisans de l'idée selon laquelle « protection équivaut à protection diplomatique » dans le contexte des réfugiés. Les paramètres extérieurs précis de la notion de protection diplomatique ainsi envisagée ne sont pas clairs, bien qu'elle soit censée inclure la fourniture d'une assistance administrative telle que la délivrance de passeports et autres documents. Ainsi, non seulement les partisans de ce point de vue cherchent à ajouter des mots au texte de la Convention, mais, par l'ajout de ces mots, ils substituent aussi à l'interprétation précise et bien établie de cette notion, une version modifiée et élargie de celle-ci en droit international⁶³. Cette analyse ne peut tout simplement pas tenir en matière d'interprétation des traités.

62. Voir J. Dugard, Rapporteur spécial, *Premier rapport sur la protection diplomatique*, 52^e session de la Commission du droit international (CDI), UN doc. A/CN.4/506, 7 mars 2000, article 1. Il est important de noter que cet article n'est pas un exemple de développement progressif de la part de la CDI, mais plutôt une codification du droit international existant : voir M. Bennouna, Rapporteur spécial, *Rapport préliminaire sur la protection diplomatique*, 50^e session de la CDI, UN doc. A/CN.4/484, 4 février 1998, paragraphe 5. Le cas le plus souvent cité comme faisant autorité pour la définition étroite de la protection diplomatique, bien établi en droit international est l'affaire *Concessions Mavrommatis en Palestine*, Cour permanente de justice internationale, Série A, No. 2, 30 août 1924.

63. Voir le Rapport de la CDI sur les travaux de sa 49^e session, 12 mai-18 juin 1997, UN doc. A/52/10, paragraphe 178, dans lequel la « protection diplomatique » est décrite comme le « terme consacré » au sens défini par l'affaire *Mavrommatis*, *supra* note 62. Toutefois, Fortin, *supra* note 52, p. 554, soutient que : Il est généralement accepté que, outre ce qui a été décrit plus haut [c'est-à-dire la véritable signification de la protection diplomatique], il englobe certaines actions que les représentants diplomatiques et consulaires peuvent engager afin de garantir de meilleures normes de traitement pour les nationaux du pays à l'étranger, ainsi que la fourniture d'une « assistance administrative » à ces derniers, à savoir la délivrance et l'authentification de certificats, la délivrance et le renouvellement de passeports, etc. (traduction libre). Aucune jurisprudence ne vient conforter l'accord général mentionné, et la position est totalement contraire aux travaux de la CDI dans ce domaine. Fortin cite un rapport de la CDI pour étayer sa proposition ; cependant, le passage cité *contredit* plutôt qu'il ne conforte son interprétation de la signification de la « protection diplomatique ». Le passage cité fait la distinction entre la protection diplomatique « *proprement dite*, c'est-à-dire la réclamation formelle présentée par un État pour préjudice causé à un de ses nationaux qui n'a pas été réparé par les recours internes » (c'est nous qui soulignons) et les autres activités diplomatiques : voir Fortin, *supra* note 52, p. 555. Ledit passage est issu d'un rapport de la CDI sur les travaux de sa 49^e session et il est suivi, dans le rapport de la CDI, par un exposé clair du fondement étroit de la protection diplomatique en droit international : *ibid.*, paragraphes 182-3. En effet, dans un rapport ultérieur (Bennouna, *supra* note 62), la CDI a noté : « Cependant, comme l'a relevé le groupe de travail de la Commission, la protection diplomatique *stricto sensu* est bien distincte de la mission diplomatique ou des fonctions consulaires exercées par l'État d'envoi, en vue de prêter assistance à ses nationaux ou de protéger leurs intérêts dans le pays d'accueil » (paragraphe 12).

Quatrièmement, il est difficile de justifier que l'interprétation de la « protection diplomatique » est cohérente avec le but et l'objet de la *Convention de 1951* (exigence essentielle en matière d'interprétation des traités) dans la mesure où sa pertinence pour le statut de réfugié n'est pas évidente. Comme le droit d'exercer une protection diplomatique est un droit totalement discrétionnaire aux mains de l'État, exercé pour garantir que le droit international est respecté⁶⁴, la décision d'un État de ne pas exercer sa protection diplomatique à l'égard de l'un de ses nationaux, peut n'avoir aucun rapport avec la question de savoir s'il pourrait assurer une protection interne à ce national⁶⁵. La décision relative à l'exercice ou non de la protection diplomatique reflète plutôt des considérations de politique nationale ou internationale qui n'ont aucun lien avec la capacité d'un État de protéger ses ressortissants à l'intérieur du territoire. Il est donc illogique de soutenir que le statut de réfugié devrait dépendre de la volonté ou de la capacité de l'État d'exercer une protection diplomatique.

Cinquièmement, l'existence d'une protection diplomatique n'a pas nécessairement de rapport avec la question de savoir si un État *souhaiterait* protéger une per-

64. Voir l'affaire *Concessions Mavrommatis en Palestine*, *supra* note 62, p. 12 dans laquelle la Cour permanente de justice internationale a déclaré :

C'est un principe élémentaire du droit international que celui qui autorise l'État à protéger ses nationaux lésés par des actes contraires au droit international commis par un autre État, dont ils n'ont pu obtenir satisfaction par les voies ordinaires. En prenant fait et cause pour l'un des siens, en mettant en mouvement, en sa faveur, l'action diplomatique ou l'action judiciaire internationale, cet État fait, à vrai dire, valoir son droit propre, le droit qu'il a de faire respecter en la personne de ses ressortissants le droit international.

Comme Bennouna, *supra* note 62, l'a expliqué au paragraphe 19 :

Dans la conception classique [de la protection diplomatique], l'endossement d'une demande relève de la compétence discrétionnaire de l'État national, qui a toute latitude pour l'accorder ou la refuser « sans avoir à se justifier de quelque manière que ce soit », sans qu'il y ait, par exemple, à s'appuyer sur le caractère mal fondé de la requête ou sur les nécessités de sa politique étrangère.

Voir aussi Dugard, *supra* note 62, projet d'article 3 de la CDI et commentaire aux paragraphes 61-74. Même si la conception classique selon laquelle la protection diplomatique relève de la compétence de l'État a été critiquée ces dernières années, elle reste clairement la position en droit international (*ibid.*).

65. Ce point a été reconnu par la Cour fédérale d'Australie dans l'affaire *Lay Kon Tji c Minister for Immigration and Ethnic Affairs*, *supra* note 54. Dans cette affaire, le juge Finkelstein a estimé que l'incapacité potentielle du Portugal à assurer une protection diplomatique n'en ferait pas un État incapable d'accorder une nationalité effective de telle sorte à ne pas être considéré comme un pays de deuxième nationalité conformément à l'article 1 A 2 de la *Convention de 1951*. Il en est ainsi parce qu'« un national n'a pas de droit à la protection diplomatique de la part de son État ; c'est-à-dire que ce n'est pas un droit lié à la nationalité. La protection diplomatique est le droit de l'État d'intervenir au nom de ses nationaux. L'exercice de ce droit relève complètement du pouvoir discrétionnaire de l'État et ce dernier n'est en aucune manière contraint de protéger ses nationaux » (p. 693) (traduction libre).

Voir aussi N. Nathwami, « The Purpose of Asylum », 12(3) *International Journal of Refugee Law*, 2000, p. 359.

sonne contre une crainte fondée de persécution⁶⁶. Comme l'a succinctement expliqué Grahl-Madsen :

Il est totalement concevable qu'une personne ait une crainte fondée de persécution en cas de retour dans le pays dont elle a la nationalité, sans avoir pour autant aucune crainte à l'égard des membres des services extérieurs de ce pays. La Convention serait, en réalité, vidée de son sens si la demande de reconnaissance du statut de réfugié d'une personne devait dépendre de la question de savoir si les diplomates ou les fonctionnaires du consulat de son pays d'origine risqueraient de la persécuter au cas où elle devait faire appel à leur protection ou à leur aide⁶⁷.

En effet, la thèse de la protection diplomatique permet l'action unilatérale de l'État de nationalité en vue de supprimer le droit du réfugié à la protection, position inconciliable avec l'article 1 C1 qui conduit à la cessation du statut uniquement lorsque le réfugié s'est volontairement réclaté à nouveau de la protection du pays dont il a la nationalité⁶⁸.

Sixièmement, la *Convention de Vienne de 1969* attire l'attention sur la pratique ultérieurement suivie dans l'application d'un traité, celle-ci établissant l'accord des parties à l'égard de son interprétation. Par conséquent, les principales affaires sur lesquelles se sont prononcées les juridictions de *common law* révèlent que l'approche étroite de la « protection diplomatique » n'est pas cohérente avec une jurisprudence de plus en plus abondante, qui reconnaît que l'objet de la *Convention de 1951* est « certainement d'accorder une protection et un traitement équitable à ceux pour lesquels rien de cela n'existe dans leur propre pays »⁶⁹. Quelles que soient les origines

66. En effet, ce point est reconnu par l'un des partisans du point de vue historique de la protection comme une « protection diplomatique » :

D'un point de vue conceptuel, on peut concevoir qu'une victime de persécution de la part d'agents non-étatiques, à laquelle les autorités ne peuvent mettre un terme, puisse être contrainte de quitter son pays d'origine et soit en mesure et disposée à vivre à l'étranger comme un étranger jouissant de la protection externe complète de son pays. Dans ces cas, elle se trouverait dans une situation similaire à celle de nombreux migrants qui sont contraints de se rendre à l'étranger pour assurer leur survie économique mais qui n'ont pas besoin d'une protection internationale de substitution.

Kälin, *supra* note 59, p. 426 (traduction libre).

67. A. Grahl-Madsen, *The Status of Refugees in International Law* (A. W. Sijthoff, Leyden, 1966), vol. I, p. 257 (traduction libre).

68. Il en est ainsi parce que la protection diplomatique n'est pas un droit de la personne ; la personne ne peut donc pas « y renoncer de manière effective » (Nathwami, *supra* note 65, p. 358). Le droit d'exercer la protection diplomatique est plutôt un droit de l'État : voir *supra* note 64. Nathwami explique : « Si la protection diplomatique était un critère essentiel pour déterminer le statut de réfugié, l'État d'origine pourrait accorder la protection diplomatique sans consulter le réfugié et entraver ainsi l'octroi de l'asile à l'intéressé » (*ibid.*) (traduction libre). Bien qu'il soit vrai que le type de considérations généralement prises en compte en relation avec l'article 1 C 1 soit liées à la protection « externe » (comme l'assistance consulaire), cela ne veut pas dire que la protection ne concerne que la protection externe. Comme le dit G.S. Goodwin-Gill, il n'y a aucune raison que la protection ne puisse pas concerner à la fois la protection diplomatique et la protection interne, selon le contexte : G.S. Goodwin-Gill, *The Refugee in International Law* (2^e édition, Clarendon, Oxford, 1996), pp. 15-16 et 79.

69. *R. c. Secretary of State for the Home Department, ex parte Sivakumaran*, Chambre des Lords, [1988] 1 All ER 193 à 196 par Lord Keith of Kinkel (traduction libre). Voir la *Convention de Vienne*, *supra* note 53, article 31 § 3 b).

historiques de la clause de protection, le concept du droit des réfugiés comme assurant une protection de remplacement ou de substitution, est désormais largement accepté par la plupart des tribunaux de degré supérieur appliquant le *common law*, qui l'ont décrit comme un « fait bien accepté⁷⁰ ». Dans le contexte spécifique de la possibilité de fuite interne, le consensus est de plus en plus fort pour dire que le rattachement le plus adéquat pour cette analyse se situe dans l'élément de « protection » de la définition. Comme l'a exposé le juge Lee de la Cour fédérale d'Australie :

Pour appliquer à cette question [de la possibilité de protection interne] les termes de la définition énoncée par la Convention, si le demandeur se trouve hors du pays dont il a la nationalité en raison d'une crainte fondée de persécution, est-il incapable de se prévaloir de la protection de ce pays ? Cette [...] question [...] nécessite la prise en compte de la situation du demandeur telle qu'elle existe aujourd'hui et sa capacité à retourner dans le pays dont il a la nationalité et à obtenir une protection⁷¹.

Enfin, l'affirmation que la « protection » doit être interprétée comme la « protection diplomatique » n'est pas non plus conforme à la plupart⁷² des positions actuelles du HCR, exprimées dans ses documents officiels⁷³, son matériel d'informa-

70. *Applicant A. and Another c. Minister for Immigration and Ethnic Affairs and Another*, *supra* note 50, par le juge Dawson (traduction libre). Voir en général les cas cités *supra* notes 50 et 52.

71. *Al-Amidi c. Minister for Immigration and Multicultural Affairs*, (2000) 177 ALR 506 à 510 (traduction libre). Voir aussi *Randhawa c. Minister for Immigration, Local Government and Ethnic Affairs*, *supra* note 14, pp. 268-9 ; *Butler c. Attorney-General*, Cour d'appel de Nouvelle-Zélande, [1999] NZAR 205 ; *Karanakaran c. Secretary of State for the Home Department*, *supra* note 31 ; *Adan c. Secretary of State for the Home Department*, Cour d'appel d'Angleterre, [1997] 2 All ER 723 ; *Islam c. Minister for Immigration and Multicultural Affairs*, Cour fédérale d'Australie, (2000) 171 ALR 267. Le même point de vue est adopté dans la *Position commune de l'UE*, *supra* note 3, partie 8 (citée *supra* note 49).

72. Dans une déclaration récente, le HCR a malheureusement approuvé l'approche de la protection diplomatique en disant que « ne pas vouloir se réclamer de cette protection extérieure [diplomatique] s'entend par le refus de s'exposer à la possibilité de renvoi vers le pays dont l'intéressé a la nationalité et où il pourrait encourir des craintes de persécution » : HCR, *Note de 2001 sur l'interprétation de l'article 1*, *supra* note 37, paragraphe 35. Toutefois, du fait que l'existence d'une protection diplomatique n'a pas non plus de rapport avec la question du retrait, cette explication de la position relative à la « protection diplomatique » ne résiste pas à l'examen.

73. Fortin soutient, *supra* note 52, ainsi que plus récemment Massey, *supra* note 32, p. 4 (en s'appuyant sur Fortin) que la thèse de la protection diplomatique est la « position défendue depuis longtemps » par le HCR en ce qui concerne la signification de la protection et que toute contradiction avec cette approche était « temporaire » : Massey, *supra* note 32 à la note 18 (traduction libre). Cette affirmation est inexacte. Par exemple, le *Guide* du HCR, *supra* note 11, adopte une approche souple de la définition de la « protection ». Au paragraphe 65, le passage sur les agents de persécution suggère fortement que la protection s'entend par la protection interne : « 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 ». Les éléments relatifs à la protection sont analysés en particulier aux paragraphes 97-100, et tandis que la protection « externe » est envisagée comme faisant partie intégrante de cet aspect, rien n'indique que ce dernier se limite à la protection externe. Par exemple, le paragraphe 99 énonce :

tion⁷⁴ et ses interventions auprès des tribunaux nationaux⁷⁵. Dans tous ces contextes, le HCR souligne que la « protection » au sens de la Convention renvoie au sens ordinaire du terme et non à la « protection diplomatique ». Comme cela est exposé dans la *Note sur la protection internationale* présentée en 1994 au Comité exécutif par le Haut Commissaire :

Contrairement à la plupart des personnes qui quittent leur pays, les réfugiés s'efforcent d'obtenir l'admission dans un autre pays non pas par choix mais par nécessité absolue, pour échapper

Ce qu'il faut entendre par refus de protection doit être déterminé selon les circonstances de l'affaire. S'il apparaît que l'intéressé s'est vu refuser le bénéfice de certains droits ou prestations (par exemple, refus de la délivrance d'un passeport national ou de la prorogation de sa validité, ou le refus de l'admission sur le territoire national) qui sont normalement accordés à ses compatriotes, cela peut constituer un refus de protection au sens de la définition.

De même, voir HCR, *Note d'information de 1995, supra* note 15, partie 5, dans laquelle le HCR déclare : « La question essentielle pour établir la base et la justification d'une protection internationale est l'absence de protection nationale contre la persécution, que cette déficience puisse ou non être attribuée à une intention délibérée de nuire de la part de l'État ». Dans sa *Présentation générale de 1995, supra* note 18, pp. 28-9, le HCR énonçait que :

Le critère décisif pour le statut de réfugié est que la personne ayant une crainte fondée de persécution *ne peut ou, du fait de cette crainte, ne veut se réclamer de la protection* de son pays d'origine. L'élément essentiel pour l'octroi d'une protection internationale est donc l'absence de protection nationale contre la persécution, que cette absence puisse ou non être attribuée à une intention délibérée de nuire de la part de l'État. Une situation dans laquelle l'État est incapable d'assurer une protection nationale contre une persécution infligée par des agents non-gouvernementaux fait que l'intéressé n'a manifestement pas la possibilité de se réclamer de la protection de son pays d'origine (traduction libre).

Ainsi, de 1979 à 1995 au moins, le HCR semble avoir privilégié une interprétation plus large du terme « protection ».

74. Par exemple, dans la partie répondant aux « questions fréquemment posées » sur le site Internet du HCR, la réponse à la question « Qu'est ce que la protection ? » est la suivante :

En principe, les gouvernements protègent leurs ressortissants, en leur garantissant le droit à la vie, à la liberté et à la sécurité physique. Quand les gouvernements n'ont pas la capacité ou la volonté d'agir de cette manière et que les droits de l'Homme sont violés, les personnes sont contraintes de fuir vers un autre pays. Comme, par définition, les réfugiés ne sont pas protégés par leur gouvernement, la communauté internationale intervient pour veiller à la protection des droits de la personne et à leur sécurité physique (Traduction libre).

The 1951 Convention : Lasting Cornerstone of Refugee Protection, disponible en août 2001 sur <http://www.unhcr.ch/issues/asylum/qa000615.htm>.

Ce qui distingue les réfugiés des autres personnes qui ont besoin d'une aide humanitaire est leur besoin de protection internationale. La plupart des personnes peuvent se tourner vers leur propre gouvernement et leurs institutions nationales pour protéger leurs droits et leur sécurité physique, même si c'est de manière imparfaite. Les réfugiés ne le peuvent pas. Souvent, ils fuient avec terreur les abus perpétrés par l'État. Dans d'autres cas, ils fuient l'oppression que l'État est incapable d'empêcher, parce qu'il a perdu le contrôle de son territoire ou qu'il a par ailleurs cessé de fonctionner de manière efficace. Par définition, les réfugiés ne peuvent pas bénéficier de la protection de leur propre gouvernement (traduction libre).

Issues : Asylum and Protection, accessible en août 2001 sur <http://www.unhcr.org>.

75. Voir, par exemple, l'affaire *Canada (Procureur général) c. Ward, supra* note 5, p. 711, dans laquelle le HCR est intervenu pour soutenir que :

aux menaces portées contre leurs droits les plus fondamentaux, que les autorités de leur pays d'origine ne peuvent ou ne veulent défendre. Laissés sans protection par leur propre gouvernement, les réfugiés doivent obtenir la protection que chaque être humain requiert de la part des autorités d'un pays de refuge et de la communauté internationale. C'est ce besoin vital de protection internationale qui distingue très clairement les réfugiés des autres étrangers⁷⁶.

En résumé, il n'existe tout simplement pas de raison valable de pousser à une interprétation étroite et hors contexte de la « protection » dans la *Convention de 1951*. Le fait de donner au terme « protection » son sens ordinaire est cohérent avec la conception traditionnelle du HCR selon laquelle les termes de la *Convention de 1951* et du *Protocole de 1967* doivent être interprétés conformément à « l'esprit de générosité dans lequel ils ont été rédigés », de manière à avoir une signification plus extensive que restrictive⁷⁷.

IV. La logique du passage à une « possibilité de protection interne »

À ce stade, nous avons établi que, par principe, une conception du droit des réfugiés comme protection de substitution impose de considérer que si une protection nationale peut être assurée dans certaines, mais pas toutes les parties de l'État d'origine, alors le droit des réfugiés doit être appliqué de manière à reconnaître les réalités et les possibilités qui existent pour les personnes et les groupes de bénéficier de la protection de leur propre pays. Bien que l'existence d'une possibilité d'asile interne ait parfois été invoquée pour remettre en cause l'existence d'une crainte fondée de persécution, nous avons montré les dangers inhérents à cette méthode d'analyse — en particulier, la tendance des États partageant ce point de vue à imposer une obligation, presque impossible à réaliser pour les demandeurs d'asile, consistant à démontrer un risque de persécution dans l'ensemble du pays, et la légitimation implicite du recours à l'analyse d'une possibilité de refuge interne pour contourner un examen minutieux des éléments d'inclusion de la demande d'asile. Au contraire, pour les raisons invoquées dans la partie III, il est à la fois plus logique, et plus satisfaisant d'un point de vue linguistique, de considérer que l'analyse de la possibilité de

la distinction entre les expressions « ne peut » et « ne veut » n'est pas pertinente dans ce pourvoi, que la définition n'exige pas la complicité de l'État, et qu'il convient de se concentrer sur la question de savoir si le demandeur, à cause de l'incapacité de l'État de le protéger, « ne peut » ou « ne veut » solliciter la protection des autorités de son État d'origine. Le Haut Commissariat approuve également la position de la Commission, selon laquelle l'absence de protection peut créer un fondement de preuve suffisant pour une présomption de crainte justifiée de la part du demandeur.

(L'italique figure dans la version originale).

76. HCR, *Note sur la protection internationale présentée par le Haut Commissaire*, Comité exécutif du Programme du Haut Commissaire, 45^e session, UN doc. A/AC.96/830, 7 septembre 1994, paragraphe 8. Voir aussi les paragraphes 1, 10, 11 et 22.

77. HCR, *Rapport du Haut Commissaire des Nations Unies pour les réfugiés*, UN doc. E/1995/52, 25 avril 1995, p. 9.

refuge interne relève de la question de savoir si une protection nationale existe pour contrer la crainte fondée dont l'existence est prouvée dans la région d'origine du demandeur.

Reste à savoir, toutefois, pourquoi nous considérons important non seulement de clarifier les origines textuelles de l'analyse des options d'asile interne, mais également de proposer une évolution décisive en termes de nomenclature et de fond — consistant à abandonner les expressions « possibilité de fuite interne » et « possibilité de réinstallation interne » au profit de la notion de « possibilité de protection interne », et à rejeter la recommandation actuelle du HCR d'analyser s'il est « raisonnable » d'exiger du demandeur qu'il réclame la « sécurité » dans la destination interne proposée, au profit d'une évaluation du caractère suffisant de la protection à laquelle le demandeur d'asile a accès ailleurs. Nous exposerons notre réflexion sur ces points dans cette partie.

Tout d'abord, l'emploi de l'expression « fuite interne » dénote un cadre conceptuel erroné, qui suggère que l'analyse est, dans une certaine mesure, rétrospective⁷⁸.

Comme cela est exposé dans la partie III, le texte de la Convention ne fournit aucune justification pour une clause implicite d'exclusion ou de punition fondée sur

78. D'après H. Storey, *supra* note 29, p. 3 : « Certaines affaires importantes citées [...] traitent l'analyse de la possibilité de refuge interne/protection interne comme s'il s'agissait du passé. Il serait utile de mettre un terme à cette conception erronée une fois pour toutes [...]. L'analyse doit se concentrer [...] sur la question de savoir si à son retour une personne serait en mesure de se réinstaller dans une autre partie du pays dont elle a la nationalité » (traduction libre). Mais voir R. Marx, *Comments on James C. Hathaway and Michelle Foster, Internal Protection/Relocation/Flight as an Aspect of Refugee Status Determination*, 31 août 2001 (archives des auteurs). Marx soutient que l'expression « possibilité de refuge interne » doit être préférée précisément parce qu'elle limite l'application de ce principe aux personnes qui avaient une option interne au moment où elles sont entrées sur le territoire de l'État d'asile. D'après lui, les options de protection apparues par la suite ne sont pertinentes pour refuser le statut de réfugié que si elles remplissent les critères de cessation énoncés à l'article 1 C 5 de la *Convention de 1951*. La préoccupation principale soulevée par cette approche est le risque que le statut de réfugié soit refusé à des personnes qui avaient une option de protection au moment de leur arrivée, mais qui dans l'intervalle entre l'arrivée et la détermination du statut peuvent ne plus en avoir. Et si Marx a raison de dire que la nature déclaratoire du statut de réfugié plaide contre la possibilité qu'ont les gouvernements d'invoquer les motifs de possibilité de protection interne qui sont apparues pendant la durée de la procédure d'examen de la demande d'asile, en pratique les tribunaux se sont opposés à l'application des critères de l'article 1 C 5, même pour l'examen des demandes ayant pris un grand retard. Dans la décision *Penate c. Canada (Ministre de L'Emploi et de L'Immigration)*, Section de première instance, [1994] 3 FC 79 à 94, le juge Reed de la Cour fédérale du Canada a fait remarquer que l'article 1 C 5 concerne :

le retrait du statut après qu'il a été octroyé et à l'égard duquel [...] le [gouvernement], et non l'intéressé, a le fardeau de la preuve. À mon avis, lorsqu'il s'agit de décider initialement s'il y a lieu d'octroyer le statut, la question n'est plus la même. La question qui se pose alors n'est pas de savoir quels sont les changements de conditions dans le pays d'origine qui s'imposent pour justifier le retrait du statut. La question est de savoir si et comment le changement de circonstances particulier se rapporte à la revendication du requérant.

le fait de ne pas avoir exploré les options internes avant de solliciter l'asile⁷⁹. En outre, cette approche n'est pas cohérente avec la notion bien acceptée que l'analyse en matière de statut de réfugié porte sur le risque de persécution futur, et donc sur l'évaluation de ce risque à la date de la détermination⁸⁰. Bien que la position actuelle du HCR, et une grande partie de la pratique des États, aient désormais recours à une analyse prospective, il est dangereux de continuer à employer l'expression de « fuite interne »⁸¹. Par exemple, certains États ont eu recours à cette notion dans le cadre de l'examen de la crédibilité, en soutenant que, comme le demandeur d'asile n'avait pas « cherché refuge » à l'intérieur de son pays, sa demande d'asile déposée à l'étranger n'était pas authentique⁸². Le fait de formuler la question comme portant sur le point de savoir si une personne peut « se réinstaller » à l'intérieur du pays dont elle a la nationalité, bien que constituant une amélioration importante par rapport à la notion de « fuite interne », revient à conceptualiser l'analyse également de manière incorrecte. La question juridique pertinente ne concerne pas la capacité du demandeur d'asile à se déplacer physiquement, mais plutôt le degré de protection qu'il obtiendra à son arrivée dans l'autre lieu⁸³. Comme l'a soigneusement résumé la *New Zealand Refugee Status Appeal Authority* (Instance d'appel des réfugiés de Nouvelle-Zélande) :

79. Voir texte *supra* notes 11-12.

80. Voir, par exemple, *Minister for Immigration and Multicultural Affairs c. Jama*, Full Court of the Federal Court of Australia, [1999] FCA 1680, 3 décembre 1999, paragraphe 24 :

Les faits objectifs à prendre en considération pour déterminer si la crainte du demandeur est bien fondée, ne se limitent pas à ceux qui ont suscité la crainte. Il faut se prononcer sur ce qui *peut arriver dans le futur*, notamment tout changement dans la situation actuelle [...] Il peut n'y avoir aucun risque actuel de persécution [...] alors qu'un changement de situation peut aisément être prévu et cela engendrerait un risque de persécution important (traduction libre).

81. Tout en insistant sur la nature prospective de l'analyse, le HCR continue d'employer l'expression « alternative à la fuite » en référence à ce principe : voir HCR, *Position de 1999, supra* note 22, paragraphe 11.

82. CERE/ECRE, *Position on the Interpretation of Article 1 of the Refugee Convention*, septembre 2000. À l'inverse, les autorités portugaises et espagnoles considèrent que le fait qu'un demandeur d'asile ait tenté de trouver une zone sûre avant de quitter son pays d'origine peut être considéré comme un indice du bien-fondé de sa demande d'asile : ELENA document de recherche, n. 3, pp. 48-50.

83. D'après le juge Linden de la Cour fédérale du Canada, *A Brief Reaction to Hathaway's Paper*, septembre 2001 (archives des auteurs) : « Il est particulièrement utile de conseiller de changer le libellé des principes dans ce domaine et de parler de possibilité de protection interne, car cela permet de fixer notre attention sur la vraie question en jeu — celle de savoir si une protection peut être obtenue ailleurs dans le pays » (traduction libre) ; L.D. Rosenberg du *US Board of Immigration Appeals* (Commission des recours en matière d'immigration des États-Unis), *Commentary on Internal Flight/Protection Alternative*, septembre 2001 (archives des auteurs) :

Il est souhaitable d'employer l'expression « protection interne » parce que ces termes soulignent le fait que c'est la protection qui est au centre de l'analyse, dans la mesure où il s'agit de la question de savoir si une protection de substitution devrait être accordée par l'État d'accueil. C'est en déterminant si une protection interne existe que nous pouvons déterminer si un réfugié a *actuellement* besoin de protection (traduction libre).

La question de la « possibilité de fuite interne », formulée ainsi, est une mauvaise question. La question est plutôt une question de protection, qui doit être abordée de manière équitable et rigoureuse selon les termes de la définition du réfugié, à savoir si le demandeur [...] « ne peut ou, du fait de cette crainte, ne veut se réclamer de la protection de ce pays »⁸⁴.

Deuxièmement, comme il faut se concentrer sur la protection, terme énoncé dans le texte de la Convention et faisant partie intégrante de l'analyse de la demande de reconnaissance du statut de réfugié, des termes supplémentaires tels que ceux de « sécurité » et de « caractère raisonnable » ne doivent pas être intégrés à cette analyse. Ces termes sont vagues et sujets à des interprétations subjectives extrêmement divergentes. Plus important encore, le recours à la notion de « sécurité » a conduit à des résultats très discutables dans des cas particuliers, dans la mesure où il a été interprété comme signifiant beaucoup moins que « protection ». Par exemple, la *Rechtseenheidskamer* des Pays-Bas estime que le Nord de l'Irak constitue un lieu de refuge interne⁸⁵ bien que le HCR estime que l'enclave kurde en Irak du Nord est « volatile et peut évoluer à tout moment », que le territoire continue de faire partie de l'Irak et que des généraux de l'OTAN ont admis qu'ils n'étaient pas équipés pour empêcher Saddam Hussein de pénétrer dans cette zone⁸⁶. Aussi, une analyse se focalisant uniquement sur la question de savoir si un lieu interne est « sûr » peut conduire à une telle conclusion, dans la mesure où la question de la sécurité actuelle et immédiate peut être considérée comme fixant un seuil très bas. À l'inverse, une analyse de la protection est prospective et, comme cela apparaîtra de manière évidente plus loin, elle porte sur la pérennité d'une protection réelle, plutôt que sur la simple possibilité immédiate (et potentiellement à court terme) d'éviter la persécution⁸⁷.

L'autre problème essentiel dû à la focalisation sur la capacité d'un demandeur d'asile à être en « sécurité » dans son pays d'origine est que cela peut être compris comme imposant une réelle obligation au demandeur de se cacher ou d'« entrer dans la clandestinité » pour ne pas être repéré⁸⁸. En d'autres termes, la norme de sécurité plutôt floue du HCR peut être interprétée comme répondant à la question « Est-il, d'une manière ou d'une autre, possible pour le demandeur d'asile d'éviter un préju-

84. *Re R.S.*, New Zealand RSAA, Décision No. 135/92, 18 juin 1993 (traduction libre).

85. Voir le document de recherche d'ELENA, *supra* note 3, pp. 40-1.

86. HCR, *Action Plan on the Influx of Iraqi Asylum-Seekers : UNHCR Observations*, mémorandum présenté au Comité K4 du Conseil de l'Union européenne, Bruxelles, 21 avril 1998, cité dans Frelick, *supra* note 6, p. 26. Voir, en général, Frelick, *supra* note 6, p. 24-7.

87. Voir texte *infra* note 120 et notes 157-85.

88. Par exemple, dans l'affaire *Ahmed c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration)*, [1993] FCJ 718, la Cour d'appel fédérale du Canada a examiné la demande d'un Bangladais, membre de la Ligue Awami, qui avait été en mesure d'éviter de subir des préjudices dans son pays pendant quatorze mois, en menant une vie quasiment clandestine auprès d'une famille située dans une ville éloignée, travaillant comme cuisinier privé et quittant rarement le domicile. Comme la Cour a conclu : « Le simple fait que le demandeur ait vécu pendant un certain temps sans rencontrer de gros problèmes à Chittagong, loin de son domicile et en se cachant à moitié, ne suffit évidemment pas pour conclure qu'il pouvait bénéficier d'une protection de l'État dans son pays » (traduction libre).

dice au sein de son pays ? » plutôt que « La personne peut-elle bénéficier de la protection nationale en toute sécurité ?⁸⁹ » Cette approche est manifeste dans les cas qui considèrent comme décisif le fait qu'un demandeur d'asile ait, d'une manière ou d'une autre, réussi à éviter la persécution pour une courte période avant de quitter son pays d'origine. Par exemple, dans l'affaire *R. c. Immigration Appeal Tribunal, ex parte Guang*, le demandeur avait encouru une amende pour avoir violé la politique de l'enfant unique en Chine et avait par la suite exhibé une affiche dans son village qui déclarait que le gouvernement imposait des sanctions plus légères aux personnes disposant d'entregent. Un mandat d'arrêt ayant été émis à son encontre, il a fui vers Shanghai où il a séjourné chez un ami pendant deux mois avant de s'enfuir vers le Royaume-Uni. Un tribunal du Royaume-Uni a rejeté sa demande d'asile en estimant qu'il n'avait pas subi de persécution pendant son séjour de deux mois à Shanghai⁹⁰.

De manière plus générale, le fait de mettre l'accent uniquement sur la « sécurité » risque d'encourager l'idée qu'il incombe au demandeur d'asile d'éviter la persécution dans l'alternative interne envisagée, en abandonnant ses convictions politiques ou religieuses, afin d'éviter d'être repéré par les autorités concernées. Il existe plusieurs exemples inquiétants de tribunaux qui semblent adopter cette approche en se référant à la norme de sécurité, en particulier dans les cas concernant des opposants à la politique de l'enfant unique en Chine⁹¹. Dans une décision de la Cour fédérale d'Australie concernant un médecin menant une activité politique d'opposition à la politique de l'enfant unique, notamment par la rédaction fréquente de lettres virulentes adressées aux fonctionnaires du gouvernement, la Cour a estimé qu'une possibilité de refuge interne existait dans la mesure où il existait des preuves que « la demanderesse avait, en fait, été en mesure de se retenir d'exprimer ses opinions sur la question de la politique de l'enfant unique entre 1992 et 1996 »⁹².

89. En effet, le document du HCR de 1999 relatif à cette question suggère malheureusement que la question pertinente est de savoir « si la personne qui subit un risque de persécution dans une partie du pays *peut réussir à l'éviter* en habitant dans une autre partie du pays » : HCR, « Position de 1999 », *supra* note 22, paragraphe 9 (C'est nous qui soulignons) (traduction libre).

90. *R. c. IAT, ex parte Guang*, English High Court (QBD), Décision No. CO/3029/98, 1^{er} septembre 1999.

91. Par exemple, dans l'affaire *R. c. IAT, ex parte Sui Rong Suen*, [1997] Imm AR 355, la English High Court (QBD) a confirmé le rejet (prononcé par le tribunal inférieur) de la demande d'une jeune fille chinoise de 16 ans ayant fui vers le Royaume-Uni après avoir jeté une pierre sur un policier qui brutalisait sa mère pour avoir violé la politique de l'enfant unique. Elle s'est d'abord rendue au domicile de sa grand-mère, mais n'y est restée que quelques jours parce que la police était à sa recherche. Elle est alors allée chez un ami habitant à une heure et demie de son village. Une semaine après, son père lui a conseillé de quitter le pays et il a corrompu un fonctionnaire pour obtenir un passeport à son nom. Le IAT, après une analyse très succincte, a estimé que le refuge interne était viable parce qu'il n'existait pas de preuve que les autorités l'avaient poursuivie en dehors de sa province. La Cour (QBD) a confirmé cette décision, dans la mesure où « selon l'instruction faite par le juge, il est clair qu'il n'y aurait pas de persécution dans les parties de Chine autres que la Province de Fujian » (p. 363) (traduction libre). Cette décision sous-entend que le fait qu'elle ait été capable d'éviter les autorités en se cachant a empêché la reconnaissance du statut de réfugié.

92. *Ye Hong c. Minister for Immigration and Multicultural Affairs*, [1998] FCA 1356, 2 octobre 1998.

Cette « obligation de réserve » est incompatible avec le prémisses même de la *Convention de 1951*, qui prévoit que les personnes ont le droit d'être protégées contre la persécution du fait de leurs opinions politiques (ou autres motifs), ce qui présuppose la liberté d'exprimer et d'agir au nom de ces convictions politiques. On ne peut en aucun cas admettre que les décideurs exigent que les demandeurs d'asile évitent la persécution en renonçant à leurs droits civils et politiques fondamentaux comme la liberté d'expression, d'opinion et d'association et la liberté d'exprimer ses convictions religieuses et de les pratiquer⁹³. Étant donné l'affirmation du préambule selon laquelle le régime des réfugiés est fondé sur « le principe que les êtres humains, sans distinction, doivent jouir des droits de l'Homme et des libertés fondamentales », le statut de réfugié ne saurait être refusé simplement parce qu'un demandeur pourrait vivre en sécurité en renonçant à exercer ses convictions fondamentales. Comme la Cour fédérale d'Australie (Full Court) l'a reconnu dans un cas différent :

Présumer qu'une personne avec des convictions religieuses profondes doit agir de manière raisonnable, et transiger par rapport à ces convictions pour éviter la persécution serait contraire à l'objet humanitaire de la Convention⁹⁴.

Une approche qui ne s'attache pas seulement à la « sécurité » mais plutôt à l'existence d'une protection (réelle) suffisante, garantit l'absence d'émergence de ce type de préoccupations.

Outre le fait qu'elle se concentre davantage sur l'analyse de la protection que de la sécurité, la norme de la possibilité de protection interne diverge également par rapport à la position traditionnelle du HCR dans la mesure où l'obligation de chercher une protection interne n'est pas fondée sur une appréciation du caractère « raisonnable » pour le demandeur d'asile d'accepter la protection interne. Tout en semblant être libérale, l'analyse du « caractère raisonnable » permet, en pratique, aux décideurs d'évaluer les autres possibilités qui s'offrent au demandeur d'asile en

93. En effet, il est reconnu que les personnes menacées en raison de leur appartenance à des « groupes dont les membres s'associent volontairement pour des raisons si essentielles à leur dignité humaine qu'ils ne devraient pas être contraints à renoncer à cette association » ont droit au statut de réfugié du fait de leur appartenance à un certain groupe social : *Ward, supra* note 5, p. 739. L'importance de ne pas exiger des demandeurs qu'ils renoncent à leurs convictions religieuses afin de rester dans leur pays a été reconnue, par exemple, dans un cas en Allemagne qui concernait des citoyens turcs de confession yézide. La Cour constitutionnelle fédérale a estimé qu'il n'existait pas de possibilité de protection interne en Turquie pour les Yézides pratiquants fuyant la persécution religieuse. En continuant à pratiquer leur religion, ils seraient exposés à de grandes difficultés financières et on ne pouvait pas attendre d'eux qu'ils fassent des compromis avec leurs convictions religieuses afin de pouvoir bénéficier de la sécurité. Voir le document de recherche d'ELENA, *supra* note 3, p. 34.

94. Affaire *Wang c. Minister for Immigration and Multicultural Affairs*, [2000] FCA 1599, paragraphe 85, dans laquelle le juge Merkel paraphrase et adopte la décision antérieure de la Cour fédérale d'Australie (Full Court) dans l'affaire *Omar c. Minister for Immigration and Multicultural Affairs*, [2000] FCA 1430, paragraphe 42 (traduction libre). Le juge Merkel résume obligeamment la source de cette proposition : voir en général les paragraphes 82-91.

fonction de leur propre vision de ce qui constitue un comportement « raisonnable ». Comme le remarque à juste titre Frelick :

Comme Alice le ferait sans doute remarquer, le caractère raisonnable dépend de quel côté du miroir on se place. Considérés du point de vue du pays d'accueil, les risques et les dangers auxquels sont exposés les demandeurs d'asile dans leurs lointains pays peuvent sembler beaucoup moins menaçants qu'ils ne le sont du point de vue des personnes qui ont connu directement cette situation de près et qui craignent d'être renvoyées à travers le miroir pour la subir de nouveau⁹⁵.

Même la position du HCR de 1999 ne propose qu'une liste non exhaustive de critères possibles que les États peuvent choisir d'adopter pour analyser le caractère raisonnable⁹⁶. Les décideurs sont donc appelés à faire eux-mêmes leur propre analyse de ce qui est « raisonnable » dans un cas donné. Une analyse aussi vague ne peut conduire à une structuration ou à une orientation par les tribunaux d'appel. Storey a remarqué, en ce qui concerne la situation au Royaume-Uni, que « tout en considérant la possibilité de fuite interne comme un élément essentiel du régime de la *Convention de 1951*, peu de signes indiquent que les juges du Royaume-Uni ont accepté ou compris la nécessité pour les décideurs de l'analyser ou de l'appliquer eux-mêmes dans un cadre d'analyse clair ou établi »⁹⁷.

Ce manque inhérent de clarté analytique conduit à de grandes disparités entre juridictions. Par exemple, alors que les décisions au Danemark, aux Pays-Bas et au Royaume-Uni considèrent généralement que la présence de membres de famille dans l'alternative interne proposée n'est pas nécessaire, d'autres décisions, en particulier dans des juridictions comme le Canada, la Finlande, la Suisse et la Nouvelle-Zélande, insistent sur l'importance de la famille et d'autres réseaux sociaux. Une divergence similaire est manifeste à propos d'autres facteurs relatifs à l'analyse du « caractère raisonnable ». Par exemple, le Conseil d'État des Pays-Bas a considéré que la possibilité de détérioration de la situation socio-économique d'un demandeur d'asile n'empêche pas de reconnaître une possibilité de refuge interne⁹⁸, la Commission de recours des réfugiés danoise ne tiendrait vraisemblablement pas compte des facteurs socio-économiques dans ses décisions relatives au caractère raisonnable d'une option interne⁹⁹ et la Cour fédérale du Canada a refusé d'accorder de l'importance au potentiel de prospérité économique dans son examen de la viabilité d'une

95. Frelick, *supra* note 6, p. 23 (traduction libre).

96. Il est dit que la situation personnelle du demandeur est importante et que les facteurs à prendre en compte incluent, entre autres, l'âge, le sexe, la santé, la situation et les relations familiales, le groupe ethnique et culturel, les liens et compatibilités politiques et sociales, les fragilités sociales ou autres, les aptitudes linguistiques, le passé scolaire et professionnel, la situation en termes de travail ainsi que toute persécution antérieure et ses conséquences psychologiques : HCR, « Position de 1999 », *supra* note 22, paragraphe 16.

97. H. Storey, « United Kingdom Case Law on 'Internal Flight Alternative' », 11(2) *Immigration and Nationality Law and Practice*, 1997, p. 57 et 58 (traduction libre).

98. Décision No. A-2.0273, Conseil d'État des Pays-Bas, 1980.

99. Voir document de recherche d'ELENA, *supra* note 3, p. 30.

possibilité de refuge interne¹⁰⁰. D'un autre côté, les tribunaux allemands¹⁰¹ et suisses¹⁰² ont parfois pris en compte les difficultés économiques ou financières pour évaluer le caractère adéquat d'une possibilité de fuite interne. On peut constater la même divergence à propos des connaissances linguistiques. Tandis que des décideurs en Nouvelle-Zélande ont jugé que l'absence de connaissances linguistiques pertinentes n'empêchait pas la réinstallation interne, des tribunaux en Suisse et au Canada ont estimé que la capacité de s'exprimer dans la langue parlée dans le lieu de réinstallation interne était très importante. Nous partageons la conclusion émise par de Moffart selon laquelle « l'approche fondée sur le caractère raisonnable conduit à une jurisprudence éclectique et ad hoc, concernant des demandeurs originaires de mêmes pays et dans des situations similaires »¹⁰³.

En effet, l'application de la norme du « caractère raisonnable » peut même produire des résultats contradictoires au sein de la même juridiction. Ceci est illustré par un ensemble de cas examinés par la Cour fédérale du Canada impliquant la prise en compte de la possibilité de réinstallation à Colombo pour des Tamouls sri lankais âgés. D'un côté, la Cour a considéré que la réinstallation interne constituait une alternative raisonnable pour un Tamoul de 82 ans, bloqué dans un fauteuil roulant, démuni et isolé de sa famille¹⁰⁴. De l'autre, elle a rejeté la possibilité d'exiger la réinstallation à Colombo pour une femme tamoule de 75 ans qui n'avait pas de famille là-bas¹⁰⁵ et renvoyé une autre affaire parce que les membres du tribunal n'avaient pas pris en considération le fait que la requérante était une veuve d'une soixantaine d'années qui n'avait aucun soutien ni lien à Colombo et qui ne parlait ni l'anglais, ni le cingalais¹⁰⁶. Cette analyse montre clairement que le « caractère raisonnable » d'une possibilité de fuite interne reflète essentiellement l'opinion de l'examineur.

La norme du caractère raisonnable est non seulement ouverte à l'arbitraire mais elle implique aussi une évaluation vague et sans limite, qui ne trouve ses origi-

100. *Singh c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration)*, Cour fédérale du Canada (Section de première instance), [1993] FCJ 630, 23 juin 1993.

101. Voir, par exemple, la décision du tribunal administratif de Bavière, AN 12 K 89.39598, 30 mai 1990 et la décision de la Haute Cour administrative de Bavière, Az. 24 BZ 87.30943, 15 novembre 1991.

102. Dans une décision de la Commission de recours des réfugiés suisse (division francophone) du 6 décembre 1994, 2^e Chambre, No. 175 287, il a été jugé qu'il n'existait aucune possibilité de protection interne pour les Yézides sur l'ensemble du territoire turc où, suite à l'émigration d'une grande partie de leur population, ils ne bénéficiaient plus d'un réseau socio-économique.

103. De Moffart, *supra* note 30.

104. *Periyathamby c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, Cour fédérale du Canada (Section de première instance), (1995) 26 Imm LR (2d) 179.

105. *Ramanathan c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, Cour fédérale du Canada (Section de première instance), Décision No. IMM-5091-97 (1998) ; 1998 Fed. Ct. Trial Lexis 1017.

106. *Jayabalasingham c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, Cour fédérale du Canada (Section de première instance), Décision No. IMM-140-98 (1998) ; 1998 Fed. Ct. Trial Lexis 1283.

nes ni dans les termes, ni dans l'objet de la *Convention de 1951*. Un grand nombre de facteurs fréquemment pris en compte par les décideurs, dans ce contexte, relèvent davantage d'applications humanitaires du droit de l'immigration que des procédures de détermination du statut de réfugié au sens de la définition de la Convention. Par exemple, lorsque les demandeurs ont un niveau d'éducation peu élevé, qu'ils ne parlent pas la langue majoritaire dans le lieu de réinstallation proposé et qu'ils ont peu d'expérience professionnelle, les décideurs sont d'autant plus enclins à rejeter l'allégation qu'une possibilité de réinstallation interne existe. Comme l'a déclaré un tribunal australien :

Le requérant a vécu toute sa vie dans la région de Jaffna. Il n'a jamais habité ou travaillé à Colombo (à l'exception de quatre mois avant son départ vers l'Australie). Il ne parle pas le cingalais et n'a jamais occupé d'emploi. Il a une éducation limitée. Agé, s'exprimant mal, originaire du Nord et ne parlant pas le cingalais, le demandeur serait particulièrement vulnérable [...] J'estime qu'il ne serait pas raisonnable de lui demander de se réinstaller à Colombo où d'importantes rafles de Tamouls continuent d'avoir lieu ainsi que des détentions arbitraires dirigées contre eux et des violations des droits de l'Homme de la part des [forces de sécurité sri lankaises]¹⁰⁷.

La difficulté soulevée par ces cas est que les décideurs n'expliquent pas pourquoi les personnes éduquées, et capables d'entrer sur le marché de l'emploi, risquent moins de subir « d'importantes rafles de Tamouls, de détentions arbitraires dirigées contre eux et de violations des droits de l'Homme », que les demandeurs sans qualification. Ces cas ont tendance à mélanger les considérations qui relèvent du statut de réfugié avec celles qui relèvent davantage d'une demande d'admission pour des motifs humanitaires ou pour raisons familiales. En effet, la nature humanitaire de l'examen a été explicitement reconnue par certains juges¹⁰⁸. Toutefois, il est difficile de comprendre pourquoi un pouvoir discrétionnaire extra-juridique, pour une application de l'analyse du caractère raisonnable fondée sur des considérations humanitaires, devrait être accordé aux décideurs sur ce seul aspect de la *Convention de 1951*. Si cela est justifié dans ce contexte, on peut se demander pourquoi cela ne l'est pas pour d'autres aspects de la définition. Par exemple, lorsqu'un préjudice grave auquel une personne est exposée n'équivaut pas à une « persécution », pourquoi les décideurs ne devraient-ils pas examiner s'il est néanmoins déraisonnable d'attendre du demandeur qu'il le subisse à son retour dans son pays d'origine ?

Cette objection n'est pas simplement théorique ; c'est justement ce manque de justification du critère du caractère raisonnable dans le texte de la Convention qui en fait un fondement inadapté pour l'analyse d'une alternative interne à l'asile. Ce

107. Décision No. V96/05239, Australian RRT, 11 mars 1997 (traduction libre).

108. Par exemple, dans l'affaire *Jayabalasingham*, *supra* note 106, le juge Richard a estimé que, quand le tribunal a déclaré que le caractère raisonnable de la possibilité de protection interne exigeait « des difficultés supplémentaires ou extraordinaires », il a commis une erreur, en plaçant le seuil de l'analyse au-delà des considérations humanitaires et de convenance personnelle. Voir aussi l'affaire *Ramanathan*, *supra* note 105, dans laquelle le juge Hugessen a estimé qu'il était incorrect d'exclure les motifs humanitaires et de convenance personnelle pour examiner la possibilité de protection interne.

point est bien illustré dans la décision de la Cour d'appel de Nouvelle-Zélande dans l'affaire *Butler c. Attorney-General* :

Les diverses mentions et analyses du « caractère raisonnable » ou de la « sévérité injustifiée » [...] doivent être vues dans le contexte ou, pour emprunter une métaphore [de la Cour d'appel d'Angleterre], « avec comme toile de fond la question de savoir si le demandeur a droit au statut de réfugié ». Il ne s'agit pas d'une analyse autonome permettant un examen illimité de toutes les circonstances sociales, économiques et politiques de la demande y compris la situation de la famille [...]

Plutôt que d'être considérée comme indépendante [...] l'analyse du caractère raisonnable doit être liée à l'obligation première du pays de nationalité de protéger le demandeur [...]. L'élément raisonnable doit être lié à la définition du « réfugié » énoncée dans la Convention et aux objectifs de la Convention d'assurer une protection d'origine ou une protection de substitution pour éviter la persécution¹⁰⁹.

Si cette approche persiste, le risque est donc que tout interprète minutieux de la *Convention de 1951* finisse par adopter la position formulée par l'*Immigration Appeals Tribunal* (Tribunal d'appel en matière d'immigration) du Royaume-Uni dans l'affaire *Ashokanathan* selon laquelle le « caractère raisonnable » est simplement une sorte de « vernis humanitaire » sur des obligations strictement juridiques découlant du traité¹¹⁰. Et en effet, les tribunaux canadiens fixent désormais « un seuil très élevé pour l'examen du caractère déraisonnable »¹¹¹. À l'inverse, l'examen du caractère suffisant de la protection présente l'avantage notable d'être une norme découlant effectivement d'un traité, créant des obligations que les États ont formellement acceptées. En outre, il fournit un cadre d'analyse ciblé, structuré par des principes, et fondés sur les buts et objets de la *Convention de 1951*.

V. Étapes de l'évaluation d'une possibilité de protection interne

Afin de déterminer si une demande de statut de réfugié peut être refusée en toute légalité sur le fondement d'une possibilité de protection interne, quatre critères

109. *Butler c. Attorney-General*, supra note 71, p. 218 (traduction libre).

110. *Ashokanathan*, Décision No. 13294, UK IAT. D'après C. Yeo, « The 'Internal Flight Alternative' : Counter-Arguments », 15(1) *Immigration, Asylum and Nationality Law*, 2001, p. 9 à p. 16 :

Tournée vers l'avenir, la méthode d'analyse de la possibilité de protection interne défendue dans les *Lignes directrices de Michigan* et adoptée en Nouvelle-Zélande semble préférable à la position actuelle du Royaume-Uni. Il y aurait moins d'incertitude et cette méthode est plus facilement compatible avec le texte de la Convention. Cela pourrait aussi conduire à un taux d'acceptation des demandes d'asile plus élevé. Bien que l'approche de Michigan puisse sembler restreindre la marge d'appréciation positive, les juges pourraient se montrer plus enclins à accepter les contre-arguments à la possibilité de refuge interne si ces arguments étaient plus fermement rattachés à un fondement logique (traduction libre).

111. *Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration) c. Ranganathan*, Cour d'appel fédérale du Canada, décision No. A-348-99, 21 décembre 2000.

doivent être pris en considération. Premièrement, l'alternative de réinstallation proposée est-elle accessible à l'intéressé — sur le plan pratique, sur le plan juridique et en termes de sécurité ? Deuxièmement, cette possibilité offre-t-elle un « antidote » à la crainte fondée de persécution, dont il est prouvé qu'elle existe dans le lieu d'origine du demandeur — en d'autres termes, présente-t-elle moins qu'un « risque réel » ou une « possibilité sérieuse » par rapport au risque encouru à l'origine ? Troisièmement, est-il certain qu'il n'existe pas de nouveaux risques de persécution dans ce lieu, ou de refoulement direct ou indirect vers le lieu d'origine ? Quatrièmement, existe-t-il au moins le niveau minimal de protection étatique réelle dans l'alternative proposée ?

Dans cette partie, nous soulignons les considérations importantes pour chacune des quatre étapes d'analyse. Comme nous espérons le démontrer, loin d'être un changement radical par rapport à la pratique antérieure, la méthode d'analyse de la possibilité de protection interne intègre simplement les « meilleures pratiques » des États parties dans un cadre juridique découlant directement de la *Convention de 1951* elle-même. C'est la raison pour laquelle cette méthode n'est, par nature, ni plus progressiste, ni plus conservatrice, que les formulations antérieures ; elle offre simplement un cadre conçu explicitement pour identifier les personnes qui n'ont pas besoin de la protection de substitution, qui se trouve au cœur du droit des réfugiés, parce qu'elles ont déjà accès à la protection dans leur propre pays.

A. Première étape : accessibilité

Comme l'analyse d'une possibilité de protection interne porte sur l'existence d'une autre source de protection interne *actuelle*, la première question est de savoir si le demandeur d'asile peut effectivement accéder au lieu proposé comme possibilité de protection interne. Le fait que cette possibilité ne doive pas être « simplement théorique ou abstraite ¹¹² » est déjà bien accepté dans la jurisprudence des États parties ¹¹³ :

Nonobstant le fait qu'une protection réelle contre la persécution peut exister ailleurs dans le pays de nationalité [...] [une possibilité de protection interne] n'est pas applicable si, en pratique, la partie du pays dans laquelle cette protection existe n'est pas accessible de manière raisonnable pour cette personne. Dans le contexte du droit des réfugiés, les réalités pratiques

112. Décision No. N94/03786, Australian RRT, 1995.

113. Par exemple, la Cour d'appel américaine (*Third Circuit*) a estimé dans l'affaire *Étugh*, *supra* note 14, qu'il existait une possibilité de protection interne pour un demandeur d'asile nigérian parce que la procédure d'expulsion pouvait être mise en œuvre sans que le demandeur ait à revenir dans sa ville natale (où un risque manifeste existait). Faisant application de la proposition inverse, le IAT du Royaume-Uni dans l'affaire *Baglan* (Décision No. 12620) a accueilli l'appel d'un Turc d'origine kurde au motif que le Home Office envisageait de le reconduire non pas vers l'« enclave sûre » identifiée, mais plutôt vers Istanbul (où il était considéré comme exposé à un risque de persécution). Comme le juge Linden l'a déclaré dans l'affaire *Thirunavukkarasu c. Canada*, *supra* note 25, p. 598, « La possibilité de refuge dans une autre partie du même pays ne peut être seulement supposée ou théorique ; elle doit être une option réaliste et réalisable ».

auxquelles est confrontée une personne se réclamant réfugiée doivent être prises en considération avec soin¹¹⁴.

Liée étroitement à la question de l'accessibilité pratique, est l'obligation d'évaluer les risques physiques encourus au cours du voyage, ou à l'entrée dans l'alternative envisagée. Cela a également été reconnu largement dans la pratique des États¹¹⁵. Par exemple, dans l'affaire *Dirshe c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, la Cour fédérale du Canada a insisté sur cette préoccupation dans un cas où le voyage vers l'alternative de protection interne proposée, impliquait un passage à travers une région dans laquelle des gangs violents et des milices rodaient :

Le tribunal a commis une erreur de droit relativement à la PRI [Possibilité de Refuge Interne] dans son appréciation de la crainte que la requérante avait à l'égard des bandes et de la milice qui rôdent dans le pays. Pour qu'une PRI soit viable, il doit être physiquement possible pour le requérant de se rendre dans la région en cause. Cela comporte une appréciation *de la façon dont* le requérant doit se rendre dans cette région. S'il est dangereux pour le requérant de se rendre dans la région en question, il est impossible de dire que la PRI est une possibilité pratique¹¹⁶.

Le dernier aspect — l'accessibilité sur le plan juridique — comporte deux dimensions. Tout d'abord, il est impératif qu'un demandeur d'asile ne soit pas renvoyé vers un lieu de protection interne lorsque le retour exige un passage à travers un État intermédiaire qui n'autorisera pas légalement le demandeur d'asile à entrer. Par exemple, un Kurde ne pourrait pas être renvoyé vers le Nord de l'Irak via la Turquie, si la Turquie ne lui accorde pas un visa l'autorisant à entrer sur son territoire. Cela a été souligné par la Cour fédérale d'Australie dans l'affaire *Al-Amidi c. Minister for Immigration and Multicultural Affairs* :

Le tribunal était convaincu que le demandeur ne pouvait pas entrer en Iran ou en Syrie et était probablement convaincu, par les preuves présentées devant lui, qu'il ne pouvait pas entrer en Turquie. Aucun document ne permettait au tribunal d'être convaincu que le demandeur se verrait accorder des documents de voyage et que, s'il était reconduit d'Australie, il serait en mesure d'entrer en Irak du Nord. En fait, le tribunal n'a pas examiné cette question. Cela représente un vice fondamental dans la procédure de prise de décision qui révèle que la tâche qui incombe au tribunal en vertu de la loi n'a pas été remplie¹¹⁷.

114. *Randhawa*, *supra* note 14, p. 270 (traduction libre). Ce principe a été rappelé plus récemment par la Cour fédérale d'Australie (Full Court) dans l'affaire *Perampalam c. Minister for Immigration and Multicultural Affairs*, (1999) 84 FCR 274, à 288 par le juge Moore.

115. Le BIA des États-Unis a estimé dans l'affaire *Matter of H.* (BIA, Décision No. 3276, 1996) qu'il serait disposé à accorder du poids à l'affirmation du gouvernement qu'une zone interne protégée existait pour le demandeur d'asile somalien, seulement si le gouvernement apportait tout d'abord un éclairage sur la façon dont il envisageait de l'expulser vers cette zone (compte tenu des dangers entre Mogadiscio — où l'accès était possible — et l'alternative prétendument sûre).

116. *Dirshe c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, Cour fédérale du Canada (Section de première instance), Décision No. IMM-2124-96 (1997), 1997 Fed. Ct. Trial Lexis 521.

117. *Al-Amidi c. Minister for Immigration and Multicultural Affairs*, *supra* note 71, pp. 510-11 (traduction libre). Voir aussi la décision de la Haute Cour administrative de Bavière, qui a estimé qu'on ne pouvait attendre d'un demandeur d'asile kurde qu'il retourne en Irak du Nord dans la mesure où il ne possédait aucun document de voyage valable et où, dans ces conditions, il ne serait pas en mesure

Deuxièmement, comme le principe de la possibilité de protection interne repose sur l'idée que le statut de réfugié n'a pas besoin d'être accordé lorsque le propre gouvernement du demandeur est capable de le protéger dans au moins une partie du pays d'origine, il serait peu sensé de refuser l'asile sur la base d'une option interne que le gouvernement national a formellement rendue indisponible pour le demandeur¹¹⁸. Comme l'a clairement expliqué la Cour fédérale du Canada dans l'affaire *Sathananthan c. Canada*, en refusant de reconnaître l'existence d'une possibilité de protection interne pour un tamoul au Sri Lanka :

Le demandeur a témoigné que la police de Colombo lui a donné l'ordre de repartir vers le Nord dans les quarante-huit heures, c'est-à-dire vers une région où [...] le demandeur craignait avec raison d'être persécuté [...] [La] conclusion [qu'il existait une protection interne] découlait d'une analyse erronée [...] parce qu'elle reposait [entre autres] sur une contradiction (on peut rester à Colombo, mais en le faisant on enfreint la loi et on peut être arrêté)¹¹⁹.

Une fois que l'accessibilité sur le plan pratique, sur le plan juridique et en termes de sécurité a été établie, l'analyse porte sur une appréciation de la qualité de la protection existant dans l'alternative de protection interne. Celle-ci à son tour implique une analyse en trois volets : la possibilité de protection interne constitue-t-elle un « antidote » au risque de persécution existant à l'origine ? Existe-t-il de nouveaux risques de persécution ou de refoulement vers la région d'origine ? Le niveau de protection réelle existant dans l'alternative de protection interne est-il conforme aux normes minimales acceptables ?

B. Deuxième étape : antidote

Une possibilité de protection interne peut, de toute évidence, être considérée comme existant, seulement dans un lieu où le demandeur n'est pas exposé à une crainte fondée de persécution. Toutefois, il ne suffit pas de constater simplement que l'agent de persécution d'origine n'a pas *encore* établi de présence dans le lieu proposé pour la protection interne. Il doit plutôt exister des raisons de penser que l'agent de persécution a des chances de rester dans une portée localisée hors du lieu désigné pour la protection interne. Par exemple, un tribunal allemand a jugé qu'un demandeur d'asile libanais ne pouvait pas se prévaloir d'une possibilité de protection interne dans la mesure où les troupes syriennes, qui percevaient le demandeur comme un opposant au parti Baas au pouvoir en Syrie, étaient en train d'étendre leur contrôle déjà important sur une grande partie du Liban. Le tribunal a donc conclu

d'accéder au territoire du Nord de l'Irak via la Syrie, la Turquie ou l'Iran et où il n'y aurait aucun autre moyen légal d'entrer au Nord de l'Irak, Décision No. 23 B 99.32990, 23 mars 2000, citée dans le document de recherche d'ELENA, *supra* note 3, p. 35.

118. Par exemple, le IAT du Royaume-Uni a estimé à juste titre dans l'affaire *Yang* (Décision No. 13952, 1996) qu'aucune possibilité de réinstallation interne n'existait pour le demandeur d'asile chinois en l'espèce, dans la mesure où « sur la base des preuves documentaires disponibles, il semble que la Chine exerce des contrôles administratifs, quel que soit l'endroit où les citoyens vivent, et qu'il n'y a donc aucune liberté de circulation interne sans son approbation » (traduction libre).

119. *Sathananthan c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, Cour fédérale du Canada (Section de première instance), Décision No. IMM-5152-98 (1999) ; 1999 Fed. Ct. Trial Lexis 1149.

qu'« il n'était [...] pas certain que le demandeur serait à l'abri de la persécution de l'armée syrienne pendant une longue durée »¹²⁰.

La méthode pour mesurer le degré de risque dans l'alternative de protection interne revient à l'analyse habituelle de la « crainte fondée », consistant à déterminer s'il existe une « possibilité raisonnable », un « risque raisonnable » ou un « risque réel » de persécution dans ce lieu. D'un côté, une crainte de persécution est fondée même s'il n'existe pas de probabilité claire que la personne soit persécutée. D'un autre côté, le simple risque ou la possibilité éventuelle d'être persécuté est un fondement insuffisant pour la reconnaissance du statut de réfugié. L'analyse pertinente consiste à apprécier s'il existe un risque important que la personne soit persécutée dans l'alternative de protection interne dans un avenir prévisible.

De toute évidence, l'analyse du potentiel en tant qu'antidote à la persécution redoutée d'une possibilité de protection interne dans une région déterminée, pré-suppose une appréciation initiale de la nature et du degré de la crainte fondée dans la région d'origine du demandeur. Il en est ainsi parce que l'antidote requis variera considérablement en fonction du risque de persécution existant dans la première région. Ainsi, une protection sérieuse et efficace dans un cas, ne le sera pas nécessairement dans un autre. Par exemple, tandis qu'un homme ayant des craintes à l'égard de guérilleros a besoin de la protection d'une armée nationale puissante et capable de limiter la menace à des régions particulières, une armée puissante capable de supprimer des actes de guérilla peut être sans effet pour une femme fuyant la violence domestique et nécessitant une protection policière forte. Ceci sert à nouveau à souligner l'importance d'aborder l'analyse de façon méthodique, en commençant par une appréciation du bien fondé de la crainte, avant de procéder à l'évaluation de la protection. Une analyse qui estimerait que la possibilité de protection interne fait partie de l'appréciation initiale du bien fondé de la crainte masque l'importance de cette évaluation en deux étapes et encourt le risque de conduire à une évaluation inadéquate du risque persistant dans l'alternative de protection interne envisagée.

En termes pratiques, la décision portant sur l'existence d'une possibilité de protection interne est fonction a) de la capacité de l'agent de persécution d'être présent dans ce lieu¹²¹ et b) de la probabilité de poursuite dans ce lieu. Une décision canadienne illustre l'interaction entre ces deux éléments essentiels de l'analyse :

120. Haute Cour administrative (Hessen), Décision No. UE 1568/84, 2 mai 1990 (traduction libre).

121. Par exemple, la Cour fédérale du Canada a estimé qu'un demandeur argentin, opposé aux cotisations syndicales obligatoires et membre du Parti radical de l'union civique (UCR), était exposé au risque d'être battu par des syndicalistes. Mais la Cour a conclu qu'il existait une possibilité de protection interne valable parce qu'« il existe des autorités municipales et provinciales contrôlées par les opposants politiques au Parti (péroniste) Justicialista et à ses syndicats alliés [...] Le demandeur pouvait vivre en sécurité dans les provinces d'Argentine contrôlées par l'UCR » : *Vidal c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration)*, Cour fédérale du Canada (Section de première instance), Décision No. A-644-92 (1997) (traduction libre) ; Fed. Ct. Trial Lexis 408. De même, dans la RSAA de Nouvelle-Zélande, Décision No. 1613/93, le tribunal a estimé qu'un Indien de basse caste pouvait trouver une

[En rejetant la requête de la demanderesse, la Commission de l'immigration et du statut de réfugié] n'a pas examiné la preuve apportée par la demanderesse que son mari était un personnage subtil, vindicatif et obsédé et que, compte tenu de son comportement passé, il serait capable de retrouver sa trace partout au Pérou, même sans ses relations politiques [avec le Sentier lumineux]. La Commission a, notamment, suggéré qu'une [possibilité de protection interne] raisonnable existait en dehors de Lima, car la demanderesse pourrait trouver un emploi d'enseignante. Elle n'a toutefois pas pris en considération l'allégation que le mari de la demanderesse pourrait retrouver sa trace par l'intermédiaire du Ministère de l'Éducation. De plus, tout en estimant que la protection étatique avait été refusée dans le passé, la Commission n'a pas fourni de raisons sérieuses pour justifier que la demanderesse serait en sécurité en dehors de Lima¹²².

Dans cette décision, la Cour a opportunément pris en considération le fait que le mari était un personnage subtil avec de bonnes relations avec le gouvernement et le Sentier lumineux (c'est-à-dire, capable de la poursuivre) et obsédé (c'est-à-dire, risquant de la poursuivre).

La préoccupation fréquente des tribunaux à déterminer si le demandeur est un activiste important ou relativement anonyme, devrait aussi être appliquée pour apprécier la probabilité de poursuites par l'agent de persécution dans l'alternative de protection interne proposée¹²³. Cependant, comme cela est souligné plus haut, il est essentiel que les juges fassent attention à ne pas transformer cette analyse en une obligation faite aux demandeurs de devenir anonymes, en abandonnant leurs convictions politiques ou religieuses, ou de se dissimuler aux agents de persécution dans le nouveau lieu¹²⁴. Comme a conclu le *Refugee Review Tribunal* d'Australie dans un

protection interne « en s'installant en Uttar Pradesh ou au Bihar [où] le demandeur serait en mesure de bénéficier de la protection des gouvernements issus de basse caste au pouvoir dans ces régions » (traduction libre).

122. *Gonzalez-Cambana c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, Cour fédérale du Canada (Section de première instance), Décision No. IMM-933-96 (1997) ; 1997 Fed. Ct. Trial Lexis 689 (traduction libre).

123. Par exemple, le tribunal administratif d'Autriche a estimé que des figures de l'opposition kurde bien connues en Irak, ne pouvaient pas trouver de protection dans la zone kurde « sûre » parce que « les autorités kurdes dans la zone autonome de sécurité ne sont pas en mesure de protéger le demandeur contre un risque de persécution de la part des autorités irakiennes. Les preuves présentées, montrant une instabilité générale, nous laissent penser que, en l'absence de preuves concrètes contraires, il ne serait pas improbable que la police secrète irakienne puisse mener des activités dirigées contre des militants de l'opposition connus dans la zone sûre du Nord de l'Irak, sans réelle entrave de la part des autorités kurdes. Il n'existe donc pas de possibilité de protection interne pour le demandeur » : Décision No. 95/20/0284, 12 septembre 1996 (traduction libre).

124. Voir le texte *supra* notes 88-90. Par exemple, dans l'affaire *In Re C.A.L.*, *supra* note 33, le BIA des États-Unis s'est appuyé, de manière inadéquate, sur un manque de notoriété pour rejeter la demande d'asile d'un homme guatémaltèque, en se fondant sur une possibilité de protection interne, en estimant (notamment) que « nous ne considérons pas que le demandeur soit une victime potentielle de premier plan pour le harcèlement par les guérilleros » (p. 5). Cela était déterminant étant donné que : Le rapport sur le Guatemala établi par le Département d'État énonce que le nombre de guérilleros a diminué depuis quelques années, qu'ils sont concentrés dans des zones isolées, où vivent d'importantes populations indiennes, sans contrôle gouvernemental facilement accessible et que la menace à l'égard de la population en général a diminué (traduction libre).

Ibid., p. 5.

cas refusant la possibilité d'une protection interne pour une personne menacée en raison de ses fortes convictions religieuses, « la question du refuge interne n'est pas importante si on prend en considération le comportement probable du demandeur à son retour, car on peut s'attendre à ce que ce comportement soit le même quelle que soit la partie du pays vers laquelle on le renvoie »¹²⁵.

La question la plus importante et la plus controversée peut-être, dans le cadre de cet aspect de l'analyse de la possibilité de protection interne, est celle de savoir s'il peut exister un antidote réel à l'intérieur du pays d'origine du demandeur, lorsque l'agent de persécution est le gouvernement lui-même. En résumé, l'idée même d'une possibilité de protection interne face à un risque de persécution directe de la part du gouvernement défie-t-elle toute logique, étant donné que la *Convention de 1951* conçoit le gouvernement national comme la source de protection juridiquement pertinente (« [...] ne peut ou [...] ne veut se réclamer de la protection *de ce pays* [...]) ? La jurisprudence comparée fournit des réponses divergentes à cette question.

À une extrémité, certains décideurs ont estimé que le fait que le persécuteur soit, ou ne soit pas, l'État n'a absolument aucune importance pour l'analyse¹²⁶. Ces décisions posent cependant problème, car elles négligent l'immense capacité de l'État à poursuivre le demandeur dans d'autres régions, ou alors elles conduisent à imposer au demandeur une obligation effective de se cacher de l'État dans un autre lieu.

À l'autre extrémité, certains tribunaux ont considéré que si l'agent de persécution était le gouvernement, il ne pouvait jamais exister de possibilité de protection interne¹²⁷. Cette approche a l'avantage de garantir que le bénéficiaire du doute, concernant le potentiel du gouvernement de continuer à persécuter dans l'autre région, profite au demandeur d'asile. En outre, elle est cohérente avec la position générale défendue en droit international des droits de l'Homme¹²⁸. Toutefois, elle peut aussi

125. Décision No. V96/04931, Australian RRT, 25 novembre 1996 (traduction libre).

126. Par exemple, dans l'affaire *Matter of R.*, *supra* note 33, le US BIA a jugé que :

En présumant qu'il ait été antérieurement persécuté au Pendjab, sur la base des preuves dont nous disposons, nous ne trouvons pas déraisonnable d'attendre de lui qu'il ait cherché un refuge ailleurs en Inde. Compte tenu de l'opinion non contestée du Département d'État [...] nous estimons qu'une prépondérance des preuves établit que la situation en Inde, en dehors du Pendjab, ne justifie pas que le demandeur aurait une crainte fondée de persécution en cas de retour dans ce pays (traduction libre).

127. Dans des décisions concernant des Tamouls du Sri Lanka et des Kurdes de Turquie, le Conseil d'État des Pays-Bas a même refusé de prendre en considération la réinstallation interne, concluant en effet que celle-ci était exclue quand les autorités nationales étaient l'agent de persécution (*A.R.R. c. S.* (1982) ; *R.V.* (1982) ; *A.R.R. c. S.* (1988) et *R.V.* (1994)). La Commission des recours des réfugiés suisse (Section francophone), 21 avril 1993, 4^e Chambre, No. 138 356, a conclu qu'il n'existait pas de possibilité de protection interne lorsque le demandeur d'asile était directement persécuté par les autorités centrales. Dans ce cas, la Commission a fait droit à la demande d'asile d'un membre du Parti communiste/marxiste-léniniste turc qui avait été considéré comme « personne indésirable » par les autorités turques.

128. Par exemple, dans l'affaire *Alan c. Suisse*, UN doc. CAT/C/16/D/21/1995, 8 mai 1996, le Comité contre la torture a traité la requête d'un demandeur d'asile kurde de Turquie débouté. Le Comité, préoccupé par le fait que l'agent de persécution était l'État turc lui-même, a estimé qu'il n'existait pas de zone sûre pour le demandeur à l'intérieur de la Turquie.

s'avérer trop simpliste, dans la mesure où les différents types d'entités gouvernementales et leur capacité variable à exercer une persécution dans l'ensemble du pays ne sont pas pris en considération.

Nous recommandons l'adoption d'une approche intermédiaire, tenant compte des différences entre les niveaux de gouvernement, ainsi que des divergences dans le degré d'implication gouvernementale dans le risque de persécution. Le cas le plus simple, où l'application d'une possibilité de protection interne est manifestement la plus appropriée, est celui dans lequel l'État n'est ni l'agent, ni le promoteur de la persécution, mais où il est simplement incapable de contrer le risque créé par des agents non-étatiques dans une région donnée. Dans ces cas, il n'y a aucune raison de supposer qu'on ne peut compter sur le gouvernement ailleurs dans le pays. Ces cas doivent donc être analysés comme des demandes standard de possibilité de protection interne, sans présomption particulière quant au résultat. Les décideurs doivent néanmoins prendre soigneusement en considération tous les facteurs pertinents, notamment la question de savoir si l'État a véritablement la volonté, mais pas la capacité, d'assurer la protection dans la région d'origine du demandeur, si les actes commis par le groupe qui persécute (ou l'incapacité du gouvernement à contrôler les actes du groupe) sont véritablement limités à une région et si, dans l'alternative de protection interne, le gouvernement protège effectivement les personnes qui se trouvent dans la même situation.

D'un autre côté, lorsque l'agent de persécution est le gouvernement national lui-même, on se trouve dans la situation la moins logique pour appliquer la possibilité de protection interne. Lorsque, par exemple, la menace vient de la police ou de l'armée d'un pays, ou lorsque le gouvernement national encourage ou soutient activement les activités de persécution d'un agent théoriquement indépendant, il doit exister une présomption forte contre l'existence d'une possibilité de protection interne¹²⁹. En effet, dans ces circonstances, la présomption contre la possibilité de protection interne peut en toute logique être définie comme tendant vers une présomption irréfutable¹³⁰. Cela est cohérent avec l'opinion du HCR selon laquelle « dans l'immense majorité des cas impliquant une crainte à l'égard d'agents de persécution de l'État, l'existence d'une possibilité interne sûre ne sera pas une considération pertinente »¹³¹. On présume qu'un gouvernement national a la capacité de

129. Selon une réglementation américaine promulguée récemment, il existe une présomption que la réinstallation interne n'est pas raisonnable lorsque le persécuteur est le gouvernement, ou est soutenu par le gouvernement, à moins que l'INS n'établisse par la prépondérance des preuves que, compte tenu de toutes les circonstances, il serait raisonnable que le demandeur s'installe dans une autre zone » (US Regulations, *supra* note 3) (traduction libre).

130. Par exemple, la Cour d'appel américaine (*Ninth Circuit*) a fait remarquer que « l'on n'a jamais envisagé qu'il puisse exister des endroits sûrs à l'intérieur d'un pays quand c'est le gouvernement national lui-même qui sanctionne les opinions telles que celles qui ont conduit la victime à quitter le pays » : *Singh c. Moschorak*, 53 F 3d 1031 à 1034 (9th Circuit), 1995 (traduction libre) ; *Chancharavac c. INS*, 2000 US app. Lexis 5066 (9th Circuit), 27 mars 2000.

131. HCR, « Position de 1999 », *supra* note 22, pp. 1-3.

poursuivre partout à l'intérieur de sa zone de compétence. Quand l'État a lui-même menacé une personne dans sa région d'origine, la probabilité, même faible, que le gouvernement poursuive la personne, équivaut logiquement à un véritable risque de préjudice¹³². Comme l'a expliqué en substance la Cour d'appel américaine (*Ninth Circuit*) dans l'affaire *Singh c. Moschorak* :

Tout ce qui est exigé pour se voir reconnaître le statut de réfugié est un « risque réel », une « possibilité sérieuse » de persécution. Même si le gouvernement national ne voit actuellement aucune raison de persécuter un groupe particulier dans un endroit particulier, il a déjà manifesté sa volonté de persécuter ailleurs. A lui seul cet élément suffit à satisfaire de manière certaine — à moins qu'il n'y ait eu un changement fondamental de gouvernement — le critère de « risque réel », de « possibilité sérieuse », à travers l'ensemble du pays où ce gouvernement exerce son autorité¹³³.

La logique consistant à éviter d'examiner la possibilité de protection interne quand un organe officiel de l'État national est l'agent de persécution, direct ou indirect, est bien illustrée par la décision récente de la Cour fédérale d'Australie dans l'affaire *Minister for Immigration and Multicultural Affairs c. Jang*, un cas dans lequel la protection interne a été examinée à propos d'une femme chrétienne, craignant des

132. Cette approche a également été adoptée par la Cour européenne des droits de l'Homme pour l'interprétation de l'article 3 de la *Convention européenne de sauvegarde des Droits de l'Homme et des Libertés fondamentales*, STE No. 5. Dans l'affaire *Chahal c. Royaume-Uni* (Décision No. 70/1995/576/662, 1996), la Cour a été saisie à propos d'une demande d'asile au Royaume-Uni, déposée par un séparatiste sikh, qui alléguait des persécutions dans la région du Pendjab en Inde. Le Royaume-Uni envisageait de l'envoyer dans une autre partie de l'Inde, déclarant que seule la police locale du Pendjab représentait un risque réel, qui en tout état de cause avait diminué au cours des dernières années. Chahal produisait des preuves que les séparatistes sikhs étaient exposés à des risques de disparitions, d'arrestations, d'exécutions extrajudiciaires et de torture partout en Inde. La Cour a pour l'essentiel accueilli les preuves produites par Chahal et rejeté toute possibilité de protection interne : Bien que la Cour estime que, s'il était reconduit vers l'Inde, ce sont les menées des forces de sécurité du Pendjab dans cet État, ou en dehors de cet État, qui menaceraient le plus M. Chahal, elle considère également comme significatives les allégations fondées de violations graves des droits de l'Homme qui ont été portées contre les forces de police dans d'autres parties de l'Inde.

Ibid., paragraphe 104.

Dans une affaire plus récente, la Cour européenne des Droits de l'Homme dans *Hilal c. Royaume-Uni*, Décision No. 45276/99, 6 mars 2001, a rejeté l'argument du gouvernement britannique selon lequel une possibilité de « fuite interne » existait sur la partie continentale de la Tanzanie, pour un demandeur fuyant la persécution au Zanzibar. La Cour a expliqué que « la police, dans la partie continentale de la Tanzanie, pouvait être considérée comme liée institutionnellement à la police de Zanzibar, en tant que membre de l'Union, et ne pouvait être considérée comme une garantie contre des agissements arbitraires » (paragraphe 67).

133. *Singh c. Moschorak*, *supra* note 130 (traduction libre). Voir aussi l'affaire *Damaize-Job c. INS*, 787 F 2d 1332 à 1336 (9th Circuit), 1986, dans laquelle la Cour répond à l'affirmation selon laquelle le gouvernement du Nicaragua ne persécute les Indiens Miskito que sur la côte atlantique :

Le rapport n'indique pas d'intention claire de la part des Sandinistes de limiter leurs persécutions à une zone géographique donnée, et Damaize a témoigné qu'il pouvait facilement être identifié comme un Miskito partout où il allait.

persécutions pour des motifs religieux en Chine, suite à la mise en œuvre d'une loi nationale restreignant les pratiques religieuses. Une des questions que la Cour avait à examiner était de savoir si le tribunal inférieur avait commis une erreur en n'ayant pas pris en considération une possibilité de protection interne, dans la mesure où l'application de la loi nationale variait d'une région à l'autre. La Cour a rejeté l'idée que la possibilité de protection interne était un élément d'appréciation approprié dans ce cas :

Toutefois, lorsque la persécution redoutée trouve son origine dans l'action d'agents gouvernementaux qui appliquent la loi du pays de nationalité, ou qui mettent en œuvre une politique adoptée par le gouvernement de ce pays, il sera beaucoup plus difficile pour un [...] décideur d'être convaincu qu'il n'existe pas de risque réel que le demandeur d'asile soit persécuté en cas de retour dans ce pays. Dans ce cas, s'il existe un lieu sûr, cela doit venir du fait que les fonctionnaires responsables ont échoué dans l'exercice de leurs fonctions à mettre en œuvre la loi ou la politique applicable [...] Cette situation peut évoluer d'un jour à l'autre, soit en raison de la nomination d'un ou de plusieurs nouveaux fonctionnaires, soit en raison de la pression exercée par les supérieurs pour l'application de ces mesures. Il existera souvent (peut-être même, de manière générale) un « risque réel » que cela arrive¹³⁴.

Il convient de souligner que cette extrême prudence à l'égard de la possibilité de protection interne s'applique à la fois lorsque le gouvernement national est l'agent de persécution direct et lorsqu'il encourage la persécution par d'autres agents étatiques ou non. Comme cela a été généralement reconnu, il en est ainsi parce qu'il n'y a pas plus de raisons de confier la protection d'un demandeur à un gouvernement qui persécute indirectement qu'à un gouvernement qui persécute directement.

Dans quelles circonstances serait-il possible de réfuter cette présomption extrêmement forte contre une possibilité de protection interne lorsque le gouvernement national est l'agent de persécution direct ou indirect ? L'affirmation qu'une personne peut être en sécurité dans une autre région du pays quand le gouvernement national est l'agent de persécution ou soutient celle-ci, hormis l'exigence que la personne se cache du gouvernement, part essentiellement de l'hypothèse que la réinstallation va fondamentalement modifier les liens de la personne avec le gouvernement national. Cela suggère une analogie avec la clause de cessation de la Convention, qui permet le retrait du statut de réfugié quand « les circonstances à la suite desquelles [la personne] a été reconnue comme réfugiée [ont] cessé d'exister »¹³⁵. L'analyse concernant l'éventualité d'un changement de circonstances est lourde : il faut prouver que ce changement est substantiel, réellement effectif et durable¹³⁶. Une charge aussi importante doit incomber à l'État d'asile qui cherche à établir qu'une personne, risquant d'être persécutée par un gouvernement national, peut

134. *Minister for Immigration and Multicultural Affairs c. Jang*, (2000) 175 ALR 752 à 758-9 (traduction libre).

135. *Convention de 1951*, article 1 C 5.

136. La Conclusion No. 69 (XLIII) de 1992 du Comité exécutif du HCR estime que le changement de circonstances doit être « fondamental, stable et durable ».

être considérée comme étant protégée par ce même gouvernement dans l'alternative de protection interne envisagée¹³⁷. En particulier, dès lors que le gouvernement national a manifesté un intérêt à persécuter une personne, on ne peut pas présumer que des périodes de non persécution, même dans un lieu différent, sont des preuves suffisantes que le gouvernement n'a plus l'intention de porter préjudice au demandeur. Cela a été reconnu par un tribunal néo-zélandais dans une affaire concernant la demande d'asile d'un membre de la All India Sikh Student Federation (Fédération pan-indienne des étudiants sikhs) ayant été torturé par la police indienne :

Il est usuel dans ces cas que l'activité de la police soit imprévisible et irrégulière, bien que leur intérêt demeure constant. Un trait commun aux cas entendus par notre Autorité est que la police effectue des visites à intervalles irréguliers. Ces intervalles sont dans certains cas très rapprochés, et dans d'autres, très espacés. C'est la raison pour laquelle il faut être attentif à ce que les interventions soient déduites non seulement de la régularité des visites de la police, mais également du facteur tout aussi essentiel que sont les suspicions de cette dernière¹³⁸.

Il existe toutefois deux « catégories intermédiaires » dans lesquelles il convient d'appliquer une présomption contre la possibilité de protection interne, qui n'est néanmoins pas aussi difficilement surmontable que celle concernant les situations de persécution directe ou indirecte du gouvernement national.

La première catégorie intermédiaire comprend les cas où la menace émane des autorités gouvernementales locales. Dans la mesure où les gouvernements locaux opèrent sous l'autorité du gouvernement national, on ne saurait trouver que très rarement une possibilité de protection interne dans ce cas. En principe, un gouvernement national qui n'intervient pas pour empêcher une persécution de la part des autorités locales, a très peu de chances d'être un gardien fiable pour les victimes de cette localité. C'est seulement lorsqu'il existe des preuves claires que l'autorité de persécution n'a aucune emprise hors de sa propre région, et que des circonstances atténuantes particulières expliquent l'échec du gouvernement national à neutraliser les préjudices circonscrits à la région d'origine (d'un type non pertinent pour la possibilité de protection interne envisagée), qu'il pourrait être possible d'envisager une possibilité de protection interne dans ces circonstances. L'affaire *Rakesh Maini*¹³⁹, décision récente de la Cour d'appel américaine (*Ninth Circuit*), constitue un cas où la

137. Les tribunaux américains ont, d'une manière générale, reconnu que, dans des cas de persécution étatique, la charge de la preuve incombe à la partie qui cherche à réfuter la présomption. Dans une affaire concernant un chrétien copte du Soudan, dont la famille avait été terrorisée par les forces gouvernementales pour des motifs religieux, la Cour d'appel (5th Circuit) a conclu que :

Quand une partie qui demande l'asile démontre qu'un gouvernement national est l'« agent de persécution », la charge de prouver que les actes de persécution de ce gouvernement sont vraiment circonscrits à un lieu et à une situation clairement délimités et restreints, doit incomber à l'INS, de telle sorte que le demandeur d'asile n'ait pas à craindre de risquer d'être persécuté ailleurs dans le pays (traduction libre).

Abdel-Masieh c. INS, 73 F 3d 579 à 587 (5th Circuit), 1996.

138. *Re R S.*, New Zealand RSAA, *supra* note 84 (traduction libre).

139. *Rakesh Maini c. INS*, 212 F 3d 1167 (9th Circuit), 2000.

présomption a été réfutée de manière appropriée (mais n'a en fait pas été prise en compte). La décision concernait la demande d'asile d'un couple mixte sikh-hindou, attaqué par des membres du parti marxiste (CPM) local à Calcutta. Comme le CPM n'a aucun pouvoir dans la plupart des autres régions d'Inde, la Cour a pu raisonnablement analyser la possibilité de protection interne.

Dans l'ensemble, toutefois, les tribunaux ont, à juste titre, adopté une approche prudente face aux allégations selon lesquelles la persécution serait localisée parce que l'acte concerné émane des autorités locales. Par exemple, dans l'affaire *Mirza c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, un Pakistanais demandait l'asile au Canada parce qu'il craignait des persécutions de la part de la police locale en raison de ses activités politiques. La police avait effectué une descente lors d'une réunion politique qu'il avait organisée, et un tribunal local avait lancé un mandat d'arrêt à son encontre. Le tribunal lui avait refusé le statut de réfugié pour des raisons de protection interne, estimant que « même si les mandats d'arrêt étaient effectivement valables, le tribunal conclut que, vu les circonstances du pays, on n'y donnerait aucune suite ». La Cour fédérale a annulé la décision, soulignant le fait que les mandats d'arrêt, même émis par un tribunal local, pouvaient être exécutés partout au Pakistan ¹⁴⁰.

La seconde catégorie « intermédiaire », pour laquelle la possibilité de protection interne peut être pertinente, inclut les cas où le gouvernement national n'a pas encouragé l'agent de persécution non-étatique, mais a simplement toléré ses agissements. Tout en bénéficiant également d'une présomption contre l'existence d'une possibilité de protection interne, ces cas peuvent permettre plus facilement de réfuter la présomption, dans la mesure où les conditions à la base de la décision du gouvernement de tolérer la persécution dans une région, peuvent ne pas exister dans les autres régions du pays. Par exemple, l'ampleur d'une tension ethnique dans une région donnée peut être telle que l'intervention du gouvernement en vue de protéger une minorité, opprimée par des groupes d'autodéfense, pourrait légitimement être considérée comme risquant d'exacerber la violence généralisée. Dans ces circonstances, un gouvernement peut décider qu'il n'a pas d'autre option pratique que de tolérer les sévices infligés à une minorité par des agents non étatiques, dans une région donnée, à un moment donné. Il peut, toutefois, avoir la volonté et la capacité de protéger cette même minorité dans une autre région du pays. Néanmoins, le cas de tolérance d'une persécution infligée par des personnes privées nécessite une analyse minutieuse des raisons à la base des agissements du gouvernement, et incite à la prudence avant de conclure que la présomption est réfutée.

140. Cour fédérale du Canada, Section de première instance, Décision No. IMM-4618-98 ; 1999 Fed. Ct. Trial Lexis 842.

C. Troisième étape : absence de nouveau risque de persécution ou de refoulement dans la région d'origine

La troisième étape de l'analyse de la possibilité de protection interne vise à garantir que, en renvoyant une personne vers une autre région de son pays d'origine, l'État de renvoi ne remplace pas simplement une situation difficile par une autre. L'alternative de protection interne proposée n'offrirait de toute évidence pas de protection si le risque d'une forme de persécution n'était évité qu'en étant remplacé dans ce lieu par un risque différent de persécution pour un motif conventionnel. Qu'en est-il toutefois de la situation où il existe un risque de guerre ou d'autres violences *généralisées* dans l'alternative de protection interne proposée (ne permettant ainsi pas à la personne venant de cette zone de bénéficier du statut de réfugié en raison de l'absence de lien de causalité avec l'un des cinq motifs de la Convention) ? Ou également de la situation où la seule possibilité de protection interne potentielle serait située dans un désert inhabitable (encore une fois, raison insuffisante pour permettre à la personne originaire de l'alternative de protection interne de bénéficier du statut de réfugié, dans la mesure où les difficultés d'ordre général n'équivalent en général pas à un risque de persécution) ? Doit-on considérer qu'une possibilité de protection interne existe dans l'une ou l'autre de ces situations ?

La jurisprudence de la plupart des États parties reconnaît que, lorsque le demandeur d'asile risque d'être exposé à une violence généralisée de l'ordre de la persécution ou d'autres formes de menaces graves, l'existence d'une possibilité de protection interne peut être écartée en raison de son « caractère déraisonnable ¹⁴¹ ». Comme l'a récemment expliqué le juge Brooke dans l'affaire *Karanakaran* :

En théorie, il pourrait être possible qu'une personne soit renvoyée dans une région désertique de son pays d'origine, peuplée seulement de chameaux et de nomades, mais la rigueur des termes « ne peut se réclamer de la protection de ce pays » a été tempérée par une petite dose d'humanité. Dans l'importante affaire *Ex p. Robinson*, ce tribunal a suivi une décision antérieure de la Cour fédérale du Canada et a suggéré qu'une personne devait être considérée comme ne pouvant se réclamer de la protection de son pays d'origine, s'il était excessivement dur d'attendre d'elle qu'elle vive là-bas ¹⁴².

141. Voir, par exemple, la décision récente de la Cour fédérale d'Australie (Full Court) dans l'affaire *Perampalam c. Minister for Immigration and Multicultural Affairs*, *supra* note 114, dans laquelle la Cour a constaté que :

Il ne saurait être raisonnable d'attendre d'un réfugié qu'il évite la persécution en se rendant dans une zone de périls graves, que ce péril trouve son origine dans un désastre naturel (par exemple, une éruption volcanique), une guerre civile ou une autre cause. Une crainte fondée de persécution pour un motif conventionnel ayant été établie, un réfugié n'a pas à démontrer un motif conventionnel derrière toute difficulté ou tout danger qui rend les possibilités de réinstallation déraisonnables (traduction libre).

Ibid., p. 284 par les juges Burchett et Lee.

142. Voir *supra* note 31, p. 456 (traduction libre). Voir aussi *Randhawa c. Minister of Immigration*, *supra* note 14 ; *R. c. Secretary of State for the Home Department and another, ex parte Robinson*, Cour d'appel d'Angleterre, 11 juillet 1997, [1997] 4 All ER 210 ; *Adan c. Secretary of State for the Home Department*, *supra* note 71.

Toutefois, comme exposé en détail dans la partie IV ci-dessus¹⁴³, le fait de continuer à insister sur la prise en compte de ces facteurs dans le cadre de l'analyse du « caractère raisonnable » présente des risques importants, notamment des contradictions entre des juridictions, voire même en leur sein, et, surtout, impose l'opinion d'un décideur sur le comportement adéquat, dans le cadre d'une analyse des circonstances qui risque de dépasser son expérience personnelle. Comme expliqué plus haut, l'analyse du « caractère raisonnable » est aussi extrêmement vulnérable à la récusation et à l'abrogation complète, dans la mesure où celle-ci semble donner aux décideurs le droit de s'engager dans une évaluation humanitaire sans fin qui n'est pas requise par la *Convention de 1951* elle-même¹⁴⁴. Plutôt que de s'appuyer sur un terme vague, qui n'existe pas dans le texte de la *Convention de 1951*, l'analyse sur l'approche de protection fondée sur la possibilité de protection interne, implique que soient pris en compte les risques potentiels d'un type ne permettant pas, à eux seuls, de fonder une demande de reconnaissance du statut de réfugié, par des moyens plus faciles à concilier avec le cadre mis en place par la *Convention de 1951*. Non seulement cette tâche est mieux justifiée au plan juridique, que la prétendue obligation d'apprécier le « caractère raisonnable », mais d'un point de vue pragmatique, elle a davantage de chances d'être acceptée par les juges sceptiques quant à la viabilité et à la justification de l'analyse vague du caractère raisonnable. La pertinence de menaces graves généralisées, ou non assimilables à une persécution, dans l'alternative de protection interne peut être prise en compte de deux manières au sens de la *Convention de 1951*.

Tout d'abord, il se peut que la menace existant dans l'alternative de protection interne envisagée soit suffisamment grave pour relever de la « persécution », mais qu'elle constitue, néanmoins, un fondement insuffisant pour une demande de reconnaissance du statut de réfugié, parce qu'elle est réellement généralisée, dans la manière dont elle est infligée ou dans son impact (en d'autres termes, il n'y a pas de lien de causalité avec l'un des cinq motifs de la Convention). Cela pourrait être le cas si un demandeur était exposé, dans l'alternative de protection interne, à des menaces généralisées contre sa vie ou sa sécurité physique dans un contexte de guerre, ou à des privations économiques extrêmes et généralisées dans plusieurs domaines (par exemple, manque de nourriture, d'abri ou d'assistance médicale élémentaire). Tandis que les personnes originaires de l'alternative de protection interne envisagée ne pourraient se voir reconnaître le statut de réfugié en raison de l'absence de lien causal, il en est autrement de la personne dont le cas est examiné dans le contexte de la possibilité de protection interne. Cette dernière n'a *pas* été exposée à ces risques (de persécution) dans son lieu d'origine et a déjà été considérée comme exposée à une crainte fondée de persécution *pour un motif conventionnel* dans sa région d'origine. La seule raison — bien qu'indirecte — pour laquelle elle est désormais exposée au risque de menace contre sa vie ou sa sécurité physique dans l'alternative de protection

143. Voir le texte *supra* note 95 et suivantes.

144. Voir texte *supra* notes 108-10.

interne envisagée, est donc la fuite de son lieu d'origine *pour des motifs conventionnels* qui l'a conduite (via l'État d'asile) à être aujourd'hui confrontée à un préjudice relevant de la persécution. Le risque auquel elle est confrontée aujourd'hui est donc un risque « du fait du » motif conventionnel à l'origine de son premier déplacement involontaire pour fuir sa région d'origine. Il en est ainsi parce que le critère de causalité dans la définition du réfugié requiert seulement un lien causal entre un facteur protégé (race, religion, nationalité, opinions politiques, appartenance à un certain groupe social) et le risque de persécution. Si le motif protégé contribue au risque d'être persécuté, alors le statut conventionnel mérite à juste titre d'être reconnu¹⁴⁵.

C'est la position implicitement acceptée dans la méthode d'analyse allemande de la possibilité de protection interne. Par exemple, la Cour fédérale administrative allemande a expliqué :

Il n'existe pas d'alternative possible lorsque le demandeur risque d'être exposé à des menaces ailleurs dans son pays d'origine qui équivalent en intensité à celles qui l'ont initialement conduit à fuir. Ces menaces n'ont pas besoin d'être de nature politique ; dès lors que le demandeur est contraint de rester dans une situation précaire pour éviter [...] la persécution [...] dans sa région d'origine, il n'a effectivement pas accès à une alternative [de protection] interne¹⁴⁶.

L'autre scénario abordé ici dans le cadre de l'analyse du « caractère raisonnable » implique un risque dans l'alternative de protection interne qui n'est pas suffisamment extrême pour constituer un risque de « persécution ». Une demande de reconnaissance du statut de réfugié déposée de manière indépendante par une personne originaire de cette zone ne répondrait donc pas à la définition de la Convention, même si elle était à même de satisfaire l'exigence du lien causal. Néanmoins, des préjudices graves, qui n'équivalent pas à un comportement de persécution, peuvent être pertinents pour l'appréciation de la possibilité de protection interne. Il en est ainsi car la personne dont le cas est examiné au regard de la possibilité de protection interne a déjà satisfait *prima facie* la condition (inclusive) de la « crainte fondée de persécution » au sens de la *Convention de 1951*. Le décideur est désormais engagé dans ce qui correspond à une analyse de l'exclusion du statut de réfugié au motif que

145. Voir J.C. Hathaway, « Les recommandations de Michigan sur le lien avec un motif conventionnel », 23(2) *Michigan Journal of International Law*, 2002, p. 207 et accessible sur <http://refugeecaselaw.org/Refugee/guidelines2001.htm>. Storey, *supra* note 35, p. 527, a défendu une approche similaire (bien que dans le contexte de l'analyse du caractère raisonnable) :

Dire qu'un risque de persécution dans une zone de protection interne peut être indirect revient à reconnaître que, tandis que le niveau de risque, dans une ou plusieurs zones de protection interne, doit être prouvé comme étant uniformément intense, il n'est pas nécessaire que le lien direct et continu avec la cause du risque pour un motif conventionnel le soit. La seule chose qui compte est qu'il continue à exister une possibilité sérieuse que la situation dans l'alternative de protection interne exposerait de nouveau le demandeur à un risque direct ou l'inciterait à accepter, ou le forcerait à accepter, des difficultés injustifiées, ou le conduirait à être victime d'une violation de ses droits fondamentaux (traduction libre).

146. Cour administrative fédérale allemande, Décision No. BverwG C 45.92, 14 décembre 1993 (traduction libre).

le demandeur (comme une personne possédant une deuxième nationalité réelle ou *de facto*) n'a en fait pas besoin d'une protection internationale de substitution. La question fondamentale est de savoir si la possibilité de protection interne peut remplacer de manière adéquate le statut de réfugié qui serait par ailleurs justifié dans le pays d'asile. Cette analyse est fondée de manière critique sur le fait que la personne, dont le cas est examiné au regard de la possibilité de protection interne, a déjà été considérée comme ayant une crainte fondée de persécution.

Dans la mesure où l'analyse de la possibilité de protection interne revient à identifier une solution adéquate à l'intérieur du pays pour une personne dont on sait qu'elle est exposée à un risque de persécution dans ce pays, on attend en toute logique du décideur qu'il conduise le même type d'analyse que pour l'examen de l'exclusion. Dans le cas d'une personne possédant réellement ou *de facto* la nationalité d'un État tiers — le meilleur point de comparaison pour l'analyse de la possibilité de protection interne — il faudrait absolument tenir compte de l'obligation de non-refoulement. En d'autres termes, il serait interdit pour un État d'asile de refuser le statut de réfugié en raison de la possession réelle ou *de facto* de la nationalité d'un État tiers (sûr) s'il existait des raisons de croire que la situation dans l'État tiers — tout en n'équivalant pas elle-même à un risque direct de persécution — contraindrait néanmoins le demandeur à rentrer dans son pays d'origine, l'exposant ce faisant *indirectement* au risque d'être persécuté. Le souci d'éviter le *refoulement* indirect sous-tend le texte de l'article 33 § 1 de la *Convention de 1951* qui dispose qu'« aucun des États contractants n'expulsera ou ne refoulera, de quelque manière que ce soit, un réfugié sur les frontières des territoires où sa vie ou sa liberté serait menacée »¹⁴⁷. L'expression « de quelque manière que ce soit » indique nettement la nécessité d'une évaluation large, plutôt que restrictive, de la situation difficile du demandeur, et qui se concentre sur les préoccupations et les circonstances particulières propres à l'intéressé¹⁴⁸.

Ainsi, si les conditions prévalant dans l'alternative de protection interne proposée sont telles que ce demandeur spécifique peut en fait être contraint de retourner dans la région dans laquelle le risque de persécution existe, plutôt que de rester dans l'alternative de protection interne, le renvoyer vers cette zone constitue un *refoulement* indirect¹⁴⁹. En recentrant l'analyse de la possibilité de protection interne sur les facteurs qui pourraient reconduire l'intéressé vers le risque de persécution, on accorde aux demandeurs d'asile le bénéfice d'un examen de leur situation physique,

147. Article 33 § 1 de la *Convention de 1951* (C'est nous qui soulignons).

148. Voir, par exemple, J.C. Hathaway et J.A. Dent, *Refugee Rights : Report on a Comparative Survey* (York Lanes Press, Toronto, 1995), p. 6.

149. L'invocation de l'obligation de non-refoulement en lien avec le risque d'être forcé de se déplacer à l'intérieur du pays trouve un équivalent dans les *Principes directeurs relatifs au déplacement de personnes à l'intérieur de leur propre pays*, UN doc. E/CN.4/1998/53/Add.2, 11 février 1998 au Principe 15.d) : « Les personnes déplacées à l'intérieur de leur propre pays ont [...] le droit d'être protégées contre le retour ou la réinstallation forcés dans tout lieu où leur vie, leur sûreté, leur liberté et/ou leur santé seraient en danger ».

psychologique et sociale particulière. En bref, la question est de savoir si *ce* demandeur — étant donné son identité, ses convictions, sa personnalité — serait en fait exposé au risque d'un retour vers son lieu d'origine, s'il était contraint d'accepter une possibilité de protection interne au lieu de son droit présumé à l'asile à l'étranger¹⁵⁰.

De manière critique, l'appréciation à mener ne porte pas sur la question de savoir si le décideur pense que la situation dans l'alternative de protection interne est, dans son esprit, suffisante pour amener une personne « raisonnable » à retourner vers son lieu d'origine. Selon l'analyse du « caractère raisonnable », un juge peut se demander pourquoi une personne devrait retourner un jour dans sa région d'origine si elle a une crainte fondée de persécution dans cette région, et peut donc être tenté d'estimer que l'analyse du « caractère raisonnable » est satisfait, même s'il existe une possibilité réelle de *refoulement* indirect. À l'inverse, l'approche de la possibilité de protection interne se fonde sur l'idée que l'attention du décideur devrait se concentrer uniquement sur la question de savoir si cette personne risque d'être renvoyée de force vers la région dangereuse, sans égard pour ce qui est « raisonnable » dans ces circonstances. Cette approche limite donc la tendance des décideurs à importer leurs propres notions subjectives, et leurs suppositions relatives à un comportement rationnel et adapté dans le cadre de la procédure de détermination du statut. Cette analyse du refoulement indirect a, par exemple, été implicitement adoptée par un tribunal administratif allemand, qui a reconnu que « l'on peut, bien évidemment, concevoir comment il se peut, de manière logique, que des communautés fortement religieuses se sentent contraintes de risquer d'être persécutées, afin de retourner dans une région du pays d'origine dans laquelle elles peuvent pratiquer leur foi »¹⁵¹.

Il est évident que le fait d'abandonner l'analyse du « caractère raisonnable » au profit de la prise en compte, à la fois du lien causal indirect et du refoulement indirect, comme proposé ici, conduira, dans de nombreuses circonstances et probablement dans la plupart, à un résultat similaire à celui obtenu en suivant l'analyse s'appuyant sur le « caractère raisonnable ». En effet, l'approche de la possibilité de protection interne a été critiquée comme constituant une appréciation du caractère raisonnable « sous un autre nom »¹⁵². Par exemple, les deux méthodes d'analyse reconnaissent qu'une absence de crainte fondée de persécution dans l'alternative de protection interne ne suffit pas pour constituer une protection effective. Même au niveau des considérations spécifiques, la variété des facteurs qui peuvent être pertinents pour l'analyse du lien causal indirect dans le cadre de la possibilité de protection interne et pour l'analyse du refoulement indirect est vaste et comprend certains

150. « Ces caractéristiques ont de l'importance non pas à cause 'des opinions et des sentiments de l'intéressé' mais à cause du risque qu'elles peuvent engendrer » : de Moffarts, *supra* note 30 (traduction libre).

151. Tribunal administratif du Baden-Württemberg, Décision du 17 mai 1990, A 12 S 533/89.

152. Massey, *supra* note 32, p. 9. Tout en critiquant le rejet d'un critère relatif au « caractère raisonnable », Massey accepte néanmoins la logique conceptuelle de l'approche du refoulement indirect.

des facteurs que les tribunaux ont pris en considération pour l'appréciation du « caractère raisonnable »¹⁵³. Toutefois les similarités s'arrêtent là. Tandis que le caractère raisonnable implique, comme nous l'avons montré plus haut, l'opinion du décideur sur la notion de comportement raisonnable¹⁵⁴, l'approche de la possibilité de protection interne se concentre sur la réalité de la situation pour le demandeur — la règle dite du « thin skull » bien connue des juristes spécialistes du droit civil. Les détracteurs de l'approche de la possibilité de protection interne semblent ne pas avoir réussi à saisir cette distinction fondamentale¹⁵⁵. En outre, l'appréciation du « caractère raisonnable » n'est pas une base fiable pour la protection des demandeurs d'asile¹⁵⁶, car elle ne repose pas sur les mêmes concepts que la définition du réfugié. À l'inverse, le fait de se concentrer sur le lien causal indirect ou sur le risque de refoulement indirect permet une analyse structurée, régie par des principes et ciblée, et ne risque pas d'être rejetée par les tribunaux comme un « vernis humanitaire » sur le texte de la Convention. À l'inverse, c'est une exigence dictée par le droit international.

D. Quatrième étape : existence d'une protection étatique effective minimale

Le quatrième élément, et le plus délicat au plan conceptuel, de l'élaboration d'une méthode d'analyse de la possibilité de protection interne, s'appuyant sur la notion de protection et fondée sur la Convention, donne un contenu au concept de « protection ». Si, comme nous le pensons, le seul fondement textuel pertinent permettant d'exiger d'une personne à risque qu'elle accepte une alternative interne au

153. La similarité entre les facteurs qui peuvent être pris en considération dans l'analyse du caractère raisonnable comparée à celle du « refoulement indirect » a été reconnue par la RSAA de Nouvelle-Zélande dans la Décision No. 71729/99, 22 juin 2000, [2001] NZAR 183. Cette décision soulignait, toutefois, qu'il n'y a pas d'analyse additionnelle du caractère raisonnable et que la signification du « caractère raisonnable » découle de son importance pour la question de l'existence d'une protection interne suffisante (*ibid.*, paragraphes 75-6).

154. Voir texte *supra* notes 95-7.

155. Par exemple, Massey tente d'appliquer cette étape de l'approche de Michigan en élaborant une série de scénarios dans lesquels le risque dans l'alternative de protection interne, tout en étant grave, n'équivaut pas à une persécution. Il se demande alors si le demandeur d'asile aurait « une plus grande chance de survie » dans le lieu d'origine que dans le lieu envisagé dans chacun des scénarios, Massey, *supra* note 32, pp. 7-9. Toutefois, l'approche de Michigan évite spécifiquement la notion d'une telle mise en balance clinique objective des risques relatifs, préférant plutôt la reconnaissance que le point important concerne ce que ce demandeur risque de faire, que ce soit jugé « rationnel » ou non dans les circonstances.

156. Il est intéressant de noter que Massey semble accepter cette critique de l'approche du HCR. La « Position [du HCR de 1999] ne fournit aucune explication sur la façon dont ces considérations [la situation personnelle du demandeur] en particulier, ou l'analyse du « caractère raisonnable » en général, s'articulent avec l'évaluation de la crainte fondée » : Massey, *supra* note 32, pp. 17-18 (traduction libre).

statut de réfugié est qu'elle puisse « se réclamer de la protection de ce pays », il incombe alors à ceux qui défendent cette approche de suggérer la façon dont la « protection » concernée doit être conçue.

Le point de départ — reconnu par la jurisprudence et par le HCR — est que la « protection » n'est pas simplement l'absence de risque de persécution. Cela signifie qu'une personne peut ne pas encourir de risque de persécution sans pour autant être protégée. La notion de « protection » implique clairement l'existence d'un moyen effectif de défense ou de garantie. Toutefois, au-delà de ce truisme, il n'y a que très peu de clarté conceptuelle quant à la méthode permettant de définir le contenu essentiel de la protection. Dans ce contexte, une clé majeure est cependant fournie par le préambule de la *Convention de 1951* qui énonce que l'objectif principal de ce traité est « de réviser et de codifier les accords internationaux antérieurs relatifs au statut des réfugiés et d'étendre l'application de ces instruments et la protection qu'ils constituent pour les réfugiés au moyen d'un nouvel accord » (C'est nous qui soulignons)¹⁵⁷. Au strict minimum, la « protection », telle que conçue par la *Convention de 1951*, inclut donc des *droits ou garanties juridiques* de même nature que ceux énoncés dans la Convention elle-même.

Certaines décisions rendues dans le cadre traditionnel du « caractère raisonnable » ont reconnu l'importance des droits pour l'appréciation des possibilités de protection interne. Par exemple, des affaires impliquant des demandeurs mineurs ont souligné l'importance de l'accès à l'éducation et aux moyens de subsistance économiques élémentaires¹⁵⁸. En outre, dans sa décision *Chahal*, la Cour européenne des Droits de l'Homme a reconnu l'aspect central de ces préoccupations dans l'analyse de la possibilité de protection interne. Dans cette affaire, la Cour a refusé d'admettre que le demandeur d'asile, en tant que militant sikh, avait une possibilité de protection interne en Inde, en partie parce que la police et les forces de sécurité

157. « La Convention et le Protocole représentent un point de départ pour examiner la norme de traitement appropriée pour les réfugiés, souvent dépassé, mais constituant toujours le fondement de la proclamation des principes fondamentaux de protection, sans lesquels aucun réfugié ne peut espérer obtenir une solution satisfaisante et durable à sa situation tragique » : Goodwin-Gill, *supra* note 68, p. 296 (traduction libre).

158. Voir, par exemple, Jugement du 24 mars 1997, Cour constitutionnelle fédérale d'Allemagne, 2 BvR 1024/95, NVwZ 97, 65. Dans l'affaire *Elmi c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, Cour fédérale du Canada (Section de première instance), Décision No. Imm-580-98 (1999), 1999 Fed. Ct. Trial Lexis 220, le tribunal a rejeté la demande d'asile d'un jeune Somalien de 16 ans, qui avait 10 ans lorsqu'il a fui la Somalie, au motif qu'il pouvait s'installer ailleurs en Somalie. La Cour a annulé cette décision en raison des préoccupations concernant sa capacité d'accès à l'éducation ou à l'emploi :

Ce qui représente un simple inconvénient pour un adulte risque fort bien de constituer une « épreuve indue » pour un enfant [...]. En outre, dans le cas d'enfants dont les études ont déjà été interrompues par la guerre et qui arriveraient à Bossaso [possibilité de refuge interne] sans argent, il ne s'agit pas simplement d'une question de « travail qui leur convient », mais carrément de moyens de subsistance.

indiennes ne seraient pas en mesure de protéger ses droits civils et politiques là-bas¹⁵⁹. De façon peut-être plus directe, Lord Woolf a inclus une référence aux normes des droits de l'Homme dans sa formulation de l'analyse de la possibilité de protection interne dans la décision de référence du Royaume-Uni *R. c. Secretary of State for the Home Department and another, ex parte Robinson* :

Pour déterminer s'il ne serait pas raisonnable d'attendre du demandeur qu'il se réinstalle ailleurs dans son pays, un décideur devra prendre en considération l'ensemble des circonstances de l'affaire, avec pour toile de fond la question de savoir si le demandeur a droit au statut de réfugié. Différentes analyses ont été suggérées. Par exemple, [...] d) si la qualité de la protection interne ne remplit pas les normes élémentaires des droits civils, politiques et socio-économiques de l'Homme. En ce qui concerne le dernier de ces éléments, le préambule de la Convention montre que les parties contractantes ont cherché à affirmer le principe que les êtres humains, sans distinction, doivent jouir des droits de l'Homme et des libertés fondamentales¹⁶⁰.

Toutefois, cette méthode d'analyse fondée sur les droits de l'Homme n'a pas suffisamment retenu l'attention des tribunaux. Il se peut que les décideurs craignent que les « droits de l'Homme et les libertés fondamentales » soient une notion vague et impossible à manier. En outre, une approche fondée sur les droits peut être considérée comme allant bien au-delà des exigences posées par le texte de la *Convention de 1951*. Ce point de vue a été implicitement exprimé dans une décision anglaise concernant la demande d'un Tamoul sri lankais qui alléguait qu'il serait déraisonnable pour lui d'être renvoyé au Sri Lanka. La Cour a confirmé le rejet de sa demande par le tribunal inférieur, déclarant que :

Il ne me semble pas nécessaire, en prenant en considération [l'analyse du caractère raisonnable, ... pour les décideurs] [...] d'examiner de manière approfondie la qualité de vie dont pourrait bénéficier un demandeur d'asile dans la partie de son pays d'origine vers laquelle il a été envisagé de le renvoyer¹⁶¹.

Le défi consiste donc à élaborer une méthode, régie par des principes, qui ébauche l'interprétation fondée sur les droits inhérents à la notion de « protection », telle que dictée par la structure interne de la *Convention de 1951*, mais qui ne puisse pas être écartée comme une simple option humanitaire adoptée par les États les plus généreux.

Le niveau minimal acceptable de droits inhérents à la notion de « protection » est sans nul doute ouvert au débat. La « protection » pourra être considérée comme exigeant un gouvernement en mesure d'assurer, en principe, tous les droits de l'Homme reconnus comme élémentaires au plan international dans la région de protection proposée. Dans cette hypothèse, il serait fait référence, au minimum, aux obligations prévues par le *Pacte international relatif aux droits civils et politiques* et par le *Pacte international relatif aux droits économiques, sociaux et culturels*. De façon plus

159. Voir *supra* note 132.

160. Voir *supra* note 142, pp. 939-40 (traduction libre).

161. *R. c. IAT, ex parte Sivanentheran*, English Court of Appeal, [1997] Imm AR 504 à 509 (traduction libre).

réaliste, Hugo Storey postule que la « protection » ne doit pas être définie par rapport à des normes absolues, mais qu'elle existe plutôt lorsqu'il n'y a aucune discrimination dans la jouissance de tous les droits élémentaires de l'homme entre les personnes renvoyées au titre de la protection interne et les autres résidents de ce lieu¹⁶². Une troisième option est proposée par les *Principes directeurs des Nations Unies relatifs au déplacement de personnes à l'intérieur de leur propre pays*¹⁶³ » de 1998 qui combinent les interprétations absolue et relative. Le Principe directeur n° 1 dispose :

Les personnes déplacées à l'intérieur de leur propre pays jouissent, sur un pied d'égalité, en vertu du droit international et du droit interne, des mêmes droits et libertés que le reste de la population du pays. Elles ne doivent faire l'objet, dans l'exercice des différents droits et libertés, d'aucune discrimination fondée sur leur situation en tant que personnes déplacées à l'intérieur de leur propre pays¹⁶⁴.

Les Principes 10 à 30 reviennent à une interprétation plus absolue, exigeant le respect d'un ensemble de droits plus détaillés, conçus plus spécifiquement pour répondre aux dilemmes auxquels sont confrontées les personnes qui sont –comme celles qui sont exclues pour des motifs de possibilité de protection interne – contraintes de se réinstaller à l'intérieur de leur propre pays. Il est donc logique de définir des normes minimales de protection positive dans l'alternative de protection envisagée par rapport à des normes comparables.

D'autres soutiendront, toutefois, que cette interprétation risque d'aller bien au-delà de ce que la *Convention de 1951* requiert¹⁶⁵. En particulier, si le fait de ne

162. Storey, *supra* note 29, pp. 5-11.

163. *Principes directeurs relatifs au déplacement de personnes à l'intérieur de leur propre pays*, *supra* note 149.

164. *Ibid.*, Principe directeur 1.1).

165. Le Professeur R. Piotrowicz de la Faculté de droit de l'Université du Pays de Galles, Aberystwyth, a affirmé ce point de vue avec clarté :

Le point principal de la Convention consiste à garantir que ceux qui n'ont pas d'autres lieux où aller, ne soient pas renvoyés dans un territoire où ils sont persécutés. Si [...] l'État qui cherche à invoquer la possibilité de protection interne/fuite interne/réinstallation interne, ne peut pas attendre du demandeur d'asile qu'il ait recours à la possibilité de protection interne/fuite interne/réinstallation interne, en l'absence des conditions qui répondent aux « normes applicables en matière de droits de l'Homme », même si la population dans son ensemble, dans le territoire concerné, ne bénéficie pas des droits découlant de ces mêmes « normes applicables en matière de droits de l'Homme » [...] nous nous trouverions face à une situation où un régime de droits de l'Homme plus élevé est requis pour les demandeurs d'asile, mais n'est pas accessible au reste de la population dans le lieu de protection interne/fuite interne/réinstallation interne. En outre, il se peut que, même si le niveau de protection des droits de l'Homme n'est pas aussi bon qu'il pourrait l'être, les personnes situées dans ces zones ne soient néanmoins pas persécutées, ou que leurs droits ne soient pas violés pour des motifs énoncés dans la *Convention sur les réfugiés*. Si c'est le cas, pourquoi cela devrait-il être pertinent pour l'État qui cherche à invoquer la possibilité de protection interne/refuge interne/réinstallation interne ?

R. Piotrowicz, « Comment on the Draft Summary Conclusions », 1^{er} octobre 2001 (archives des auteurs) (traduction libre).

garantir aucun de ces droits fondamentaux était considéré comme un fondement suffisant pour estimer qu'un demandeur d'asile « n'est pas protégé » dans l'alternative de protection interne proposée, une disjonction compliquée pourrait voir le jour dans la conceptualisation de la définition du réfugié. Cela s'explique par l'absence de consensus sur le fait que *toute* menace contre un droit de l'Homme protégé au plan international, même capital, équivaut à un risque de « persécution ». Tandis que les droits de l'Homme du premier niveau — les droits civils et politiques auxquels il ne peut être dérogé (par exemple, la protection contre la torture) — sont reconnus de manière quasi universelle, il est nécessaire d'avoir une analyse plus nuancée par rapport aux droits du deuxième niveau (droits civils et politiques auxquels il peut être dérogé) et du troisième niveau (droits économiques, sociaux et culturels). Certaines menaces contre ces droits équivalent à un risque de « persécution », mais pas toutes¹⁶⁶. Il y aura donc, de manière certaine, des situations où la protection serait accordée sur la base d'un risque non conforme aux *Principes directeurs* — par exemple, absence d'accès aux installations sanitaires, incapacité à recevoir un passeport, absence d'assistance pour rechercher les membres de famille, voire confiscation de biens — même si le risque de subir de tels préjudices ne permettrait en général pas, à une personne originaire de l'alternative proposée pour la protection interne, de bénéficier du statut de réfugié.

À cause de ce problème, les rédacteurs de la notion de possibilité de protection interne énoncée dans les « Recommandations de Michigan », ont estimé que l'on pourrait plutôt faire référence aux droits qui contiennent la définition de la « protection » selon la *Convention de 1951*. Dans la mesure où le cœur de l'analyse de la possibilité de protection interne consiste à déterminer si un lieu interne peut être considéré comme apportant une réponse suffisante à la crainte fondée de persécution du demandeur, telle que le recours à la protection présumée offerte par un État d'asile n'est pas requis, il est donc logique d'évaluer le caractère suffisant de la « protection », dans l'alternative de protection interne, par rapport aux obligations effectives de protection requises des États d'asile¹⁶⁷. La norme appropriée n'est pas le

166. Hathaway, *Refugee Status*, supra note 4, pp. 105-24.

167. Une approche comparable a été adoptée dans l'affaire *Lay Kon Tji c. Minister for Immigration and Ethnic Affairs*, supra note 54, dans laquelle la Cour fédérale d'Australie a examiné si le Portugal pouvait accorder une « nationalité effective » à un demandeur originaire du Timor oriental. La Cour a conclu en substance :

La Convention sur les réfugiés impose aussi, aux pays qui octroient le statut de réfugié à une personne, de lui accorder la liberté de religion (article 4), le droit d'association (article 15) et le droit d'ester en justice (article 16). Si le pays de deuxième nationalité n'accorde pas ces droits au réfugié putatif, qui sont des droits qui, en vertu du droit international, doivent être accordés à un national, il est difficile de présumer qu'il allait de soi que le réfugié putatif doive rechercher la protection de cet État. La raison pour laquelle un réfugié putatif n'a pas besoin de rechercher la protection de cet État vient du fait que la nationalité que cet État offre ne peut pas être considérée comme une nationalité véritablement effective (traduction libre).

(*Ibid.*, pp. 691-2).

respect de *tous* les droits de l'Homme, mais plutôt la garantie des droits codifiés par la définition de la « protection » résultant des articles 2 à 33 de la *Convention de 1951*. D'une manière générale, ces normes imposent une obligation de non-discrimination entre les citoyens, ou autres résidents du pays d'asile, et les réfugiés dans l'exercice d'un sous-ensemble essentiel de droits civils et socio-économiques¹⁶⁸, y compris, par exemple, la liberté de religion¹⁶⁹, la liberté de circulation¹⁷⁰, le droit d'ester en justice¹⁷¹, le droit au travail¹⁷², aux aides sociales¹⁷³ et à l'éducation publique¹⁷⁴.

Le fait de faire référence à la norme de « protection » contenue dans la *Convention de 1951* a été critiqué au motif que l'application littérale des articles 2 à 33 à l'analyse de la protection interne soulevait des difficultés¹⁷⁵. Cela est certainement en partie vrai, dans la mesure où le régime de droits de la *Convention de 1951* est conçu pour compenser les inconvénients d'un déracinement involontaire¹⁷⁶. Toutefois il est important de comprendre que l'approche de l'alternative de protection interne, contenue dans les *Recommandations de Michigan*, ne suggère pas une application littérale des articles 2 à 33 dans l'examen de la protection interne, mais suggère plutôt que les décideurs s'inspirent du type d'intérêts protégés par ces articles, comme un moyen de définir une notion endogène de protection positive dans le contexte des réfugiés. Tout en n'atteignant pas tout à fait la norme de « protection » qui résulterait d'une référence à tous les droits fondamentaux, voire aux *Principes directeurs relatifs au déplacement de personnes à l'intérieur de leur propre pays*, le critère de non-discrimination inscrit dans la *Convention de 1951* fournit néanmoins une garantie de protection durable, solidement ancrée dans le droit et issue d'un contexte adéquat. Par exemple, la décision canadienne *Soosaipillai c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)* — dans laquelle la Cour fédérale a jugé qu'il serait « excessivement dur » d'exiger d'un couple tamoul âgé qu'il cherche une protection à Colombo parce que la discrimination du fait de l'origine ethnique le conduirait à des difficultés pour se prévaloir des services gouvernementaux dont ce couple fragile avait besoin¹⁷⁷ — aurait pu être prononcée tout aussi facilement (et de manière plus justifiée en droit) en faveur des demandeurs sur le fondement d'une conception de la possibilité de protection interne fondée sur la protection.

168. Voir, en général, J.C. Hathaway, « The International Refugee Rights Regime », 8(2) *Collected Courses of the Academy of European Law*, 2000, pp. 91-139 (ci-après Hathaway, « Rights Regime »).

169. *Convention de 1951*, article 4.

170. *Ibid.*, article 26.

171. *Ibid.*, article 16.

172. *Ibid.*, articles 17, 18, 19 et 24.

173. *Ibid.*, articles 20, 21 et 23.

174. *Ibid.*, article 22.

175. Massey, *supra* note 32, pp. 10-12.

176. Hathaway, « Rights Regime », *supra* note 168.

177. Cour fédérale du Canada (Section de première instance), Décision No. IMM-4846-98 (1999) ; 1999 Fed. Ct. Trial Lexis 834.

Comme cet exemple le montre clairement, notre objectif n'est pas de dire que l'approche en vertu du « caractère raisonnable » ne peut pas produire de résultats positifs en matière de protection pour les demandeurs d'asile dont les cas sont analysés sous l'angle de la possibilité de protection interne. Au contraire, nous pensons que, maniée par des décideurs expérimentés et réfléchis, le résultat sera globalement le même. Toutefois, la différence est que la structure analytique plus importante de cette analyse de la possibilité de protection interne, et son rattachement plus ferme au droit international des réfugiés, lui permet *de manière plus fiable* de donner lieu à des déterminations portant sur la réalité de la protection interne appuyées sur le droit. En mettant l'accent sur l'octroi des droits fondamentaux civils et socio-économiques sur une base non discriminatoire — que ce soit en référence à tout l'éventail du droit international relatif aux droits de l'Homme, aux *Principes directeurs relatifs au déplacement de personnes à l'intérieur de leur propre pays* ou aux droits énoncés dans la *Convention de 1951* elle-même — une conception de la « protection », qui est facilement soumise à appel et à d'autres formes de contrôle, est établie.

Le dernier point à souligner est qu'un minimum de protection positive de l'État implique qu'un État soit, de manière réelle, à même de contrôler l'alternative de protection interne proposée. Cette notion fait l'objet de controverse et de divergences dans la pratique des États¹⁷⁸. Cette question est toutefois extrêmement importante, dans la mesure où un manque d'adhésion à ce principe a abouti à des applications discutables du principe de protection interne. Par exemple, certains gouvernements rejettent les demandeurs d'asile kurdes d'Irak au motif qu'ils peuvent se réinstaller dans l'une des deux enclaves kurdes au Nord de l'Irak¹⁷⁹. De même, certains tribunaux ont jugé que les demandeurs somaliens pouvaient être renvoyés au Somaliland ou Puntland, même s'il n'existe aucune structure étatique

178. Voir, par exemple, de Moffarts, *supra* note 30 :

La Convention de Genève ne spécifie pas quelle autorité doit accorder « la protection de son pays ». Pour être significative, la protection n'a pas nécessairement à être exercée par l'autorité centrale. Elle peut également être [déléguée à] une autorité « *de facto* », mise en place sur une partie du territoire national, [pour] les citoyens ayant un lien effectif avec cette autorité (traduction libre).

Cette approche n'aborde toutefois pas la question de la responsabilité juridique internationale d'une telle « autorité *de facto* », qui reste la principale préoccupation dans un contexte de protection.

179. Dans l'affaire *Tawfik c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration)*, [1993] FCJ 835, la Cour fédérale canadienne a refusé le statut de réfugié à un Turc kurde au motif que « avec une portion du Nord de l'Irak sous le contrôle de fait d'un gouvernement élu turc », une possibilité de protection interne existait (traduction libre). Les tribunaux allemands ont été quelque peu en conflit sur la question de savoir si cette approche convenait. Tandis que la Haute Cour administrative du Schleswig-Holstein (jugement du 18 février 1998, 2 L 166/96 et 2 L 41/96) soutenait que le Nord de l'Irak ne pouvait pas offrir de protection interne car il n'existait pas de structures de type étatique là-bas, la Cour administrative fédérale (BverwG 9 C 17.98, 8 décembre 1998) n'a pas partagé cet avis, soutenant que la question principale était de savoir si une personne serait visée par les agents irakiens : document de recherche d'ELENA, *supra* note 3, p. 55.

sur place¹⁸⁰. Dans les cas concernant les demandeurs somaliens en particulier, ces conclusions ont fréquemment imposé aux demandeurs de rechercher la protection de leur propre clan¹⁸¹. Dans une décision particulièrement inquiétante, la Cour suprême d'Espagne a explicitement exigé du demandeur qu'il s'engage à rejoindre une faction ethnique afin d'obtenir une protection, concluant en substance que : « le Libéria est divisée en zones territoriales qui se trouvent sous l'influence de différents gouvernements ou sous autorité des tribus ou ethnies rivales, de telle sorte que ses citoyens peuvent se réclamer de la protection du gouvernement auquel ils se sentent affiliés (liés)¹⁸² ».

Le problème fondamental que soulèvent ces décisions est qu'aucun des agents de protection proposés — que ce soient des dirigeants ethniques au Libéria, des clans en Somalie ou des autorités locales embryonnaires dans certaines parties du Nord de l'Irak — n'est en position d'assurer ce que l'article 1 A 2 de la *Convention de 1951* exige, c'est-à-dire la protection d'un État responsable en vertu du droit international. Les obligations de protection énoncées aux articles 2 à 33 de la *Convention de 1951* s'adressent spécifiquement aux « États ». La structure même de la *Convention de 1951* exige que la protection soit assurée non pas par quelque entité irresponsable juridiquement qui exerce un contrôle *de facto*, mais par un gouvernement capable d'assumer et d'être tenu responsable de ses actions en vertu du droit international. En termes pratiques, les droits énumérés dans la *Convention de 1951* prévoient également que la protection sera assurée par une entité qui a établi, entre autres, un système formel pour régir les droits sociaux et économiques des étrangers¹⁸³, un système juridique et judiciaire¹⁸⁴ et un mécanisme de délivrance de documents d'identité et de voyage¹⁸⁵. En effet, le prémisses fondamental selon lequel la protection des réfugiés est un système interétatique destiné à assurer une protection de

180. Voir, par exemple, la décision de la Cour fédérale du Canada (Section de première instance) dans l'affaire *Saidi c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration)*, [1993] FCJ 932, dans laquelle le statut de réfugié a été refusé à un demandeur somalien au motif que « son affiliation clanique et sa tolérance par la majorité dans le nord du pays » permettait d'identifier une possibilité de refuge intérieur (traduction libre). C'est aussi la pratique du Danemark : document de recherche d'ELENA, *supra* note 3, p. 33.

181. Voir, par exemple, les décisions du *Rechtseenheidskamer* des Pays-Bas (Chambre d'unification du droit), AWB 99/104, 3 juin 1999 ; et AWB 99/73, 3 juin 1999 (concluant que la province du Mudug en Somalie pouvait être considérée comme sûre pour les membres des clans Darod et Hawije qui contrôlent l'essentiel du territoire)

182. Décision du 19 juin 1998 : voir document de recherche ELENA, *supra* note 3, p. 49. Voir aussi l'affaire *Zalzali c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration)*, [1991] 3 FC 605, dans laquelle la Cour fédérale du Canada a estimé, dans le contexte du Liban, qu'il existait une obligation de rechercher une protection non seulement de la part de son État national mais également d'une « autorité établie » agissant comme un gouvernement (traduction libre).

183. *Convention de 1951*, articles 6, 17-19 et 21.

184. *Ibid.*, articles 12 et 16.

185. *Ibid.*, articles 25, 27 et 28.

substitution ou de remplacement, présuppose le droit des personnes à risques d'avoir accès à un État juridiquement responsable — et pas seulement quelque groupe (nous l'espérons) sympathique ou amical — si et quand l'État de l'intéressé ne parvient fondamentalement pas à protéger ses droits élémentaires. Il n'existe tout simplement aucun fondement en droit ou en principe pour s'écarter de ce principe fondateur dans le contexte de la protection interne.

VI. Garanties procédurales

Bien que nous ayons fait allusion aux questions de procédure dans le contexte de l'analyse de fond présentée ci-dessus, nous souhaitons ici rappeler et rassembler au moins les questions de procédure les plus importantes en matière de protection interne.

Tout d'abord, parce que la possibilité de protection interne est définie en partie par la question de savoir si elle peut ou non réellement servir d'« antidote » à la crainte fondée de persécution¹⁸⁶, il en résulte nécessairement que l'analyse de cette possibilité ne doit jamais être utilisée dans le cadre de procédures accélérées pour refuser le statut, avant un examen complet de la situation particulière d'un demandeur¹⁸⁷. Comme expliqué ci-dessus, la pratique malheureuse consistant à considérer la « fuite interne » comme justifiant le rejet sommaire d'une demande d'asile est sans conteste logique si ces considérations sont regardées (à tort) comme faisant partie de l'analyse initiale de la « crainte fondée¹⁸⁸ ». Selon l'analyse suivant le critère de la protection cependant, aucune question de protection interne ne peut être prise en considération avant que le décideur n'établisse la nature et la portée de la crainte fondée de persécution dans la région d'où le demandeur a fui. Comme l'a exprimé en substance la *New Zealand Refugee Status Appeals Authority* (Instance de recours des réfugiés de Nouvelle-Zélande) :

Les demandes qui soulèvent la question de l'« alternative de [protection] interne » posent un certain nombre de problèmes complexes, et il n'existe aucun consensus au plan international quant à sa pertinence précise pour la détermination du statut de réfugié. Dans la plupart des cas, un examen approfondi sera nécessaire pour établir si la persécution à laquelle le deman-

186. Voir texte *supra* note 120 et suivantes.

187. Par exemple, dans l'affaire *Perampalam c. Minister for Immigration and Multicultural Affairs*, *supra* note 114, la Cour fédérale d'Australie (Full Court) a conclu que le tribunal de degré inférieur avait fait une erreur de droit en appliquant le « principe de réinstallation », notamment sur le fondement de ses « conclusions peu développées » qui n'ont :

en rien entamé un processus d'examen des preuves permettant de déterminer s'il serait raisonnable de supposer que [...] les demandes d'extorsion [des Tigres Libérateurs de l'Eelam Tamoul — LTTE] cesseraient, si la requérante s'éloignait de seulement quelques centaines de mètres de son domicile vers le domicile de sa fille (traduction libre).

Ibid., p. 283 par les juges Burchett et Lee.

188. Voir le texte *supra* notes 41-8.

leur est exposé est clairement limitée à une zone spécifique, et qu'une protection effective existe dans d'autres parties du pays. Pour cette raison, il ne convient pas d'examiner ces demandes de la même façon que les demandes manifestement infondées¹⁸⁹.

En second lieu, il est extrêmement important que la possibilité de protection interne soit examinée dans chaque cas individuel¹⁹⁰. Aussi, les décideurs ne doivent jamais appliquer des conclusions générales relatives à la « sécurité » pour des groupes entiers, ethniques ou autres, dans une zone de protection interne, sans prendre en considération la faisabilité de la possibilité de protection interne pour la personne dont la demande d'asile est examinée. Il est essentiel que les décideurs apprécient les possibilités d'obtenir une protection, dans l'alternative de protection interne envisagée, pour chaque demandeur individuel, en se fondant sur une évaluation des facteurs de risque dans chaque cas particulier, plutôt que sur des conclusions générales relatives à la situation de tous les membres d'un groupe particulier dans cette zone¹⁹¹.

Un excellent exemple de l'importance primordiale de ce principe est fourni par la décision de la Cour fédérale du Canada dans l'affaire *Bhambri c. Canada*¹⁹². Cette affaire concernait la demande d'asile d'un homme sikh, suspecté par la police de soutenir les militants sikhs, arrêté, battu et torturé par la police indienne à trois reprises en treize mois, pour des périodes respectivement de sept jours, douze jours et trois semaines. Bhambri s'était évadé à chaque fois en corrompant la police. Suite à l'arrestation de son père à deux reprises, dans le but d'obtenir des renseignements sur l'endroit où il se trouvait, Bhambri a fui vers une région d'Inde non spécifiée, où il a vécu auprès d'une tante médecin. La tante a, de ce fait, été arrêtée pour avoir soigné un militant sikh blessé par balle et Bhambri a donc quitté l'Inde. La Cour fédérale a néanmoins confirmé l'appréciation de la Section du statut de réfugié, dont l'approche était insuffisamment spécifique au cas :

Dans la mesure où le demandeur a été relâché de prison à chaque fois qu'il était arrêté après versement d'un pot-de-vin, la police du Pendjab ne considérait pas l'intéressé comme un terroriste ou un homme soutenant des terroristes [...] Les Sikhs peuvent généralement se réinstaller

189. RSAA de Nouvelle-Zélande, Décision No. 70951/98, *supra* note 47 (traduction libre). Selon le document de recherche d'ELENA, *supra* note 3, un certain nombre de pays européens, y compris l'Espagne et l'Autriche, ont clairement exclu la possibilité de protection interne des procédures relatives aux demandes manifestement infondées ou des procédures accélérées : voir *ibid.*, pp. 17 et 49.

190. D'après de Moffarts, *supra* note 30 : « Chaque cas devrait être tranché en fonction de ses propres circonstances, et non selon une approche générale vis-à-vis de différentes catégories ou nationalités de demandeurs ».

191. Cela est spécifiquement requis dans certaines juridictions. Par exemple, un tribunal néerlandais a jugé que le Nord de l'Irak ne pouvait pas constituer une destination possible de protection interne pour tout demandeur d'asile irakien débouté ; les fonctionnaires néerlandais doivent, au contraire, examiner chaque cas individuel afin de déterminer si le demandeur a des liens suffisants avec cette région : *Rechtseenheidskamer*, 13 septembre 1999, AWB 99/3380.

192. *Bhambri c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, Cour fédérale du Canada (Section de première instance), Décision No. IMM-649-96, [1996] FCJ 1661, 18 décembre 1996.

ailleurs en Inde. Cela serait très certainement possible dans le cas de ce demandeur, car il n'était membre d'aucune organisation politique, ni engagé dans aucune activité anti-gouvernementale¹⁹³.

Ce résultat est tout à fait discutable compte tenu de la situation particulièrement difficile de ce demandeur. Même s'il était vrai que « les Sikhs peuvent généralement se réinstaller en Inde », il est dangereux de s'appuyer sur de telles généralisations, plutôt que d'évaluer la réalité du cas de l'intéressé¹⁹⁴.

Troisièmement, l'adoption de l'analyse fondée sur le critère de la protection implique nécessairement, comme exposé plus haut¹⁹⁵, que les autorités de l'État d'asile ont la charge de la preuve pour établir qu'à première vue une possibilité de protection interne existe¹⁹⁶. Cela découle logiquement du fait qu'avant d'aborder la question de la possibilité de protection interne, le décideur doit d'abord être convaincu que le demandeur est exposé à une crainte fondée de persécution pour un

193. *Ibid* (traduction libre).

194. Cela pose souvent problème dans des affaires concernant des Sikhs du Pendjab et des Tamouls du nord du Sri Lanka. Bien que la Cour fédérale du Canada (Section de première instance) ait souligné que l'examen doit être personnalisé et qu'il ne peut y avoir de détermination générique du caractère raisonnable (voir *Pathmakanthan c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration)*, [1993] FCJ 1158), en pratique la Commission de l'immigration et du statut de réfugié, comme la Cour, continuent d'appliquer des conclusions générales aux cas individuels. Cela peut être illustré par l'approche adoptée vis-à-vis d'une demande d'asile d'un agriculteur punjabi qui avait été contraint de fournir de la nourriture, un logement et un moyen de transport à des militants sikhs. Suite à cette activité, il a été arrêté et détenu par la police indienne, interrogé et « gravement torturé ». Il a réussi à verser un pot-de-vin pour être relâché de prison et il a subi des traitements médicaux pendant six semaines. Il a tenté à deux reprises d'aller vivre chez des membres de sa famille dans d'autres provinces, d'abord en Uttar Pradesh puis à Delhi. Toutefois, les enquêtes policières et les problèmes rencontrés par sa famille, à cause de la suspicion de la police, l'ont poussé à revenir au Pendjab, où il a été de nouveau détenu et torturé par la police. La Section du statut de réfugié a rejeté sa demande d'asile pour des motifs de possibilité de fuite interne et ce rejet a été confirmé en appel par la Cour fédérale, où le juge Gibson a expliqué :

Au vu des faits qui lui ont été soumis et, plus particulièrement, en faisant référence à la preuve documentaire, la SSR a conclu dans la présente affaire qu'il y avait des endroits en Inde qui offraient une PRI [Possibilité de refuge intérieur] aux Sikhs du Pendjab. La SSR a ensuite examiné le second volet du critère, soit la question de savoir si les endroits en question seraient raisonnables pour le requérant, compte tenu des circonstances de sa revendication particulière [...] Je conclus que la SSR a appliqué le critère approprié en droit pour tirer sa conclusion au sujet d'une PRI pour ce requérant particulier.

Dhaliwal c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration), Cour fédérale du Canada (Section de première instance), Décision No. IMM-1200-97 (1997) ; 1997 Fed. Ct. Trial Lexis 1408. Bien que reconnaissant le rôle du « caractère raisonnable » dans l'appréciation de ce cas, la décision de la SSR (telle que confirmée par la Cour fédérale) a totalement négligé la situation particulière du cas d'espèce, préférant simplement adopter son point de vue général selon lequel les Sikhs ont une possibilité de protection interne en Inde. Voir aussi *Matter of R.*, *supra* note 33 ; Australian RRT, Décision No. V96/04189, 26 février 1997.

195. Voir texte *supra* note 41.

motif conventionnel, créant ainsi une présomption en faveur du droit au statut de réfugié. Si l'on considère que la responsabilité d'établir les faits est partagée pendant toute la procédure de détermination du statut de réfugié¹⁹⁷, il est essentiel que les demandes ne soient pas rejetées sur le fondement d'une présomption incorrecte selon laquelle le demandeur a la charge de réfuter toute zone théorique de protection interne. L'approche de la protection considère l'analyse de la possibilité de protection interne comme analogue à l'analyse de l'exclusion, accompagnée du même degré élevé de prudence dans l'appréciation de l'existence d'un niveau de protection suffisant pour éviter le recours à la protection en vertu du régime de la Convention. La responsabilité de l'État d'asile de prouver qu'une possibilité de protection interne existe s'étend à chacun des quatre éléments essentiels de l'analyse du caractère suffisant de cette possibilité, à savoir l'accessibilité, l'antidote, l'absence de nouveau risque de persécution ou de refoulement indirect et l'existence d'une protection effective. Une fois que la preuve à première vue d'une possibilité de protection interne est établie, le demandeur d'asile peut de la même façon invoquer chacun de ces facteurs pour réfuter l'affirmation selon laquelle une possibilité de protection interne existe¹⁹⁸.

Enfin, et c'est le point le plus fondamental, il faut accorder une équité de procédure aux demandeurs d'asile dans l'évaluation d'une possibilité de protection interne, comme dans celle de tous les aspects de la détermination du statut de réfugié. Dans ce contexte, cela signifie que le demandeur doit au minimum se voir notifier, de manière claire et adéquate, que l'autorité qui statue a l'intention de solliciter

196. C. Harvey, *Seeking Asylum in the UK : Problems and Prospects* (Butterworths, Londres, 2000), pp. 280-1. Il n'existe toutefois pas d'accord universel sur ce point. Par exemple, la RSAA de Nouvelle-Zélande a récemment affirmé que la charge de la preuve incombe au demandeur d'asile d'établir qu'aucune possibilité de protection interne n'existe, bien que cette conclusion s'appuie sur des dispositions législatives spécifiques à la Nouvelle-Zélande : Décision No. 71729/99, New Zealand RSAA, 22 juin 2000, *supra* note 153, paragraphe 90. Même dans ces circonstances, la RSAA a exposé clairement qu'une fois qu'un cas *prima facie* était établi, l'État d'asile devait notifier qu'une possibilité de protection interne allait être examinée (à moins que cela soit évident dans le contexte de l'affaire). De plus, « le décideur a une obligation légale de montrer au demandeur toute preuve relative à la possibilité de protection interne qu'il a l'intention d'invoquer à son encontre » (*ibid.*, paragraphe 92). Il a toutefois été affirmé qu'il n'existait pas nécessairement de contradiction entre le fait que le demandeur d'asile ait la charge de la preuve pour l'ensemble de son cas et que les autorités de l'État d'asile — une fois qu'un cas *prima facie* de statut de réfugié est identifié — assument alors la charge de prouver l'existence d'une possibilité de protection interne. À ce stade, « il peut être présumé, en l'absence de preuves contraires, que le [risque de] persécution va persister » : Juge D. Baragwanath, *A Comment on Professor Hathaway's and Ms Foster's Paper*, septembre 2001, p. 7 (archives des auteurs).

197. « Bien que la charge de la preuve incombe en principe au demandeur, la tâche d'établir et d'évaluer tous les faits pertinents sera menée conjointement par le demandeur et l'examineur » : HCR, *Guide*, *supra* note 11, paragraphe 196.

198. Ce point est important à souligner, car un analyste a conclu à tort que l'approche de la protection positive créait un ensemble d'obstacles supplémentaires à surmonter pour le demandeur : Massey, *supra* note 32, p. 12, n. 38.

le refus du statut pour des motifs de protection interne. Cela inclut la notification de l'endroit spécifique envisagé comme possibilité de protection interne, ainsi qu'une opportunité adéquate de préparer un dossier pour sa défense¹⁹⁹. Comme l'a expliqué en substance la Cour fédérale du Canada :

[L]e demandeur, dans certains cas, peut ne pas avoir une connaissance personnelle des autres parties du pays, mais, en toute vraisemblance, il existe une preuve documentaire et, en outre, le ministre produira normalement des éléments de preuve tendant à établir l'existence de la possibilité de refuge si cette question est soulevée à l'audience.

D'autre part, il appartient au ministre ou à la Commission d'avertir le demandeur si la question de la possibilité de refuge dans une autre partie du même pays doit être soulevée. Le demandeur du statut de réfugié bénéficie des principes de justice naturelle [...]. L'un des éléments fondamentaux et bien établis du droit d'une partie d'être entendue est l'obligation de lui donner avis de la preuve réunie contre elle [...]. Le but d'un tel avis est de lui permettre de préparer, à son tour, une réponse adéquate à cette preuve. Le droit d'un demandeur du statut de réfugié d'être avisé de la preuve réunie contre lui est extrêmement important lorsque ce demandeur peut être requis de réfuter l'allégation du ministre en prouvant qu'il n'existe pas vraiment de possibilité de refuge dans une autre partie du même pays. Par conséquent, il n'est pas permis au ministre ou à la Commission d'alléguer à l'improviste contre le demandeur la possibilité de refuge dans une autre partie du même pays sans lui donner avis que cette question sera soulevée à l'audience²⁰⁰.

VII. Conclusion

Notre analyse propose de rejeter deux positions extrêmes. D'une part, il n'est pas logique de reconnaître le statut de réfugié à une personne qui peut véritablement avoir accès à une réelle protection nationale dans une partie de son pays d'origine, évitant ainsi d'être persécutée. Compte tenu de l'objectif fondamental du droit international des réfugiés qui consiste à assurer une protection de substitution, il n'y a pas d'obligation d'admettre comme réfugiées les personnes qui peuvent compter sur leur propre gouvernement pour protéger leurs droits fondamentaux dans une partie, mais pas l'ensemble, du territoire national. Comme les réfugiés fuient désormais souvent des menaces largement régionalisées, plutôt que des États agresseurs

199. Certains tribunaux ont spécifiquement imposé cette exigence. Par exemple, la Cour fédérale d'appel du Canada a jugé qu'un demandeur originaire d'Afghanistan ne pouvait pas se voir refuser le statut de réfugié pour des motifs de possibilité de refuge intérieur, à moins que le tribunal ne soit en mesure de désigner une autre région spécifique en Afghanistan pouvant constituer une possibilité de refuge intérieur : *Rabbani c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, Cour fédérale du Canada (Section de première instance), Décision No. IMM-236-96 (1997), 1997 Fed. Ct. Trial Lexis 681. Voir aussi la Cour administrative d'Autriche, Décision No. 95/20/0295, 1996, dans laquelle la Cour a rejeté le possibilité de protection interne pour un Kurde de Turquie parce que le ministre n'avait pas spécifié une zone précise pour cette possibilité.

200. *Thirunavukkarasu c. Canada*, *supra* note 25, pp. 595-6.

monolithiques, la persistance de la viabilité du droit des réfugiés exige qu'il soit tenu compte des véritables possibilités de protection interne.

D'autre part, la méthode spécifique adoptée par certains États pour évaluer les possibilités de protection interne, laisse souvent à désirer. Il est fondamentalement contraire au sens ordinaire des termes d'insister sur le fait que l'existence d'une option de protection interne signifie qu'un demandeur d'asile n'a pas de « crainte fondée de persécution ». Personne n'affirmerait, par exemple, qu'une personne exposée à des risques à Zurich, mais qui peut être en sécurité à Genève, n'est pas en danger en Suisse. Elle est en danger en Suisse, mais elle peut également trouver une solution dans ce pays. Cette conceptualisation de bon sens de la question peut facilement être conciliée avec la structure de la *Convention de 1951*. Même une personne qui a une crainte fondée de persécution dans son pays d'origine doit également démontrer qu'elle « ne peut ou, du fait de cette crainte, ne veut se réclamer de la protection de ce pays ». Si le propre gouvernement du demandeur a véritablement la capacité et la volonté de le protéger dans un autre lieu, cette condition n'est pas remplie et le statut de réfugié peut être refusé. Mais comme la protection interne n'est prise en considération qu'après que le demandeur a établi un cas de risque *prima facie* dans son lieu d'origine, la protection interne est, de fait, traitée comme une question d'exclusion du statut de réfugié dont la charge de la preuve incombe au gouvernement.

Il ne s'agit pas d'un débat sémantique ou purement académique. Comme nous l'avons montré, l'appréciation de la protection interne comme élément de l'analyse initiale de la « crainte fondée » a souvent conduit à des refus injustifiés du statut de réfugié. En particulier, le fait de considérer que la protection interne relève de la phase initiale, dont le demandeur d'asile a la charge de la preuve, a logiquement conduit certains tribunaux à imposer l'obligation au demandeur de prouver qu'aucune ville, aucun village n'est sûr pour lui, et cette approche a été condamnée à juste titre par le HCR, comme imposant une charge de la preuve impossible à assumer. Plus préoccupant encore, le fait d'intégrer l'analyse de la protection interne à l'examen initial de la crainte fondée a fourni un fondement pour une préemption totale de l'analyse du risque dans le lieu d'origine, dès que la protection interne semble plausible. Cependant, sans examen précis du risque sous-jacent, comment une protection interne compensatoire suffisante peut-elle réellement être évaluée ? Le commentaire récent du HCR sur le critère de « la crainte fondée » — à savoir, qu'il doit exister un accès à la « sécurité » et qu'il doit être « raisonnable » de chercher une protection interne — n'a pas apporté de solution au problème. Au contraire, cette norme a été invoquée par certains décideurs pour imposer ce qui revient à une obligation de se cacher (par exemple, en abandonnant ses convictions religieuses ou politiques) dans le pays d'origine, une approche manifestement non conforme aux objectifs les plus élémentaires du droit des réfugiés. La notion insaisissable de « sécurité » (un terme qui ne figure pas dans la *Convention de 1951*) s'est également avérée dangereuse, conduisant certains États à renvoyer des demandeurs vers les dangers de la guerre ou d'autres menaces graves. Bien que la rigueur de cette appro-

che puisse être adoucie par une application judicieuse du critère de « caractère raisonnable », en pratique la subjectivité inhérente à cette analyse aboutit trop souvent à une jurisprudence *ad hoc*, en vertu de laquelle des personnes se trouvant dans des situations similaires ne sont pas traitées de la même façon. Et comme il n'y a pas de fondement dans la Convention sur les réfugiés pour justifier l'appréciation du « caractère raisonnable », les décideurs ont, comme on pouvait s'y attendre, commencé à remettre en question le fait que cet aspect soit véritablement un élément de l'examen du statut de réfugié.

Notre présente analyse a donc consisté à intégrer ce que nous considérons comme les meilleures pratiques des tribunaux à travers le monde, dans une approche unique et analytiquement claire, appelée l'« alternative de protection interne ». Ferme-ment fondée sur le texte même de la *Convention de 1951*, cette norme est explicitement construite pour atteindre l'objectif le plus élémentaire de la Convention, à savoir identifier comme réfugiées uniquement les personnes qui ont besoin de la protection de substitution du droit des réfugiés, parce qu'elles n'ont pas accès à la protection de leur propre État. En analysant les quatre exigences fondamentales décrites ci-dessus — accessibilité, antidote à la crainte fondée d'origine, absence de nouveau risque de persécution ou de refoulement vers la région d'origine et présence d'une protection étatique effective minimale —, nous pouvons garantir que la protection n'est refusée qu'après une appréciation claire à la fois de tous les risques et de toutes les possibilités existant pour satisfaire les besoins de protection du demandeur d'asile à l'intérieur des frontières de son propre pays. Conçue de cette manière, l'analyse de la protection interne fait partie inhérente de la détermination du statut de réfugié, permettant de manière réelle aux États de prendre en charge les nouvelles problématiques de protection sans risque de refuser la protection à des personnes qui n'ont pas d'autre choix que de se tourner vers la communauté internationale.

RELEVÉ DES CONCLUSIONS : LA POSSIBILITÉ DE PROTECTION INTERNE/ RÉINSTALLATION INTERNE/ FUITE INTERNE

TABLE RONDE D'EXPERTS DE SAN REMO ORGANISÉE PAR LE HAUT COMMISSARIAT DES NATIONS UNIES POUR LES RÉFUGIÉS ET L'INSTITUT INTERNATIONAL DE DROIT HUMANITAIRE, SAN REMO (ITALIE), DU 6 AU 8 SEPTEMBRE 2001



La table ronde d'experts de San Remo s'est penchée sur la question de la possibilité de protection interne/réinstallation interne/fuite interne en relation avec la *Convention de 1951 relative au statut des réfugiés*. Les discussions se sont appuyées sur un document de travail rédigé par James C. Hathaway et Michelle Foster, de l'Université du Michigan, intitulé *La possibilité de protection interne/réinstallation interne/refuge interne comme aspect de la procédure de détermination du statut de réfugié*. En outre, les participants se sont vu remettre des contributions écrites du juge honoraire Baragwanath — Haute Cour de Nouvelle-Zélande —, de Hugh Massey — Royaume-Uni —, de Marc Vincent — Conseil norvégien pour les réfugiés —, de Reinhard Marx — juriste, Allemagne — et de la Fondation médicale pour l'assistance aux victimes de la torture. Trente-trois experts, émanant de gouvernements, d'ONG, d'universités, d'instances judiciaires et des professions juridiques et provenant de vingt-trois pays, y participaient. Hugo Storey (Association internationale des juges du droit des réfugiés (IARLJ)) a animé les débats.

La notion de possibilité de protection interne/réinstallation interne/fuite interne ne fait pas l'objet d'une approche cohérente de la part des États parties : un certain nombre d'entre eux effectuent une analyse du caractère raisonnable, d'autres utilisent divers critères, y compris, dans une juridiction, l'approche de l'« alternative de protection interne » telle qu'elle est définie dans le document de travail. Le HCR s'est inquiété, ces dernières années, de voir des États recourir à cette notion comme raccourci procédural pour statuer sur la recevabilité des demandes. Compte tenu de la diversité des approches, les participants ont estimé qu'il était temps de faire le bilan des différentes pratiques nationales, afin d'offrir aux instances décisionnelles une analyse plus structurée de cet aspect de la détermination du statut de réfugié. Ce relevé des conclusions ne définit pas définitivement ce cadre, mais peut s'avérer utile pour donner corps à l'application de cette notion et en préciser les paramètres.

Le relevé des conclusions qui suit ne représente pas nécessairement l'opinion individuelle de chaque participant, ni celle du HCR, mais reflète en grande partie le consensus qui est ressorti des discussions.

1. La possibilité de protection interne/réinstallation interne/fuite interne peut parfois être pertinente lorsqu'il s'agit de déterminer si la demande de statut de réfugié, présentée par un demandeur d'asile, est valable conformément au but et à l'objet de la *Convention sur les réfugiés*. La pertinence de la prise en compte de cette possibilité dépend des circonstances factuelles propres à chaque cas individuel.
2. Si le risque d'être persécuté émane de l'État (y compris du gouvernement national et de ses agents), la possibilité de protection interne/réinstallation interne/fuite interne n'est pas, normalement, une considération pertinente, car on peut présumer que l'État a un pouvoir d'action dans tout le pays d'origine. Si le risque de persécution émane de gouvernements locaux ou régionaux à l'intérieur de cet État, cette possibilité peut seulement être pertinente dans certains cas, car on peut généralement présumer que les gouvernements locaux ou régionaux tiennent leur autorité du gouvernement national. Si ce même risque émane d'un acteur non-étatique, cette possibilité peut plus souvent être une considération pertinente qui doit, cependant, être déterminée en fonction des circonstances propres à chaque cas individuel.
3. La personne dont la demande de statut de réfugié est en cours d'examen, doit pouvoir — sur le plan pratique, sur le plan juridique et en termes de sécurité — avoir accès à la zone de protection interne/réinstallation interne/refuge interne proposée. Il faut pour cela prendre en considération les obstacles physiques ou autres, tels que les risques pouvant survenir pendant le voyage ou à l'entrée ; et tout obstacle juridique s'opposant au voyage, à l'entrée ou au séjour dans la zone proposée.
4. Si le demandeur d'asile risque d'être exposé à une crainte fondée de persécution, y compris d'être persécuté à l'intérieur de la zone de protection interne/réinstallation interne/fuite interne proposée, ou d'être contraint de

retourner dans une autre partie du pays et d'y être persécuté, alors il n'y a pas de possibilité de protection interne/réinstallation interne/fuite interne.

5. La simple absence d'une crainte fondée de persécution ne suffit pas en soi à établir l'existence d'une possibilité de protection interne/réinstallation interne/fuite interne. Les facteurs pertinents pour évaluer l'existence d'une telle possibilité comprennent : le degré de respect des droits de l'Homme dans la zone proposée, la situation personnelle du demandeur d'asile et/ou les conditions qui règnent dans le pays en général (y compris les menaces pour la vie, l'intégrité physique ou la liberté).

6. Compte tenu de sa complexité, l'examen de la possibilité de protection interne/réinstallation interne/refuge interne n'est pas approprié au cadre des procédures accélérées ou lorsqu'il s'agit de statuer sur la recevabilité d'une personne à une procédure complète de détermination du statut.

7. Plus généralement, les règles élémentaires de l'équité procédurale doivent être respectées, notamment en informant clairement et de manière adéquate le demandeur d'asile qu'une possibilité de protection interne/réinstallation interne/fuite interne est examinée.

8. Il convient de faire preuve de prudence pour que le renvoi d'une personne vers une zone de protection interne/réinstallation interne/fuite interne ne crée pas ou n'exacerbe pas, de manière arbitraire, des situations de déplacement interne.

LISTE DES PARTICIPANTS

Table ronde d'experts, San Remo (Italie), du 6 au 8 septembre 2001 (appartenance à un certain groupe social, persécution liée au genre, possibilité de protection interne/réinstallation interne/fuite interne)

T. Alexander Aleinikoff, Centre juridique de l'Université de Georgetown et Migration Policy Institute, Washington DC, États-Unis

Deborah Anker, Faculté de droit d'Harvard, Cambridge, MA, États-Unis

Osamu Arakaki, Université de Shigakukan, Kagoshima, Japon

David Baragwanath, Law Commission de Nouvelle-Zélande

Widney Brown, Human Rights Watch, New York, États-Unis

Éduardo Cifuentes Munoz, Gouvernement colombien

Bo Cooper, Gouvernement américain

Krista Daley, Commission de l'immigration et du statut de réfugié, Ottawa, Canada

Lee Anne De la Hunt, Université de Cape Town, Legal Aid Clinic, Afrique du Sud

Cholpon Djakupova, Gouvernement kirghize

Bill Frelick, United States Committee for Refugees, Washington DC, États-Unis

Rodger Haines, Refugee Status Appeals Authority, Auckland, Nouvelle-Zélande

James C. Hathaway, Université du Michigan, Ann Arbor, MI, États-Unis

Karim Lahidji, Gouvernement français

Reinhard Marx, Juriste, Frankfort, Allemagne

Hugh Massey, Royaume-Uni

Pénélope Mathew, Université nationale australienne, Canberra, Australie

Djamchid Momtaz, Université de Téhéran, Iran

A.D. Nuhu, Gouvernement nigérian

Olga Osipova, Comité russe d'avocats pour la défense des droits de l'Homme, Fédération de Russie

David Palmer, Gouvernement australien

Chan-un Park, Avocats pour une société démocratique (MINBYUN), Séoul, République de Corée

Ryszard Piotrowicz, Université du Pays de Galles, Aberystwyth, Royaume-Uni

Qin Huasun, Ambassadeur, Gouvernement chinois

Simon Russell, Comité international des agences volontaires (ICVA), Genève, Suisse

Haken Sandesjo, Gouvernement suédois

Pablo Santolaya, Université Complutense de Madrid, Espagne

Thomas Spijkerboer, Université libre d'Amsterdam, Pays-Bas

Hugo Storey, Immigration Appellate Authority, Royaume-Uni

Wolfgang Taucher, Gouvernement autrichien

Marta Torres Falcon, Université de Mexico

Carina Van Eck, Gouvernement néerlandais

Amal Yazigi, Université de Damas, Syrie

Pour le HCR : Erika Feller, Volker Türk, Janice Marshall, Shahrzad Tadjbakhsh, Alice Edwards et Fanny Benedetti

L'affiliation institutionnelle n'est mentionnée que dans un objectif d'identification.

Septième partie

L'exclusion (article 1F)

Sommaire

7.1

Questions d'actualité relatives à l'application
des clauses d'exclusion 479

7.2

Relevé des conclusions :
l'exclusion du statut de réfugié 539

7.3

Liste des participants 547

QUESTIONS D'ACTUALITÉ RELATIVES À L'APPLICATION DES CLAUSES D'EXCLUSION

Geoff GILBERT *

Table des matières

I. Introduction	481
II. Nature et fonction de l'article 1 F	483
III. Contexte actuel de l'article 1 F	484
IV. Article 1 F	488
A. Article 1 Fa)	488
B. Article 1 Fb)	495
C. Article 1 Fc)	513
D. Liens entre l'article 1 F et l'article 33 § 2	515
V. Questions procédurales et autres domaines d'intérêt	523
A. Inclusion avant exclusion ?	523
B. Situations d'afflux massif	525
C. Poursuites relatives aux crimes relevant de l'article 1 F	527

* Ce document a été commandé par le HCR pour servir de document de travail pour les discussions d'une table ronde d'experts portant sur l'exclusion organisée dans le cadre des *Consultations mondiales sur la protection internationale à l'occasion de 50^e anniversaire de la Convention de 1951 relative au statut des réfugiés*. Ce document a été enrichi par les discussions qui ont eu lieu lors de la table ronde d'experts à Lisbonne (Portugal) le 3 mai 2001, organisée par le HCR et la Fondation Carnegie pour la Paix Internationale. Ce document a également tiré largement profit des discussions avec le personnel du HCR lors d'une réunion portant sur « asile, terrorisme et extradition » qui s'est tenue au Siège du HCR à Genève le 10 novembre 2000. Des remerciements particuliers sont dus à I. Khan, V. Türk, N. Karsenty, K. Mancini, R. Mponda, S. Kimbimbi, A. Klug, A. Painter, B. Gorlick et R. Towle, ainsi qu'aux collègues de l'Université d'Essex, F. Hampson, N. Rodley et M. Sunkin. Il va sans dire que les opinions exprimées et les erreurs éventuelles sont les miennes. La position défendue dans ce document se fonde sur les informations disponibles au 11 janvier 2002.

D. Niveau de preuve pour l'article 1 F et appartenance au groupe	529
E. Motifs d'exonération de l'exclusion	531
F. Passage du temps et exclusion	532
G. Exclusion et mineurs	532
H. Implications de l'exclusion pour les membres de la famille	533
VI. Autres mécanismes de protection	534
VII. Conclusion	537

I. Introduction

Les demandeurs d'asile considérés comme relevant de l'article 1 F de la *Convention de 1951 relative au statut des réfugiés*¹ sont exclus du statut de réfugié. L'article 1 F dispose :

Les dispositions de cette Convention ne seront pas applicables aux personnes dont on aura des raisons sérieuses de penser que :

- (a) elles ont commis un crime contre la paix, un crime de guerre ou un crime contre l'humanité, au sens des instruments internationaux élaborés pour prévoir des dispositions relatives à ces crimes ;
- (b) elles ont commis un crime grave de droit commun en dehors du pays d'accueil avant d'y être admises comme réfugiés ; ou
- (c) elles se sont rendues coupables d'agissements contraires aux buts et aux principes des Nations Unies.

Par conséquent, la protection contre le refoulement prévue à l'article 33 de la *Convention de 1951* ne peut pas s'appliquer. De plus, un réfugié conventionnel perdra la protection dont il bénéficie contre le refoulement s'il relève de l'alinéa 2 de l'article 33 :

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

1. *Convention de 1951 relative au statut des réfugiés*, Nations Unies, *Recueil des Traités*, vol. 189 n° 150, telle qu'amendée par le *Protocole de 1967*, Nations Unies, *Recueil des Traités*, vol. 606, n° 267. Voir également, le *Statut de 1950 du Haut Commissariat des Nations Unies pour les réfugiés*, Annexe à la résolution 428 (V) de l'Assemblée générale des Nations Unies, UN GAOR Supp. (No. 20) 46, UN doc. A/1775, 14 décembre 1950, paragraphe 7.d) :

Il est entendu que le mandat du Haut Commissaire, tel qu'il est défini au paragraphe 6 ci-dessus, ne s'exerce pas :

[...].

d) sur les personnes dont on a des raisons sérieuses de penser qu'elles ont commis un délit visé par les dispositions des traités d'extradition ou un crime défini à l'article VI du Statut du Tribunal militaire international approuvé à Londres, ou par les dispositions de l'alinéa 2 de l'article 14 de la Déclaration universelle des droits de l'Homme.

La *Convention de l'Organisation de l'Unité Africaine (OUA) de 1969 régissant les aspects propres aux problèmes des réfugiés en Afrique*, Nations Unies, *Recueil des Traités*, vol. 1001 n° 45, prévoit la même clause à l'article I.5. La *Convention de l'OUA* inclut également les crimes graves de droit commun comme motif de cessation à l'article I.4.f). Voir également, le supplément spécial du *International Journal of Refugee Law*, volume 12, automne 2000 sur « Exclusion from Protection : Article 1F of the UN Refugee Convention and Article I(5) of the OAU Convention in the Context of Armed Conflict, Genocide and Restrictionism ». Voir également J.C. Hathaway and C. J. Harvey, « Framing Refugee Protection in the New World Disorder », 34(2) *Cornell International Law Journal*, 2001, pp. 257-320.

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

Dans ce document, nous allons analyser le contenu de l'exclusion, les liens entre l'article 1 F et l'article 33 § 2 et les autres garanties existantes lorsque la protection de la Convention est sans effet. Le dernier point implique nécessairement d'examiner le lien entre le non-refoulement, qu'il relève de traités ou de la coutume, et les garanties relevant des droits de l'Homme, ainsi que les cas où seules les clauses relevant des droits de l'Homme empêchent le renvoi dans le pays d'origine. Une partie du problème vient, cependant, du fait que le droit international des réfugiés est analysé et développé par les tribunaux nationaux, en s'appuyant sur les Constitutions et les lois nationales qui peuvent ne pas intégrer la *Convention de 1951* sous sa forme originelle, mais qui combinent différents articles en une seule disposition, d'une manière qui peut être contraire à la Convention, et sans qu'il existe un « Tribunal international pour les réfugiés », auquel on puisse faire appel pour avoir une interprétation officielle de la *Convention de 1951*. Il est toutefois futile de déplorer l'absence d'un « Tribunal international pour les réfugiés » cinquante ans après la conclusion de la Convention, et puisque les obligations des États sont énoncées dans la *Convention de 1951*, c'est l'interprétation adéquate de la Convention qui donne la bonne mesure du degré d'accomplissement atteint par la législation et la jurisprudence² nationales. Les États ne peuvent pas invoquer leurs lois internes pour justifier le manquement à leurs obligations conventionnelles³.

2. Voir Lord Steyn dans l'affaire *R. c. Secretary of State for the Home Department, ex parte Adan, R. c. Secretary of State for the Home Department, ex parte Aitseguer*, Chambre des Lords du Royaume-Uni, 19 décembre 2000, [2001] 1 All ER 593 à 605 :

Il s'ensuit que, comme pour les autres traités multilatéraux, la [*Convention de 1951*] doit se voir attribuer une signification propre, puisée dans les sources mentionnées aux articles 31 et 32 [de la *Convention de Vienne de 1969 sur le droit des traités*] sans être influencée par les différentes particularités du système juridique de l'un quelconque des États contractants. Il peut donc, en principe, n'y avoir qu'une seule véritable interprétation d'un traité. En cas de désaccord sur le sens de la *Convention sur les réfugiés*, il peut être résolu par la Cour internationale de Justice : article 38. Une telle décision n'a, cependant, jamais été demandée. La perspective d'un appel à la Cour internationale est lointaine. En pratique, le soin est laissé aux tribunaux nationaux de résoudre une question d'interprétation lorsqu'ils sont confrontés à un désaccord matériel à ce sujet. Mais ce faisant, ils doivent, sans être liés par des notions appartenant à leurs propres cultures juridiques, rechercher la véritable signification autonome et internationale du traité. *Et il ne peut y avoir qu'une seule vraie signification.* (C'est nous qui soulignons) (traduction libre).

3. Article 27 de la *Convention de Vienne de 1969 sur le droit des traités*, 8 ILM 679, 1969, Nations Unies, *Recueil des Traités*, vol. 1155, n° 331.

II. Nature et fonction de l'article 1 F

L'article 1 F exclut le demandeur d'asile du statut de réfugié. Les garanties offertes par la *Convention de 1951* sont sans effet. Les travaux préparatoires⁴ indiquent que les clauses d'exclusion visaient à atteindre deux objectifs. Le premier objectif était que le statut de réfugié soit protégé des abus en interdisant son octroi à des cas ne le méritant pas. En raison d'infractions graves commises avant d'entrer sur le territoire, le demandeur d'asile ne mérite pas la protection en qualité de réfugié — il existe un lien intrinsèque « entre les idées d'humanité, d'équité et le concept de réfugié »⁵. Le deuxième objectif visé par les rédacteurs, était de veiller à ce que ceux qui avaient commis des crimes graves pendant la Seconde Guerre mondiale ou d'autres crimes graves de droit commun, ou qui s'étaient rendus coupables d'agissements contraires aux buts et aux principes des Nations Unies, ne se soustraient pas aux poursuites⁶. Néanmoins, comme l'article 1 F constitue une limite à une disposition humanitaire, il

4. Pour les travaux, voir le CD-Rom *Refworld* du HCR (8^e édition, 1999) ; G.S. Goodwin-Gill, *The Refugee in International Law* (2^e édition, Clarendon, Oxford, 1996), en particulier pp. 95–14 et 147–50 et P. Weiss, *The Refugee Convention, 1951 : The Travaux Préparatoires Analysed with a Commentary by the Late Dr Paul Weis* (Cambridge University Press, 1995). Voir aussi P. Shah, « Taking the 'Political' out of Asylum : The Legal Containment of Refugees' Political Activism », dans F. Nicholson et P. Twomey (eds), *Refugee rights and Realities : Evolving International Concepts and Regimes* (Cambridge university Press, 1999), p. 119 et pp. 130 et suivantes.

5. Voir le Comité permanent du Comité exécutif du Programme du Haut Commissaire des Nations Unies pour les réfugiés, *Note sur les clauses d'exclusion*, 47^e session, UN doc. EC/47/SC/CRP.29, 30 mai 1997, paragraphe 3. Il faut cependant veiller à ce qu'aucune apparence de partialité ne se développe. La différence de traitement accordé, dans certains États occidentaux, aux membres d'un groupe armé combattant contre un pays et aux membres d'un autre groupe armé combattant contre un autre pays du Moyen-Orient a conduit à des critiques de certains bords.

6. *Conférence de plénipotentiaires relative au statut des réfugiés et des apatrides, Compte-rendu analytique de la 24^{ème} réunion*, UN doc. A/CONF.2/SR.24, 27 novembre 1951, déclarations de M. Herment (Belgique) et de M. Hoare (Royaume-Uni). Il régnait cependant un certain degré de confusion entre la crainte que l'asile puisse conférer une immunité à de grands criminels internationaux et la question de priorité entre les traités d'extradition et la *Convention de 1951*, bien que l'extradition soit inévitable lorsqu'elle constitue la seule méthode pour que les auteurs de ces crimes graves soient poursuivis par un tribunal compétent. Voir A/CONF.2/SR.24, SR 29 et SR.35, point 5(a), 27 et 28 novembre et 3 décembre 1951, Conférence de Plénipotentiaires. Voir aussi Weis, *supra* note 4, p. 332. Cf. Sous-Comité plénier sur la protection internationale, *Note d'information sur la mise en oeuvre de la Convention de 1951 et du Protocole de 1967 relatifs au statut des réfugiés*, UN doc. EC/SCP/66, 22 juillet 1991, annexe au rapport provisoire, paragraphe 54 :

La plupart des États qui ont répondu permettent les extraditions de réfugiés conformément à la loi applicable et/ou aux accords internationaux en vigueur, si le réfugié est recherché dans un autre pays pour un crime ou un délit donnant lieu à extradition. Cependant plusieurs États excluent l'extradition d'un réfugié si le réfugié se trouve exposé dans l'État demandeur à des poursuites pour les motifs mentionnés à l'article premier de la Convention [de 1951], ou s'il ne semble pas pouvoir y bénéficier d'un procès équitable (article 6 de la *Convention européenne des Droits de l'Homme*) ou s'il risque d'y être exposé à des traitements inhumains ou dégradants (idem, article 3). Un État interdit

doit être interprété restrictivement. Il ne s'applique qu'aux agissements du demandeur d'asile ayant eu lieu avant son entrée. Compte tenu des conséquences potentielles de l'exclusion d'une personne du statut de réfugié, l'article 1 F doit être appliqué avec modération et seulement en faisant preuve d'une extrême prudence⁷.

III. Contexte actuel de l'article 1 F

Au cours des dix dernières années, des réponses toujours plus restrictives ont été données aux demandeurs d'asile cherchant à obtenir le statut de réfugié en Europe de l'Ouest ou en Amérique du Nord⁸. L'intérêt croissant pour l'article 1 F peut être considéré comme participant de cette tendance. Seuls les réfugiés « méritants » doivent se voir accorder le statut prévu par la Convention. La conséquence en est que l'article 1 F est de plus en plus intégré à la détermination du statut, avec le danger concomitant que tous les demandeurs d'asile soient perçus comme susceptibles d'exclusion.⁹ Au cours des dix dernières années, on a cependant également assisté à un intérêt accru pour traduire en justice des criminels internationaux dans le cadre de conflits, notamment de l'ex-Yougoslavie et du Rwanda.

toute extradition de réfugié dans son pays d'origine. Dans deux États, l'extradition des réfugiés est formellement interdite : dans l'un de ces pays, parce qu'en matière d'extradition, les réfugiés sont traités comme des citoyens et ne peuvent donc, par définition, être extradés ; dans l'autre, parce que les réfugiés sont protégés contre l'extradition par la Constitution nationale. Deux autres États autorisent les extraditions de réfugiés dans un pays tiers n'offrant pas de danger, c'est-à-dire dans un autre pays que son pays d'origine.

Voir aussi J. Fitzpatrick, « The Post-Exclusion Phase : Extradition, Prosecution and Expulsion », 12 *International Journal of Refugee Law* (Supp.), 2000, p. 272.

7. Voir HCR, *Guide des procédures et critères à appliquer pour déterminer le statut de réfugié* (Genève, 1979, réédité en 1992), paragraphe 149.

8. Voir A. Travis, « Analysis », *The Guardian*, 5 janvier 2001, p. 19. Dans le même temps, la grande majorité des réfugiés sont restés dans les pays voisins de celui qu'ils ont fui et ils ont rarement atteint l'Europe de l'Ouest ou l'Amérique du Nord. Pendant les années 1992-2001, 86 % des réfugiés dans le monde étaient originaires de pays en voie de développement tandis que ces mêmes pays accueillaient 72 % de la population globale des réfugiés. Les pays pauvres accueillent sept réfugiés sur dix (UNHCR, *Statistical Yearbook 2001* — Genève, octobre 2002 —, pp. 12-13). En outre, des pays déchirés par la guerre comme l'Afghanistan, l'Angola, la Colombie, le Sri Lanka et le Soudan continuent d'accueillir un grand nombre de populations déplacées internes.

9. Les États soutiendraient que l'Assemblée générale et le Conseil de sécurité les ont tous deux récemment exhortés à veiller à ce que le statut de réfugié ne soit pas accordé à des « terroristes ». Voir la *Déclaration complétant la Déclaration de 1994 sur les mesures visant à éliminer le terrorisme international*, 49/60 du 9 décembre 1994, annexée à la résolution 51/210 de l'Assemblée générale des Nations Unies, 16 janvier 1997. Le paragraphe 3 réaffirme que les États devraient prendre les mesures voulues avant d'octroyer le statut de réfugié, pour s'assurer que « le demandeur d'asile n'a pas participé à des activités terroristes ». Voir aussi la résolution 1269 (1999) du Conseil de sécurité des Nations unies du 19 octobre 1999, paragraphe 4 et les commentaires du membre français du Conseil de sécurité, A. Dejammet, sur le refus de l'asile pour les terroristes et la résolution 50/53 de l'Assemblée générale des Nations Unies du 11 décembre 1995.

Beaucoup d'auteurs de violations massives du droit de la guerre et de crimes contre l'humanité ont fui à l'étranger et certains ont cherché à obtenir le statut de réfugié. La coïncidence entre une approche plus restrictive de l'interprétation de la *Convention de 1951* en général et la plus grande prépondérance de criminels de guerre en Europe¹⁰ a remis en lumière les deux objectifs des rédacteurs de la *Convention de 1951* : protection des seuls réfugiés « méritants » et nécessité de veiller à ce que les grands criminels internationaux ne se soustraient pas à la punition¹¹.

D'un autre côté, le droit pénal international a progressé depuis 1951. L'extradition vers le lieu du crime (*locus delicti*) n'est plus la seule manière de garantir, en pratique, que les criminels soient punis. À un certain niveau, ceux qui ont commis des crimes dans le ressort géographique et temporel du Tribunal pénal international pour l'ex-Yougoslavie (TPIY)¹² et du Tribunal pénal international pour le Rwanda (TPIR)¹³ institués par le Conseil de sécurité, dont les crimes relèveraient de l'article 1 F, peuvent être traduits en justice loin du *locus delicti*. Cela vise, en partie, à garantir un procès équitable mais cela retire également la crainte de persécution. Dans le futur, la Cour pénale internationale aura une compétence plus étendue et plus générale sur toute une série de crimes tombant sous le coup de l'article 1 F, bien que son efficacité dépende du nombre d'États parties.

Il est très intéressant de noter que le recours à la compétence universelle par les tribunaux nationaux pour des crimes internationaux graves s'est développé récemment. Les affaires *Pinochet*¹⁴, si sa mauvaise santé n'avait pas interrompu la procédure d'extradition, révèlent que les tribunaux anglais étaient disposés à livrer le sénateur à l'Espagne pour des actes de torture commis au Chili. La Cour suprême des Pays-Bas a estimé que les tribunaux néerlandais étaient compétents pour juger les crimes de guerre et les infractions connexes commis au cours d'une guerre à laquelle les Pays-Bas n'avaient pas participé¹⁵. Un séminaire organisé à Amsterdam

10. Des auteurs présumés du génocide rwandais ont été retrouvés en Belgique et au Royaume-Uni.

11. Voir P. van Krieken, « Article 1 F : An Introduction », intervention 1 au séminaire d'Amsterdam « Article 1F and Afghan Asylum Seekers : Towards a Common Strategy », 8-9 juin 2000, organisé par le Service néerlandais d'immigration et de naturalisation pour le compte du Groupe de travail de haut niveau de l'Union européenne (UE).

12. Voir *infra* note 33.

13. Voir *infra* note 33.

14. La décision définitive de la Chambre des Lords du 24 mars 1999, *R. c. Bartle and the Commissioner of Police for the Metropolis and Others, ex parte Pinochet ; R. c. Evans and Another and the Commissioner of Police for the Metropolis and Others, ex parte Pinochet (suite à l'appel interjeté par la Divisional Court of the Queen's Bench Division)*, peut être trouvé dans [1999] 2 WLR 827 ; voir également *Pinochet 1* [1998] WLR 1456 et *Pinochet 2* [1999] 2 WLR 272 ; dans cette dernière affaire, il a été jugé que Lord Hoffmann aurait dû se récuser de l'affaire *Pinochet 1* et que, par conséquent, la décision rendue dans l'affaire *Pinochet 1* était cassée.

15. Section pénale, 11 novembre 1997, No. 3717 AB, citée dans Secrétaire d'État néerlandais à la justice, *Article 1F of the Convention on Refugees*, 6302011/97/DVB, 19 novembre 1997, note 2, publiée en tant que « Note on Article 1F to Parliament, November 1997 » du Secrétaire d'État néerlandais à la justice, in *Refugee Law in Context : The Exclusion Clause* (édition P. van Krieken, Asser Press, La Haye, 1999), pp. 300-12.

en juin 2000 sur « L'article 1 F et les demandeurs d'asile afghans¹⁶ » est également parvenu à la conclusion que, si un demandeur d'asile est exclu du statut de réfugié, le droit national et international impose une obligation légale d'engager des poursuites. En Allemagne, la Cour suprême de Bavière a condamné un Bosnien serbe pour complicité et tentative de meurtre en rapport avec la mort de quatorze Bosniaques musulmans en 1992¹⁷ ; il n'a pas été condamné pour génocide en raison de l'absence de l'élément psychologique (*mens rea*), mais, lorsque le TPIY n'a manifesté aucun intérêt pour son transfert à La Haye, la Cour allemande s'est déclarée compétente pour engager des poursuites, au motif que l'Allemagne avait une obligation internationale d'agir de la sorte en raison de ses engagements en vertu de la *Quatrième Convention de Genève de 1949* et du *Premier Protocole additionnel de 1977*¹⁸. Très récemment, en juin 2001, la Cour d'Assises de Bruxelles a condamné quatre ressortissants rwandais pour des crimes de guerre commis au Rwanda en 1994, en se fondant sur la loi belge de 1993 créant une compétence universelle pour les violations graves des *Conventions de Genève de 1949* et des *Protocoles additionnels de 1977*¹⁹.

De la même façon, le droit international de l'extradition s'est développé depuis 1951. Lorsqu'un crime international grave a été perpétré, les conventions multilatérales prévoient désormais l'obligation d'extrader ou de poursuivre (*aut dedere, aut judicare*) et font office de traité d'extradition de substitution si aucun autre dispositif n'existe entre les États concernés²⁰. Le droit de l'extradition a, cependant, également

16. Voir *supra* note 11, *Conclusion and Recommendation § 5, Legal/Criminal Proceedings to be Applied if Article 1F is Applied*.

17. *Procureur public c. Djajic*, No. 20/96, Cour suprême de Bavière (*Bayerisches Oberstes Landesgericht*), 23 mai 1997, extrait de *Neue Deutsche Wochenschrift*, 1998, p. 392. Cette analyse se fonde sur le résumé de jurisprudence de C. Safferling, 92 *American Journal of International Law*, 1998, p. 528. Un tribunal danois a condamné un Bosniaque musulman pour violence grave et meurtre en lien avec des crimes commis dans un camp près de Mostar, *The Times*, 23 novembre 1994, p. 13.

18. Nations Unies, *Recueil des Traités*, vol. 75, n° 31-417, 1950 ; Nations Unies, *Recueil des Traités*, vol. 1125, n° 3-608, 1979 ; 16 ILM 1391, 1977.

19. Pour les détails de l'affaire et le texte de la décision, voir *Procureur-Général c. Vincent Ntezimana, Alphonse Higaniro, Consolata Mukangango, Julienne Mukabutera*, <http://www.asf.be/AssisesRwanda2/fr/frStart.htm>.

20. Voir la *Convention de Tokyo de 1963 relative aux infractions et à certains autres actes survenant à bord des aéronefs*, UKTS 126 (1969), Cmnd 4230 ; la *Convention pour la répression de la capture illicite d'aéronefs*, conclue à La Haye, 16 décembre 1970, 10 ILM 133, 1971 ; la *Convention pour la répression d'actes illicites dirigés contre la sécurité de l'aviation civile*, conclue à Montréal, 23 septembre 1971, 10 ILM 1151, 1971 ; la *Convention de New York sur la prévention et la répression des infractions contre les personnes jouissant d'une protection internationale, y compris les agents diplomatiques*, 13 ILM 42, 1974 ; la *Convention internationale contre la prise d'otages*, 18 ILM 1456, 1979 ; la *Convention de Rome pour la répression d'actes illicites contre la sécurité de la navigation maritime*, IMO doc. SUA/CON/15, 10 mars 1988, 27 ILM 668, 1988 ; la *Convention de 1980 sur la protection physique des matières nucléaires*, Nations Unies, *Recueil des Traités*, vol. 1456, n° 124, Cmnd 8112 ; la *Convention internationale pour la répression des attentats terroristes à l'explosif*, 1998, 37 ILM 249, 1998 et la *Convention internationale pour la répression du financement du terrorisme*, annexée à la résolution 54/109 de l'Assemblée générale des Nations

intégré des garanties pour les fuyitifs recherchés — les conventions multilatérales anti-terrorisme prévoient toutes que l'extradition devrait être refusée lorsqu'il existe des raisons sérieuses de croire que la personne risque d'être poursuivie, punie ou que sa situation risquerait d'être aggravée pour des considérations de race, de religion, de nationalité ou d'opinions politiques²¹. Les deux conventions multilatérales anti-terrorisme des Nations Unies les plus récentes, relatives à la répression des attentats terroristes à l'explosif et à la répression du financement du terrorisme, contiennent toutes les deux une clause de non-persécution et l'étendent à l'« origine ethnique »²².

Dans le contexte actuel de l'article 1 F, il est toutefois essentiel d'accorder une attention particulière aux développements du droit international des droits de l'Homme depuis 1951. Au cours des cinquante dernières années, de nombreux droits ont été reconnus comme des normes impératives²³, en particulier la protection contre la torture. Dans la mesure où le non-refoulement se fonde sur la protection contre la torture, et peut-être sur des bases plus larges, il reflète aussi une obligation *erga omnes*.

Tandis que l'intérêt croissant pour l'exclusion fait partie d'une politique plus vaste visant à limiter le statut de réfugié en général, il est nécessaire d'examiner son application actuelle à la lumière des développements du droit pénal international, du droit international de l'extradition et du droit international des droits de l'Homme. L'article 1 F n'est pas obsolète car, dans certaines situations, les crimes sont tellement atroces que les mettre en balance avec la crainte de persécution compromet réellement la nature du statut de réfugié. L'Office du Haut Commissaire des Nations Unies pour les réfugiés (HCR) reconnaît, par exemple, que l'article 1 F doit être appliqué dans les situations du type Rwanda²⁴. De même, les événements dramatiques du

21. Voir également l'article 5 de la *Convention européenne du Conseil de l'Europe de 1977 pour la répression du terrorisme*, STE 90, 15 ILM 1272, 1976. De plus, voir HCR, *Rapport du Haut Commissariat des Nations Unies pour les réfugiés*, GAOR, 36^e session, Supp. No. 12, UN doc. A/36/12, 28 août 1981, paragraphe 24.

22. Article 12 de la *Convention pour la répression des attentats terroristes à l'explosif* et article 15 de la *Convention pour la répression du financement du terrorisme*, voir *supra* note 20. Il est à noter que l'appartenance à un certain groupe social n'est pas énumérée parmi les motifs de persécution qui justifieraient le refus de l'extradition : cf. article 1 de la *Convention de 1951*.

23. Voir l'affaire *Barcelona Traction, Light and Power Co. (Belgique c. Espagne)*, Recueil CIJ 1970, p. 3, paragraphe 34.

24. Sous-Comité du Comité exécutif chargé des questions administratives et financières, *Lessons Learnt from the Rwanda Emergency*, UN doc. EC/1995/SC.2/CRP.21/Rev.1, 23 juin 1995, paragraphe 10.i) :

Le profil des Rwandais arrivant en Tanzanie en avril 1994 et au Zaïre en juillet 1994 était unique et reflétait le génocide et le conflit ayant précédé l'exode. Il ne s'agissait pas d'une fuite typique de réfugiés mais, en majeure partie, d'un déplacement massif de population orchestré, organisé et exécuté sous un contrôle militaire et politique cohérent. Les conclusions suivantes peuvent être tirées de la nature de ce mouvement : i) malgré tous les problèmes d'identification et de sécurité, le HCR doit continuer à encourager les efforts des gouvernements des pays d'accueil et de la communauté internationale visant à garantir qu'en vertu de l'article 1 F de la *Convention de 1951*, les personnes dont on a des raisons sérieuses de penser qu'elles ont commis des atrocités doivent être extraites des camps

11 septembre 2001 à New York, à Washington DC et en Pennsylvanie ne devraient jamais permettre que les auteurs de l'opération, ou ceux qui l'ont organisée, bénéficient du statut de réfugié²⁵. L'auteur d'un crime peut bénéficier d'une protection informelle si l'État de refuge est concerné mais l'article 1 F, en particulier l'alinéa b), doit être réexaminé à la lumière des développements ayant eu lieu depuis 1951.

IV. Article 1 F

Bien que l'article 1 F soit subdivisé en trois alinéas, en réalité un demandeur d'asile pourrait très bien relever de l'exclusion en vertu de plusieurs motifs — un crime contre l'humanité relèverait de l'article 1 Fa) mais il pourrait également constituer un crime grave de droit commun et un agissement contraire aux buts et aux principes des Nations Unies.

A. Article 1 Fa)²⁶

L'article 1 Fa) dispose :

Les dispositions de cette Convention ne seront pas applicables aux personnes dont on aura des raisons sérieuses de penser que :

a) elles ont commis un crime contre la paix, un crime de guerre ou un crime contre l'humanité, au sens des instruments internationaux²⁷ élaborés pour prévoir des dispositions relatives à ces crimes...

de réfugiés, exclues du statut de réfugié et privées de toute protection et de toute aide internationale. La communauté internationale doit apporter le soutien et les fonds nécessaires pour assister les gouvernements des pays d'accueil à extraire, à leur demande, les éléments criminels des camps de réfugiés et à désarmer les milices ;...(traduction libre).

Voir aussi HCR, *Note sur les clauses d'exclusion*, supra note 5, paragraphes 22 et suivants ; Comité exécutif *Rapport de la 8^e réunion du Comité permanent*, 48^e session, UN doc. A/AC.96/888, 9 septembre 1997, paragraphe 15.

25. Voir HCR, *Addressing Security Concerns Without Undermining Refugee Protection*, UNHCR's Perspective, Position, 29 novembre 2001, paragraphe 3.

26. Voir HCR, *The Exclusion Clauses : Guidelines on their Application*, 1^{er} décembre 1996, paragraphes 19–48. Voir aussi J. Pejic, « Article 1F(a) : The Notion of International Crimes », 12 *International Journal of Refugee Law* (Supp.), 2000, p. 11. Voir aussi, J. Rikhof, « War Crimes Law as Applied in Canada », in *Modern Global Crises and War Crimes : Canada, Peacekeeping and International Humanitarian Law* (ed. R. Wiggers, Centre for Foreign Policy Studies, Université de Dalhousie, 2002).

27. Dans la mesure où le droit international coutumier dans ce domaine fournit une interprétation et une analyse des crimes énoncés dans les différents instruments, il est important de leur accorder également de l'attention. La référence dans l'article 1 Fa) aux crimes « au sens [...] des instruments internationaux » exclurait seulement un crime qui n'existerait qu'en vertu du droit international coutumier mais cela n'existe pas.

Une disposition plus générale se trouve à l'alinéa 7 d) du *Statut du HCR*²⁸ qui fait référence aux crimes « définis à l'article VI du *Statut du Tribunal militaire international* approuvé à Londres »²⁹. L'interprétation de l'article 1 F n'est toutefois pas fixée dans la définition de 1946 bien que les crimes mentionnés dans l'Accord de Londres soient certainement compris à l'alinéa a). De plus, il faut tenir compte des *Conventions de Genève de 1949* et des *Protocoles additionnels de 1977*³⁰, de la *Convention de 1948 sur le génocide*³¹, du projet de Code des crimes contre la paix et la sécurité de l'humanité³², des Statuts du TPIY et du TPIR³³ et de leur jurisprudence³⁴ et du *Statut de la Cour pénale internationale* (CPI)³⁵. Il est clair qu'il n'y a pas eu d'accord

28. Voir *supra* note 1.

29. Cité dans le jugement du Tribunal militaire international de Nuremberg, qui peut être trouvé dans *Trial of the Major War Criminals Before the International Military Tribunal* (1948), vol. XXII, pp. 413-14. Voir aussi 41 *American Journal of International Law*, 1947, p. 172.

a) Les crimes contre la paix, c'est-à-dire la direction, la préparation, le déclenchement ou la poursuite d'une guerre d'agression, ou d'une guerre de violation des traités, assurance ou accords internationaux, ou la participation à un plan concerté ou à un complot pour l'accomplissement de l'un quelconque des actes mentionnés qui précèdent ;

b) Les crimes de guerre, c'est-à-dire les violations des lois et coutumes de la guerre. Ces violations comprennent, sans y être limitées, l'assassinat, les mauvais traitements ou la déportation pour des travaux forcés, ou pour tout autre but, des populations civiles dans les territoires occupés, l'assassinat ou les mauvais traitements des prisonniers de guerre ou des personnes en mer, l'exécution des otages, le pillage des biens publics ou privés, la destruction sans motif des villes et des villages ou la dévastation que ne justifient pas les exigences militaires ;

c) Les crimes contre l'humanité, c'est-à-dire l'assassinat, l'extermination, la réduction en esclavage, la déportation, et tout autre acte inhumain commis contre des populations civiles, avant ou pendant la guerre, ou bien les persécutions pour des motifs politiques, raciaux ou religieux lorsque ces actes ou persécutions, qu'ils aient constitué ou non une violation du droit interne du pays où ils ont été perpétrés, ont été commis à la suite de tout crime rentrant dans la compétence du Tribunal, ou en liaison avec ce crime.

30. Voir *supra* note 18.

31. *Convention pour la prévention et la répression du crime de génocide*, 1948, Nations Unies, *Recueil des Traités*, vol. 78, n° 277 (1951).

32. Dans la mesure où le Code adopté par la Commission du droit international reflète le droit international coutumier, ses définitions de l'agression, du génocide, des crimes contre l'humanité, des crimes contre le personnel des Nations Unies et associé et des crimes de guerre, constituent une autre source officielle d'interprétation : UN doc. A/51/322, 1996.

33. Le *Statut du TPIY* a été adopté par la résolution 827 (1993) du Conseil de sécurité des Nations Unies et figure dans 32 ILM 1192, 1993 ; le *Statut du TPIR* figure dans les résolutions 935 et 955 (1994) du Conseil de sécurité des Nations Unies, réimprimé dans 5 *Criminal Law Forum*, 1994, p. 695.

34. Voir *Dusko Tadic*, Arrêt relatif à l'appel de la défense concernant l'exception préjudicielle d'incompétence devant la Chambre d'appel du TPIY, Affaire No. IT-94-1-AR72, 1995, paragraphe 134. Voir aussi l'affaire *Procureur c. Kupreskic*, Affaire No. IT-95-16-T, 14 janvier 2000.

35. Adopté à Rome, 17 juillet 1998, 37 ILM 999, 1998, tel que corrigé par les procès-verbaux du 10 novembre 1998 et du 12 juillet 1999. Voir aussi R. S. Lee (ed.), *The International Criminal Court : The Making of the Rome Statute : Issues, Negotiations, Results* (Kluwer Law International, La Haye, 1999).

sur une définition unique des crimes prévus à l'article 1 Fa), bien que les documents les plus récents (Statuts des tribunaux ad hoc et de la CPI) fassent autorité, du fait de l'analyse plus récente faite pour leur élaboration. Bien que la définition retenue pour les deux tribunaux *ad hoc* soit très générale, comparée aux articles 6 à 8 du *Statut de Rome*, leur jurisprudence influencera l'interprétation des clauses spécifiques de ce document une fois que la CPI sera en fonction. Néanmoins, les différences entre ces instruments, dues en partie aux situations distinctes auxquelles chaque tribunal est ou sera confronté, soulignent le fait que la signification des crimes de guerre en droit international doit être interprétée de manière dynamique.

Ceci étant dit, les crimes contre la paix demeurent dans un état incertain comme des crimes qui peuvent être commis par un individu. Tandis que le crime d'agression est énuméré à l'article 5 du *Statut de Rome*, l'alinéa 2 énonce :

La Cour exercera sa compétence à l'égard du crime d'agression quand une disposition aura été adoptée conformément aux articles 121 et 123, qui définiront ce crime et fixeront les conditions de l'exercice de la compétence de la Cour à son égard. Cette disposition devra être compatible avec les dispositions pertinentes de la *Charte des Nations Unies*.

En vertu des articles 121 et 123, une conférence de révision pour examiner, notamment, le « crime d'agression », ne peut se tenir qu'à l'expiration d'une période de sept ans minimum à partir de la date d'entrée en vigueur du Statut. En attendant, il est clair qu'il n'existe aucun accord sur une définition du crime d'agression engageant la responsabilité pénale individuelle³⁶. Il y a un débat sur la question de savoir si seuls ceux se trouvant dans une position d'autorité élevée dans un État peuvent être responsables d'un crime contre la paix ; mais pour que la responsabilité individuelle pour les crimes contre la paix soit compatible avec la *Résolution de l'Assemblée générale de 1974 sur la Définition de l'Aggression*³⁷, celle-ci devrait inclure, outre les dirigeants d'un État, les dirigeants de groupes rebelles participant à des conflits armés non-internationaux qui veulent faire sécession mais peu, ou pas, d'autres personnes.

Les crimes contre l'humanité en droit international ne sont pas définis aussi précisément que dans les lois pénales nationales, mais les différences d'interprétation semblent être limitées à certains sous-systèmes judiciaires. Les crimes contre l'humanité prévus par l'article 1 F comprennent le crime de génocide, dont la définition n'a été modifiée dans aucun des Statuts récents³⁸ par rapport à la définition de la *Convention de 1948*, bien que la jurisprudence des tribunaux ait interprété sa signi-

36. La responsabilité internationale pour l'agression est définie dans la *Résolution de 1974 sur la Définition de l'agression*, 14 décembre 1974, Résolution 3314 (XXIX) de l'Assemblée générale des Nations Unies, 69 *American Journal of International Law*, 1975, p. 480, comme « l'emploi de la force armée par un État contre la souveraineté, l'intégrité territoriale ou l'indépendance politique d'un autre État ou d'une autre manière incompatible avec la *Charte des Nations Unies*, ainsi qu'il ressort de la présente Définition ».

37. Voir *supra* note 36.

38. *Statut du TPIY* (article 4), note *supra* 33 ; *Statut du TPIR* (article 2), *supra* note 33 et *Statut de la CPI* (article 6), *supra* note 35.

fication³⁹. Hormis le génocide, le contenu des crimes contre l'humanité est toutefois moins uniforme. En vertu de l'article 5 du *Statut du TPIY*⁴⁰, les crimes contre l'humanité ont lieu au cours d'un conflit armé. Selon une opinion moderne, les crimes contre l'humanité peuvent être commis en temps de paix⁴¹ et ce fait est reconnu dans les *Statuts du TPIR*⁴² et de la *CPI*⁴³. Ces deux derniers instruments exigent que les

39. Par exemple, *Procureur c. Jean-Paul Akayesu*, Affaire No. ICTR-96-4-T, 2 septembre 1998.

40. Voir *supra* note 33. L'article 5 (« Crimes contre l'humanité ») dispose :

Le Tribunal international est habilité à juger les personnes présumées responsables des crimes suivants lorsqu'ils ont été commis au cours d'un conflit armé, de caractère international ou interne, et dirigés contre une population civile quelle qu'elle soit : a) assassinat ; b) extermination ; c) réduction en esclavage ; d) expulsion ; e) emprisonnement ; f) torture ; g) viol ; h) persécutions pour des raisons politiques, raciales et religieuses ; i) autres actes inhumains.

Voir aussi *Tadic*, *supra* note 34, *Kupreskic*, *supra* note 34 et *Procureur c. Furundzija*, Affaire No. IT-95-17/1-T 10, 10 décembre 1998.

41. Fait reconnu par le Tribunal dans *Tadic*, *supra* note 34, paragraphes 140-1. Voir aussi M.C. Bassiouni, « Crimes Against Humanity : The Need for a Specialized Convention », 31 *Columbia Journal of Transnational Law*, 1994, p. 457.

42. Voir *supra* note 33. L'article 3 (« Crimes contre l'humanité ») dispose :

Le Tribunal international pour le Rwanda est habilité à juger les personnes responsables des crimes suivants lorsqu'ils ont été commis dans le cadre d'une attaque généralisée et systématique dirigée contre une population civile quelle qu'elle soit, en raison de son appartenance nationale, politique, ethnique, raciale ou religieuse : a) assassinat ; b) extermination ; c) réduction en esclavage ; d) expulsion ; e) emprisonnement ; f) torture ; g) viol ; h) persécutions pour des raisons politiques, raciales et religieuses ; i) autres actes inhumains.

43. Voir *supra* note 35. L'article 7 (« Crimes contre l'humanité ») dispose :

1. Aux fins du présent Statut, on entend par crime contre l'humanité l'un quelconque des actes ci-après lorsqu'il est commis dans le cadre d'une attaque généralisée ou systématique lancée contre toute population civile et en connaissance de cette attaque :

- a) Meurtre ;
- b) Extermination ;
- c) Réduction en esclavage ;
- d) Déportation ou transfert forcé de population ;
- e) Emprisonnement ou autre forme de privation grave de liberté physique en violation des dispositions fondamentales du droit international ;
- f) Torture ;
- g) Viol, esclavage sexuel, prostitution forcée, grossesse forcée, stérilisation forcée ou toute autre forme de violence sexuelle de gravité comparable ;
- h) Persécution de tout groupe ou de toute collectivité identifiable pour des motifs d'ordre politique, racial, national, ethnique, culturel, religieux ou sexiste au sens du paragraphe 3, ou en fonction d'autres critères universellement reconnus comme inadmissibles en droit international, en corrélation avec tout acte visé dans le présent paragraphe ou tout crime relevant de la compétence de la Cour ;
- i) Disparitions forcées de personnes ;
- j) Crime d'apartheid ;
- k) Autres actes inhumains de caractère analogue causant intentionnellement de grandes souffrances ou des atteintes graves à l'intégrité physique ou à la santé physique ou mentale.

crimes contre l'humanité soient commis dans le cadre d'une attaque généralisée ou systématique contre toute population civile⁴⁴ et cette interprétation est plus courante que celle limitant les crimes contre l'humanité aux périodes de conflit armé. En tant que tels, étant donné que les crimes contre l'humanité peuvent, au sens du

2. Aux fins du paragraphe 1 :

a) Par « attaque lancée contre une population civile », on entend le comportement qui consiste en la commission multiple d'actes visés au paragraphe 1 à l'encontre d'une population civile quelconque, en application ou dans la poursuite de la politique d'un État ou d'une organisation ayant pour but une telle attaque ;

b) Par « extermination », on entend notamment le fait d'imposer intentionnellement des conditions de vie, telles que la privation d'accès à la nourriture et aux médicaments, calculées pour entraîner la destruction d'une partie de la population ;

c) Par « réduction en esclavage », on entend le fait d'exercer sur une personne l'un quelconque ou l'ensemble des pouvoirs liés au droit de propriété, y compris dans le cadre de la traite des êtres humains, en particulier des femmes et des enfants ;

d) Par « déportation ou transfert forcé de population », on entend le fait de déplacer de force des personnes, en les expulsant ou par d'autres moyens coercitifs, de la région où elles se trouvent légalement, sans motifs admis en droit international ;

e) Par « torture », on entend le fait d'infliger intentionnellement une douleur ou des souffrances aiguës, physiques ou mentales, à une personne se trouvant sous sa garde ou sous son contrôle ; l'acception de ce terme ne s'étend pas à la douleur ou aux souffrances résultant uniquement de sanctions légales, inhérentes à ces sanctions ou occasionnées par elles ;

f) Par « grossesse forcée », on entend la détention illégale d'une femme mise enceinte de force, dans l'intention de modifier la composition ethnique d'une population ou de commettre d'autres violations graves du droit international. Cette définition ne peut en aucune manière s'interpréter comme ayant une incidence sur les lois nationales relatives à la grossesse ;

g) Par « persécution », on entend le déni intentionnel et grave de droits fondamentaux en violation du droit international, pour des motifs liés à l'identité du groupe ou de la collectivité qui en fait l'objet ;

h) Par « crime d'apartheid », on entend des actes inhumains analogues à ceux que vise le paragraphe 1, commis dans le cadre d'un régime institutionnalisé d'oppression systématique et de domination d'un groupe racial sur tout autre groupe racial ou tous autres groupes raciaux et dans l'intention de maintenir ce régime ;

i) Par « disparitions forcées de personnes », on entend les cas où des personnes sont arrêtées, détenues ou enlevées par un État ou une organisation politique ou avec l'autorisation, l'appui ou l'assentiment de cet État ou de cette organisation, qui refuse ensuite d'admettre que ces personnes sont privées de liberté ou de révéler le sort qui leur est réservé ou l'endroit où elles se trouvent, dans l'intention de les soustraire à la protection de la loi pendant une période prolongée.

3. Aux fins du présent Statut, le terme « sexe » s'entend de l'un et l'autre sexes, masculin et féminin, suivant le contexte de la société. Il n'implique aucun autre sens.

44. L'article 7 § 2 a) du *Statut de Rome*, *supra* note 35, définit ces attaques comme « le comportement qui consiste en la commission multiple d'actes visés au paragraphe 1 à l'encontre d'une population civile quelconque, en application ou dans la poursuite de la politique d'un État ou d'une organisation ayant pour but une telle attaque ». Étant donné que les crimes contre l'humanité ont été explicitement retirés de la sphère des conflits armés, une « attaque » ne pourrait pas être limitée au sens donné à l'article 49 du *Protocole 1 de 1977*, *supra* note 18.

Statut de Rome, être commis en application de la politique d'une organisation⁴⁵, ils pourraient inclure le terrorisme⁴⁶.

Des divergences existent également au sujet de la place de la « persécution » dans les crimes contre l'humanité dans les trois instruments⁴⁷. Tandis que les *Statuts du TPIY et de la CPI* énumèrent un crime de persécution, séparément des autres actes et en des termes identiques, le paragraphe d'introduction de l'article 3 du *Statut du TPIR* exige que tous les crimes énumérés aient été commis dans le cadre d'une attaque généralisée et systématique, dirigée contre une population civile quelle qu'elle soit, « en raison de son appartenance nationale, politique, ethnique, raciale ou religieuse ». La persécution est donc une condition préalable pour tous les crimes contre l'humanité relevant du TPIR et non simplement un crime séparé. Le *Statut de Rome* est beaucoup plus détaillé et, tandis que la persécution constitue un crime séparé, elle doit être commise en corrélation avec l'un des autres crimes énumérés aux articles 7, 6 ou 8. Concernant la persécution, c'est le *Statut du TPIY* qui reflète le mieux l'état d'esprit actuel. De plus, alors que le *Statut de Rome* ne fait pas l'objet de limites géographiques ou temporelles et qu'il a été adopté par les États en conclave international, il est plus restrictif que le droit international coutumier sur les crimes contre l'humanité⁴⁸. La définition de l'article 1 F ne doit pas être limitée par les Statuts récents, bien qu'étant donné le mandat spécifique des deux tribunaux *ad hoc*, le HCR doit considérer le *Statut de Rome* comme reflétant l'accord le plus large au sein de la communauté internationale et celui qui va continuer à se développer au fur et à mesure que les affaires seront traitées par la CPI.

Concernant les crimes de guerre, les différents Statuts divergent également, même si cela est normal compte tenu du caractère non-international du conflit du Rwanda. Une conséquence claire des Statuts, et de la jurisprudence des deux tribunaux *ad hoc* est que, de même que les violations graves des *Conventions de Genève* et du *premier Protocole additionnel dans le cadre de conflits armés internationaux*⁴⁹, la violation des lois et coutumes de la guerre, dans le cadre de conflits internationaux et non-internationaux, peut engager la responsabilité pénale individuelle⁵⁰. En outre, la responsabilité pénale individuelle est engagée en cas de violation de l'article 3 commun aux *Conventions de Genève de 1949* dans le cadre des conflits armés non internationaux. Faisant référence à l'intérêt international pour l'interdiction des violations graves des principes et règles coutumières dans les conflits internes, à divers

45. Article 7 § 2 a) et i), *supra* note 35.

46. Voir ci-dessous les développements relatifs à l'article 1 Fb).

47. Pour l'analyse traditionnelle de la place de la persécution dans les crimes contre l'humanité, voir Fenrick, « The Prosecution of War Criminals in Canada », 12 *Dalhousie Law Journal*, 1989, p. 256 à pp. 266 et suivantes.

48. Voir paragraphes 140-1 de *Tadic*, *supra* note 34. Voir aussi *Fédération nationale des déportés et internés résistants et patriotes et al. c. Barbie*, Cour de Cassation française, 78 ILR 125, 1985.

49. Respectivement, articles 49(I), 50(II), 129(III), 146(IV) et 85 (Protocole I), *supra* note 18.

50. *Tadic*, *supra* note 34, aux paragraphes 89, 96 et suivants.

manuels militaires, à la législation nationale de l'ex-Yougoslavie et de la Belgique et à deux résolutions du Conseil de sécurité⁵¹, le TPIY a soutenu au paragraphe 134 de son arrêt que :

Tous ces facteurs confirment que le droit international coutumier impose une responsabilité pénale pour les violations graves de l'article 3 commun, complété par d'autres principes et règles générales sur la protection des victimes des conflits armés internes, et pour les atteintes à certains principes et règles fondamentales relatives aux moyens et méthodes de combat dans les conflits civils.

Si la responsabilité pénale avait été limitée à certaines parties de l'article 3 commun et à des dispositions spécifiques du deuxième *Protocole additionnel*, cela n'aurait pas prêté à controverse⁵² mais l'approche volontaire du Tribunal à partir de 1995 a été en partie suivie dans l'article 8 du *Statut de Rome*⁵³. Désormais, les violations des lois de la guerre sont toujours illégales mais ne sont pas nécessairement considérées comme des crimes. Selon la coutume, certaines engagent la responsabilité pénale individuelle et le *Statut de Rome* énonce une liste plus restreinte de crimes pour lesquels la Cour pénale internationale aura compétence⁵⁴. L'article 1 F de

51. *Tadic*, *supra* note 34, aux paragraphes 129-33.

52. Le degré de spécificité requis pour constituer un crime dans l'article 3 commun dans son ensemble ne semblerait pas exister. Le principe *nullem crimen sine lege* s'oppose à une vision aussi large de la portée pénale de l'article 3 commun. Voir aussi l'affaire *Compatibilité de certains décrets-lois dantziokis avec la Constitution de la Ville libre*, Cour permanente de justice internationale (1935), Série A/B, No. 65 aux paragraphes 52-3 :

Au lieu d'appliquer une loi pénale qui est également claire pour le juge et pour l'accusé [...] les nouveaux décrets font naître pour les individus l'éventualité de se voir accusés et punis pour des actes dont la loi ne leur permettait pas de connaître le caractère délictueux, ce caractère dépendant entièrement de l'appréciation du ministère public et du juge. Ainsi, à un régime dans lequel le juge et l'inculpé pouvaient également connaître et le caractère délictueux de l'acte commis et la peine qui y est attachée, est substitué un régime où le juge seul les connaîtra.

Cf. Décision du 3 novembre 1992, Affaire No. 5 StR 370/92, *Border Guards Prosecution*, Cour pénale fédérale allemande (*Bundesgerichtshof Strafsenat*, publiée en anglais in 100 ILR 364, disponible en allemand sur <http://www.uni-wuerzburg.de/dfr/dfrbsjahre.html>). Dans cette affaire, la Cour a rejeté le moyen fondé sur le principe *nullem crimen sine lege* au motif que les gardiens auraient dû savoir que le motif d'exonération qu'ils invoquaient en vertu de l'ancienne loi d'Allemagne de l'Est, était contraire aux obligations en matière de droits de l'Homme de l'Allemagne de l'Est elle-même et que « l'acte, au moment de sa commission, était criminel en vertu des principes généraux du droit reconnus par la communauté internationale » (*ibid.*, p. 389). La Cour invoque les droits de l'Homme énoncés dans le *Pacte international relatif aux droits civils et politiques* (ci-après « PIDCP ») pour rejeter le motif d'exonération.

53. Voir *supra* note 35, qui énumère cinquante crimes, trente-quatre concernant les conflits armés internationaux et seize s'appliquant spécifiquement aux conflits armés non-internationaux. Voir aussi l'étude publiée prochainement par le Comité international de la Croix-Rouge sur le droit international coutumier des conflits armés.

54. Dans certains cas, le *Statut de Rome* va plus loin que la coutume dans l'engagement de la responsabilité pénale individuelle mais ce n'est pas la règle générale. Par exemple, article 8 § 2 b) xxvi) :

2. Aux fins du Statut, on entend par « crimes de guerre » :...b) Les autres violations graves des lois et coutumes applicables aux conflits armés internationaux dans le cadre établi du droit international,

la *Convention de 1951* exclurait les personnes commettant des crimes au sens du droit international coutumier et va davantage dans le sens de l'analyse du TPIY.

Il faut également garder à l'esprit que, conformément à l'article 27 du *Statut de la Cour pénale internationale*, la qualité officielle, y compris celle de chef d'État, ne constitue en aucun cas un motif d'exonération⁵⁵. De plus, la responsabilité de commandement inclut les chefs militaires et civils et les ordres d'un supérieur ne constitueront un motif d'exonération que dans de très rares cas⁵⁶. Par conséquent, le filet s'étend largement autour de ceux qui ont « commis » des crimes relevant de l'article 1 Fa).

B. Article 1 Fb)⁵⁷

L'article 1 Fb) dispose :

Les dispositions de cette Convention ne seront pas applicables aux personnes dont on aura des raisons sérieuses de penser que : [...]

b) elles ont commis un crime grave de droit commun en dehors du pays d'accueil avant d'y être admises comme réfugiés ; [...]

Tandis que les dispositions complexes de l'article 1 Fb) seront développées plus loin, il existe certaines questions de base qui influencent tous les éléments de l'interprétation. Étant donné qu'un entretien en vue de déterminer le statut de réfugié ne peut jamais reproduire un procès pénal complet, il est toutefois fondamental pour le processus de décision que l'exclusion soit fondée sur le fait qu'il y a des raisons sérieuses de penser que le demandeur d'asile a commis un crime grave de droit commun. Par conséquent, l'entretien doit considérer le demandeur d'asile innocent jusqu'à ce qu'il soit « déclaré coupable », le bénéfice du doute doit être accordé au demandeur d'asile en raison des conséquences très graves de l'exclusion et il ne doit exister aucune présomption automatique, chaque cas étant examiné à la lumière de ses propres faits.

à savoir, l'un quelconque des actes ci-après :...xxvi) Le fait de procéder à la conscription ou à l'enrôlement d'enfants de moins de 15 ans dans les forces armées nationales ou de les faire participer activement à des hostilités.

Voir aussi les articles 4 et 5 de la *Convention de La Haye V relative aux droits et obligations des puissances et des personnes neutres en cas de guerre terrestre*, 1907, 2 *American Journal of International Law*, Supp., 1908, p. 117 ; Article 38 de la *Convention de 1989 relative aux droits de l'enfant*, Résolution 44/25 de l'Assemblée générale des Nations Unies, Annexe 44 UN GAOR Supp. (No. 49), p. 167, UN doc. A/44/49 (1989). Il est discutable que la coutume n'ait même pas rendu le recrutement des personnes âgées de moins de 15 ans illégal, encore moins criminel.

55. Les affaires *Pinochet*, *supra* note 14, considèrent seulement que les anciens chefs d'État peuvent être jugés pour des actes ne relevant pas de leur capacité officielle.

56. Articles 28 et 33 du *Statut de Rome*, *supra* note 35. Voir aussi l'article 86 du premier *Protocole additionnel*, *supra* note 18.

57. Voir également W. Kälin et J. Künzli, « Article 1F(b) : Freedom Fighters, Terrorists and the Notion of Serious Non-Political Crimes », 12 *International Journal of Refugee Law* (Supp.) 2000, p. 46.

Dans ce contexte, plusieurs questions relatives à l'interprétation traditionnelle de l'article 1 F b) doivent être passées en revue. En ce qui concerne le « terrorisme », un premier problème vient du fait qu'il n'existe pas de définition⁵⁸ de ce terme en droit international, bien que les Nations Unies aient proscrit plusieurs crimes considérés comme « terroristes » selon la perception populaire⁵⁹. Le fait d'étiqueter une action comme du terrorisme relève davantage d'un choix politique que d'une analyse juridique, le distinguant d'une manière quelque peu indéchiffrable du comportement plus « acceptable » du prétendu combattant de la liberté⁶⁰. C'est un mot à la mode, un terme recouvrant les crimes violents et, en tant que tel, trop imprécis pour contribuer à une analyse critique. De plus, les Nations Unies n'ont pas beaucoup contribué à clarifier la question⁶¹. À l'origine, toute référence au terrorisme s'accompagnait d'une réaffirmation du droit des « peuples » à employer tous les moyens pour parvenir à l'autodétermination par rapport aux régimes coloniaux ou racistes⁶² ; la terreur est la terreur :

58. De même, la plupart des pays d'Europe de l'Ouest n'ont pas réussi à définir le terme « terrorisme » dans le cadre de leur propre droit pénal ; cf. la loi britannique de 2000 contre le terrorisme qui ne signifie toutefois pas que la définition britannique réponde à toutes les questions éventuelles.

59. Voir les conventions énumérées *supra* note 20. Sur la nature vague de la notion de terrorisme, voir G. Gilbert, « The 'Law' and 'Transnational Terrorism' », 26 *Netherlands Yearbook of International Law*, 1995, p. 3 ; G. Gilbert, *Transnational Fugitive Offenders in International Law : Extradition and Other Mechanisms* (Martinus Nijhoff, La Haye, 1998), en particulier pp. 251-61. Voir aussi HCR *Exclusion Guidelines*, *supra* note 26, paragraphe 66.

60. Rappelant l'une des opinions de Humpty Dumpty sur la signification des mots dans le livre de Lewis Carroll *Through the Looking Glass and What Alice Found There* (1872, réimprimé en 1998), p. 190 : « Quand j'emploie un mot [...] il signifie ce que je choisis qu'il signifie — ni plus ni moins ». Même les auteurs de crimes internationaux graves, comme le détournement d'aéronef, ont été protégés contre le refoulement dans le passé. Voir Affaire No. 72 XII 77, *Antonin L. c. République fédérale d'Allemagne*, 80 ILR 673 (Haute Cour administrative de Bavière — BayVGh, 7 juin 1979), dans laquelle il a été estimé qu'une demande d'asile pouvait être acceptée de la part d'une personne sur le point d'être jugée pour détournement d'aéronef, crime international grave. La Cour a jugé que le demandeur d'asile avait détourné l'avion pour fuir ce qui était alors la Tchécoslovaquie, afin d'échapper à la persécution en raison de ses opinions politiques. Dans l'affaire *Abdul Hussain* du 17 décembre 1998, non-publiée, la Cour d'Appel d'Angleterre a acquitté des pirates de l'air qui avaient fui l'Irak au motif qu'ils avaient agi sous la contrainte.

61. Voir L.C. Green, « International Crimes and the Legal Process », 29 *International and Comparative Law Quarterly*, 1980, p. 567 à 582.

62. Résolution 3034 (XXVII) de l'Assemblée générale des Nations Unies, 1972.

L'Assemblée générale

1. Exprime sa préoccupation profonde devant le nombre croissant des actes de violence qui mettent en danger ou anéantissent d'innocentes vies humaines ou compromettent les libertés fondamentales ;
2. Demande instamment aux États de se consacrer immédiatement à la recherche de solutions justes et pacifiques qui permettront d'éliminer les causes sous-jacentes de ces actes de violence ;
3. Réaffirme le droit inaliénable à l'autodétermination et à l'indépendance de tous les peuples soumis à des régimes coloniaux et racistes et à d'autres formes de domination étrangère et affirme la légitimité de leur lutte, en particulier la lutte des mouvements de libération nationale, conformément

Ce que [les groupes terroristes demandant l'autodétermination] et d'autres groupes terroristes moins structurés ont en commun est beaucoup plus important dans l'application de l'exemption pour infraction politique, que les domaines dans lesquels ils diffèrent. Tous ces groupes manifestent une volonté de s'engager dans l'assassinat aveugle de personnes pour atteindre des objectifs politiques⁶³.

Même ceux qui combattent pour l'autodétermination devraient au minimum respecter l'article 3 commun aux *Conventions de Genève de 1949*⁶⁴.

Les Nations Unies se sont exprimées plus clairement contre le terrorisme au cours des dernières années. La *Déclaration 49/60 du 9 décembre 1994*⁶⁵ complétant la *Déclaration de 1994 sur les mesures visant à éliminer le terrorisme international* ne donne pas de définition du terrorisme mais énonce, au paragraphe 2, que les méthodes et les pratiques du terrorisme sont contraires aux buts et aux principes des Nations Unies⁶⁶. Alors qu'on peut douter que l'Assemblée générale puisse, au moyen d'une déclaration annexée, exposer de nouveau les buts et les principes des Nations Unies, la Déclaration poursuit en encourageant les États à considérer les crimes terroristes comme de droit commun aux fins des traités d'extradition⁶⁷. De plus, le paragraphe 3 réaffirme que les États devraient prendre les mesures voulues avant d'octroyer le statut de réfugié, pour s'assurer que « le demandeur d'asile n'a pas parti-

aux buts et principes de la Charte et aux résolutions pertinentes des organes de l'Organisation des Nations Unies ;

4. Condamne les actes de répression et de terrorisme auxquels les régimes coloniaux, racistes et étrangers continuent de se livrer en privant des peuples de leur droit légitime à l'autodétermination et à l'indépendance et d'autres droits de l'Homme et libertés fondamentales ;

5. Invite les États à devenir parties aux conventions internationales existantes qui portent sur divers aspects du problème du terrorisme international.

Voir aussi, Assemblée générale des Nations Unies, résolution 31/102, 1976 ; résolution 32/147, 1977 ; résolution 34/145, 1979 ; résolution 36/109, 1981 ; résolution 38/130, 1983 ; résolution 61/40, 1985 ; résolution 44/29, 1989 ; résolution 46/51, 1991 ; résolution 48/122, 1993. Pour un examen complet des réponses des Nations Unies face au terrorisme dans la période postérieure à 1972, voir Commission des droits de l'Homme, Sous-commission de la lutte contre les mesures discriminatoires et de la protection des minorités, *Examen des faits nouveaux intervenus dans des domaines dont la Sous-commission s'est déjà occupée ou pourrait s'occuper : examen de questions qui n'ont pas fait l'objet d'études mais que la Sous-commission avait décidé d'examiner*, Rapport préliminaire sur le terrorisme et les droits de l'Homme, UN doc. E/CN.4/Sub.2/1999/27, 51^e session, 7 juin 1999, paragraphes 6-15.

63. Déclaration du juge Sofaer, conseiller juridique, Département d'État américain, lors de l'audition du Sénat sur le traité supplémentaire d'extradition anglo-américain, S.HRG 99-703 re TR.DOC.99-8, 1^{er} août 1985, p. 263 (traduction libre).

64. D'autre part, le HCR est également prêt à s'engager dans ces distinctions subtiles. Le document du HCR *Determination of Refugee Status of Persons Connected with Organizations or Groups which Advocate and/or Practise Violence*, 1^{er} avril 1988, paragraphes 21 et 22, énonce que le fait que le demandeur d'asile soit engagé dans une lutte de libération nationale, reconnue par les Nations Unies, est une circonstance atténuante dont il faut tenir compte avant d'exclure.

65. Voir *supra* note 9.

66. Voir *infra* les développements relatifs à l'article 1 Fc).

67. Voir *supra* note 9, paragraphe 6.

cipé à des activités terroristes »⁶⁸. La *Convention internationale de 1998 pour la répression des attentats terroristes à l'explosif*⁶⁹ s'abstient de définir le terrorisme mais l'article 2 proscrit les attentats internationaux à l'explosif dans un lieu public provoquant la mort, ou des dommages corporels graves, ou des destructions massives entraînant des pertes économiques considérables. On trouve la même position consistant à énumérer les crimes violents sans donner de définition du terrorisme dans la *Convention européenne de 1977 du Conseil de l'Europe sur la répression du terrorisme*⁷⁰. Deux documents plus récents des Nations Unies ont essayé de définir le terrorisme⁷¹. La *Résolution 53/108*⁷² de l'Assemblée générale relative aux mesures visant à éliminer le terrorisme international déclare, au paragraphe 2, que :

les actes criminels qui, à des fins politiques, sont conçus ou calculés pour provoquer la terreur dans la population, dans un groupe de personnes ou chez des individus sont injustifiables en toutes circonstances et quels que soient les motifs de nature politique, philosophique, idéologique, raciale, ethnique, religieuse ou autre invoqués pour les justifier.

Ce sont donc des crimes conçus pour provoquer la terreur dans la population à des fins politiques. La *Convention internationale pour la répression du financement du terrorisme*⁷³ définit le terrorisme en partie en référence à d'autres conventions anti-terrorisme des Nations Unies⁷⁴ ainsi qu'à l'article 2§1.b) comme :

68. Voir également la résolution 1269 (1999) du Conseil de sécurité des Nations unies, paragraphe 4, et les commentaires du membre français du Conseil de sécurité, A. Dejammet, sur le refus de l'asile pour les terroristes, *supra* note 9.

69. Voir *supra* note 20.

70. Voir *supra* note 21. L'Assemblée parlementaire du Conseil de l'Europe a donné une définition dans sa *Recommandation 1426 du 20 septembre 1999* bien que certains termes soient imprécis :

5. L'Assemblée considère comme acte de terrorisme « tout délit commis par des individus ou des groupes recourant à la violence ou menaçant de l'utiliser contre un pays, ses institutions, sa population en général ou des individus concrets, qui, motivé par des aspirations séparatistes, par des conceptions idéologiques extrémistes ou par le fanatisme, ou inspiré par des mobiles irrationnels et subjectifs, vise à soumettre les pouvoirs publics, certains individus ou groupes de la société, ou, d'une façon générale, l'opinion publique à un climat de terreur ».

71. En outre, le Rapporteur spécial sur le terrorisme et les droits de l'Homme, L.K Koufa, s'est engagé à détailler les « actes de terrorisme » dans de futurs rapports. Voir Commission des droits de l'Homme, Sous-commission sur la prévention de la discrimination et la protection des minorités, *Rapport provisoire sur le terrorisme et les droits de l'Homme*, *supra* note 62, paragraphe 43.

72. Résolution 53/108 de l'Assemblée générale des Nations Unies, 26 janvier 1999.

73. Voir *supra* note 20 ; voir aussi *Secretary of State for the Home Department c. Rehman*, [2000] 3 All ER 778 (Cour d'Appel d'Angleterre).

74. Voir *supra* note 20. La *Convention de l'OUA sur la prévention et la lutte contre le terrorisme* (adoptée à Alger le 14 juillet 1999) donne une définition à l'article 1 § 3 :

Est « acte terroriste » :

a) tout acte ou menace d'acte en violation des lois pénales de l'État Partie susceptible de mettre en danger la vie, l'intégrité physique, les libertés d'une personne ou d'un groupe de personnes, qui occasionne ou peut occasionner des dommages aux biens privés ou publics, aux ressources naturelles, à l'environnement ou au patrimoine culturel, et commis dans l'intention : i) d'intimider, provoquer une

tout autre acte destiné à tuer ou blesser grièvement un civil, ou toute autre personne qui ne participe pas directement aux hostilités dans une situation de conflit armé⁷⁵, lorsque, par sa nature ou son contexte, cet acte vise à intimider une population ou à contraindre un gouvernement ou une organisation internationale à accomplir ou à s'abstenir d'accomplir un acte quelconque⁷⁶.

Bien que l'article 2 § 1.b) soit beaucoup plus spécifique que le paragraphe 2 de la résolution 53/108, en pratique ils couvriront les mêmes types de crimes — ceux visant à promouvoir un changement politique ou le conservatisme par des moyens d'intimidation violents. En résumé, même s'il existe quelques velléités de qualifier spécifiquement le terrorisme, il n'y a pas encore de définition acceptée au plan international et les tentatives sont, à ce jour, restées vagues et ouvertes⁷⁷.

situation de terreur, forcer, exercer des pressions ou amener tout gouvernement, organisme, institution, population ou groupe de celle-ci, d'engager toute initiative ou de s'en abstenir, d'adopter, de renoncer à une position particulière ou d'agir selon certains principes ; ou ii) de perturber le fonctionnement normal des services publics, la prestation de services essentiels aux populations ou de créer une situation de crise au sein des populations ; iii) de créer une insurrection générale dans un État Partie.

b) Toute promotion, financement, contribution, ordre, aide, incitation, encouragement, tentative, menace, conspiration, organisation ou équipement de toute personne avec l'intention de commettre tout acte mentionné au paragraphe a (i) à (iii).

L'article 3 § 1 prévoit que la lutte armée pour l'autodétermination n'est pas considérée comme un acte terroriste ; voir *supra* note 62.

Voir également le *projet de convention générale sur le terrorisme international*, *supra* note 20, article 2 § 1 :

Commet une infraction au sens de la présente Convention toute personne qui, par tout moyen, commet illicitement et intentionnellement un acte visant :

- a) A tuer ou à blesser grièvement quiconque ; ou
- b) À causer de graves dommages à une installation gouvernementale ou publique, une infrastructure, un système de transport ou de communication public dans l'intention de causer des destructions massives de ce lieu, de cette installation ou de ce système, ou lorsque ces destructions entraînent ou risquent d'entraîner des pertes économiques considérables,

lorsque cet acte, par sa nature ou son contexte, a pour but d'intimider une population, ou de contraindre un gouvernement ou une organisation internationale à faire ou à s'abstenir de faire quelque chose.

75. Note de l'auteur : quid de la position d'un officier de police dans une situation n'atteignant pas le niveau d'un conflit armé au sens de l'article 3 commun des *Conventions de Genève de 1949* ?

76. Approuvé par la Cour suprême du Canada dans l'affaire *Suresh*, *infra* note 142, paragraphe 98.

77. Les mesures anti-terrorisme de l'UE du 27 décembre 2001, 2001/927/CE, 2001/930/PESC et 2001/931/PESC, JO 2001 L344/83, 90 et 93 du 28 décembre 2001, donnent une très longue définition.

L'article 1 § 3 de la position commune 2001/931/PESC prévoit :

Aux fins de la présente position commune, on entend par « acte de terrorisme » l'un des actes intentionnels suivants, qui, par sa nature ou son contexte, peut gravement nuire à un pays ou à une organisation internationale, correspondant à la définition d'infraction dans le droit national, lorsqu'il est commis dans le but de :

- (i) gravement intimider une population ou
- (ii) contraindre indûment des pouvoirs publics ou une organisation internationale à accomplir ou s'abstenir d'accomplir un acte quelconque ou

Suite aux événements du 11 septembre 2001, l'Organisation des Nations Unies s'est montrée beaucoup plus ferme vis-à-vis du terrorisme, sans toutefois parvenir à une définition de ce phénomène. La *résolution 1373 du Conseil de sécurité*⁷⁸, adoptée en vertu du Chapitre VII de la *Charte des Nations Unies*, demande à tous les États de :

prendre les mesures appropriées, conformément aux dispositions pertinentes de leur législation nationale et du droit international, y compris les normes internationales relatives aux droits de l'Homme, afin de s'assurer, avant d'octroyer le statut de réfugié, que les demandeurs d'asile n'ont pas organisé ou facilité la perpétration d'actes de terrorisme et n'y ont pas participé ;

et de « veiller, conformément au droit international, à ce que les auteurs ou les organisateurs d'actes de terrorisme ou ceux qui facilitent de tels actes ne détournent pas à leur profit le statut de réfugié ». Comme le HCR⁷⁹ l'a toutefois souligné, les instruments de protection des réfugiés n'ont jamais offert de repaire aux terroristes⁸⁰.

(iii) gravement déstabiliser ou détruire les structures fondamentales politiques, constitutionnelles, économiques ou sociales d'un pays ou d'une organisation internationale :

- (a) les atteintes à la vie d'une personne, pouvant entraîner la mort ;
- (b) les atteintes graves à l'intégrité physique d'une personne ;
- (c) l'enlèvement ou la prise d'otages ;
- (d) le fait de causer des destructions massives à une installation gouvernementale ou publique, à un système de transport, à une infrastructure, y compris un système informatique, à une plateforme fixe située sur le plateau continental, à un lieu public ou une propriété privée susceptible de mettre en danger des vies humaines ou de produire des pertes économiques considérables ;
- (e) la capture d'aéronefs, de navires ou d'autres moyens de transport collectif ou de marchandises ;
- (f) la fabrication, la possession, l'acquisition, le transport, la fourniture ou l'utilisation d'armes à feu, d'explosifs, d'armes nucléaires, biologiques ou chimiques ainsi que, pour les armes biologiques ou chimiques, la recherche et le développement ;
- (g) la libération de substances dangereuses, ou la provocation d'incendies, d'inondations ou d'explosions, ayant pour effet de mettre en danger des vies humaines ;
- (h) la perturbation ou l'interruption de l'approvisionnement en eau, en électricité ou toute autre ressource naturelle fondamentale ayant pour effet de mettre en danger des vies humaines ;
- (i) la menace de réaliser un des comportements énumérés aux points a) à h) ;
- (j) la direction d'un groupe terroriste ;
- (k) la participation aux activités d'un groupe terroriste, y compris en lui fournissant des informations ou des moyens matériels, ou toute autre forme de financement de ses activités, en ayant connaissance que cette participation contribuera aux activités criminelles du groupe.

Aux fins du présent paragraphe, on entend par « groupe terroriste », l'association structurée, de plus de deux personnes, établie dans le temps, et agissant de façon concertée en vue de commettre des actes terroristes. Les termes « association structurée » désignent une association qui ne s'est pas constituée par hasard pour commettre immédiatement un acte terroriste et qui n'a pas nécessairement de rôles formellement définis pour ses membres, de continuité dans sa composition ou de structure élaborée.

78. 28 septembre 2001. Voir paragraphe 3 f) et g). Voir aussi la résolution 1368 du Conseil de sécurité des Nations Unies du 12 septembre 2001 et la résolution 56/1 de l'Assemblée générale des Nations Unies du 18 septembre 2001.

79. HCR, *Security Concerns*, *supra* note 25, paragraphes 3 et 12.

80. Malgré le fait qu'aucune des personnes impliquées n'était réfugié ou demandeur d'asile, ceci n'a pas empêché les États, après le 11 septembre 2001, de s'engager dans une de leurs réponses les moins édifiantes, et de faire des réfugiés des boucs émissaires, par ex. la loi britannique de 2001 relative à l'anti-terrorisme, au crime et à la sécurité et les mesures de lutte contre le terrorisme de l'UE, *supra* note 77, 2001/930/PESC aux articles 6, 16 et 17.

Pour être exclu en vertu de l'article 1 Fb), le demandeur d'asile doit avoir commis un crime grave de droit commun. Dans quelles circonstances une personne aura-t-elle commis un tel crime ? Il n'est pas nécessaire qu'il y ait des preuves aussi fermes que pour un procès pénal, mais il doit y avoir des raisons sérieuses de penser que le demandeur d'asile a commis un crime grave de droit commun. Manifestement, outre le fait de perpétrer complètement l'infraction, cela inclut les commencements d'exécution de l'infraction comme les tentatives, les complots et l'incitation. Les difficultés surgissent lorsque le demandeur d'asile est membre d'un groupe qui commet des crimes graves de droit commun. La simple appartenance à un groupe est-elle suffisante pour exclure⁸¹ ? Tous les membres sont-ils complices⁸² ? La connaissance de l'infraction permet-elle d'imposer la responsabilité pénale individuelle ? Selon l'article 28 du *Statut de Rome de la Cour pénale internationale*, un chef militaire ou une personne faisant effectivement fonction de chef militaire est pénalement responsable dans les cas où :

a) [...]

i) Ce chef militaire ou cette personne savait, ou, en raison des circonstances, *aurait dû savoir*, que ses forces commettaient ou allaient commettre ces crimes ; et

ii) Ce chef militaire ou cette personne n'a pas pris toutes les mesures nécessaires et raisonnables qui étaient en son pouvoir pour en empêcher ou en réprimer l'exécution ou pour en référer aux autorités compétentes aux fins d'enquête et de poursuites [et lorsque]

b) [...]

i) Le supérieur savait que ses subordonnés commettaient ou allaient commettre ces crimes *ou a délibérément négligé de tenir compte d'informations qui l'indiquaient clairement* ;

ii) Ces crimes étaient liés à des activités relevant de sa responsabilité et de son contrôle effectifs ; et

iii) Le supérieur hiérarchique n'a pas pris toutes les mesures nécessaires et raisonnables qui étaient en son pouvoir pour en empêcher ou en réprimer l'exécution ou pour en référer aux autorités compétentes aux fins d'enquête et de poursuites⁸³.

Le droit international des conflits armés a néanmoins développé une interprétation très sophistiquée de la responsabilité de commandement auquel l'article 1 Fb) s'applique, qu'on ne trouve pas dans le droit pénal ordinaire. La responsabilité de commandement est très spécifique et constitue un fondement inapproprié pour attribuer la responsabilité pénale individuelle sur la base de la complicité. L'article 1 Fb) n'exclut du statut de réfugié que ceux qui ont commis un crime grave de droit commun. Selon les *Principes directeurs du HCR relatifs à l'exclusion*⁸⁴, l'appartenance en elle-même, que ce soit à un gouvernement répressif ou à une organisation encourageant la violence, ne doit pas suffire à exclure en vertu de l'article 1 Fb)⁸⁵.

81. Voir *infra* partie V.D, « Niveau de preuve pour l'article 1 F et appartenance au groupe ».

82. Voir, par exemple, l'article 3.e) de la *Convention sur le génocide de 1948*, *supra* note 31.

83. Voir *supra* note 35 (c'est nous qui soulignons).

84. Voir *supra* note 26, paragraphes 40, 45 et suivants.

85. Voir également, HCR, *Determination of Refugee Status of Persons Connected with Organizations or Groups which Advocate and/or Practise Violence*, *supra* note 64, paragraphes 14 et suivants.

L'ancienneté au sein d'un gouvernement ou d'une organisation pourrait fournir « des raisons sérieuses de penser » qu'un demandeur d'asile a participé à la préparation d'un crime grave de droit commun perpétré par d'autres. Toutefois, étant donné que l'article 1 Fb) constitue une limite à un droit individuel — le non-refoulement — il doit être interprété restrictivement et, s'il n'y a pas de preuves d'une implication dans un crime grave de droit commun spécifique, il serait contraire à l'esprit et à l'intention, voire aux termes mêmes de la *Convention de 1951*, d'exclure une personne dans cette position pour sa seule qualité de membre. Dans la mesure où les tribunaux *ad hoc* ont jugé que des civils étaient coupables de crimes de guerre en raison de leur position dans la hiérarchie de commandement⁸⁶, des membres de rang hiérarchique élevé, au sein d'un gouvernement ou d'une organisation, qui commettent des crimes relevant de l'article 1 Fb), pourraient cependant être considérés comme ayant une connaissance suffisante de l'infraction pour être exclus. La pratique des États-Unis consiste toutefois à ne pas exclure au seul motif de l'appartenance ; tandis que le Canada et l'Allemagne excluent pour la simple appartenance⁸⁷.

La question suivante concerne le caractère de droit commun du crime et la relation, plus ou moins étroite, qu'il devrait y avoir entre l'application de l'article 1 Fb) et le droit de l'extradition, en particulier l'exemption pour infraction politique⁸⁸. En premier lieu, au regard du droit de l'extradition, très peu de crimes sont spécifiquement désignés comme de droit commun. Certains anciens traités d'extradition excluent de l'exemption pour infraction politique les attentats contre la vie du chef de l'État, dans les clauses relatives à l'attentat⁸⁹. Avant les *Conventions sur les atten-*

86. Affaire *Akayesu*, *supra* note 39.

87. Réunion entre l'auteur et le personnel du HCR sur le thème « asile, terrorisme et extradition », au siège du HCR à Genève, le 10 novembre 2000. Voir également, par ex., l'article 19 § 1 de la loi canadienne sur l'immigration.

88. Voir la Cour suprême du Canada dans l'affaire *Procureur général c. Ward*, [1993] 2 SCR 689. Voir en général, Gilbert, *Transnational Fugitive Offenders*, *supra* note 59, chapitre 6.

89. Voir I.A. Shearer, *Extradition in International Law* (Manchester, 1971), p. 185. Le corollaire doit être que dans le cas contraire ces crimes bénéficieraient de la protection de l'exemption. Pour un exemple moderne de la clause relative à l'attentat, voir Annex 1 to the *Scheme Relating to the Rendition of Fugitive Offenders within the Commonwealth* (Dispositif relatif à la reddition des délinquants fugitifs au sein du Commonwealth), LMM(90)32 :

1. La loi peut prévoir, dans toute partie du Commonwealth, que certains actes ne doivent pas être considérés comme des infractions à caractère politique, tels que :

- a) Une atteinte à la vie ou à la personne d'un chef d'État ou d'un membre de sa famille proche, ou tout crime connexe [...]
- b) Une atteinte à la vie ou à la personne d'un chef de gouvernement ou d'un ministre du gouvernement, ou tout crime connexe [...]
- c) L'assassinat, ou tout crime connexe susmentionné ;
- d) Un acte, constituant une infraction en vertu d'une convention multilatérale internationale dont le but est de prévenir ou de supprimer une catégorie spécifique d'infractions, et qui impose aux Parties une obligation d'extrader ou de poursuivre la personne recherchée.

tats terroristes à l'explosif⁹⁰ et sur le financement du terrorisme,⁹¹ les traités multilatéraux anti-terrorisme n'excluaient pas l'exemption pour infraction politique. Les Conventions sur le génocide et contre l'apartheid, quelque peu spécifiques, ont fait des crimes qu'elles proscrivaient des crimes de droit commun⁹², mais il n'existait aucun autre traité universel excluant l'exemption pour infraction politique⁹³. En Europe, la Convention européenne de 1977 sur la répression du terrorisme⁹⁴ a adopté une approche consistant à déclarer que certains crimes, définis par des conventions anti-terrorisme multilatérales des Nations Unies, sont de droit commun, aux fins de l'extradition entre les parties à cette Convention. De plus, elle a exclu de l'exemption d'autres crimes associés généralement à des attaques terroristes⁹⁵. En outre, elle a laissé aux Parties la possibilité d'exclure un éventail beaucoup plus large de soi-disant crimes « terroristes »⁹⁶. La Convention n'a toutefois pas reçu un soutien incondi-

2. Tout membre du Commonwealth peut limiter l'application de l'une quelconque des dispositions prévues au paragraphe 1 à une demande d'un membre du Commonwealth qui a adopté des dispositions similaires dans ses lois.

(traduction libre).

90. Voir *supra* note 20.

91. Voir *supra* note 20.

92. *Convention sur le génocide*, *supra* note 31, article VII ; *Convention de 1973 sur la suppression et la punition du crime d'apartheid*, article XI(2), 13 ILM 50, 1974.

93. En effet, des pirates de l'air ont été considérés comme ayant commis un crime politique, compte tenu de la nature du régime qu'ils avaient fui. Voir *R. c. Governor of Brixton Prison, ex parte Kolczynski et al.*, High Court of Justice (Queen's Bench Division), [1955] 1 QB 540, [1955] 1 All ER 31 ; et *In Re Kavic, Bjelanovic et Arsenijevic*, 19 ILR 371 (Tribunal fédéral suisse), 1952.

94. Voir *supra* note 21.

95. L'article 1 de la *Convention européenne sur la répression du terrorisme* dispose :

Pour les besoins de l'extradition entre États contractants, aucune des infractions mentionnées ci-après ne sera considérée comme une infraction politique, comme une infraction connexe à une infraction politique ou comme une infraction inspirée par des mobiles politiques :

- a) Les infractions comprises dans le champ d'application de la *Convention pour la répression de la capture illicite d'aéronefs*, signée à La Haye le 16 décembre 1970 ;
- b) Les infractions comprises dans le champ d'application de la *Convention pour la répression d'actes illicites dirigés contre la sécurité de l'aviation civile*, signée à Montréal le 23 septembre 1971 ;
- c) Les infractions graves constituées par une attaque contre la vie, l'intégrité corporelle ou la liberté des personnes ayant droit à une protection internationale, y compris les agents diplomatiques ;
- d) Les infractions comportant l'enlèvement, la prise d'otage ou la séquestration arbitraire ;
- e) Les infractions comportant l'utilisation de bombes, grenades, fusées, armes à feu automatiques, ou de lettres ou colis piégés dans la mesure où cette utilisation présente un danger pour des personnes ;
- f) La tentative de commettre une des infractions précitées ou la participation en tant que co-auteur ou complice d'une personne qui commet ou tente de commettre une telle infraction.

96. L'article 2 de la *Convention européenne sur la répression du terrorisme* dispose :

1. Pour les besoins de l'extradition entre États contractants, un État contractant peut ne pas considérer comme infraction politique, comme infraction connexe à une telle infraction ou comme infraction inspirée par des mobiles politiques tout acte grave de violence qui n'est pas visé à l'article 1 et qui est dirigé contre la vie, l'intégrité corporelle ou la liberté des personnes.

2. Il en sera de même en ce qui concerne tout acte grave contre les biens, autre que ceux visés à l'article 1, lorsqu'il a créé un danger collectif pour des personnes.

tionnel⁹⁷ et elle constitue une réponse régionale alors que la *Convention de 1951* est universelle.

La question suivante, relative aux liens entre l'article 1 Fb) et le droit de l'extradition, vient du fait que cet article ne contient aucune référence à l'extradition, contrairement au paragraphe 7 d) du *Statut de 1950*⁹⁸. Certains, s'appuyant sur des passages des travaux préparatoires à la *Convention de 1951*, affirment que l'article 1 Fb) ne s'applique qu'à ceux qui ne sont pas poursuivis pour leurs crimes et qui, par conséquent, sont susceptibles d'extradition. À première vue, rien n'indique cela dans la Convention et les articles 1 Fa) et 1 Fc), *mutatis mutandis*, ne contiennent pas de telles limites. En tenant simplement compte du texte, l'article 1 Fb) pourrait être utilisé lorsqu'une personne a été condamnée pour un crime grave (même s'il n'est pas « particulièrement » grave) et qu'elle a déjà purgé sa peine⁹⁹. Même si on limite l'article 1 Fb) aux cas où le demandeur d'asile serait susceptible d'extradition en vertu de la loi de l'État d'accueil, le droit de l'extradition permet la remise de fugitifs condamnés qui ont encore à purger la totalité de leur peine¹⁰⁰. En outre, si les rédacteurs avaient voulu lier l'article 1 Fb) au droit de l'extradition, pourquoi n'ont-ils pas adopté pour l'article 1 Fb) la terminologie employée au paragraphe 7 du *Statut de 1950*¹⁰¹ ou simplement dit : « Il serait susceptible d'extradition en vertu des lois sur l'extradition de l'État d'asile » ? Une telle disposition intégrerait effectivement l'exemption pour infraction politique. Tel qu'il est, l'article 1 Fb) ne lie pas le refus du statut de réfugié à l'extradition imminente — ainsi, un demandeur d'asile pourrait avoir commis un crime grave de droit commun dans un État tiers, avec lequel l'État d'accueil n'a pas conclu de traité d'extradition, et le seul État vers lequel il pourrait être renvoyé, après le refus du statut de réfugié par application de l'article 1 Fb), serait son pays d'origine, où il serait exposé à des persécutions¹⁰². De plus, si l'article 1 Fb) doit être lié à la possibilité d'être

3. Il en sera de même en ce qui concerne la tentative de commettre une des infractions précitées ou la participation en tant que co-auteur ou complice d'une personne qui commet ou tente de commettre une telle infraction.

Voir aussi l'Annexe 1 au *Dispositif du Commonwealth*, *supra* note 89.

97. Voir Gilbert, « 'Law' and 'Transnational Terrorism' », *supra* note 59. La recommandation 1426, *supra* note 70, paragraphe 15, appelle à une modification de la *Convention européenne de 1957 relative à l'extradition* de manière à ce que l'exemption pour infraction politique n'accorde pas un droit d'asile aux terroristes.

98. Voir *supra* note 1.

99. *Tenzin Dhayakpa c. Minister for Immigration and Ethnic Affairs*, Cour fédérale d'Australie, (1995) 62 FCR 556. Voir aussi HCR, *Exclusion Guidelines*, *supra* note 26, paragraphe 56.

100. Il est intéressant de s'interroger sur le cas d'un délinquant, libéré sur parole, mais à qui on a donné ordre de rester sur le territoire. Si d'anciens condamnés, que l'on peut considérer comme constituant un certain groupe social, font l'objet de discrimination sur le marché de l'emploi et que l'État ne les protège pas, comme dans l'affaire *Gashi and Nikshiqi c. Secretary of State for the Home Department*, Immigration Appeal Tribunal, Appel No. HX/75677/95 (13695), 22 juillet 1996, [1997] INLR 96, l'article 1 Fb) les priverait-il du statut de réfugié qui leur serait sinon accordé ?

101. Voir *supra* note 1.

102. Voir HCR, *Exclusion Guidelines*, *supra* note 26, paragraphe 57.

extradé, l'approche serait-elle différente si le crime relevait de la compétence universelle ? Et quid d'un crime grave de droit commun, n'ayant pas d'équivalent dans les lois de l'État d'accueil, et ne répondant donc pas à la condition de la double criminalité, ou si le demandeur d'asile pouvait demander l'immunité pour les crimes ? Il ne peut pas exister de lien aussi direct entre l'article 1 Fb) et le droit de l'extradition¹⁰³.

D'un autre côté, l'article 1 Fb) doit être « lié à »¹⁰⁴, bien que non limité par, la jurisprudence développée dans le domaine de l'exemption pour infraction politique. Il faut garder à l'esprit que l'exemption pour infraction politique n'a que 150 ans environ, qu'il n'y a pas eu tant de cas en droit de l'extradition où sa signification a pu être analysée, et que son interprétation est dynamique. L'approche des États-Unis met l'accent sur l'existence d'une insurrection politique, puis sur la question de savoir si l'infraction pour laquelle le fugitif fait l'objet d'une demande d'extradition fait partie de cette insurrection. En tant que telle, elle a même protégé des criminels de guerre nazis¹⁰⁵. L'approche du Royaume-Uni était auparavant fondée uniquement sur le lien entre le crime et l'objectif poursuivi par l'organisation du fugitif¹⁰⁶. L'approche de la Suisse, à laquelle le Royaume-Uni souscrit désormais, utilise le test de prédominance, consistant à déterminer si, compte tenu de l'objectif poursuivi par l'organisation du fugitif et lien entre l'acte et cet objectif, l'infraction était proportionnée ou trop atroce¹⁰⁷. L'affaire *T. c. Secretary of State for the Home Department*¹⁰⁸, une affaire concernant une demande de statut de réfugié, a affiné le test de prédominance du

103. Voir également le représentant yougoslave à la Conférence de Plénipotentiaires, UN doc. A/CONF.2/SR.24, SR.29, 27-28 novembre 1951, *supra* note 6 : « M. Bozovic (Yougoslavie) a dit que la question était de savoir si des criminels devaient se voir accorder le statut de réfugié, et non le problème de l'extradition ».

104. Pour ceux qui ont été élevés dans le cadre du système éducatif anglais, c'est une course « à trois jambes » (*a three-legged race*) — le droit de l'extradition et le droit des réfugiés font progresser la jurisprudence relative aux infractions politiques en tandem. Pour ceux venant d'autres systèmes éducatifs, les jours de sport à l'école primaire en Angleterre, on joue toujours à la course « à trois jambes », où les enfants sont attachés deux par deux par la jambe formant une personne « à trois jambes ». L'astuce consiste à avancer tous les deux au même rythme car si l'un des deux fait de plus grandes enjambées, les deux tombent. C'est une relation symbiotique.

105. Dans l'affaire *Artukovic*, 140 F Supp 245 (1956) ; 247 F 2d 198 (1957) ; 355 US 393 (1958) ; 170 F Supp 383 (1959). *Artukovic* a finalement été extradé trente ans plus tard. : 628 F Supp 1370 (1985) ; 784 F 2d 1354 (1986).

106. *R. c. Governor of Pentonville Prison, ex parte Tzu-Tsai Cheng*, High Court (Queen's Bench Division), [1973] AC 931 à 945, 24 janvier 1973, Lord Diplock.

107. *Watin c. Ministère Public Fédéral*, Tribunal fédéral suisse, 72 ILR 614, 1964 ; *Ktir c. Ministère public fédéral*, Tribunal fédéral suisse, 34 ILR 143, 1961 ; *In Re Pavan*, [1927-28] Ann. Dig. 347 à 349. « L'homicide, l'assassinat et le meurtre figurent parmi les crimes les plus odieux. Ils ne peuvent se justifier que s'il n'existe aucune autre méthode pour protéger les droits suprêmes ou l'humanité » (traduction libre).

108. [1996] 2 All ER 865. Voir également *Ahani c. Canada*, Cour fédérale du Canada (Section de première instance), [1995] 3 FC 669 ; et *Singh c. Minister for Immigration and Multicultural Affairs*, Cour fédérale d'Australie, [2000] FCA 1125.

Royaume-Uni. En l'occurrence, le demandeur d'asile, membre du Front Islamique du Salut (FIS), une organisation cherchant à renverser le gouvernement algérien, avait été impliqué dans la planification d'un attentat à la bombe contre l'aéroport d'Alger, ayant causé la mort de dix personnes, et dans un raid contre un dépôt militaire ayant entraîné la mort d'une personne. La majorité de la Chambre des Lords a considéré que, pour déterminer s'il y avait un lien suffisamment étroit et direct entre le crime et l'objectif de l'organisation, il fallait prendre en considération les moyens utilisés et la cible du crime, c'est-à-dire vérifier, d'une part, s'il s'agissait d'une cible militaire ou gouvernementale, ou si, d'autre part, il s'agissait d'une cible civile, « et dans tous les cas s'il risquait de causer, de manière aveugle, la mort ou des blessures à des membres de la population »¹⁰⁹. Ce cas souligne la relation symbiotique qui existe entre le droit de l'extradition et l'article 1 Fb) — les cas d'infraction politique sont tellement rares que les juges ne peuvent pas laisser le droit se figer quand un cas de réfugié offre une opportunité idéale pour peaufiner l'interprétation juridique¹¹⁰.

Tous les crimes de droit commun ne relèvent pas de l'article 1 Fb), seulement les crimes graves. Le *Guide* du HCR¹¹¹ dit qu'il doit s'agir d'un crime soumis à la peine capitale ou d'un crime très grave, mais sans que cette affirmation ne se fonde sur le droit international ou national. Dans certains États, la peine capitale s'applique à une importante liste de crimes, et ces crimes soumis à la peine capitale, ne peuvent donc pas, à eux seuls, constituer un test suffisant, mais les infractions d'une gravité telle qu'ils sont punis de très longues périodes de privation de liberté, pourraient suffire à guider les États afin d'identifier ceux qui répondent aux critères de l'article 1 Fb). D'un autre côté, Van Krieken, sans se fonder non plus sur des sources solides, estime que toutes les infractions relevant de l'extradition sont graves¹¹². On peut présumer sans risque que les crimes qui relèvent des *Conventions multilatérales des Nations Unies en matière d'anti-terrorisme*¹¹³ sont graves. Cependant, le vol d'un million de dollars est un crime grave, le vol d'une barre de chocolat ne l'est pas. Il est probablement plus facile de conclure que les délits mineurs ne permettent pas d'exclure, même si le demandeur d'asile a commis de multiples récidives¹¹⁴. De plus,

109. Voir *supra* note 108, p. 899 (traduction libre). Lord Lloyd s'appuie en partie sur les dispositions de la *Convention européenne sur la répression du terrorisme*, *supra* note 21.

110. Voir également, *Gil c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration)*, Cour fédérale du Canada, [1995] 1 FC 508 (CA) ; (1994) 174 NR 292 ; (1994) 119 DLR (4^e) 497.

111. HCR, *Guide*, *supra* note 7, paragraphe 155.

112. Voir *supra* note 11, § Extradition. En vertu de la loi britannique de 1989 sur l'extradition, le fait d'agir comme un médium frauduleux est une infraction relevant de l'extradition ; mais ce n'est guère un crime grave !

113. Voir *supra* note 20. Voir également, HCR, *Exclusion Guidelines*, *supra* note 26, paragraphes 67 et 68. Le cas du détournement d'aéronef peut néanmoins être considéré comme spécifique : voir HCR, *Guidelines*, paragraphes 69 et 70 ; *Antonin L.*, *supra* note 60 ; et *Abdul Hussain*, *supra* note 60.

114. *Affaire Brzezinski c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, Cour fédérale du Canada (Section de première instance), [1998] 4 FC 525, dans laquelle il a été jugé que le vol à l'échelle, quel que soit le nombre de récidives de la part du demandeur d'asile, n'était pas un crime grave.

la gravité de certaines infractions varie d'un État à l'autre¹¹⁵. Chaque cas doit être examiné à la lumière de ses propres faits¹¹⁶, ce qui remet en question l'existence même d'exclusions automatiques du statut de réfugié, fondées sur la gravité d'une sanction quelconque déjà infligée¹¹⁷. Les *Principes directeurs relatifs à l'exclusion du HCR*¹¹⁸ indiquent que plus la persécution redoutée en cas de retour du demandeur d'asile est grave, plus la gravité du crime commis doit être importante. Alors que sera examinée plus loin la question de savoir si la menace de persécution est l'un des facteurs à prendre en considération dans l'application de l'article 1 F, il ne fait aucun doute que la gravité du crime fournit aux tribunaux une marge d'appréciation pour estimer si celle-ci est telle qu'elle justifie l'exclusion du statut de réfugié.

La dernière question relative à l'article 1 Fb) analysée dans ce document est celle de la proportionnalité. La crainte de persécution dans le pays d'origine doit-elle influencer la décision d'exclure ou de ne pas exclure du statut de réfugié en vertu de l'article 1 Fb) ? L'opinion généralement partagée par différents États est que la question de savoir si le demandeur d'asile serait persécuté s'il était débouté du statut de réfugié et renvoyé de force dans son pays d'origine n'a aucune importance lorsqu'on applique l'article 1 F. L'article 1 F est le premier obstacle qu'un demandeur d'asile doit passer et aucune protection ne doit être accordée à toute personne relevant des alinéas a), b) ou c)¹¹⁹. Ce point de vue est exprimé dans l'affaire *Pushpanathan*¹²⁰,

115. Voir le septième rapport du UK Home Affairs Select Committee (Commission parlementaire d'enquête britannique sur les questions intérieures), *Practical Police Co-operation in the European Community*, Document 363 de la Chambre des Communes (1989-90), vol. 1, paragraphe 96 : « Cela pose de vrais problèmes quand les lois diffèrent entre les pays de la Communauté européenne. On peut citer, par exemple, l'attitude permissive des Pays-Bas vis-à-vis de l'usage de cannabis, la plus grande tolérance de l'Allemagne vis-à-vis de certains types de pornographies [...] et l'absence sur le continent du concept anglais d'association de malfaiteurs (*conspiracy*) » (traduction libre). La Belgique a légalisé l'usage personnel de cannabis en janvier 2001 : *The Guardian*, 22 janvier 2001, p. 14.

116. *Betkoshabeh c. Minister of Immigration and Multicultural Affairs*, Cour fédérale d'Australie, (1998) 157 ALR 95.

117. Par exemple, la catégorie américaine de « infractions majeures caractérisées (*aggravated felonies*) ». Voir 8 USC §§ 1101(a)(43), 1251(b)(3)(B)(ii) et 1253(h)(2) ; la loi de 1996 sur l'anti-terrorisme et la peine de mort effective, Pub. L. 104-32 ; et la loi de 1996 sur la réforme de l'immigration illégale et la responsabilité des immigrants, Pub. L. 104-208. Voir également *In Re Q.T.M.T.*, 23 décembre 1996, BIA, Décision provisoire No. 3300, 639-71.

118. Voir *supra* note 26, paragraphe 53.

119. L'article 1 F mentionne les « personnes », en général, dont on aura des raisons sérieuses de penser qu'elles ont violé les alinéas a), b) ou c) mais l'alinéa b) poursuit en disant que le crime grave de droit commun a été commis avant que les personnes soient admises dans le pays d'accueil comme « réfugiés ». Cela peut signifier qu'il faut déterminer le statut de réfugié avant de voir en particulier si l'article 1 Fb) exclut le demandeur d'asile.

120. *Pushpanathan c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, [1998] 1 SCR 982. Voir également J. Rikhof, *Purposes, Principles and Pushpanathan : The Parameters of Exclusion Ground 1F(c) of the 1951 Convention as Seen by the Supreme Court of Canada* (document rédigé dans le cadre des Consultations mondiales du HCR sur la protection des réfugiés, 2001).

une décision de la Cour suprême du Canada de 1998, relative à un trafic de drogue relevant de l'article 1 Fc) ainsi que dans l'affaire *Aguirre-Aguirre*¹²¹, une décision de la Cour suprême des États-Unis de 1999, relative à une protestation politique violente au Guatemala, et s'appuyant sur le droit interne équivalant à l'article 1 Fb)¹²². L'affaire *Pushpanathan*¹²³ invoque l'article 1 Fb), mais il est toujours plus facile de se tenir à la ligne traditionnelle, selon laquelle il ne doit pas y avoir de mise en balance face à une infraction relevant manifestement du droit commun comme le trafic de drogue. Comme cela a été dit plus haut, le terrorisme est une question de choix politique et il produira inévitablement des résultats controversés¹²⁴.

En outre, les traditionalistes ne sont pas aussi traditionnels qu'ils le prétendent. Le Danemark, participant au processus de rédaction, a soutenu qu'il fallait mettre en balance la gravité du crime avec la persécution redoutée par l'intéressé¹²⁵. Le paragraphe 156 du *Guide* de 1979 parle de « peser le pour et le contre », de tenir compte à la fois de la nature de l'infraction et du degré de la persécution redoutée¹²⁶. La pratique sur le continent européen indique quelques exemples de tribunaux n'excluant pas lorsqu'il existe une crainte de persécution en cas de retour¹²⁷. Même s'il est accepté que la crainte de persécution soit un facteur dont il faut tenir compte, il semble toutefois inapproprié de la mettre en balance avec la gravité du crime, comme si un crime très grave pouvait mériter un certain degré de persécution. La crainte de persécution doit empêcher le refoulement quelle que soit la nature du crime — un crime très grave doit faire l'objet de poursuites dans l'État où le demandeur d'asile demande le statut de réfugié¹²⁸.

121. *Immigration and Naturalization Service c. Aguirre-Aguirre*, 526 US 415, 119 S.Ct 1439, 143 L.Ed (2d) 590 (1999) ; voir aussi *T.*, *supra* note 108.

122. 8 USC § 1253(h)(2)(C).

123. Voir *supra* note 120.

124. Par exemple, comme cela est mentionné *supra* note 5, il faut veiller à ce qu'aucune apparence de partialité ne se développe. La différence de traitement accordé, dans certains États occidentaux, aux membres d'un groupe armé combattant contre un pays et aux membres d'un autre groupe armé combattant contre un autre pays du Moyen-Orient, a conduit à des critiques de certains bords.

125. UN doc. A/CONF.2/SR.24, p. 13. Ce n'est toutefois pas la position scandinave actuelle.

126. Voir aussi paragraphes 9 et 53, *Exclusion Guidelines* HCR, *supra* note 26.

127. Voir S. Kapferer, « Exclusion Clauses in Europe — A Comparative Overview of State Practice in France, Belgium and the United Kingdom », 12 *International Journal of Refugee Law* (Supp.) 2000, p. 195 à p. 217 ; et *S.A.M. c. B.F.F.*, Commission suisse des recours des réfugiés, 27 novembre 1992.

128. Les crimes relevant de l'article 1 F seront souvent l'objet de clauses permissives de compétence universelle via les traités multilatéraux, *supra* note 20. On peut également soutenir qu'en accordant l'asile, l'État est autorisé par le droit international à exercer sa compétence sur le crime grave commis antérieurement. Voir l'affaire *Compétence universelle* (Autriche), *infra* note 212 et l'affaire *Déserteur hongrois* (Autriche), *infra* note 213.

De plus, en vertu du droit international public, les traités doivent toujours être interprétés en fonction de leur but et avec souplesse¹²⁹. Dans l'affaire *Gonzalez*¹³⁰, la Cour d'appel fédérale du Canada, s'appuyant sur Goodwin-Gill mais limitant son analyse au seul article 1 Fb)¹³¹, a estimé qu'il y avait lieu de peser le pour et le contre lorsque la Cour avait à déterminer si le demandeur d'asile avait commis un crime grave de droit commun, mais non lorsqu'il était accusé de crimes de guerre. De plus, pour contrer le point de vue rigide initial, il faut insister sur le fait que toutes les conventions multilatérales anti-terrorisme soutenues par les Nations Unies, comprennent une clause permettant à l'État sollicité de refuser l'extradition, lorsque le fugitif risque d'être puni, ou que sa situation risque d'être aggravée, pour des considérations de race, de religion, de nationalité ou d'opinions politiques. Le fait que des personnes suspectées de ces crimes graves puissent encore être protégées contre l'extradition pour des motifs inspirés de la *Convention de 1951*, montre que la question n'est pas du tout tranchée. Les juges délivrent des messages confus. L'article 1 Fb) semble être absolu. Cependant, en cas de demande d'extradition pour un crime considéré comme de droit commun, selon une convention, les juges pourraient protéger le fugitif en utilisant des principes inspirés de l'article 1A 2 de la *Convention de 1951*. Si le droit de l'extradition essaie de trouver un équilibre entre la limite à l'exemption pour infraction politique et la crainte de persécution du fugitif dans l'État demandeur, alors il est peu surprenant que les mêmes juges utilisent les mêmes principes en appliquant l'article 1 Fb). Même l'affaire canadienne *Gil* suggère implicitement que la Cour pourrait, le cas échéant, peser le pour et le contre entre la nature du crime et la crainte de persécution¹³². L'Assemblée générale a réaffirmé que toutes les mesures prises pour lutter contre le terrorisme doivent être conformes aux normes internationales des droits de l'Homme¹³³. Par conséquent, si le criminel grave de droit commun était exposé, par exemple, à la torture en cas de retour, alors le statut de réfugié devrait toujours pouvoir être accordé, avec la garantie concomitante du non-refoulement.

129. Bien que probablement pas de manière aussi souple que la Cour d'appel anglaise dans l'affaire *R. c. Abdul Hussain*, *supra* note 60, dans laquelle il a été considéré que la contrainte était un motif d'exonération dans un cas de détournement d'avion et que la crainte de persécution potentielle en Irak créait cette contrainte. L'analogie avec Anne Franck volant une voiture à Amsterdam méconnaît le fait que les Nations Unies n'ont jamais qualifié le vol de voiture de crime international. Voir également le *Guide* du HCR, *supra* note 7, paragraphes 157-61.

130. *Gonzalez c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration)*, Cour fédérale du Canada, [1994] 3 FC 646 (CA) ; (1994) 115 DLR (4^e) 403, pp. 410-11. Non cité dans l'affaire *Pushpanathan*.

131. Voir *supra* note 4 pour ce que dit aujourd'hui Goodwin-Gill, pp. 106-7. D'après l'auteur, Goodwin-Gill a limité son point de vue sur le fait de peser le pour et le contre au seul article 1 Fb).

132. *Supra* note 110, (1994) 119 DLR (4^e) 497 à 517 (sans les notes de bas de page). « [Le Canada] est apparemment disposé à extraditer des criminels qui risquent la peine de mort et je ne vois aucune raison, du moins dans le cas d'un crime de la nature de celui que l'appelant a admis avoir commis, pour laquelle nous devrions adopter une attitude différente à l'égard d'un demandeur du statut de réfugié » (c'est nous qui soulignons). A propos de l'extradition de criminels exposés à la peine capitale, voir maintenant *Burns*, *infra* note 255.

133. Résolution 50/186 de l'Assemblée générale des Nations Unies, 6 mars 1996, paragraphe 3 et préambule.

L'article 1 Fb) ne peut pas être limité par les travaux préparatoires. Il doit être souple, dynamique et évolutif¹³⁴. L'article 1 F n'est pas obsolète, car il existe des situations où les crimes sont tellement odieux que les mettre en balance avec la crainte de persécution compromet la nature du statut de réfugié¹³⁵, et leur auteur peut bénéficier d'une protection informelle si l'État d'accueil est soucieux à cet égard, mais l'article 1 F, en particulier l'alinéa b), doit être réexaminé à la lumière des évolutions depuis 1951. Tandis que la *Convention contre la torture*¹³⁶ fournit un moyen de protection indépendant, l'interprétation de la *Convention de 1951* doit refléter les éléments de la coutume liés à son contenu. L'interprétation plus large du non-refoulement doit se refléter dans l'interprétation de l'article 1 Fb) et l'attitude traditionnelle doit être considérée comme n'étant plus conforme à la ligne de pensée internationale actuelle. L'obligation au sein de l'Europe, au moins envers toutes les personnes relevant de la juridiction d'un État membre du Conseil de l'Europe, de ne pas renvoyer celles-ci vers un État où leurs droits énoncés aux articles 2 (droit à la vie) et 3 (protection contre la torture ou les peines ou traitements cruels, inhumains ou dégradants) de la *Convention européenne de sauvegarde des Droits de l'Homme et des Libertés fondamentales*¹³⁷ pourraient être violés, quels que soient tous les autres facteurs¹³⁸, indique l'importance toujours croissante accordée à la protection de l'individu au cours des cinquante dernières années. Même si, à l'origine, la crainte de persécution était sans incidence sur l'interprétation de la clause d'exclusion, cela ne peut plus être le cas désormais. Deuxièmement, la Cour pénale internationale permanente va être prochainement instaurée à La Haye. Si l'impunité a été l'un des facteurs à l'origine de l'article 1 F, la mise en place de la CPI va garantir qu'une cour a compétence pour juger les crimes relevant de l'article 1 F¹³⁹ lorsqu'il n'est pas nécessaire de renvoyer une personne vers un lieu où elle serait exposée à la persécution, en violation du principe du non-refoulement. Dans un même ordre d'idées, les cinquante dernières années ont connu l'expansion rapide de la compétence extra-territoriale sur les crimes de nature odieuse. Lorsque les conventions anti-terrorisme multilatérales des Nations Unies prévoient généralement l'extradition des personnes ayant commis des crimes graves de droit commun, le droit de refuser l'extradition quand on redoute que la personne concernée soit exposée à une persécution pour des raisons de race, de religion, de nationalité ou d'opinions politiques, est couplé

134. Voir R. Higgins, *Problems and Process : International Law and How We Use It* (Clarendon, Oxford, 1994).

135. Voir *supra* note 24. Il est difficile de concevoir une situation où une personne ayant commis un génocide ou de graves violations des *Conventions de Genève* ou une extermination, un viol, de l'esclavage sexuel ou des tortures en connexion avec une persécution basée sur la race, la religion, la nationalité, l'ethnie, la culture ou l'appartenance sexuelle, puisse se voir accorder le statut de réfugié.

136. 23 ILM 1027, 1984 et 24 ILM 535, 1985.

137. *Série des Traités Européens*, No. 5, 1950.

138. *Chahal c. Royaume-Uni* (70/1995/576/662), 15 novembre 1996, (1997) 23 EHRR 413.

139. Voir les articles 6, 7 et 8 du *Statut de Rome*, *supra* note 35, qui couvriraient les crimes prévus par l'article 1 Fa) et c) et, dans certains cas, b).

avec l'obligation de soumettre le cas aux autorités judiciaires de l'État d'accueil — *aut dedere, aut judicare*¹⁴⁰.

L'article 1 Fb) comprend déjà un test de mise en balance : le crime de droit commun est-il suffisamment grave pour justifier l'exclusion ? La question qui reste en suspens est celle de savoir s'il existe une double mise en balance permettant au demandeur d'asile d'arguer de sa crainte de persécution pour l'emporter sur l'exclusion du statut de réfugié, car elle serait une conséquence disproportionnée de cette exclusion. Étant donné que le statut de réfugié ne se réduit pas à la protection contre le refoulement, il y a de bonnes raisons d'affirmer que certains crimes, en particulier ceux relevant de l'article 1 Fa), devraient toujours conduire à l'exclusion, que la crainte de persécution soit fondée ou non. Cependant, les termes mêmes de l'article 1 Fb) laissent davantage de marge de discrétion. Dans les pays où les tribunaux ont refusé d'appliquer ce double test de mise en balance¹⁴¹, il existait le filet de sécurité prévu par l'article 3 de la *Convention contre la torture*¹⁴² ou par l'article 3 de la *Convention européenne des droits de l'Homme*. Néanmoins, cela ne signifie pas que l'article 1 Fb) ne pourrait pas être analysé, en s'inspirant des mêmes idées que celles exprimées dans la *Convention contre la torture* et dans la *Convention européenne des droits de l'Homme*, de façon à intégrer ce second niveau de mise en balance en cas de besoin, ni que cela ne refléterait pas mieux la nécessité de renforcer le statut de réfugié.

On pourrait trouver une justification pour revoir l'approche de l'application de l'article 1 Fb) dans l'article 62 de la *Convention de Vienne sur le droit des traités*¹⁴³. On peut estimer qu'il y a eu un changement de circonstances tellement fondamental depuis 1951, en termes de garanties des droits de l'Homme et de restrictions à l'extradition lorsque la personne redoute d'être persécutée dans l'État demandeur, que l'article 1 Fb) ne peut plus être considéré comme absolu en ce qui concerne le refus du statut de réfugié *ab initio*. Une situation absurde serait créée si une personne commettait un crime grave de droit commun en Arcadie et fuyait en Ruritanie, les autorités ruritanienes pourraient l'expulser, même si le seul État vers lequel elle pourrait retourner était l'Arcadie, pays dans lequel sa vie ou sa liberté serait menacée ; mais si

140. Dans l'affaire *R. c. Moussa Membar et al.*, Cour d'appel (section pénale), [1983] *Criminal Law Review* 618, bien que le détournement se soit terminé à Londres, donnant ainsi compétence aux tribunaux anglais en vertu des *Conventions de La Haye et de Montréal*, les fugitifs n'ont pas été renvoyés en Tanzanie où le détournement avait commencé.

141. États-Unis, Royaume-Uni et Canada.

142. Cf. *Manickavasagam Suresh c. Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration et Procureur général du Canada*, Cour fédérale du Canada, [2000] 2 FC 592 (CA), A-415-99, 18 janvier 2000, paragraphes 26 et suivants ; Cour Suprême du Canada, 22 mai 2001, décision rendue le 11 janvier 2002 ; voir également *infra* note 255. Pour une analyse plus détaillée de l'affaire *Suresh*, et d'autres affaires canadiennes connexes, voir S.J. Aiken, « Manufacturing 'Terrorists': Refugees, National Security and Canadian Law- Part II », 19(4) *Refuge*, 2001, pp. 116-33.

143. Voir *supra* note 3, en particulier l'alinéa 3 relatif à la suspension d'un traité. En lisant l'article 62 conjointement à l'article 44 § 3 de la *Convention de Vienne sur le droit des traités*, on peut limiter la suspension à une clause particulière, en l'occurrence l'article 1 Fb).

les autorités arcadiennes soumettaient une demande d'extradition, les autorités ruri-taniennes pourraient refuser de remettre cette personne au motif qu'elle craindrait une persécution en Arcadie. En restant dans le cadre du droit international relatif à la protection des réfugiés et des personnes déplacées, comme nous l'avons vu, il y a beaucoup à dire sur le fait que, depuis 1951, le non-refoulement est devenu un principe de droit international coutumier et, en réalité, une norme impérative¹⁴⁴. Si c'est le cas, en lisant l'article 64 conjointement avec l'article 44 § 2 de la *Convention de Vienne sur le droit des traités*¹⁴⁵, on peut affirmer que toute disposition de la *Convention de 1951* qui permettrait le refoulement, serait nulle¹⁴⁶. Cela ne permettrait toutefois pas d'intégrer à l'article 1 F un test de mise en balance lorsque, en cas de refus du statut de réfugié, la crainte de persécution pourrait l'emporter sur la nature des actes commis antérieurement. L'article 64 de la *Convention de Vienne* considère la disposition supplantée comme nulle¹⁴⁷.

En résumé, le droit des réfugiés ne devrait pas prendre du retard par rapport au droit en matière de droits de l'Homme, et doit être reconnu de manière plus large le fait que le préambule de la *Convention de 1951* souligne le droit des réfugiés à bénéficier du droit international des droits de l'Homme¹⁴⁸. Au 21^e siècle, les deux systèmes doivent être mieux harmonisés.

144. Par exemple, Goodwin-Gill, *supra* note 4, pp. 167 et suivantes. Voir également le document sur le non-refoulement rédigée par E. Lauterpacht et D. Bethlehem au Chapitre 2.1 de cette publication.

145. Voir *supra* note 3.

146. Même en acceptant le fait que non-refoulement constitue une norme impérative de droit international, des questions subsistent quant à sa portée.

147. Des criminels de guerre, et d'autres grands criminels, pourraient échapper à la justice en cas de crainte de persécution trop forte dans leur pays d'origine, sauf s'ils pouvaient être jugés par les tribunaux de l'État d'accueil en vertu des principes de compétence pénale extraterritoriale ou par la Cour pénale internationale.

148. Voir *supra* note 1.

Les Hautes Parties Contractantes,

Considérant que [l'Assemblée générale] a affirmé le principe que les êtres humains, sans distinction, doivent jouir des droits de l'Homme et des libertés fondamentales,

Considérant que l'Organisation des Nations Unies a, à plusieurs reprises, manifesté la profonde sollicitude qu'elle éprouve pour les réfugiés et qu'elle s'est préoccupée d'assurer à ceux-ci l'exercice le plus large possible des droits de l'Homme et des libertés fondamentales [...]

Voir aussi, *R. c. Secretary of State for the Home Department, ex parte Adan and ex parte Aitseguer*, Cour d'appel d'Angleterre, [1993] 3 WLR 1274 à 1296 : « Il est clair que les États signataires ont souhaité que la Convention [de 1951] apporte une protection permanente aux réfugiés dans les circonstances changeantes du monde actuel et futur. Selon nous, la Convention doit être considérée comme un instrument vivant : comme l'est, grâce à la jurisprudence de Strasbourg, la [CEDH] ». (traduction libre). Cet extrait de décision a, par la suite, été également cité par Lord Hutton dans son examen de l'appel devant la Chambre des Lords, 19 décembre 2000, [2001] 1 All ER 593, *supra* note 2.

C. Article 1 Fc) ¹⁴⁹

L'article 1 Fc) dispose :

Les dispositions de cette Convention ne seront pas applicables aux personnes dont on aura des raisons sérieuses de penser que : [...]

c) elles se sont rendues coupables d'agissements contraires aux buts et aux principes des Nations Unies ¹⁵⁰.

Tandis que les alinéas a) et b) font spécifiquement référence à des crimes, l'alinéa c) parle d'« agissements contraires aux buts et aux principes des Nations Unies ». Il exige néanmoins toujours que le demandeur d'asile soit « coupable » de ces agissements. Tous les buts et principes des Nations Unies, tels qu'énoncés aux articles 1 et 2 de la *Charte de l'ONU* ¹⁵¹, ne donnent pas lieu à la responsabilité pénale individuelle en cas de violation. Les rédacteurs ont suggéré que l'alinéa c) puisse couvrir les violations des droits de l'Homme qui ne répondent pas à la définition des crimes contre l'humanité ¹⁵². Il existe un risque que la phrase soit tellement imprécise qu'elle permette aux États d'exclure des demandeurs d'asile sans motif adéquat. Après le 11 septembre 2001 et les résolutions postérieures du Conseil de sécurité, en particulier la résolution 1377 ¹⁵³, il est clair que les actes de terrorisme international, constituant une menace pour la paix et la sécurité internationales, sont contraires aux buts et aux principes des Nations Unies. Le principe directeur doit néanmoins être que toutes les limites aux droits doivent être interprétées restrictivement ¹⁵⁴.

Si les agissements couverts par l'article 1 Fc) sont loin d'être clairs, des questions se posent également quant aux personnes qui peuvent les perpétrer. Dans la mesure où la *Charte de l'ONU* s'applique aux États, certains affirment que seules les personnes possédant un rang hiérarchique très élevé dans l'État peuvent être coupa-

149. Voir HCR, *Exclusion Guidelines*, supra note 26, paragraphes 59 et suivants. Voir aussi E. Kwakwa, « Article 1F(c) : Acts Contrary to the Purposes and Principles of the United Nations », 12 *International Journal of Refugee Law*, 2000 (Supp.), p. 79.

150. L'article I.5.c) de la *Convention de l'OUA de 1969 sur les réfugiés*, supra note 1, ajoute les agissements contraires aux buts et aux principes de l'OUA.

151. Voir R. Wolfrum, « Purposes and Principles », in *The Charter of the United Nations : A Commentary* (ed. B. Simma, Oxford University Press, 1995), pp. 49 et suivantes. Cf. le texte supra note 66.

152. Voir HCR, *Exclusion Guidelines*, supra note 26, paragraphe 62, et note 48. NB : Étant donné que l'article 14 § 2 de la *Déclaration universelle des droits de l'Homme* (DUDH) de 1948 inclut une clause similaire, cet argument semble fondé. Voir également, l'affaire *Pushpanathan*, supra note 120, p. 983, qui suggère que l'objet de l'article 1 Fc) « est d'exclure les personnes responsables de violations graves, soutenues ou systémiques des droits fondamentaux de la personne qui constituent une persécution, dans un contexte qui n'est pas celui de la guerre ».

153. 12 novembre 2001. Le Conseil de sécurité a prié les États de priver les terroristes de refuge.

154. Voir la déclaration de S. Jessen Petersen au Sixième Comité, 14 novembre 1996, insistant sur le fait que l'article 1 Fc) est rarement utilisé et se recoupe avec l'article 1 Fa).

bles d'agissements contraires aux buts et aux principes des Nations Unies¹⁵⁵. Néanmoins, bien que l'application de l'article 1 Fc) soit rare, cet article a servi de fondement pour des décisions à l'encontre d'un groupe plus large que celui des personnes occupant des fonctions élevées. Les *Principes directeurs du HCR* font référence à son utilisation dans les années 1950 à l'encontre de personnes ayant dénoncé des individus aux autorités occupantes avec des conséquences extrêmes, dont la mort¹⁵⁶. Dans l'affaire *Georg K.*¹⁵⁷, le statut de réfugié a été refusé en vertu de l'article 1 Fc) à une personne ayant mené une campagne de bombardement pour la réunification du Sud Tyrol avec l'Autriche ; une personne dont les actions affectent les relations entre des nations, en l'occurrence l'Autriche et l'Italie, pourrait violer la Charte de l'ONU. Van Krieken affirme que l'une des principales problématiques du droit international est le règlement pacifique des conflits internationaux, bien que le droit à l'autodétermination soulève une série de questions relatives au fait de savoir si la même analyse peut tout simplement être appliquée aux conflits internes à un État¹⁵⁸. Un membre d'un groupe d'opposition armée combattant pour l'autodétermination a-t-il le droit d'employer la violence et d'être ainsi hors de la sphère d'exclusion de l'article 1 Fc)¹⁵⁹ ? Van Krieken accepte néanmoins explicitement que tous les individus pourraient être exclus en vertu de l'article 1 Fc) et pas seulement les détenteurs d'une fonction élevée¹⁶⁰. Dans l'affaire *Pushpanathan*¹⁶¹ de la Cour suprême de Canada, il a été affirmé que les crimes relatifs au trafic de drogue étaient susceptibles d'exclusion, au motif qu'ils étaient contraires aux buts et aux principes des Nations Unies. La majorité de la Cour a estimé que ces crimes ne relevaient pas de l'article 1 Fc). Il a cependant été reconnu que, dans certaines circonstances, des acteurs non-étatiques pourraient relever de l'article 1 Fc) :

Quoiqu'il soit plus difficile pour celui qui n'agit pas au nom de l'État de perpétrer des violations des droits de la personne à une échelle suffisante pour constituer une persécution sans la complaisance implicite de l'État, il ne faut pas écarter cette possibilité *a priori*¹⁶².

155. Affaire *Brahim*, Commission française des recours des réfugiés (CRR), Décision No. 228601, 29 octobre 1993, dans laquelle l'ancien Directeur de la sécurité nationale au Tchad, pendant le régime d'Hissène Habré, a été exclu, en vertu de l'article 1 Fc).

156. HCR, *Exclusion Guidelines*, *supra* note 26, paragraphe 61.

157. *Georg K. c. Ministry of the Interior*, 71 ILR 284, 1969 (Tribunal administratif autrichien).

158. Van Krieken, *supra* note 11, § Purposes and Principles.

159. Cf. Affaire *Avetisan*, CRR (France), Décision No. 303164, 4 avril 1997, dans laquelle une personne, ayant tenté de renverser le régime démocratiquement élu de Chevardnadze en Géorgie, a été considérée comme exclue, en vertu de l'article 1 Fc). Voir également l'affaire *Suresh*, *supra* note 142, paragraphe 36.

160. Bien que fonder son argument sur l'article 29 § 3 de la *DUDH*, 1948, soit peu convaincant. Dans l'affaire *Muntumusi Mpemba*, CRR (France), Décision No. 238444, 29 octobre 1993, un membre de la Garde civile zaïroise, ayant commis des violations des droits de l'Homme, a été exclu en vertu de l'article 1 Fc).

161. Voir *supra* note 120.

162. Voir *supra* note 120, p. 984.

La résolution 1377 du Conseil de sécurité suppose qu'un acteur non-étatique peut relever de l'article 1 F c), mais il ne s'ensuit pas automatiquement que tout membre d'une telle organisation terroriste internationale pourrait relever de l'article 1 Fc).

L'article 1 Fc) est vague et ouvert aux abus de la part des États¹⁶³. Il est clair que certaines pratiques étatiques l'interprètent largement, mais il n'existe pas encore de consensus au plan international concernant tous les « agissements contraires aux buts et aux principes des Nations Unies ». Étant donné que l'article 1 Fc) constitue une restriction à un droit fondamental, il existe de bonnes raisons de limiter sa portée et, comme les agissements contraires aux buts et aux principes des Nations Unies sont ceux perpétrés par les États, il serait plus cohérent avec le droit international de limiter la portée de l'article 1 Fc) aux agissements commis par des personnes de rang hiérarchique élevé, au sein d'un gouvernement, ou d'un mouvement rebelle contrôlant un territoire au sein de l'État, ou d'un groupe commettant des actes de terrorisme international menaçant la paix et la sécurité internationales. Les personnes commettant des actes de terrorisme international, qui constituent une menace contre la paix et la sécurité internationale, mais qui ne sont pas des membres de rang hiérarchique élevé au sein de l'organisation, devraient être exclues en vertu de l'article 1 Fb).

D. Liens entre l'article 1 F et l'article 33 § 2

L'article 33 § 2 dispose :

Le bénéfice de la présente disposition ne pourra toutefois être invoqué par un réfugié qu'il y aura des raisons sérieuses de considérer comme un danger pour la sécurité du pays où il se trouve ou qui, ayant été l'objet d'une condamnation définitive pour un crime ou délit particulièrement grave, constitue une menace pour la communauté dudit pays¹⁶⁴.

La législation et la procédure internes de certains pays¹⁶⁵ mêlent déjà les concepts de l'article 1 F et de l'article 33 § 2 dans une étape unique de la procédure. Les liens entre les articles 1 F et 33 § 2 sont donc confus en pratique. La pratique des États concernant l'article 33 § 2 montre son utilisation conjointe à l'article 1 F. Au Canada, un mélange des articles 1 F et 33 § 2 est utilisé au « stade de la recevabilité »,

163. Le Ministère néerlandais de la justice a estimé qu'il n'utiliserait pas l'article 1 Fc) comme un motif indépendant d'exclusion. « Les dispositions des articles 1 Fa) et 1 Fb) fournissent actuellement suffisamment de points d'ancrage pour l'exclusion dans les cas où cela est requis » (traduction libre). Information fournie par le Département de la politique d'immigration au sein du Ministère de la justice, *Section 1F of the 1951 Geneva Convention*, 630201/97/DVB, 19 novembre 1997, texte cité dans la note 16, publié sous l'intitulé « Note on Article 1F to Parliament, november 1997 » du Secrétaire d'État à la justice des Pays-Bas, in *Refugee Law in Context : The Exclusion Clause*, supra note 15, p. 308.

164. Cf. art. II et III de la *Convention de 1969 de l'OUA*, supra note 1, qui n'ont pas d'équivalent précis avec l'art. 33 § 2.

165. Tels que le Canada et l'Allemagne. Voir la réunion sur le thème « asile, terrorisme et extradition », supra note 87.

c'est-à-dire lorsque le Département de la citoyenneté et de l'immigration du Canada (CIC) détermine si une demande est recevable pour être renvoyée à la Commission de l'immigration et du statut de réfugié (CISR). Néanmoins, dans 98 à 99 % des cas, le CIC estime que les demandes des réfugiés sont recevables pour une audience de détermination du statut de réfugié devant la CISR statuant au fond. Devant la CISR, seul l'article 1 F est utilisé pour exclure¹⁶⁶. En Allemagne, cependant, les demandeurs d'asile ayant été reconnus coupables, et condamnés à trois ans de prison ou plus, et qui sont donc considérés comme une menace pour la communauté, ou qui constituent un danger pour la sécurité nationale, sont exclus de la protection contre le refoulement. Dans trois affaires récentes, le Tribunal administratif fédéral a jugé que des activités considérées comme « terroristes » rendaient le demandeur d'asile dangereux pour la sécurité nationale¹⁶⁷. Seuls les officiers de haut rang dans l'organisation terroriste ont cependant été soumis à cette perte de protection contre le refoulement.

Dans d'autres parties de l'Europe, plutôt que d'utiliser l'article 33 § 2 et ses critères plus stricts, les États préfèrent utiliser l'article 1 F lorsqu'un réfugié commet un acte terroriste dans le pays d'accueil¹⁶⁸, ou lorsque des crimes graves de droit commun, commis avant l'entrée, sont révélés seulement après l'octroi du statut de réfugié. Le premier cas relève clairement du cadre spécifique de l'article 33 § 2, et doit être jugé à l'aune des critères de cette disposition. Le second est acceptable dans la mesure où on peut estimer que les informations fausses ou inexactes données au départ, vicent l'octroi du statut de réfugié, ce qui est le cas si on considère le statut de réfugié et l'exclusion ab *initio*¹⁶⁹. Il faut cependant faire remarquer que les motifs énoncés à l'article 1 F ne sont pas des motifs de cessation au sens de l'article 1 C. L'article 33 § 2 est la disposition qu'il convient d'appliquer lorsqu'un réfugié commet un crime particulièrement grave dans le pays d'accueil et qu'il constitue un danger

166. *Ibid.*

167. L'article 51 de la loi sur les étrangers (*Ausländergesetz*) est soumis à une suspension en cas de terrorisme (*Terrorismusvorbehalt*). Voir BVerwG 9 C 22.98, 23.98, 31.98, 30 mars 1999. Les principales données sont disponibles sur <http://www.asyl.net/>. Concernant les faits de l'espèce, les demandeurs d'asile avaient mené des activités terroristes à l'étranger et les autorités craignaient qu'ils continuent leur campagne à partir de l'Allemagne.

168. Cf. *Rajkumar*, Conseil d'État, SSR (France), 28 septembre 1998.

169. Voir paragraphe 117 du *Guide*, supra note 7. Voir également UE, *Position commune définie par le Conseil sur la base de l'article K.3 du Traité sur l'Union européenne, concernant l'application harmonisée de la définition du terme « réfugié » au sens de l'article 1 de la Convention de Genève du 28 juillet 1951 relative au statut des réfugiés* (Annexe 1), JO 1996 L63/2, 13 mars 1996, paragraphe 13 : « Les clauses de l'article 1 F[...] peuvent également être appliquées lorsque les faits sont connus postérieurement à l'admission au statut de réfugié ». Voir, en outre, le Secrétaire d'État à la Justice des Pays-Bas, *Section 1F of the Convention on Refugees*, supra note 15, p. 47 ; cf. la loi slovaque selon laquelle l'article 1 F n'est pas identifié comme un motif de retrait du statut de réfugié. Voir le Séminaire d'Amsterdam, *Conclusions and Recommendations*, § 7, *Action to be taken if Article 1F is determined to be applicable after the refugee status has been granted*, supra note 11.

pour la communauté dudit pays, quoique, même dans ce cas, le statut de réfugié ne cesse pas, seule la protection contre le refoulement disparaît¹⁷⁰.

Après avoir rapidement exposé les liens confus entre les articles 1 F et 33 § 2, il est nécessaire d'examiner l'article 33 § 2 en lui-même. Tandis que l'article 1 F exclut les demandeurs d'asile du statut de réfugié, l'article 33 § 2 s'applique aux personnes reconnues réfugiés, et qui bénéficieraient sinon de la protection contre le refoulement. Ils doivent cependant constituer un danger pour la sécurité du pays d'accueil ou, ayant fait l'objet d'une condamnation définitive pour un crime ou délit particulièrement grave, constituer une menace pour la communauté dudit pays. On estime généralement que l'article 33 § 2 s'applique aux crimes commis dans le pays d'accueil. Dans la plupart des cas, l'intéressé peut être traité comme n'importe quel criminel. De plus, les lois sur l'extradition s'appliquent à lui exactement de la même façon que pour n'importe quelle autre personne, pour des crimes postérieurs au statut, commis dans d'autres pays. L'article 33 § 2 n'est applicable que lorsque le pays d'accueil envisage de renvoyer ou d'extrader¹⁷¹ le réfugié vers un pays où sa vie ou sa liberté serait menacée. Normalement, un réfugié au sens de l'article 1 A ne peut pas être renvoyé en application de l'article 33 § 1, mais un réfugié conventionnel perd la garantie du non-refoulement si l'article 33 § 2 s'applique. Cela ne sera permis que lorsque des questions de sécurité de l'État sont considérées comme prioritaires

170. *Pham*, Conseil d'État SSR (France), Décision No. 148997, 21 mai 1997.

171. Le point de vue le plus courant, quoique non universel, trouve sa meilleure expression dans l'arrêt du Conseil d'État français *Bereciartua-Echarri*, Décision No. 85234, 1^{er} avril 1988, Recueil Lebon, dans laquelle le fugitif, un Basque espagnol, s'était vu octroyer le statut de réfugié en 1973. La Cour de Cassation avait estimé que, comme l'article 33 ne mentionnait pas expressément l'extradition, elle ne pouvait pas être interdite par la *Convention de 1951*. Le Conseil d'État a cassé, soutenant que l'extradition devait être refusée, non pas à cause de l'article 33, mais sur le fondement des Principes généraux du droit applicables aux réfugiés résultant de l'article 1 A 2. Un État qui reconnaît le statut de réfugié d'un délinquant fugitif n'a pas le droit de le renvoyer, par quelque moyen, méthode ou mécanisme que ce soit vers un État où il serait exposé à la persécution. Par conséquent, le droit de l'extradition doit être soumis aux principes humanitaires appartenant à la *Convention de 1951*. Voir également l'affaire italienne mentionnée au paragraphe 206 du *Rapport du Haut Commissaire à l'Assemblée générale en 1956*, 11^e session, Supp. No. 11, A/3123/Rev.1. « En Italie, deux affaires d'extradition ont été traitées par ma délégation en 1955. La preuve de l'éligibilité du réfugié au mandat du HCR a suffi à empêcher que l'extradition du réfugié ait lieu ». Voir également Comité exécutif, *Note sur la protection internationale*, 40^e session, UN doc. A/AC.96/728, 2 août 1989, paragraphe 27 :

Du fait de la position de certains États selon laquelle l'article 33 ne peut être interprété automatiquement comme englobant l'extradition — et protégeant en conséquence les réfugiés contre une telle mesure — le fait que les délinquants politiques ne puissent être extradés (même si tout réfugié n'est pas un délinquant politique et vice versa) et la protection contre l'extradition dans les cas où il existe une menace de discrimination fondée sur la race, la religion, la couleur ou l'origine ethnique, sont d'autant plus importants pour la sauvegarde de la sécurité des réfugiés. Omettre de prévoir cette protection ou ces sauvegardes dans les accords d'extradition ou leur donner un caractère restrictif risquerait d'avoir de graves conséquences pour le bien-être et la sécurité de réfugiés isolés menacés de devoir retourner dans leur pays à la suite d'une demande d'extradition.

par rapport au non-refoulement. Si un terroriste constitue seulement une menace à l'encontre de son État de résidence habituelle, en raison de son opposition à ce régime, il ne représente pas un danger pour le pays d'accueil. Il faudrait avoir une vision très large de l'article 33 § 2 pour estimer qu'un réfugié qui défend une cause politique dans un État étranger, même si la violence y est endémique, représente un danger pour la sécurité du pays d'accueil¹⁷². Mobiliser des fonds pour acheter des armes pour poursuivre la violence dans un pays étranger, pourrait indiquer que le réfugié est un danger pour la sécurité du pays d'accueil, mais le simple fait d'être partisan d'un groupe d'opposition armé dans un autre État, devrait relever de la garantie de la liberté d'expression et conserver au réfugié le droit d'être protégé par la garantie du non-refoulement¹⁷³.

Aucune méthode n'est prescrite pour déterminer si la protection contre le refoulement peut être retirée en vertu de l'article 33 § 2. Cette position contraste avec l'article 32 qui dispose :

1. Les États contractants n'expulseront un réfugié se trouvant régulièrement sur leur territoire que pour des raisons de sécurité nationale ou d'ordre public.
2. L'expulsion de ce réfugié n'aura lieu qu'en exécution d'une décision rendue conformément à la procédure prévue par la loi. Le réfugié devra, sauf si des raisons impérieuses de sécurité nationale s'y opposent, être admis à fournir des preuves tendant à le disculper, à présenter un recours et à se faire représenter à cet effet devant une autorité compétente ou devant une ou plusieurs personnes spécialement désignées par l'autorité compétente.

172. Bien que la *Convention pour la répression du financement du terrorisme*, supra note 20, soit fondée en partie sur ce prémisses. La Cour d'appel d'Angleterre, s'appuyant sur une nouvelle définition du terrorisme en droit anglais, a jugé, dans l'affaire *Secretary of State for the Home Department c. Rehman*, supra note 73, que toute personne, considérée comme une menace contre tout allié du Royaume-Uni, constituait une menace pour la sécurité nationale. Rehman était présumé avoir participé à la levée de fonds et au recrutement pour le conflit au Cachemire contre l'Inde. La Chambre des Lords a, par la suite, rejeté l'appel contre cette décision dans *Secretary of State for the Home Department c. Rehman*, Chambre des Lords du Royaume-Uni, [2001] UKHL 47, 11 octobre 2001. Voir également l'affaire *Suresh*, supra note 142. Les pratiques en Afrique comprennent l'admission de certaines personnes, non comme réfugiés, mais comme exilés politiques, à savoir celles ayant quitté un pays avec l'intention avouée d'agir pour renverser le régime de leur pays d'origine (cf. article III de la *Convention de l'OUA de 1969 sur les réfugiés*, supra note 1). Voir la réunion sur le thème « asile, terrorisme et extradition », supra note 87. En outre, les États ne doivent pas laisser leur territoire servir de base à une agression contre d'autres États. Voir le Principe 1, paragraphes 8 et 9 de la *Déclaration de l'Assemblée générale sur les principes de relations amicales*, 1970, Résolution 2625 (XXV) de l'Assemblée générale des Nations Unies, 24 octobre 1970 et l'article 2 § 4 de la *Charte de l'ONU*. Voir également l'affaire *Activités militaires et paramilitaires au et contre le Nicaragua (Nicaragua c. États-Unis)*, (1986) Recueil CIJ p. 14, paragraphes 183-6 et, en particulier, paragraphe 189. Néanmoins, ni la formulation de la Charte, ni la Déclaration ne permettraient la remise d'un individu à un État dans lequel il serait exposé à la persécution ; ils ne doivent servir que d'orientation pour la politique de l'État.

173. Leader, « Free Speech and the Advocacy of Illegal Action in Law and Political Theory », 82 *Columbia Law Review*, 1982, p. 412 à p. 428 ; voir aussi Kälin et Künzli, supra note 57.

Étant donné que le concept de sécurité nationale est plus large que le « danger à la sécurité du pays [d'accueil] ¹⁷⁴ », et que la perte de la protection contre le refoulement est d'une portée plus grande et plus dangereuse que l'expulsion, il est tout à fait justifié d'exiger que les procédures relatives à l'article 33 § 2 non seulement appliquent les garanties procédurales prévues à l'article 32, mais le fassent avec une prudence accrue ¹⁷⁵. De plus, la procédure prévue par la loi requiert que le demandeur d'asile ait accès aux preuves portées contre lui. Bien que l'État puisse très bien avancer que des questions de sécurité nationale exigent que ces preuves soient cachées pour des motifs de politique publique, il ne peut pas être acceptable ou conforme aux normes des droits de l'Homme que la vie ou la liberté d'une personne puisse être menacée, sans que celle-ci ait une chance de contester les preuves produites par l'État ¹⁷⁶. En résumé cependant, si les procédures prévues à l'article 32 s'appliquaient dans le cadre de l'article 33 § 2, sa mise en œuvre serait moins problématique.

En outre, bien que les tribunaux nationaux parlent de « sécurité nationale », c'est l'article 32 qui concerne la sécurité nationale, tandis que l'article 33 § 2 fait référence à la notion plus contraignante de « danger pour la sécurité du pays » ou de « menace pour la communauté dudit pays ». Même si cela représenterait une modifi-

174. Sur la signification de sécurité nationale, voir L. Lustgarten et I. Leigh, *In from the Cold : National Security and Parliamentary Democracy* (Clarendon, Oxford, 1994).

175. Voir également *Chahal*, *supra* note 138, paragraphe 153 :

En l'espèce, ni le comité consultatif ni les tribunaux n'ont pu contrôler la décision du ministre de l'Intérieur d'expulser M. Chahal vers l'Inde en se référant uniquement à la question du risque et en laissant de côté les considérations de sécurité nationale. Au contraire, la méthode suivie par les tribunaux a été de se convaincre que le Ministre avait mis dans la balance le danger que M. Chahal représentait pour la sécurité nationale [...] Dès lors, ces modalités ne sauraient passer pour des recours effectifs au sens de l'article 13 de la Convention pour le grief de M. Chahal au titre de l'article 3.

L'accès au conseil juridique est également important dès le premier stade de la procédure de détermination du statut de réfugié. M. Timmer, M. Soffers and J. Handmaker, *Perspectives on the Legal Basis and Practice of the Netherlands Government Regarding Exclusion of Refugees in Terms of s. 1F of the 1951 United Nations Convention Relating to the Status of Refugees* (contribution écrite aux Consultations mondiales du HCR sur la protection internationale, 2001), § 3, Access to Legal Advice.

176. Cf. le droit à un procès équitable au sens de l'article 6 de la *CEDH* n'est pas applicable aux audiences de détermination du statut de réfugié. Voir *Maaouia c. France*, Requête No. 39652/98, Cour européenne des Droits de l'Homme, 5 octobre 2000. Au Canada, un récapitulatif des preuves doit être préparé pour le réfugié. Cependant, aux États-Unis, le réfugié n'a pas de droit d'accès : *Avila c. Rivkind*, US District Court for the Southern District of Florida, 724 F Supp 945 à 947-50 (1989) : « Un étranger que le ministre de la Justice considère comme une menace à la sécurité nationale n'a pas le droit à une audience d'asile » (*ibid.*, p. 950) ; *Ali c. Reno*, US District Court for the Southern District of New York, 829 F Supp p. 1415 à 1434 et suivantes (1993) : bien que l'organisme qui fournit l'information classée secrète puisse donner un résumé au demandeur d'asile/requérant (*ibid.* p. 1436) ; *Azzouka c. Meese*, US Court of Appeals (2nd Circuit), 820 F 2d 585 à 586-7 (1987), affaire dans laquelle un membre de l'Organisation de Libération de la Palestine (OLP) s'est vu refuser l'asile, au motif qu'il représentait un danger pour la population et la sécurité des États-Unis, en se fondant en partie sur des « informations confidentielles dont la révélation aurait pu nuire à l'intérêt public, à la sûreté et à la sécurité des États-Unis » (*ibid.*, p. 587). (traduction libre). Voir aussi, Bliss, *infra* note 215, pp. 101, 120 et suivantes.

cation de la jurisprudence relative à l'article 33 § 2, on peut soutenir sans conteste que, plutôt que considérer que la présence du réfugié soulève des questions de sécurité nationale — ce qui est un concept large —, la perte de la protection contre le refoulement devrait uniquement avoir lieu lorsque le réfugié représente un danger pour la sécurité du pays d'accueil — ce qui est un concept plus proche du seuil requis pour déroger aux obligations en matière de droits de l'Homme¹⁷⁷. De plus, la dérogation n'est autorisée que pour faire face aux exigences de la situation et elle est contrôlée par l'organe pertinent en matière de droits de l'Homme, afin d'examiner si elle va au-delà de ce qui est nécessaire. Compte tenu de la nature de l'effet de l'article 33 § 2, par laquelle une norme impérative de droit international voit sa portée réduite, cette approche serait juste et appropriée dans les circonstances. Un point de vue restrictif relatif à l'utilisation de l'article 33 § 2 refléterait mieux l'idée que le réfugié représente un danger pour la sécurité du pays.

La dernière question relative à l'article 33 § 2 est de savoir si l'on peut mettre en balance la crainte de persécution du réfugié avec le danger qu'il représente pour la sécurité du pays ou la communauté du pays, où il a été condamné pour un crime ou délit particulièrement grave¹⁷⁸. Les tribunaux ont une marge d'appréciation sur la question de savoir si le réfugié représente un danger pour la sécurité du pays d'accueil ou si, étant donné que le crime ou délit est *particulièrement* grave, il représente un danger pour la communauté dudit pays. En outre, la simple condamnation pour un crime ou délit particulièrement grave dans le pays d'accueil, à moins qu'il ne soit également prouvé que le réfugié représentera un danger pour la communauté dans le futur, ne satisfait pas l'article 33 § 2¹⁷⁹.

La question posée ici est celle de savoir si, une fois que toutes ces questions ont reçu une réponse affirmative du tribunal, ce dernier a le droit de prendre en compte la crainte que le demandeur d'asile éprouve par rapport à la mort ou à la

177. Voir l'article 4 du *Pacte international relatif aux droits civils et politiques*, Résolution 2200 A (XXI) de l'Assemblée générale des Nations Unies, UN GAOR, 21^e session, Supp. No. 16, p. 52, 1966 ; Nations Unies, *Recueil des Traités* vol. 999, n° 171 ; 6 ILM 368, 1967 ; 61 AJIL, 1967, p. 870 : « Dans le cas où un danger public exceptionnel menace l'existence de la nation [...] ». Voir aussi l'article 15 de la *CEDH*, *supra* note 137 : « En cas de guerre ou en cas d'autre danger public menaçant la vie de la nation [...] ». Il est possible que la dérogation ne soit possible que lorsque l'État est obligé d'appliquer l'article 3 commun aux quatre *Conventions de Genève*, parce que le niveau de violence a atteint un certain seuil, de telle sorte que, bien qu'il soit dérogé aux normes des droits de l'Homme, les garanties de l'article 3 commun offrent un autre moyen de protection.

178. *Barrera c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration)*, Cour fédérale du Canada, [1993] 2 FC 3 (CA) ; (1992) 99 DLR (4th) 264 ; (1992) 18 Imm LR (2d) 81 ; (1992) 151 NR 28 (CA), qui invoque également l'article 12 de la *Charte canadienne des droits et libertés*.

179. Cf. *Re Q.T.M.T.*, *supra* note 117, p. 656. Supposons, par exemple, qu'un réfugié soumis à une intense provocation, et même éventuellement à des abus en raison de sa race, perde totalement ses moyens et s'en prenne à une personne, provoquant sa mort — homicide sans préméditation. Le crime est particulièrement grave mais le réfugié représentera-t-il un danger pour la communauté du pays d'accueil dans le futur, une fois libéré après avoir purgé sa peine ?

perte de liberté, en cas de perte de protection contre le refoulement. Le *Guide*¹⁸⁰ affirme sans équivoque que cette mise en balance fait partie de l'application de l'article 33 § 2. En outre, tandis que nous examinerons plus loin les garanties en matière de protection des droits de l'Homme s'appliquant à tous, qu'ils soient reconnus réfugiés en vertu de l'article 1 A ou non, la portée du non-refoulement, au sens de l'article 33, a évolué depuis 1951 et ce principe est désormais considéré comme une norme impérative de droit international¹⁸¹. En outre, le droit international des droits de l'Homme a également progressé¹⁸². Étant donné que le non-refoulement doit être compris comme une forme de protection des droits de l'Homme pour un certain type de personnes, à savoir le réfugié, si on combine le statut renforcé du non-refoulement et son interprétation plus large à la lumière des évolutions en matière de droits de l'Homme, alors ce deuxième niveau de mise en balance doit être intégré à l'article 33 § 2. Dans *Q.T.M.T.*¹⁸³, cependant, le défendeur, qui était entré aux États-Unis en 1991 en provenance du Vietnam, avait été condamné pour complot (*conspiracy*) dans le commerce d'armes à feu. Les États-Unis ont alors engagé une procédure d'expulsion et le défendeur a demandé l'asile comme moyen de l'éviter. La condamnation a été prononcée pour « infraction majeure¹⁸⁴ » (*aggravated felony*) et, de ce fait, selon le droit américain, le défendeur n'était pas éligible à l'asile ; en outre, le juge de l'immigration a estimé que l'infraction majeure constituait un crime particulièrement grave, ce qui empêchait la suspension de l'expulsion au titre de l'article 33 § 2. La majorité des membres de la Commission de recours en matière d'immigration a estimé qu'en vertu du droit américain, l'obstacle légal à la suspension de l'expulsion est fondé sur la nature du crime et « ne varie pas en fonction de la nature de la preuve de persécution »¹⁸⁵. Dans l'affaire *Suresh*¹⁸⁶, d'un autre côté, la Cour d'appel fédérale du Canada a jugé qu'il existait une garantie constitutionnelle de mise en balance, par le Ministre, qui pouvait faire l'objet d'un contrôle par les tribunaux :

165. En ce qui concerne maintenant la norme de contrôle en droit constitutionnel de l'exercice du pouvoir discrétionnaire du ministre, le critère énoncé par la Cour suprême peut être refor-

180. Voir *supra* note 7, paragraphe 156.

181. Par exemple, Goodwin-Gill, *supra* note 4, pp. 167 et suivantes.

182. Voir *Chahal*, *supra* note 138.

183. Voir *supra* note 117.

184. Telle que définie par 8 USC § 1101(a)(43), 1994.

185. Voir *supra* note 117, p. 656 et les autorités citées. Cf. l'opinion concurrente et dissidente de Rosenberg, membre de la Commission à la p. 664 :

Il me semble incorrect, et déraisonnable, d'interpréter les termes légaux comme permettant de procéder à des déterminations générales d'inéligibilité, lorsque l'instrument international sur lequel notre loi se fonde, prévoit non seulement une exception extraordinaire à une forme d'aide obligatoire, mais mentionne expressément la nécessité d'une procédure équitable et un examen individuel lors de la détermination de la possibilité d'invoquer cette exception (traduction libre).

186. Voir *supra* note 142, paragraphes 70 et suivants ; la Cour suprême du Canada a confirmé cette approche aux paragraphes 45-7.

mulé comme suit : l'expulsion de l'appelant au Sri Lanka dans les circonstances de l'espèce violerait-elle les principes de justice fondamentale à tel point qu'il serait possible d'affirmer que la mesure gouvernementale proposée choquerait la conscience de la population canadienne ? S'il était décidé que la norme de contrôle est celle de la décision correcte, j'estime qu'il est révélateur que le Sri Lanka soit encore membre du Commonwealth et un État démocratique doté d'une magistrature indépendante. Le fait que le cas de l'appelant ait attiré l'attention nationale et internationale, ainsi que celle du gouvernement du Sri Lanka, réduit la probabilité que l'appelant soit soumis à la torture s'il est détenu après son retour au Sri Lanka. Ces facteurs, soupesés en regard du degré de participation de l'appelant aux activités d'une organisation terroriste, mènent à la conclusion que les intérêts de l'État l'emportent sur ceux de l'appelant en ce sens que la décision du ministre ne choque pas la conscience des Canadiens.

Aucune disposition de la *Convention de 1951* ne prévoit expressément que les tribunaux doivent mettre en balance le danger que le réfugié représente pour le pays d'accueil, ou pour sa communauté, et les conséquences du refoulement, bien que le fait que la garantie du non-refoulement soit retirée à un réfugié reconnu, suggère qu'il y a des raisons encore plus fortes de le faire que pour l'article 1 F, où le demandeur d'asile est exclu de l'entrée dans le régime de protection¹⁸⁷. En outre, si l'exigence du respect de la procédure prévue par la loi, telle qu'énoncée à l'article 32, fait véritablement partie du refus de la protection contre le refoulement en vertu de l'article 33 § 2, alors le droit de présenter et de contester des preuves au sujet d'une question centrale pour la détermination est indéniable.

En résumé, le second niveau de mise en balance, lorsque la crainte de persécution est prise en considération avant que l'article 1 F ou l'article 33 § 2 ne soient appliqués, a récemment été remis en question par les tribunaux de différents États. Cependant, la plupart de ces décisions reflètent des législations nationales qui ne parviennent pas à mettre en œuvre la *Convention de 1951* telle qu'elle est, et qui introduisent d'autres concepts. Il y a également un manque de volonté, de la part de ces tribunaux nationaux, à appliquer les normes internationales lorsqu'ils interprètent la législation nationale. Néanmoins, rien de tout cela ne porte atteinte aux critères de la *Convention de 1951* tels qu'ils ont été développés par la coutume et le droit international des droits de l'Homme. Pour que les arguments développés ici portent leurs fruits, il incombe cependant au HCR de défendre une position ferme sur ce point auprès des États, tant au niveau diplomatique que dans ses contributions en tant qu'*amicus curiae*.

187. L'illogisme apparent selon lequel, après avoir décidé que les intérêts nationaux priment sur les menaces pour la vie ou la liberté du réfugié, on doit ensuite soupeser la crainte de persécution du réfugié dans l'État vers lequel il serait renvoyé, n'est qu'apparent. L'article 33 § 2 n'est pas appliqué comme une seconde étape dans un « processus » de non-refoulement — la personne aura déjà obtenu le statut de réfugié, et la garantie concomitante du non-refoulement, et sera, par la suite, considérée comme un danger pour la sécurité du pays d'accueil ou comme une menace pour la communauté dudit pays, après une condamnation pour un crime particulièrement grave le rendant « refoulable ». Il convient, compte tenu de la limitation envisagée à un droit fondamental, que le danger perçu à présent soit mis en balance avec la menace actuelle pour la vie ou la liberté du réfugié.

V. Questions procédurales et autres domaines d'intérêt

A. Inclusion avant exclusion ?

L'article 1 F a-t-il priorité dans la détermination du statut de réfugié de telle sorte que l'article 1 A devienne superflu si des motifs d'exclusion en vertu de l'article 1 F sont établis ? Est-ce semblable à une épreuve d'admissibilité appliquée à ceux qui souhaitent demander le statut de réfugié ? Un grand nombre d'États estiment que l'application de l'article 1 F précède la détermination du statut de réfugié en vertu de l'article 1 A 2. La Cour fédérale du Canada a jugé que, dans le cas où le demandeur d'asile relève de l'article 1 F¹⁸⁸, il n'est pas nécessaire d'examiner si le demandeur d'asile remplit les conditions de l'article 1 A 2. En procédant à une extrapolation, les ministres de la Communauté européenne sont convenus en 1992, dans le cadre de la « résolution sur les demandes d'asile manifestement infondées », que les cas d'exclusion pourraient être examinés au cours de procédures accélérées. Le paragraphe 11 de ce texte non contraignant énonce :

La présente résolution n'affecte pas les dispositions nationales des États membres leur permettant de recourir aux procédures accélérées, lorsqu'elles existent, pour examiner d'autres cas dans lesquels il est nécessaire de statuer d'urgence sur la demande, s'il est établi que le demandeur a commis un délit grave sur le territoire des États membres, si un cas relève manifestement des situations mentionnées à l'article 1 F de la *Convention de Genève de 1951* ou pour de graves raisons de sûreté publique, même lorsque les demandes ne sont pas manifestement infondées¹⁸⁹.

D'un autre côté, le paragraphe 141 du *Guide* du HCR¹⁹⁰ expose que ce sera *normalement* au cours de la procédure de détermination du statut de réfugié, en vertu de l'article 1 A 2, que les faits susceptibles de conduire à l'exclusion apparaîtront, mais rien n'empêche un État de se passer de la détermination lorsqu'il est conscient que la personne ne répondrait pas aux critères du fait de l'application de l'article 1 F¹⁹¹. Rares seront cependant les cas pour lesquels un État sera certain par

188. Voir *Ramirez c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration)*, [1992] 2 FC 306 (CA) ; *Sivakumar c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration)*, [1994] 1 FC 433 (CA) ; *Gonzalez*, *supra* note 130. Voir également le Secrétariat d'État à la Justice des Pays-Bas, *Section 1F of the Convention on Refugees*, *supra* note 15, p. 48 ; Timmer, Soffers et Handmaker, *supra* note 175, § 2 et titre 34 de la loi britannique de 2001 relative à l'anti-terrorisme, au crime et à la sécurité. Le corollaire doit être que, hormis sous le titre 34, l'inclusion doit précéder l'exclusion.

189. Conseil des ministres (de l'immigration) de la Communauté européenne, *Résolution sur les demandes d'asile manifestement infondées*, 30 novembre/1^{er} décembre 1992. Voir R. Plender (ed.), *Basic Documents on International Migration Law* (Martinus Nijhoff, La Haye, 1999), pp. 474-7.

190. Voir *supra* note 7.

191. Par exemple, lorsque la personne arrive dans l'État via un détournement d'avion. Compte tenu des circonstances exceptionnelles de l'affaire, le HCR a exclu vingt Rwandais mis en accusation par le TPIR : information donnée au cours de la réunion portant sur « asile, terrorisme et extradition ».

avance que l'exclusion s'applique. Comme l'a exprimé le HCR, les demandes pouvant contenir des éléments relatifs aux clauses d'exclusion « peuvent poser des questions complexes de fond et de crédibilité qui ne donnent pas lieu à un examen approprié au titre de la recevabilité ou de procédures accélérées »¹⁹². Pour éviter que les cas susceptibles d'exclusion soient examinés au cours de procédures accélérées, le HCR a proposé la mise en place d'unités spécialisées dans l'exclusion¹⁹³. Les *Principes directeurs du HCR* en matière d'exclusion présument également que les clauses d'exclusion ne seront appliquées « qu'après que le juge se soit assuré que la personne remplit les critères d'obtention du statut de réfugié »¹⁹⁴. En 2000, la proposition de directive de la Commission européenne relative aux procédures d'asile a également énoncé que, lorsqu'« il existe des raisons sérieuses de penser que les motifs visés à l'article 1 F [...] s'appliquent », les États membres ne doivent « pas rejeter la demande d'asile comme manifestement infondée »¹⁹⁵.

La nature complexe des affaires relatives à l'article 1 F, qui impliquent l'examen du crime et de la participation du demandeur d'asile dans celui-ci, exige une connaissance complète de l'ensemble des faits. En outre, l'article 1 F part de la supposition que, s'il n'y avait pas de motif d'exclusion, le demandeur d'asile pourrait par

supra note 87. Voir également le paragraphe 17 du document du HCR *Security Concerns*, *supra* note 25, qui indique qu'une mise en accusation par un tribunal pénal international, donne des raisons sérieuses de penser que l'accusé est susceptible d'exclusion en vertu de l'article 1 F. La résolution 1127 (1997) du Conseil de sécurité des Nations Unies, paragraphe 4 (réaffirmée par la résolution 1295 (2000) du Conseil de sécurité des Nations Unies, paragraphes 22-4 et par la résolution 1336 (2001)) interdit également, en vertu du chapitre VII, l'entrée de tous les responsables de rang hiérarchique élevé de l'Union Nationale pour l'Indépendance Totale de l'Angola (UNITA) dans tous les autres États. Par conséquent, on peut soutenir que, du fait des relations entre le Conseil de sécurité et tous les autres organes des Nations Unies, ces responsables pourraient être automatiquement exclus du statut de réfugié. D'un autre côté, la résolution du Conseil de sécurité interdit simplement l'entrée dans d'autres États et n'évoque pas la question du statut de réfugié, de telle sorte qu'on peut estimer que le statut de réfugié, en tant qu'aspect du « respect des droits de l'Homme » (article 1 § 3 de la *Charte des Nations Unies*) pourrait l'emporter sur l'interdiction et que chaque cas devrait être examiné à la lumière de ses propres faits.

192. HCR, *Processus d'asile (procédures d'asile justes et efficaces)*, UN doc. EC/CG/01/12, 31 mai 2001, paragraphe 29. Voir aussi, HCR *Overview of Protection Issues in Western Europe : Legislative Trends and Positions Taken by UNHCR*, 1(3) *European Series*, 1995, p. 10.

193. Voir HCR, *Security Concerns*, *supra* note 25, paragraphes 7 et 16.

194. Voir *supra* note 26, paragraphe 9. Voir également, HCR, *Determination of Refugee Status of Persons Connected with Organizations or Groups which Advocate and/or Practise Violence*, *supra* note 64, paragraphe 4. Cela ne signifie pas qu'il ne pourrait pas y avoir d'unités spécialisées dans l'exclusion, qui pourraient procéder rapidement à la détermination du statut du demandeur d'asile, tout en effectuant parallèlement une évaluation appropriée en fait et en droit. Voir HCR, *Security Concerns*, *supra* note 25, paragraphes 7 et 16.

195. Voir Commission européenne, *Proposition de directive du Conseil relative à des normes minimales concernant la procédure d'octroi et de retrait du statut de réfugié dans les États membres*, COM(2000) 578 final, 20 septembre 2000, article 28 § 2.

ailleurs relever du statut de réfugié¹⁹⁶. En effet, le fait d'appliquer l'article 1 F avant l'article 1 A 2, indique une présomption que tous les demandeurs d'asile sont susceptibles d'être exclus du statut de réfugié¹⁹⁷. Étant donné que l'article 1 F parle de « crimes » et de « culpabilité », on pourrait s'attendre à ce que les autorités de l'immigration adoptent une présomption d'innocence et appliquent d'abord l'article 1 A 2. En pratique, lorsque le HCR mène lui-même la procédure de détermination, ses officiers chargés de la détermination du statut examinent le cas du demandeur d'asile au regard de l'article 1 A 2 jusqu'à ce que l'étape suivante consiste à accorder le statut de réfugié et c'est seulement à ce moment-là qu'ils examinent si l'intéressé relève de l'exclusion au sens de l'article 1 F¹⁹⁸.

Néanmoins, en cas de nécessité, une distinction peut être faite entre l'alinéa b) de l'article 1 F et les alinéas a) et c)¹⁹⁹. Tandis que l'article 1 F fait référence en général à « des personnes » dont on aura des raisons sérieuses de penser qu'elles relèvent des alinéas a), b) ou c), seul l'alinéa b) précise que le crime grave de droit commun a été commis avant que les personnes soient admises comme « réfugiées ». Il se peut qu'il soit spécifiquement prévu que le statut de réfugié soit toujours déterminé, avant d'examiner si l'article 1 Fb) exclut le demandeur d'asile²⁰⁰.

B. Situations d'afflux massif²⁰¹

Pendant les situations d'afflux massif, lorsque procéder à un examen individuel est impossible d'un point de vue pratique, la priorité consiste à fournir de l'aide et des mesures urgentes de protection de manière à préserver la vie. Forcément, une

196. D'aucuns soutiennent, sur la base de l'article 14 § 2 de la *DUDH*, que dans le cas où des poursuites sont réellement fondées sur un crime de droit commun, ou sur des agissements contraires aux buts et aux principes des Nations Unies, les personnes ne peuvent pas chercher asile en vertu de l'article 14 § 1 et, par conséquent, ne peuvent même pas être considérées pour l'obtention du statut de réfugié au sens de l'article 1 A 2 de la *Convention de 1951*. Cet argument est cependant fallacieux, en partie parce que l'article 1 A 2 appartient à une convention juridiquement contraignante, tandis que la *DUDH* est une simple déclaration, et, en partie, parce que cela revient à essayer d'interpréter l'article 1 F via le prisme de l'article 14 § 2 — si tout est déterminé par référence à l'article 14 § 2, alors non seulement l'article 1 A 2 mais aussi l'article 1 F ne peuvent pas s'appliquer. Le fait de se référer à la *DUDH* pour priver les personnes de « droits » légaux est également intellectuellement malhonnête.

197. A propos des exclusions automatiques du statut de réfugié pour certains crimes, voir *Re Q.T.M.T.*, *supra* note 117.

198. Voir la réunion sur le thème « asile, terrorisme et extradition », *supra* note 87.

199. NB. *Gonzalez*, *supra* note 130, concernait l'article 1 Fa).

200. Dans *Re S.K.*, Refugee Appeal No. 29/91, New Zealand Refugee Status Appeals Authority, 17 février 1992, il était implicite dans le raisonnement de l'instance de recours, que l'article 1 Fb) devait seulement être appliqué après que le demandeur d'asile a été considéré comme réfugié.

201. Voir M. Bliss, « 'Serious Reasons for Considering' : Minimum Standards of Procedural Fairness in the Application of the Article 1F Exclusion Clauses », 12 *International Journal of Refugee Law*, 2000 (Supp.), pp. 129 et suivantes.

aide peut être fournie à une personne qui tomberait sous le coup de l'exclusion au sens de l'article 1 F. Dans ces situations, le HCR donne la priorité à l'aide et aux mesures urgentes de protection²⁰². Cela est cependant fondé sur la présomption que la détermination du statut suivra aussitôt que possible d'un point de vue pratique. Ce dispositif doit inclure la question de la garantie de la sécurité du personnel non armé du HCR lorsqu'il effectue la procédure de détermination et d'exclusion.

Il est fréquent que le HCR soit présent sur le terrain pour gérer un afflux transfrontalier massif plusieurs semaines avant que toute opération de maintien de la paix, soutenue par le Conseil de sécurité, ne soit déployée. Si les forces de sécurité du pays d'accueil ne peuvent pas être utilisées pour désarmer les personnes se trouvant dans les camps, la procédure de détermination du statut, et les exclusions qui peuvent en résulter, peuvent alors se révéler impossibles en pratique, mais le HCR peut toujours commencer par interroger les personnes se trouvant dans les camps, sous réserve d'assurer la sécurité de son personnel, afin de recueillir des informations qui pourraient être utiles dans l'avenir, une fois la situation améliorée. Même dans les situations d'afflux transfrontalier massif, le HCR ne devrait pas agir comme une simple organisation d'aide humanitaire, mais s'engager, autant que possible, dans sa fonction principale de protection des réfugiés²⁰³. Un autre problème difficile survient lorsque le Conseil de sécurité proscrit une organisation politique donnée et exige que les États refusent l'entrée à ses responsables de rang hiérarchique élevé, comme cela a été le cas avec le mouvement rebelle UNITA en Angola²⁰⁴. Néanmoins,

202. Voir HCR, *Note relative aux clauses d'exclusion*, supra note 5, paragraphes 22 et suivants. Voir aussi supra note 24. Si toute personne traversant la frontière est traitée comme un réfugié *prima facie*, il ne devrait alors pas être possible d'exclure ultérieurement en vertu de l'article 1 F ; il faudrait prendre en considération le danger que le réfugié représente pour le pays d'accueil en vertu de l'article 33 § 2. Cependant, comme il ne s'agit que d'une évaluation initiale et par présomption du statut de réfugié, une évaluation complète et adéquate doit donc être effectuée par la suite, dans le cadre de laquelle l'exclusion au sens de l'article 1 F est permise.

203. Voir HCR, *Le caractère civil de l'asile : séparer les éléments armés des réfugiés*, Consultations mondiales sur la protection internationale, 1^{re} réunion, UN doc. EC/GC/01/5, 19 février 2001 ; C. Beyani, « International Legal Criteria for the Separation of Members of Armed Forces, Armed Bands and Militia from Refugees in the Territories of Host States », 12 *International Journal of Refugee Law*, 2002 (Supp.), p. 251. Notons que séparer ne signifie pas exclure.

204. La résolution 1127 (1997) du Conseil de sécurité des Nations Unies, paragraphe 4 (réaffirmée par la résolution 1295 (2000) du Conseil de sécurité des Nations Unies, paragraphes 22-4 et par la résolution 1336 (2001)) interdit en vertu du chapitre VII de la *Charte des Nations Unies*, l'entrée de tous les responsables de rang hiérarchique élevé de l'Union Nationale pour l'Indépendance Totale de l'Angola (UNITA) dans tous les autres États. Par conséquent, on peut soutenir que, du fait des relations entre le Conseil de sécurité et tous les autres organes des Nations Unies, ces responsables pourraient être automatiquement exclus du statut de réfugié. D'un autre côté, la résolution du Conseil de sécurité interdit simplement l'entrée dans d'autres États et n'évoque pas la question du statut de réfugié, de telle sorte qu'on peut estimer que le statut de réfugié, en tant qu'aspect du « respect des droits de l'Homme » (article 1 § 3 de la *Charte des Nations Unies*) pourrait l'emporter sur l'interdiction, et que chaque cas devrait être examiné à la lumière de ses propres faits.

dans les situations d'afflux massif, les personnes proscrites seront mêlées à un mouvement plus général de population, incluant les personnes manifestement non exclues. C'est pourquoi l'hypothèse d'inclusion *prima facie*, suivie d'une procédure de détermination du statut, peut toujours fonctionner.

C. Poursuites relatives aux crimes relevant de l'article 1 F

Tandis qu'en 1951 seuls les motifs traditionnels de compétence existaient pour permettre les poursuites devant les cours pénales nationales²⁰⁵, les évolutions depuis lors permettent de poursuivre les auteurs de crimes relevant de l'article 1 F dans beaucoup plus de situations. Le TPIY et le TPIR²⁰⁶ représentent les interventions internationales les plus importantes pour garantir que des crimes internationaux majeurs ne restent pas impunis, bien que, compte tenu des limites géographiques et temporelles auxquelles ces tribunaux sont soumis, ils n'apportent qu'une petite contribution à la lutte contre l'impunité. La Cour pénale internationale pourrait très bien s'avérer être une institution efficace pour les poursuites relatives aux crimes relevant de l'article 1 F, en fonction du nombre d'États ratifiant le Statut²⁰⁷. Alors que l'article 12 requiert normalement que la Cour pénale internationale ne sera compétente que lorsque l'État sur le territoire duquel les crimes visés à l'article 5 ont été commis, ou dont la personne accusée est un ressortissant est Partie au Statut, l'article 12 § 3 dispose qu'un État « peut, par déclaration déposée auprès du Greffier, consentir à ce que la Cour exerce sa compétence à l'égard du crime dont il s'agit ».

Le Conseil de sécurité, de même que les États parties, peuvent déférer des affaires au Procureur, mais ce dernier peut aussi agir de sa propre initiative au vu de renseignements provenant, notamment, d'organisations non gouvernementales ou d'individus. La Cour pénale internationale ne représente pas la panacée pour garantir la non-impunité en matière de crimes relevant de l'article 1 F, mais elle représente une autre voie pour engager des poursuites, plutôt que de renvoyer une personne vers un État où sa vie ou sa liberté serait menacée²⁰⁸.

205. Il s'agit du principe territorial, du principe de la personnalité active, du principe de protection, du principe de représentation et de la compétence universelle. Certains États reconnaîtraient également le principe de la personnalité passive. Voir, de manière générale, Gilbert 1998, *supra* note 59, chapitre 3.

206. Voir *supra* note 33.

207. Voir *supra* note 35. Ayant obtenu les soixante ratifications requises (article 126), le Statut devrait entrer en vigueur le 1^{er} juillet 2002.

208. Techniquement, la CPI doit déférer les affaires aux États ayant compétence, en vertu du principe de complémentarité (Préambule, paragraphe 10 et articles 1 et 17), mais si cet État est incapable « de mener véritablement à bien l'enquête ou les poursuites », la Cour peut avoir la primauté. Un procès contraire aux règles normales de la justice et à la procédure prévue par la loi dans un État, prouverait que cet État est incapable de « mener autrement à bien la procédure » (article 17 § 3)). Voir également la lecture large des États réticents et l'article 17 § 2 c) : « la procédure n'a pas été, ou n'est pas, menée de manière indépendante ou impartiale, mais d'une manière qui, dans les circonstances, est incompatible avec l'intention de traduire *en justice* la personne concernée » (c'est nous qui soulignons). Voir en général l'article 21. Il serait étrange si, en se limitant à une interprétation étroite de l'article 17, la

En outre, l'obligation pesant sur les États de poursuivre les crimes internationaux a connu des développements majeurs, en particulier au cours des trente dernières années. En 1951, seules des violations graves des *Conventions de Genève de 1949* imposaient une compétence universelle²⁰⁹. Depuis lors, les conventions multilatérales des Nations Unies en matière de lutte contre le terrorisme ont adopté sans réserve le principe *aut dedere, aut judicare*²¹⁰. De manière encore plus intéressante cependant, le droit de l'extradition, qui reflète une préoccupation plus humanitaire que le droit international des réfugiés, se refuse depuis longtemps à livrer un délinquant fugitif lorsque son traitement ne serait pas conforme aux droits de l'Homme et aux libertés fondamentales²¹¹. Dans l'affaire *Compétence universelle (Autriche)*²¹², la Cour suprême d'Autriche a jugé qu'elle pouvait s'attribuer une compétence juridictionnelle par représentation :

L'État qui extradé a également le droit, dans les cas où l'extradition pour une raison ou une autre n'est pas possible, bien que selon la nature de l'infraction elle devrait être permise, de mener à bien les poursuites et d'imposer une sanction, au lieu que cette action soit effectuée par l'État demandeur.

L'affaire *Déserteur hongrois (Autriche)*²¹³ concernait le meurtre d'un garde-frontière par un soldat hongrois désertant vers l'Ouest pendant la guerre froide. La Cour suprême a de nouveau exercé sa compétence sur le fugitif, l'extradition ayant été refusée en partie parce que sa vie ou sa liberté aurait été menacée, s'il avait été livré après avoir fui pour des raisons politiques. La crainte de l'impunité ne devrait pas être utilisée comme excuse pour refouler. S'il était généralement accepté que lorsqu'un cas relevant de l'article 1 F apparaît au cours de la procédure de détermination du statut de réfugié, il doit être déféré aux autorités nationales chargées des

CPI refusait d'affirmer sa compétence sur une affaire, parce que l'État dans lequel le crime a été commis faisait valoir sa primauté, même s'il était manifeste qu'aucun procès équitable de l'intéressé ne pourrait jamais avoir lieu. Étant donné que l'État dans lequel le fugitif accusé est retrouvé ne le livrerait pas, en raison de la crainte du traitement auquel il serait soumis, la CPI serait complice d'un procès inéquitable, et éventuellement d'un crime contre l'humanité, si elle le déférait à la juridiction de l'État où le crime a eu lieu (article 7 § 1 e) et h)).

209. Voir *supra* note 49. Bien que le pillage *jure gentium* devait également faire l'objet de poursuites de la part de tous les États, même s'il ne s'agissait pas d'une obligation absolue, comme dans le cas des *Conventions de Genève*. Voir G.E. White, « The Marshall Court and International Law : the Piracy Cases », 83 *American Journal of International Law*, 1989, p. 727. La *Convention de 1948 contre le génocide*, *supra* note 31, était fondée sur la compétence territoriale et l'espoir qu'une cour criminelle internationale serait instaurée aux fins d'engager des poursuites pour les crimes prévus par la Convention (voir article VI).

210. Voir *supra* note 20.

211. *R. c. Governor of Brixton Prison, ex parte Kolczynski et al.*, *supra* note 93, p. 551 par Lord Goddard CJ : « raisons d'humanité commune ».

212. Cour suprême d'Autriche (*Oberster Gerichtshof*), OGH Serie Strafsachen XXIX No. 32 ; 28 ILR 341 à 342, 1958 (traduction libre).

213. Cour suprême d'Autriche (*Oberster Gerichtshof*), ÖR 38 (1960) p. 96 ; 28 ILR 343, 1959.

poursuites²¹⁴, alors l'auto-attribution d'une compétence de juridiction, lorsque le renvoi vers le pays d'origine ne devrait pas avoir lieu, ne violerait pas les principes de reconnaissance mutuelle des compétences juridictionnelles en droit international.

D. Niveau de preuve pour l'article 1 F et appartenance au groupe²¹⁵

L'article 1 F exige qu'il y ait des « raisons *sérieuses* de penser » qu'un ou plusieurs alinéas est satisfait²¹⁶. L'article 1 F interdit donc, implicitement, l'application d'exclusions automatiques du statut de réfugié, fondées sur une liste de crimes²¹⁷ ; l'article 1 F, dans son ensemble, exige une détermination individuelle au cas par cas. Les exclusions automatiques ne permettent pas l'exercice d'un droit de recours effectif à l'encontre d'une restriction à une garantie en matière de droits fondamentaux de l'Homme. Cela ne revient néanmoins pas à exiger que l'audience de détermination du statut fasse état de suffisamment de preuves pour justifier un verdict de culpabilité suite à un procès pénal. Par analogie avec l'article 33 § 2, où sont exigées simplement des raisons sérieuses (« *reasonable grounds* » en anglais) de considérer le réfugié comme un danger pour la sécurité du pays de refuge, ceci s'appuyant sur la commission par ce réfugié dans ce pays d'un crime ou délit particulièrement grave, pour lequel il doit exister une condamnation définitive, ce qui signifie que le réfugié doit avoir été jugé coupable suite à un procès pénal. Par conséquent, les « raisons *sérieuses* de penser » (« *serious reasons* » en anglais) que le demandeur d'asile a commis un crime, ou qu'il est coupable d'un acte relevant de l'article 1 F, doivent au moins approcher le niveau de preuve nécessaire à une condamnation pénale de l'intéressé²¹⁸. De la même manière, il n'y a aucun doute sur le fait que la charge de la

214. Voir, par exemple, le séminaire d'Amsterdam, *supra* note 11, *Conclusions and Recommendations*, section 5 *Legal/Criminal Proceedings to be Applied if Article 1F is Applied*, et Secrétaire d'État à la Justice des Pays-Bas, *Section 1F of the Convention on Refugees*, *supra* note 15, p. 46. Cf. Timmer, Soffers et Handmaker, *supra* note 175, titre 7.

215. Voir M. Bliss, « 'Serious Reasons for Considering' : Minimum Standards of Procedural Fairness in the Application of the Article 1F Exclusion Clauses », 12 *International Journal of Refugee Law*, 2000 (Supp.) p. 92, en particulier pp. 99-100 et 115-17.

216. Cf. article 33 § 2 qui requiert seulement des « raisons sérieuses » (« *reasonable grounds* » en anglais) de considérer le réfugié comme un danger.

217. Voir *Q.T.M.T.*, *supra* note 117.

218. Bien entendu, l'article 33 § 2 requiert que le réfugié ait été l'objet d'une condamnation définitive pour un crime ou délit particulièrement grave, mais l'analyse des « motifs sérieux » (« *reasonable grounds* » en anglais) concerne la menace pour la communauté, ce qui signifie que le réfugié a commis un crime ou délit particulièrement grave *et* qu'il existe des raisons sérieuses de le considérer comme une menace pour la communauté du pays d'accueil — c'est-à-dire des raisons sérieuses de le considérer comme un danger pour la sécurité du pays. Pour sa part, l'article 1 F requiert « des raisons sérieuses de penser » (« *serious reasons* » en anglais) que le demandeur d'asile a enfreint l'alinéa a), b) ou c). Tout d'abord, il est impossible de concevoir comment une personne pourrait avoir des « raisons

preuve incombe à l'État qui invoque des raisons sérieuses de penser que le demandeur d'asile devrait être exclu²¹⁹.

Des difficultés surviennent lorsque la simple appartenance à un groupe, dont les activités relèvent de l'article 1 F, suffit pour exclure le demandeur d'asile. Le HCR a exprimé sa préférence pour une liste d'organisations terroristes internationales acceptée au plan international, plutôt que des listes établies par chaque pays, afin de faciliter une application cohérente entre les différents décideurs nationaux²²⁰. Si l'appartenance peut être considérée comme un critère pertinent pour les déterminations relevant de l'article 1 F, la seule appartenance ne peut pas être suffisante en soi²²¹. Le HCR estime que le demandeur d'asile doit avoir une « responsabilité directe » ou être « associé activement à des actes, quoiqu'ils soient commis par d'autres », avant que l'appartenance puisse suffire pour exclure²²². Dans l'affaire *Ramirez*²²³, la Cour d'appel fédérale du Canada a jugé qu'une « participation personnelle et consciente » est nécessaire. Dans l'affaire *Suresh*²²⁴, le juge Robertson, présentant le jugement de la Cour d'appel fédérale, a soutenu :

Je suis satisfait de pouvoir raisonnablement conclure qu'une personne est « membre » d'une organisation si elle se consacre à plein temps ou presque à l'organisation, si elle est associée à des membres de l'organisation et si elle collecte des fonds pour l'organisation.

sérieuses » sans avoir au moins des « motifs sérieux ». Mais cela montre aussi le danger de s'inspirer trop largement du droit de l'extradition pour interpréter l'article 1 F. Le droit de l'extradition pourrait n'exiger que des preuves *prima facie* pour permettre de livrer un fugitif (et encore seulement dans les juridictions de *common law*), mais c'est parce que le but est de renvoyer le fugitif pour qu'il fasse l'objet d'un procès pénal dans l'État demandeur — l'audience dans le cadre de l'extradition n'est pas censé faire office de procès complet. Cependant, avant d'exclure le demandeur d'asile au titre de l'article 1 F, le tribunal doit considérer qu'il existe des raisons sérieuses de penser qu'il a commis ce crime — il se peut qu'il n'y ait pas de procès suite à l'exclusion, juste une persécution. La différence est que la détermination du statut de réfugié constitue le jugement définitif il est donc injustifié et inapproprié de raisonner par analogie avec les audiences dans le cadre de l'extradition.

219. Timmer, Soffers et Handmaker, *supra* note 175, titre 4.

220. HCR, *Security Concerns*, *supra* note 25, paragraphe 18. Voir les mesures de lutte contre le terrorisme adoptées par l'UE, *supra* note 77, 2001/931/PESC, Annexe titre 2.

221. Voir le séminaire d'Amsterdam, *supra* note 11, *Conclusions and Recommendations*, titre 2 « Burden of Proof », paragraphe III. Il faut remarquer que le fait de distinguer un groupe de personnes en raison de leur race, de leur religion ou de leur pays d'origine serait discriminatoire et contraire à l'article 3 de la *Convention de 1951*.

222. Voir HCR, *Determination of Refugee Status of Persons Connected with Organizations or Groups Which Advocate and/or Practise Violence*, *supra* note 64, paragraphe 16. Cependant, à la suite des événements tragiques du 11 septembre 2001, le HCR a indiqué qu'il pourrait exister une présomption réfutable de responsabilité individuelle lorsque le demandeur d'asile appartient à un « groupe terroriste international extrémiste » (HCR, *Security Concerns*, *supra* note 25, paragraphe 18 ; cf. paragraphe 19). Cette position est inutile, potentiellement ambiguë et difficile à justifier lorsqu'il s'agit d'une restriction à des droits de l'Homme.

223. Voir *supra* note 188. Voir titre 19 § 1 e) iv), f) iii) et g) de la loi sur l'immigration.

224. Voir *supra* note 142, paragraphe 8. Pour la Cour suprême du Canada, l'accent portait sur ce qui constitue du terrorisme au sens de la législation interne canadienne. Voir paragraphes 98, 108 et 110.

D'après les informations détaillées qui existent, les tribunaux sont facilement satisfaits par les raisons sérieuses de considérer que le demandeur d'asile devrait être exclu. Bien qu'une audience de détermination du statut de réfugié ne puisse jamais reproduire un procès pénal, l'exclusion est justifiée seulement lorsqu'il existe des preuves solides²²⁵ que le demandeur d'asile a commis un crime relevant de l'article 1 Fa) ou b) ou qu'il est coupable d'agissements contraires aux buts et aux principes des Nations Unies — il est nécessaire de disposer de preuves sérieuses de responsabilité pénale individuelle. A plusieurs égards, c'est le laxisme en matière de niveau de preuve qui remet en question la façon dont les États appliquent l'article 1 F. L'interprétation de l'article 1 F peut être débattue, mais si un certain niveau de preuve était exigé dans chaque cas individuel, il y aurait moins de problèmes d'abus des clauses d'exclusion.

E. Motifs d'exonération de l'exclusion

Lorsque des crimes définis à l'article 1 F ont été commis en connaissance de cause et par choix moral²²⁶, il est difficile d'imaginer, en pratique, que le demandeur d'asile puisse trouver une justification à son comportement. Dans ce contexte, une justification est un motif permettant d'excuser une conduite qui, autrement, constituerait une preuve de culpabilité — lorsque l'indispensable élément psychologique (*mens rea*) fait défaut, le crime est réputé n'avoir pas été commis et il est donc inapproprié de parler de moyens de défense²²⁷. L'obéissance aux ordres des supérieurs n'est pas un motif d'exonération en cas de crimes de guerre²²⁸. De même, il est impossible de concevoir comment le génocide ou les crimes contre l'humanité pourraient, par exemple, être une nécessité. La contrainte a cependant parfois été reconnue comme un moyen de légitime défense pour certains crimes définis à l'article 1 F²²⁹. Si un tribunal pénal estime que le détournement d'avion est excusé par la contrainte, alors un pirate de l'air ne devrait pas être exclu en vertu de l'article 1 F dans ces mêmes circonstances, mais une telle appréciation sera rare²³⁰.

225. La phrase est de P. White, un juge spécialisé en droit des réfugiés en Australie, membre de l'Association internationale des juges du droit des réfugiés.

226. Voir HCR, *Exclusion Guidelines*, supra note 26, paragraphes 41 et suivants. La situation des enfants soldats ayant commis des crimes de guerre est délicate : voir *infra*.

227. Voir les articles 31 et 32 du *Statut de Rome*, supra note 35.

228. Voir le Principe IV des *Principes de Nuremberg*, UNGAOR, V, Supp. 12 (A/1316), pp. 11-14, 1950, paragraphes 119-24. Voir également supra note 56 et le texte associé.

229. Voir HCR, *Exclusion Guidelines*, supra note 26, paragraphe 78. Voir aussi *Abdul Hussain*, supra note 60 et la discussion mentionnée supra note 129.

230. La position est confuse parce qu'il existe une série d'affaires, relatives à l'exemption pour infraction politique en droit de l'extradition, où les personnes fuyant des régimes répressifs ont été considérées comme ayant commis des crimes politiques. Selon cette analyse, le détournement d'avion peut donc, dans certaines circonstances, se trouver hors du champ d'application de l'article 1 Fb). Voir *Kolczynski et Kavic*, supra note 93, bien que les deux affaires soient antérieures aux *Conventions des Nations Unies contre le détournement d'aéronefs*. Voir également HCR, *Exclusion Guidelines*, supra note 26, paragraphes 69 et 70.

L'effet d'une amnistie constitue une question connexe. En droit de l'extradition, les amnisties prononcées par l'État demandeur sont un moyen de défense vis-à-vis d'une demande de reddition. D'un autre côté, dans la mesure où il ne pourra jamais y avoir d'amnistie pour les personnes ayant perpétré un génocide, toutes les amnisties, si elles doivent être reconnues, doivent avoir été volontairement accordées par un gouvernement légitime et représentatif²³¹.

Étant donné la nature des crimes prévus à l'article 1 F et la volonté d'éviter l'impunité, il est peu surprenant de constater qu'il n'existe que quelques motifs d'exonération *en pratique*.

F. Passage du temps et exclusion

Le passage du temps annule-t-il l'article 1 F ? Si une personne, ayant commis des crimes relevant de l'article 1 F dans le passé, renonce à ces méthodes, aura-t-il droit au statut de réfugié après qu'un temps suffisamment long s'est écoulé ? Le HCR propose que, lorsque les crimes relevant de l'article 1 F sont suffisamment lointains dans le temps et que les conditions de vie du demandeur d'asile ont changé, ce dernier soit en mesure de demander le statut de réfugié²³². Selon le paragraphe 157 du *Guide*²³³, la question centrale est de savoir si les antécédents criminels du demandeur d'asile l'emportent encore sur les autres considérations — certains crimes sont tellement odieux que la criminalité de leur auteur l'emportera toujours. L'État envisageant d'accorder le statut de réfugié doit également toujours garder à l'esprit que, si le demandeur d'asile soutient toujours les activités d'une organisation luttant contre le gouvernement d'un autre État, ce dernier peut toujours considérer le statut de réfugié comme une marque de soutien en faveur des rebelles²³⁴.

G. Exclusion et mineurs²³⁵

Il n'existe pas d'âge minimum fixé au plan international pour la responsabilité pénale²³⁶. De la même façon, il n'existe pas d'équivalent à l'article 1 F dans

231. Voir l'amnistie accordée par le régime Pinochet à l'égard des crimes commis dans les années 1970 au Chili. Voir *R. c. Bartle and the Commissioner of Police for the Metropolis and Others, ex parte Pinochet* ; *R. c. Evans and Another and the Commissioner of Police for the Metropolis and Others, ex parte Pinochet (en appel de la Divisional Court de la Queen's Bench Division)*, [1999] 2 WLR 827. Cf. article 6.5 du Protocole II, 1977, *supra* note 18 et HCR, *Exclusion Guidelines*, *supra* note 26, paragraphe 56.

232. Voir HCR, *Determination of Refugee Status of Persons Connected with Organizations or Groups Which Advocate and/or Practise Violence*, *supra* note 64, paragraphes 18 et 19.

233. Voir *supra* note 7.

234. En 1998-99, l'Angola a prétendu que la Zambie soutenait le mouvement rebelle de l'UNITA parce qu'elle avait permis l'installation de camps de réfugiés à l'intérieur de ses frontières. Voir également, l'affaire *Nicaragua*, *supra* note 172.

235. Pour une perspective canadienne, voir J. Rikhof, *Criminal Responsibility of Child Soldiers*, Citoyenneté et Immigration Canada, Mémoire interne, 1^{er} mai 2000, remis au HCR dans le cadre des Consultations mondiales sur la protection internationale.

236. Voir l'article 40 de la *Convention relative aux droits de l'enfant*, *supra* note 54.

l'article 22 de la *Convention relative aux droits de l'enfant*²³⁷. Le *Statut de Rome* prévoit que la CPI n'a pas compétence à l'égard d'« une personne qui était âgée de moins de dix huit ans au moment de la commission prétendue d'un crime »²³⁸. Il devrait néanmoins être possible d'exclure des demandeurs d'asile âgés de moins de dix-huit ans lorsqu'ils ont commis des actes relevant de l'article 1 F²³⁹. Les enfants soldats pourraient être exclus en raison de leur participation à des génocides, des crimes de guerre ou des crimes contre l'humanité, à moins qu'ils ne puissent démontrer leur absence de capacité psychologique (*mens rea*). Le HCR a cependant affirmé que, même si l'on applique l'article 1 F à un enfant, il devrait toujours être protégé contre le refoulement, en partie parce que « le fait qu'un enfant ait été un combattant peut renforcer le risque et aggraver le degré de persécution à laquelle il serait exposé en cas de retour »²⁴⁰.

Les réponses apportées aux enfants demandeurs d'asile qui relèveraient de l'article 1 F, doivent tenir compte de l'âge. Il n'appartient pas au HCR de concevoir des mécanismes et des procédés répondant aux besoins des enfants susceptibles d'avoir commis des crimes atroces et les États ne devraient pas contribuer au traumatisme des enfants en se lavant les mains à leur propos, au moyen du processus d'exclusion du statut de réfugié.

H. Implications de l'exclusion pour les membres de la famille

Normalement, lorsque le chef de famille se voit accorder le statut de réfugié, le principe de l'unité de famille permet au reste de la famille d'obtenir un statut de réfugié « dérivé ». Le corollaire ne devrait cependant pas être que, lorsque le chef de famille est exclu, le reste de la famille l'est aussi. L'article 1 F vise les personnes ayant commis des crimes, ou coupables d'agissements contraires aux buts et aux principes des Nations Unies, et il ne devrait pas y avoir d'exclusion par association²⁴¹. Les autres membres de la famille devraient avoir le droit de prouver qu'ils peuvent être reconnus réfugiés à titre personnel²⁴². En effet, le fait que le chef de famille ait été exclu peut très bien constituer une preuve supplémentaire que les autres membres de la famille risquent des persécutions. Il faudrait également ren-

237. Voir *supra* note 54.

238. Article 26. Cf. *Procureur c. Drazen Erdemovic*, Tribunal pénal international pour l'ex-Yougoslavie, jugement de la chambre d'appel, Affaire No. IT-96-22-A, 7 octobre 1997.

239. Voir HCR, *Exclusion Guidelines*, *supra* note 26, paragraphe 14.

240. Voir la lettre du HCR, réf. HO/98/23-50/7, 25 septembre 1998, adressée au Secrétaire d'État à la Justice des Pays-Bas.

241. Voir également l'article 10 de la *Convention relative aux droits de l'enfant*, *supra* note 54.

242. Voir le séminaire d'Amsterdam, *supra* note 11, *Conclusions and Recommendations*, titre 6, « Spouses of Excluded Persons ». Il faut remarquer que la personne exclue ne doit pas être en mesure d'éviter l'exclusion en invoquant le principe de l'unité de famille. Même si le Pakistan a expulsé l'ancien ambassadeur taliban, Abdul Salam Zaef, vers l'Afghanistan le 5 janvier 2002, ses deux épouses et ses six enfants peuvent avoir l'autorisation de rester : *The Guardian*, 7 janvier 2002, p. 12.

voyer aux différents principes directeurs relatifs à l'interprétation de la *Convention de 1951* prenant en compte le genre. Dans la plupart des cas, la personne exclue sera un homme, que ce soit le mari, le père ou le frère. Il se peut que l'État de nationalité soit un régime répressif où les femmes n'ont aucun moyen d'exprimer leurs opinions en public, avec la conséquence qu'elles ne parviendront pas à être reconnues comme des réfugiés traditionnels. Une approche de la détermination du statut prenant en compte le genre permettrait de reconnaître la persécution par association et, effectivement, la persécution comme conséquence de la structure sexiste de la société²⁴³.

VI. Autres mécanismes de protection

Dans la mesure où le non-refoulement prévu à l'article 33 de la *Convention de 1951* s'inspire des principes du droit international des droits de l'Homme, les développements relatifs à ce domaine devraient nécessairement influencer l'interprétation de la *Convention de 1951*. Le fait que le droit international des droits de l'Homme soit plus large et plus protecteur que l'article 33 doit, par conséquent, conduire à reconsidérer la définition restrictive donnée au non-refoulement selon la Convention. Cependant, comme la *Convention de 1951* confère à l'intéressé un statut en droit international beaucoup plus étendu que la simple absence de renvoi²⁴⁴, il n'est pas surprenant que le droit international des droits de l'Homme protège le demandeur d'asile lorsque le statut de réfugié lui est refusé. Il est important que le droit international des droits de l'Homme ne se détache pas trop du non-refoulement, qui devrait être toujours inspiré par les mêmes développements²⁴⁵. Les États ne devraient pas s'en tenir à une interprétation étroite et restrictive de la *Convention de 1951* au motif

243. A savoir, *Islam and Shah c. Secretary of State for the Home Department*, Chambre des Lords du Royaume-Uni [1999] 2 AC 629.

244. Voir les articles 3–30 de la *Convention de 1951*, *supra* note 1. Sur ce statut indéterminé du non-renvoi, voir le séminaire d'Amsterdam, *supra* note 11, *Conclusions and Recommendations*, titre 4, « Further Action and Status of Cases for Which Exclusion under Art. 1F is Applied ».

245. Il ne s'agit pas ici d'une tentative d'examen de la portée et de l'étendue du principe coutumier de non-refoulement. Voir Goodwin-Gill, *supra* note 4, pp. 167–71 ; et le chapitre sur le non-refoulement rédigé par E. Lauterpacht et D. Bethlehem figurant dans cette publication. Dans de nombreux cas où le statut de réfugié est refusé par application de l'article 1 F, l'État d'accueil accorde tout de même des formes complémentaires de protection. L'exclusion dans le cadre de la protection temporaire plutôt que du statut de réfugié doit, cependant, toujours être conforme aux normes des droits de l'Homme en matière de non-renvoi. Les pirates de l'air afghans arrivés au Royaume-Uni en 1999 se sont, pour la plupart, vu refuser le statut de réfugié mais ils n'ont pas été renvoyés en Afghanistan : *The Guardian*, 28 juillet 2000, p. 7. Plusieurs d'entre eux ont été condamnés pour détournement d'aéronef : voir *The Guardian*, 7 décembre 2001, p. 10 et 19 janvier 2002, p. 9.

que les demandeurs d'asile sont protégés par les instruments internationaux de protection des droits de l'Homme²⁴⁶.

Les principales garanties contre le renvoi en droit international des droits de l'Homme se trouvent dans l'article 3 de la *Convention contre la torture*²⁴⁷ et dans l'article 3 de la *Convention européenne des Droits de l'Homme*²⁴⁸. Toute personne relevant de la compétence d'un État partie à ces traités ne doit pas être renvoyée vers un lieu où son droit à être protégée contre la torture²⁴⁹ ne sera pas respecté²⁵⁰. Les traités de défense des droits de l'Homme protègent toute personne :

lorsqu'il y a des motifs sérieux et avérés de croire que l'intéressé, si on l'expulse vers le pays de destination, y courra un risque réel d'être soumis à un traitement contraire à l'article 3. Dans ce cas, l'article 3 implique l'obligation de ne pas expulser la personne en question vers ce pays²⁵¹.

Même en considérant que le réfugié constituait un danger pour la sécurité nationale, la décision *Chahal*²⁵² a jugé que ces questions ne pouvaient pas être un

246. Par exemple, la *Convention contre la torture* fait désormais partie du droit interne américain et sa protection est absolue. Il y a une autre question difficile, relative à la façon dont cette interprétation restrictive est exportée vers les États où il n'existe pas de position de repli fondée sur des garanties internationales en matière de droits de l'Homme. Il est toujours possible pour les États parties à la *Convention de 1951* d'appliquer leur propre analyse et d'accorder le statut de réfugié là où des États en Europe de l'Ouest et en Amérique du Nord semblent désormais s'appuyer sur les garanties en matière de droits de l'Homme. La Tanzanie, État partie à la *Convention de l'OUA de 1969 sur les réfugiés*, a accordé le statut de réfugié pendant la crise des Grands Lacs, parce qu'elle savait que les Rwandais seraient tués en cas de retour. Lorsque un État n'a pas ratifié la *Convention de 1951*, la détermination du statut de réfugié est généralement effectuée par le HCR dans un but de réinstallation dans un État tiers, souvent en Europe de l'Ouest ou en Amérique du Nord. Le HCR sera alors confronté au dilemme que les États de réinstallation puissent rejeter le demandeur d'asile, si le statut de réfugié est cependant refusé, l'État d'accueil renverra la personne vers un lieu où sa vie ou sa liberté serait menacée. Une fois encore, le devoir sacré de protéger les réfugiés est plus large que la réponse étroite et protectionniste de certains États.

247. Voir *supra* note 136.

248. Voir *supra* note 137. Voir également l'article 7 du *PIDCP*, *supra* note 177 ; l'article 5 de la *Convention américaine de 1969 des Droits de l'Homme*, 9 ILM 673, 1970 et l'article 5 de la *Charte africaine des Droits de l'Homme et des Peuples de 1981*, 21 ILM 59, 1982.

249. Et, dans le cas de la *CEDH*, le droit à être protégé contre « les peines ou traitements cruels, inhumains ou dégradants » également. Sur la signification de la torture, voir l'article 1 de la *Convention contre la torture*, *supra* note 136 et *Selmouni c. France*, Requête No. 25803/94, 28 juillet 1999, *Labita c. Italie*, Requête No. 267772/95, 6 avril 2000 (toutes deux dans le cadre de la Cour européenne des droits de l'Homme).

250. Voir *Mutombo c. Suisse*, Communication No. 13/1993, CAT/C/12/D/13/1993, 27 avril 1994, paragraphe 9.3 ; *Khan c. Canada*, Communication No. 15/1994, CAT/C/13/D/15/1994, 18 novembre 1994, paragraphe 12.2 ; *Chahal*, *supra* note 138.

251. *Chahal*, *supra* note 138, au paragraphe 74, voir généralement les paragraphes 74–80. Voir également *Jabari c. Turquie*, Appel No. 40035/98, 11 juillet 2000 (Cour européenne des droits de l'Homme).

252. Voir *supra* note 38. Cf. *Agee c. Royaume-Uni*, Commission européenne des droits de l'Homme, Requête No. 7729/76, 17 décembre 1976 ; 7 DR 164, 1977.

facteur à prendre en considération lorsqu'il y avait un réel danger de torture ou de peines ou traitements cruels, inhumains ou dégradants en cas de retour :

151. En pareil cas, vu le caractère irréversible du dommage pouvant se produire si le risque de mauvais traitements se concrétisait et vu l'importance que la Cour attache à l'article 3, la notion de recours effectif au sens de l'article 13 exige d'examiner en toute indépendance l'argument qu'il existe des motifs sérieux de redouter un risque réel de traitements contraires à l'article 3. Cet examen ne doit pas tenir compte de ce que l'intéressé a pu faire pour justifier une expulsion ni de la menace à la sécurité nationale éventuellement perçue par l'État qui expulse.

Ainsi, même si le droit international des réfugiés n'offre pas de protection pour les criminels graves de droit commun, le droit international des droits de l'Homme peut toujours être invoqué²⁵³. Néanmoins, une personne exclue en vertu de l'article 1 F de la *Convention de 1951* n'a pas besoin de se voir accorder un permis de résidence permanent si son renvoi est interdit par application de l'article 3 de la *Convention contre la torture* et de la *Convention européenne des Droits de l'Homme*²⁵⁴. La protection contre la torture en vertu des instruments des droits de l'Homme est toutefois absolue et n'autorise aucune dérogation²⁵⁵.

253. *Soering c. Royaume-Uni*, Série A, No. 161, 1989, une affaire d'extradition, mais qui constitue la base de *Chahal*, *supra* note 138. *Case of M.Singh and P.Singh*, *The Guardian*, 1 août 2000, p. 5, dans lequel la Commission spéciale d'appel en matière d'immigration (*Special Immigration Appeals Commission*) a considéré que les demandeurs d'asile ne remplissaient pas les critères d'octroi du statut de réfugié, mais ne devaient pas être renvoyés, par crainte de subir des tortures en Inde. Même la résolution 1373 du Conseil de sécurité des Nations Unies affirme que les normes internationales des droits de l'Homme doivent être respectées même quand il s'agit de terroristes.

254. Secrétaire d'État à la Justice des Pays-Bas, *Section 1F of the Convention on Refugees*, *supra* note 15, pp. 54-5. Cf. Timmer, Soffers et Handmaker, *supra* note 175, titre 6.

255. La Cour suprême du Canada doit être saluée pour avoir saisi l'opportunité d'annuler la décision erratique rendue par la Cour d'appel fédérale dans l'affaire *Suresh*, *supra* note 142. La décision de la Cour d'appel fédérale restreignait la portée du droit à être protégé contre la torture énoncé dans le *PIDCP* (paragraphe 25) et proposait qu'on puisse déroger à l'article 3 de la *Convention contre la torture* (paragraphe 27). Méconnaissant la formulation délibérée de l'Observation générale du Comité des droits de l'Homme au sujet de l'article 7 (20/37, CCPR/C/21/Add.3, 1982, paragraphe 6), la Cour d'appel fédérale a considéré qu'il ne pouvait être dérogé à cet article lorsqu'il s'agissait du traitement qu'une personne peut recevoir dans le cadre de la juridiction de l'État où il se trouve maintenant et qu'il pouvait y être dérogé si la torture n'aurait lieu que dans l'État vers lequel la personne serait renvoyée. Cette partie de la décision était très perverse et ne tenait aucun compte, par exemple, de l'affaire *Ng c. Canada*, UN doc. CCPR/C/49/D/469/1991, paragraphes 16.2-16.4, 1994, dans laquelle le Comité a considéré que l'exécution par asphyxie au gaz de cyanure, dans la mesure où elle pouvait provoquer des souffrances et une agonie prolongées et pouvait prendre plus de dix minutes, violait l'article 7 du *PIDCP* et que dès lors l'extradition vers les États-Unis représenterait une violation du Pacte par le Canada (voir également la Cour suprême du Canada dans l'affaire *États-Unis c. Burns*, 2001 SCC 7 File No. 26129, 15 février 2001). La Cour suprême du Canada a rejeté le raisonnement de la Cour d'appel fédérale : « Considéré en corrélation avec l'Observation générale No. 20, le Pacte [*PIDCP*] a clairement pour effet d'interdire à un État d'expulser une personne vers un pays où elle risque la torture » (paragraphe 67). L'interprétation de l'article 3 de la *Convention contre la torture* par la Cour d'appel fédérale pouvait difficilement être pire. En invoquant l'article 16, qui traite d'autres

VII. Conclusion

Les rédacteurs originels, tout en n'évoquant pas cette question de manière claire et unanime, ont fait état de leur préoccupation que le non-refoulement n'offre pas un moyen d'impunité pour les criminels graves de droit commun. Il existe désormais un grand nombre de mécanismes permettant de poursuivre les criminels graves de droit commun, même s'ils ne sont pas extradés vers le lieu où le crime a été commis (*locus delicti*).

1. Le principe *aut dedere, aut judicare* est plus fermement ancré dans la procédure et le droit pénal international, étant reconnu comme une obligation conventionnelle des États, et non pas comme une faculté²⁵⁶.

actes constitutifs de peines ou traitements cruels, inhumains ou dégradants qui ne sont pas des actes de torture, et vise à offrir une protection plus large au moyen de tout autre instrument international que la *Convention contre la torture* (article 16 § 2), la Cour d'appel fédérale a considéré que, comme l'article 33 § 2 de la *Convention de 1951* autorise le refoulement dans certaines circonstances, la *Convention contre la torture* doit également pouvoir le faire dans les mêmes circonstances. Cette opinion méconnaît totalement le préambule de la *Convention contre la torture* et les décisions du Comité contre la torture. Dans l'affaire *Paez c. Suède* (CAT/C/18/D/39/1996), le demandeur d'asile était un membre du Sentier lumineux et il avait participé, le 1^{er} novembre 1989, à une manifestation où il avait distribué des tracts et des bombes artisanales. Néanmoins :

14.5 Le Comité considère que le test de l'article 3 de la Convention est absolu. Lorsqu'il existe des raisons sérieuses de penser qu'une personne risquerait d'être soumise à la torture en cas d'expulsion vers un autre État, l'État partie est dans l'obligation de ne pas renvoyer l'intéressé vers cet État. La nature des activités dans lesquelles l'intéressé s'est engagée n'est pas une question pertinente à prendre en considération lorsqu'on applique l'article 3 de la Convention (traduction libre).

Voir également *Khan*, *supra* note 250, paragraphe 12.1 et *Ayas c. Suède* (CAT/C/21/D/97/1997) 12 novembre 1998, paragraphe 7. La Cour suprême du Canada a rejeté la position de la Cour d'appel fédérale (paragraphe 75) :

75. Nous en venons donc à la conclusion que l'interprétation qui s'impose est que le droit international rejette les expulsions impliquant un risque de torture. Il s'agit de la norme qui nous éclaire le plus sur le contenu des principes de justice fondamentale garantis à l'article 7 de la [Charte canadienne des droits et des libertés].

En matière d'interprétation des traités, dans l'affaire *Suresh*, la Cour d'appel fédérale n'a pas pris correctement en compte l'article 30 § 3 et § 4 de la *Convention de Vienne de 1969 sur le droit des traités*, *supra* note 3. L'article 30 § 1 de cette Convention énonce qu'elle est soumise à l'article 103 de la *Charte de l'ONU*, qui établit que, en cas de conflit entre les obligations des Membres des Nations Unies en vertu de la Charte et leurs obligations en vertu de tout autre accord international, les premières prévaudront. On peut soutenir que l'engagement des États, en vertu de l'article 56, de coopérer avec l'ONU en vue de promouvoir le respect des droits de l'Homme et des libertés fondamentales, énoncé à l'article 55.c) de la Charte, implique que les États donnent la priorité à la protection des réfugiés en droit international. Enfin, le Canada a déclaré que la lutte contre le terrorisme devait être en conformité avec les engagements plus larges en matière de droits de l'Homme et de suprématie du droit. Les institutions chargées de lutter contre le terrorisme bénéficieraient du soutien du public en respectant ces principes (voir R.R. Fowler au Conseil de sécurité, communiqué de presse SC/6741, 19 octobre 1999). Pour une analyse plus approfondie de *Suresh* dans la jurisprudence de la Cour d'appel fédérale et autre, voir Aiken, *supra* note 142.

256. Voir M.C. Bassiouni et E.M. Wise, *Aut Dedere, Aut Judicare : The Duty to Extradite or Prosecute in International Law* (Martinus Nijhoff ; Dordrecht, 1995). Voir aussi M.C. Bassiouni, « The Penal Characteristics of Conventional International Criminal Law », 15 *Case Western Reserve Journal of International Law*, 1983, p. 27 à pp. 28-31 et 34 et suivantes.

2. La priorité donnée à un procès équitable en dehors de la juridiction du *locus delicti* a été approuvée par le Conseil de sécurité dans l'affaire *Lockerbie* et le procès « écossais » ultérieur aux Pays-Bas ²⁵⁷.

3. Dans les années 1990, le Conseil de sécurité a manifesté sa volonté d'instaurer des tribunaux *ad hoc* chargés de poursuivre les personnes ayant commis des violations massives des droits de l'Homme en temps de conflit armé.

4. La communauté internationale disposera bientôt de la Cour pénale internationale pour traiter de tous les crimes relevant de l'article 1 F qui ne sont pas susceptibles d'être jugés dans l'État d'accueil.

La véritable crainte exprimée au sujet de l'article 1 F n'est pas que le statut de réfugié soit terni si cet article venait à être appliqué aux personnes relevant de l'article 1 F, mais que l'État d'accueil devienne une enclave de protection ²⁵⁸. Les nouveaux mécanismes du droit pénal international rendent cette crainte moins fondée qu'elle ne l'était en 1951. En outre, un État ayant simplement rejeté et renvoyé un demandeur d'asile relevant de l'article 1 F, peut très bien être en infraction avec ses obligations internationales visant à garantir la poursuite des criminels de guerre et des criminels graves de droit commun.

Toutefois, le plus important est que le fait de méconnaître les évolutions du droit international des droits de l'Homme depuis 1951, relègue le droit international des réfugiés au second plan. La protection de la personne est un principe primordial dans la mise en œuvre du droit international et le fait que le droit international des réfugiés maintienne une politique fondée sur une compréhension anachronique de cet aspect risquerait de le soumettre à une accusation de redondance.

257. Voir *The Guardian*, 1^{er} février 2001, pp. 1–5.

258. A savoir, *Suresh*, *supra* notes 142 et 255.

RELEVÉ DES CONCLUSIONS : L'EXCLUSION DU STATUT DE RÉFUGIÉ

TABLE RONDE D'EXPERTS ORGANISÉE PAR LE HAUT COMMISSARIAT
DES NATIONS UNIES POUR LES RÉFUGIÉS ET LA FONDATION CARNEGIE
POUR LA PAIX INTERNATIONALE, ACCUEILLIE PAR LA FONDATION LUSO-AMÉRICAINNE
POUR LE DÉVELOPPEMENT, LISBONNE (PORTUGAL), DU 3 AU 4 MAI 2001



La première journée de la table ronde d'experts de Lisbonne a porté sur la question des clauses d'exclusion de la *Convention de 1951 relative au statut des réfugiés*. Les discussions se sont appuyées sur un document de travail rédigé par le professeur Geoff Gilbert, Université d'Essex, intitulé *Questions d'actualité relatives à l'application des clauses d'exclusion*. De plus, les participants se sont vu remettre les *Principes directeurs du HCR relatifs aux clauses d'exclusion* et des contributions écrites des gouvernements néerlandais et turc. D'autres contributions écrites ont, par la suite, été reçues d'experts gouvernementaux du Canada, de la France, de la Turquie et du Royaume-Uni et seront prises en compte dans le rapport. Trente-deux experts émanant de gouvernements, d'ONG, d'universités, d'instances judiciaires et des professions juridiques et provenant de vingt-cinq pays y participaient. Le professeur Georges Abi-Saab, ancien juge auprès du Tribunal pénal international pour l'ex-Yougoslavie, a animé les débats.

En raison des contraintes de temps, les discussions se sont concentrées sur les aspects du document de travail et des *Principes directeurs du HCR* pour lesquels des éclaircissements ont été jugés nécessaires. S'ils ne représentent pas nécessairement l'opinion individuelle de chaque participant ou du HCR, les paragraphes ci-dessous reflètent, dans les grandes lignes, les points qui sont ressortis des discussions.

Considérations générales

- 1 — Au lendemain de la Seconde Guerre mondiale, les rédacteurs de la Convention ont estimé que certains crimes étaient si atroces qu'ils justifiaient que leurs auteurs soient exclus des avantages conférés par le statut de réfugié. Dans ce sens, les auteurs de tels actes sont considérés comme « ne méritant pas la protection inhérente au réfugié ». Les clauses d'exclusion sont également nécessaires pour que les personnes qui fuient la justice ne se servent pas de la protection fournie par la *Convention de 1951* pour échapper aux poursuites, et pour protéger la communauté d'accueil des grands criminels. Le but des clauses d'exclusion est donc de refuser la protection inhérente au réfugié à certaines personnes, tout en laissant l'application du droit à d'autres procédures juridiques.
- 2 — L'interprétation et l'application de l'article 1 F doivent se faire selon une « approche évolutive » et s'inspirer des évolutions intervenues dans d'autres domaines du droit international depuis 1951, en particulier celles du droit pénal international, du droit de l'extradition ainsi que des droits de l'Homme et du droit international humanitaire.
- 3 — Le droit des réfugiés, le droit de l'extradition, le droit pénal international et le droit international des droits de l'Homme offrent des principes et des mécanismes complémentaires permettant de concilier la nécessité d'éviter l'impunité et celle d'apporter une protection.
- 4 — Les clauses d'exclusion sont de nature exceptionnelle et doivent être appliquées de manière scrupuleuse et restrictive en raison des conséquences potentiellement graves que peut avoir l'exclusion du statut de réfugié pour la personne concernée.

Article 1 F a) : crimes contre la paix, crimes contre l'humanité, crimes de guerre

- 5 — L'article 1 F a) est une disposition dynamique devant être interprétée à la lumière d'un certain nombre de sources de droit pénal international évoluant rapidement.
- 6 — Le *Statut de Rome* instituant la Cour pénale internationale et les Statuts des deux tribunaux *ad hoc* (le Tribunal pénal international pour l'ex-Yougoslavie et le Tribunal pénal international pour le Rwanda) constituent les instruments globaux les plus récents dont peut s'inspirer l'interprétation des crimes énoncés à l'article 1 F a). Ces textes, ainsi que les dispositions d'autres instruments du droit international humanitaire, précisent l'interprétation des crimes énoncés à l'article 1 F a). La publication prochaine par le Comité international de la Croix-Rouge d'une étude sur les règles coutumières du droit international humanitaire pourra être une autre source d'interprétation.

Article 1 F b) : crimes graves de droit commun

- 7 — La pratique des États varie en ce qui concerne l'interprétation de l'expression « crimes graves de droit commun » énoncée à l'article 1 F b).

- 8 — Il est difficile de parvenir à un consensus sur la signification exacte du terme « droit commun », surtout qu'une certaine marge d'interprétation de ce terme reste du domaine des prérogatives nationales. Dans ce contexte, il importe de souligner que les traités d'extradition précisent que certains crimes, en particulier certains actes terroristes, doivent être considérés comme des crimes de droit commun bien que ces traités contiennent aussi des clauses de non-persécution.
- 9 — Les participants ont reconnu qu'il n'existait pas de définition du terrorisme acceptée de manière générale. De nombreux auteurs d'actes terroristes peuvent craindre des poursuites judiciaires, et non des persécutions, et ne pourraient donc pas relever de la définition du réfugié. S'ils entraient dans le cadre de la définition, l'article 1F.b) suffirait dans la plupart des cas à les exclure.
- 10 — Le contexte, les méthodes, la motivation et la proportionnalité d'un crime par rapport à ses objectifs sont importants pour déterminer si celui-ci est politique ou de droit commun. Le test de la « prédominance » (qui consiste à savoir si le délit peut être considéré comme étant à prédominance politique et pourrait dans ce cas être proportionné à l'objectif politique) est utilisé dans la plupart des juridictions pour définir les crimes « politiques ».
- 11 — Un délit « grave » est un délit qui, au vu des faits, aboutirait à une longue période d'emprisonnement et doit nécessiter une participation directe et personnelle. Le terme « grave » est aussi lié au principe de proportionnalité, la question étant de savoir si la conséquence (renvoi éventuel vers un endroit où la personne risque d'être persécutée) est proportionnée au type de crime commis. Chaque cas doit être examiné à la lumière de ses propres éléments constitutifs, en s'interrogeant sur l'existence de refus automatiques du statut de réfugié fondés sur la sévérité de toute peine déjà infligée.
- 12 — Les questions de proportionnalité et de mise en balance ont suscité d'abondants débats. À cet égard,
- (i) La pratique des États montre que le test de la mise en balance n'est plus utilisé dans les juridictions de *common law* ainsi que dans certaines juridictions de droit civil.
 - (ii) Dans ces juridictions une autre protection contre le refoulement est prévue, dans le cadre des droits de l'Homme.
 - (iii) Lorsqu'une telle protection est inexistante ou inefficace, par exemple en cas de détermination du statut de réfugié sous le mandat du HCR, dans un pays qui n'est pas partie aux instruments pertinents relatifs aux droits de l'Homme, l'application de l'exclusion doit prendre en compte les normes fondamentales des droits de l'Homme pour pratiquer le test de mise en balance.

Les participants ne sont pas parvenus à un consensus sur le point iii) bien que des voix se soient élevées en sa faveur. Ils ont suggéré de revenir sur cet aspect lors

de la deuxième table ronde dans le cadre des discussions relatives à l'article 33 de la *Convention de 1951*.

Article 1 F c) : agissements contraires aux buts et aux principes des Nations Unies

- 13 — L'article 1 F c) n'est pas redondant, bien que la plupart des cas d'exclusion puissent être couverts par les autres dispositions. Certains États l'ont utilisé comme catégorie résiduelle, par exemple en relation avec certains actes terroristes ou avec le trafic de stupéfiants. L'exclusion de terroristes en vertu de l'article 1 F c) a suscité d'abondants débats. Les participants n'ont, cependant, pas trouvé d'accord sur les types de crimes qui devraient être couverts par l'article 1 F c).
- 14 — Étant donné sa formulation vague et imprécise, cet article doit être interprété de manière restrictive et prudente. Il doit se limiter aux agissements contraires aux buts et aux principes des Nations Unies, tels qu'ils sont définis par les Nations Unies.

Inclusion avant exclusion

- 15 — La détermination du statut de réfugié doit se faire selon une approche holistique et les éléments d'inclusion de la définition du réfugié doivent, en principe, être examinés avant ceux d'exclusion. Un certain nombre de raisons d'ordre pratique, juridique et politique justifient une telle démarche :
 - l'exclusion avant l'inclusion risque de criminaliser les réfugiés ;
 - l'exclusion est exceptionnelle et il n'est pas approprié d'examiner une exception en premier lieu ;
 - la non-inclusion est possible dans un certain nombre de cas, sans que la question de l'exclusion ne se pose, évitant ainsi des situations complexes ;
 - l'examen de l'inclusion en premier permet de prendre en considération les obligations de protection envers les membres de la famille ;
 - l'inclusion avant l'exclusion permet de faire clairement la distinction entre les poursuites judiciaires et les persécutions ;
 - il semble que le texte de la *Convention de 1951* prévoit de manière plus claire l'inclusion avant l'exclusion, une telle interprétation étant notamment conforme à la formulation de l'article 1 F b) ; et
 - les entretiens qui prennent en considération l'ensemble de la définition du réfugié permettent de recueillir des informations plus complètes et plus précises.
- 16 — L'exclusion peut être examinée en premier dans les cas de mise en accusation par des tribunaux internationaux et dans les procédures d'appel. Une autre attitude possible face à une mise en accusation consiste à différer les procédures de détermination du statut jusqu'à ce que la procédure pénale soit achevée. Le résultat de cette procédure aurait alors une influence sur la décision en matière de détermination du statut de réfugié.

Niveau de preuve

- 17 — Les procédures d'exclusion n'équivalent pas à un procès pénal complet. Pour déterminer le niveau de preuve applicable aux procédures d'exclusion, les « raisons sérieuses » doivent être interprétées au minimum comme signifiant qu'il existe suffisamment de preuves claires en faveur d'une mise en accusation, en gardant à l'esprit les normes internationales. Des garanties procédurales appropriées issues des droits de l'Homme doivent être mises en place compte tenu de la gravité des enjeux et des conséquences qu'entraînerait une décision incorrecte. Le bénéfice du doute doit, en particulier, exister dans les cas d'exclusion.
- 18 — L'association avec/l'appartenance à un groupe qui pratique la violence, ou qui commet de graves violations des droits de l'Homme, ne suffit pas en soi à fonder une décision d'exclusion. Toutefois, en fonction de la nature de l'organisation, l'appartenance à une certaine organisation peut parfois suffire comme fondement de l'exclusion.
- 19 — Des connaissances très spécifiques sont souvent nécessaires lorsque des questions d'exclusion se posent. Il conviendrait d'accorder une plus grande attention à la formation des personnes chargées de prendre les décisions dans les différents domaines juridiques pertinents en matière d'exclusion, en particulier en droit international des droits de l'Homme et en droit pénal international.

Motifs d'exonération

- 20 — De manière générale, les motifs d'exonération exposés dans les *Principes directeurs du HCR* et existant normalement en droit pénal national et international doivent pouvoir être invoqués dans le cadre de l'examen de l'applicabilité des clauses d'exclusion. L'absence de l'élément psychologique (*mens rea*) n'est pas un motif d'exonération en soi mais elle indique qu'un élément constitutif du délit est manquant.
- 21 — Il n'y a pas de place pour le motif d'exonération tiré de l'obéissance aux ordres des supérieurs dans l'examen de l'applicabilité des clauses d'exclusion. D'un autre côté, la contrainte, qui est un motif d'exonération différent, peut s'appliquer. La question de savoir si des lois d'amnistie peuvent être invoquées à titre de motif d'exonération dépend des circonstances du cas d'espèce.

Membres de la famille

- 22 — Lorsqu'un chef de famille est exclu de la protection de réfugié, le droit des membres de sa famille à bénéficier du statut de réfugié doit être examiné séparément. Il ne doit pas y avoir d'exclusion par association.

Mineurs

- 23 — En vertu de l'article 40 § 3 a) de la *Convention relative aux droits de l'enfant*, les États sont tenus de fixer un âge minimum pour la responsabilité pénale. L'exclusion ne doit pas s'appliquer aux enfants qui ont moins que cet âge.

- 24 — Les mineurs ne doivent pas être exclus lorsque le nécessaire élément psychologique (*mens rea*) ne peut être établi.
- 25 — Comme le soulignent les *Principes directeurs du HCR relatifs à l'exclusion*, même si l'article 1 F s'applique à un enfant, celui-ci doit être protégé contre le refoulement.

Exclusion dans les situations d'afflux massif

- 26 — Deux principes directeurs clés régissent les situations d'afflux massif :
- (i) les clauses d'exclusion s'appliquent aux situations d'afflux massif ; et
 - (ii) l'exclusion doit être examinée au moyen de procédures individuelles.
- 27 — Il convient de faire clairement la distinction entre d'une part, les dispositifs opérationnels visant à séparer des éléments armés de la population réfugiée et d'autre part, les procédures individuelles liées à certains groupes suspects aux fins d'exclusion du statut de réfugié.
- 28 — Les éléments armés, bien que protégés en vertu des dispositions pertinentes du droit international humanitaire, ne doivent pas être considérés comme des demandeurs d'asile tant qu'ils n'ont pas déposé leurs armes. Leur identification et leur séparation relèvent de la responsabilité de l'État d'accueil mais ces questions présentent souvent une pléthore de problèmes opérationnels ne pouvant être résolus que si la communauté internationale, y compris le Conseil de sécurité, fournissent l'appui nécessaire, y compris un environnement sûr et sécurisé.
- 29 — La question des personnes exclues du statut de réfugié dans des situations d'afflux massif doit aussi être traitée, car les pays en développement qui se trouvent confrontés à ces problèmes n'ont ni la capacité ni les ressources nécessaires pour faire face à ces cas.
- 30 — L'application de la clause d'exclusion dans les situations d'afflux massif nécessite un examen et une analyse plus approfondis, portant notamment sur la pertinence de l'inclusion avant l'exclusion lorsqu'il y a reconnaissance *prima facie* des réfugiés, ainsi que sur d'autres problèmes de fond, de procédure et de preuves. Compte tenu des aspects opérationnels, juridiques et politiques que comportent ces problèmes, le HCR devrait se livrer à une étude plus poussée sur le sujet en coopération avec les États, les ONG et les spécialistes.

Remarques finales

- 31 — Il est nécessaire d'étudier plus avant la pertinence de l'exclusion dans le contexte des personnes qui bénéficient du non-refoulement en tant que principe de droit international coutumier. Cette question pourrait être discutée lors de la table ronde de Cambridge sur l'article 33.
- 32 — Le non-renvoi en vertu des droits de l'Homme est beaucoup plus étendu que la protection offerte au titre de la *Convention de 1951*. Ce non-renvoi pourrait s'appliquer aux personnes exclues du statut de réfugié.

- 33 — Les clauses d'exclusion sont énumérées de manière exhaustive dans la *Convention de 1951*. Aucune autre disposition d'exclusion ne peut donc être introduite dans la législation nationale.
- 34 — Le principe central qui doit présider au développement de l'interprétation et de l'application des clauses d'exclusion doit rester orienté vers la protection, tout en veillant à ce que des personnes qui fuient la justice n'aient pas recours à la protection fournie par la *Convention de 1951* pour éviter les poursuites judiciaires. Le cas échéant, les États doivent poursuivre les personnes relevant de l'exclusion qui ne sont pas refoulées conformément au droit national et international. L'objectif doit viser à élaborer un système normatif qui intègre les différents régimes juridiques applicables de manière cohérente et logique.

LISTE DES PARTICIPANTS

Table ronde d'experts, Lisbonne (Portugal), du 3 au 4 mai 2001 (cessation, exclusion)

Georges Abi-Saab, Institut Universitaire des Hautes Études Internationales, Genève, Suisse

T. Alexander Aleinikoff, Centre de droit de l'Université de Georgetown, Washington DC, États-Unis

Michael Alexander, Comité international de secours, Thaïlande

Johnson Brahim, Gouvernement tanzanien

Iain Cameron, Université d'Uppsala, Suède

Towa Chaiwila, Gouvernement zambien

B.S. Chimini, Université Jawaharlal Nehru, Inde

Deirdre Clancy, Lawyers' Committee for Human Rights, New York, États-Unis

Jean-Marie Cravero, Gouvernement français

Alberto D'Alotto, Gouvernement argentin

Andrea Faberova, Gouvernement tchèque

Daouda Fall, Université Cheikh Anta Diop de Dakar, Sénégal

Monica Farinha, Conseil portugais pour les réfugiés, Lisbonne, Portugal

Joan Fitzpatrick, Université de Washington, Washington DC, États-Unis

Geoff Gilbert, Université d'Essex, Royaume-Uni

Abi Gitari, Consortium kenyan pour les réfugiés, Nairobi, Kenya

Jacques Jaumotte, Gouvernement belge

Walter Kälin, Université de Berne, Suisse

Erdogan Kok, Gouvernement turc

Britt Kristensen, Gouvernement danois

Zonke Majodina, Commission sud-africaine pour les droits de l'Homme

David Matas, Avocat, Canada

Boldiszar Nagy, Université d'Eötvös Lorand, Budapest, Hongrie

Kathleen Newland, Fondation Carnegie pour la paix internationale, États-Unis

Qin Huasun, Gouvernement chinois

Joseph Rikhof, Gouvernement canadien

Claudia Rocha, Gouvernement portugais

Virginia Shaw, Refugee Status Appeals Authority, Nouvelle-Zélande

Dorothee Starck, Conseil européen pour les réfugiés et les exilés, Londres, Royaume-Uni

Sally Weston, Gouvernement britannique

Yozo Yokota, Université de Tokyo, Japon

Marjoleine Zieck, Université d'Amsterdam, Pays-Bas

Pour le HCR : Kate Jastram, Nathalie Karsenty, Irène Khan, Eve Lester et Volker Türk

L'affiliation institutionnelle n'est mentionnée que dans un objectif d'identification.

Huitième partie

La cessation (article 1 C)

Sommaire

8.1	La cessation de la protection de réfugié	551
8.2	Relevé des conclusions : la cessation du statut de réfugié	611
8.3	Liste des participants	617

LA CESSATION DE LA PROTECTION DE RÉFUGIÉ

Joan FITZPATRICK et Rafael BONOAN *

Table des matières

I. Introduction	553
II. La cessation pour changements de circonstances	555
A. Interprétation des clauses relatives aux changements de circonstances	556
B. Pratique du HCR en vertu de son Statut, 1973-1999	561
C. Pratique des États en matière de cessation pour changements de circonstances	574
1. Evaluation de la situation dans l'État de persécution	576
2. Procédure équitable	577
3. Exceptions	580
D. Retrait de la protection temporaire	585
III. La cessation fondée sur des circonstances personnelles	587
A. Restauration de la protection nationale	587
B. Recouvrement de la nationalité	589
C. Acquisition d'une nouvelle nationalité	590
D. Réétablissement dans le pays d'origine	592
E. Questions de cessation spécifiques à la Convention de l'OUA sur les réfugiés	594

* Joan Fitzpatrick tient à manifester sa gratitude pour le soutien apporté par la Fondation Carnegie pour la paix internationale et par le HCR, ainsi que pour l'aide en matière de recherches menée par Emily Headings. Les travaux de recherche de Raphael Bonoan ont reçu le soutien de la Fondation W. Mellon, dans le cadre du programme Mellon-MIT sur les organisations non gouvernementales et les migrations forcées et ont été parrainés par la Section de la politique de protection et des conseils juridiques du Département de la protection internationale du HCR. Il tient à remercier les nombreux membres du personnel du HCR avec lesquels il a pu s'entretenir au sujet de cette étude ainsi que le service des archives du HCR et le personnel du bureau de liaison à New York pour leur aide. Ce document synthétise deux documents rédigés par les auteurs pour une table ronde d'experts qui s'est tenue à Lisbonne les 3 et 4 mai 2001 dans le cadre des Consultations mondiales sur la protection internationale organisées par le HCR à l'occasion du 50^e anniversaire de la *Convention de 1951 relative au statut des réfugiés*.

IV. Les concepts de cessation et la détermination initiale du statut de réfugié	595
V. Recommandations relatives à la pratique du HCR et des États	597
A. Pratique du HCR	597
B. Pratique des États	603
VI. Conclusions	608

I. Introduction

Être réfugié peut constituer un moment significatif dans la vie d'une personne, mais le statut de réfugié n'est pas nécessairement destiné à être permanent. La cessation du statut de réfugié pose des problèmes politiques et administratifs aux États et au Haut Commissariat des Nations Unies pour les réfugiés (HCR), de même qu'elle crée des risques pour les réfugiés.

Les clauses de cessation de la *Convention de 1951 relative au statut des réfugiés*¹, et les dispositions similaires des autres instruments internationaux en matière de réfugiés, ont longtemps été négligées en tant que sujet en droit des réfugiés. Au cours des dernières années, l'intérêt pour leur interprétation et leur application s'est accru du fait de plusieurs évolutions : démocratisation dans certains États anciennement répressifs ; volonté de prévenir le fait que l'asile devienne un méthode détournée pour l'immigration ; expériences de protection temporaire pendant des afflux massifs ; pression sur le rapatriement librement consenti en tant que solution durable optimale pour les déplacements ; développement de normes pour le rapatriement librement consenti ; frustration engendrée par la prolongation de situations d'urgence pour les réfugiés ; et dilemmes posés par le retour vers des zones de conflit, de danger et d'instabilité. La cessation peut avoir lieu dans différentes situations et les réfugiés peuvent encourir des risques si ces différences importantes sont négligées.

La deuxième partie de ce document se concentre sur la cessation pour « changements de circonstances »² prévue aux paragraphes 6.A.ii.e) et f) du Statut du HCR³, aux articles 1 C 5 et C 6 de la *Convention de 1951* et à l'article I.4.e) de la *Convention de 1969 de l'Organisation de l'Unité Africaine (OUA) régissant les aspects propres aux problèmes des réfugiés en Afrique*⁴. Les clauses relatives aux « changements de circonstances » sont applicables dans cinq contextes différents, parfois seulement par analogie : i) cessation de la protection du HCR en vertu de son Statut ; ii) cessation de la protection par l'État de réfugiés reconnus antérieurement à titre collectif ; iii) cessation individualisée de réfugiés reconnus ; iv) retrait de la protection temporaire et v) refus de demandes d'asile initiales en raison d'un changement de situation entre le moment de la fuite et celui de la détermination du statut.

Tandis que la cessation pour « changements de circonstances » représente actuellement un sujet de préoccupation important pour les décideurs, la troisième partie de ce document examine également les quatre motifs de cessation fondés sur des changements dans la situation individuelle des réfugiés reconnus, tels que défi-

1. Nations Unies, *Recueil des Traités*, vol. 189, n° 150 (ci-après la « *Convention de 1951* »).

2. L'expression « changements de circonstances » indique un changement de la situation dans l'État d'origine qui élimine les causes de persécution qui étaient à l'origine de la demande de protection internationale du réfugié.

3. A/RES/428 (V), 14 décembre 1950 (ci-après « le Statut »).

4. Nations Unies, *Recueil des Traités*, vol. 1001, n° 3 (ci-après « la *Convention de l'OUA sur les réfugiés* »).

nis aux articles 1 C 1 à C 4 de la *Convention de 1951* et aux articles I.4.a) à d) de la *Convention de l'OUA sur les réfugiés*. Ces quatre situations sont le fait de : i) se réclamer à nouveau de la protection de son pays de nationalité ; ii) acquérir de nouveau sa nationalité ; iii) acquérir une nouvelle nationalité et iv) se rétablir dans son État d'origine. Cette partie propose des normes d'interprétation, en insistant sur le libre consentement, l'intention et la protection effective. La cessation formelle exige qu'une attention particulière soit accordée à l'applicabilité des critères de cessation à la personne concernée, que des procédures justes soient appliquées et que des exceptions soient prévues pour les personnes ayant des raisons impérieuses de se voir octroyer un statut juridique permanent préservant les droits acquis en tant que réfugiés.

Le *Guide des procédures et critères à appliquer pour déterminer le statut de réfugié*⁵ du HCR apporte des conseils pour l'application des six clauses de cessation de la *Convention de 1951*. En 1991, le Comité exécutif du Programme du Haut Commissaire des Nations Unies pour les réfugiés a mis l'accent sur la cessation, conduisant l'année suivante à l'adoption de la Conclusion No. 69 (XLIII)⁶ qui donne des orientations importantes sur les clauses relatives aux changements de circonstances des articles 1 C 5 et C 6. Comme l'attention des États et du HCR s'est ensuite portée sur les situations d'afflux massif dans les années 1990, le HCR a publié une *Note relative aux clauses de cessation* en 1997⁷ et des *Principes directeurs relatifs à l'application des clauses de cessation* en 1999⁸.

La quatrième partie de ce document analyse brièvement les problèmes qui peuvent survenir lorsque les critères normalement associés à la cessation sont appliqués pendant la procédure de détermination du statut de réfugié. Dans la cinquième partie, les auteurs expriment un certain nombre de recommandations relatives à la pratique du HCR et des États en matière d'application des clauses de cessation. Dans ce contexte, il faut insister de nouveau sur la nécessité d'interpréter restrictivement les clauses de cessation, en raison de la possibilité que des réfugiés authentiques soient exposés à un danger si un terme est mis à leur statut de manière prématurée⁹. Le document se termine par une conclusion développée dans la sixième partie.

5. HCR, *Guide des procédures et critères à appliquer pour déterminer le statut de réfugié*, (Genève, 1979, réédité en 1992) (ci-après « *Guide du HCR* »), paragraphes 111-39.

6. Comité exécutif du Programme du Haut Commissaire, Conclusion No. 69 (XLIII), 1992, UN doc. A/AC.96/804.

7. HCR, *Note on the Cessation Clauses*, UN doc. EC/47/SC/CRP.30, 30 mai 1997.

8. HCR, *The Cessation Clauses : Guidelines on their Application*, avril 1999 (ci-après *UNHCR Guidelines on Cessation*).

9. Le *Guide du HCR*, *supra* note 5, déclare que les clauses de cessation énoncent « des conditions négatives et [que] l'énumération qui en est faite est exhaustive... [et] doivent donc s'interpréter de manière restrictive », paragraphe 116.

II. La cessation pour changements de circonstances

Il existe une grande similarité entre les clauses relatives aux changements de circonstances figurant dans le Statut, dans la *Convention de 1951* et dans la *Convention de l'OUA sur les réfugiés*. Comme cela est énoncé à l'article 1 C de la *Convention de 1951*, la Convention cesse d'être applicable à une personne réfugiée si

5) 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; Étant entendu, toutefois, que les dispositions du présent paragraphe ne s'appliqueront pas à tout réfugié visé au paragraphe 1 de la section A du présent article qui peut invoquer, pour refuser de se réclamer de la protection du pays dont il a la nationalité, des raisons impérieuses tenant à des persécutions antérieures; [ou]

6) S'agissant d'une personne qui n'a pas de nationalité, si, les circonstances à la suite desquelles elle a été reconnue comme réfugiée ayant cessé d'exister, elle est en mesure de retourner dans le pays dans lequel elle avait sa résidence habituelle;

Étant entendu, toutefois, que les dispositions du présent paragraphe ne s'appliqueront pas à tout réfugié visé au paragraphe 1 de la section A du présent article qui peut invoquer, pour refuser de retourner dans le pays dans lequel il avait sa résidence habituelle, des raisons impérieuses tenant à des persécutions antérieures.

Les États parties à la *Convention de 1951* ont le pouvoir d'invoquer les articles 1 C 5 et C 6, tandis que le HCR peut « déclarer que sa compétence cesse de s'appliquer à l'égard des personnes relevant des situations décrites dans le Statut »¹⁰. Cette distinction juridique donne cependant une fausse idée de l'étendue de la coopération entre le HCR et les États parties en matière d'interprétation et d'application des clauses relatives aux changements de circonstances.

Quand les États envisagent d'appliquer les clauses de cessation, le HCR recommande qu'il « soit impliqué de façon appropriée » au processus, conformément à son rôle de surveillance de l'application de la Convention, prévu à l'article 35 de la *Convention de 1951*¹¹. Le HCR peut aider les États à « évaluer l'impact des changements dans le pays d'origine ou donner des conseils sur les implications de la cessation du statut de réfugié concernant des groupes importants de réfugiés sur leur territoire »¹². De plus, une déclaration de cessation émise par l'Office du Haut Commissaire « pourra se révéler utile pour les États en matière d'application des clauses de cessation et de la *Convention de 1951* »¹³. Dans le même temps, le HCR requiert toutefois la coopération des États parties dans l'application des clauses de cessation. Les pays d'origine et les pays d'accueil jouent un rôle crucial dans la mise en œuvre des dispositions relatives aux changements de circonstances et ils peuvent avoir des

10. *Note on the Cessation Clauses*, supra note 7, paragraphe 31.

11. *Ibid.*

12. *Ibid.*, paragraphe 34.

13. Comité exécutif, Conclusion No. 69, supra note 6, troisième paragraphe du préambule.

sujets de préoccupation particulière dont il faut tenir compte quand le HCR envisage la cessation du statut de réfugié.

Cinq aspects de la cessation pour changements de circonstances sont examinés ci-dessous : a) l'interprétation des clauses par le HCR et les États parties ; b) la pratique du HCR entre 1973 et 1999 conformément à son Statut ; c) la cessation déclarée par les États d'accueil ; d) le retrait de la protection temporaire ; et e) l'impact des déclarations de cessation sur la détermination initiale du statut de réfugié.

A. Interprétation des clauses relatives aux changements de circonstances

Le *Guide* exprime clairement le concept de « changements fondamentaux dans le pays [d'origine], dont il y a lieu de penser qu'ils ont rendu sans fondement les craintes de persécution »¹⁴. Le statut de réfugié « ne doit pas, en principe, être soumis à de fréquents réexamens, au détriment du sentiment de sécurité »¹⁵ du réfugié. Le *Guide* explique également de façon détaillée l'exception à la clause d'exclusion fondée sur les « raisons impérieuses tenant à des persécutions antérieures »¹⁶.

Le HCR et les États ont par la suite détaillé ces concepts et développé une série de normes pour vérifier si les événements dans le pays d'origine peuvent être suffisants pour justifier l'application des articles 1 C 5 et 1 C 6. Ces principes directeurs se sont concentrés sur l'étendue et la pérennité du changement dans le pays d'origine comme éléments clés pour évaluer le caractère fondamental du changement. Le HCR et le Comité exécutif ont employé différents termes pour décrire le degré de changement nécessaire pour justifier une déclaration de cessation générale, mais tous laissent entendre que les changements doivent être d'une nature et d'une ampleur concernant l'ensemble du pays. Selon la Conclusion No. 69 (XLIII) du Comité exécutif :

Les États doivent apprécier avec soin le caractère fondamental des changements intervenus dans le pays de nationalité ou d'origine, y compris la situation globale en matière de droits de l'Homme, ainsi que la cause particulière d'une crainte de persécution, afin de s'assurer de façon objective et vérifiable que la situation qui a justifié l'octroi du statut de réfugié ne prévaut plus¹⁷.

Un changement fondamental de circonstances implique, de manière typique, des changements dans les modalités d'exercice du gouvernement et des évolutions en matière de droits de l'Homme, aboutissant à une transformation politique totale du pays d'origine¹⁸. Les preuves d'une telle transformation peuvent inclure « des

14. *Guide* du HCR, *supra* note 5, paragraphe 135.

15. *Ibid.*

16. *Ibid.*, para. 136.

17. Comité exécutif, Conclusion No. 69, *supra* note 6, paragraphe a).

18. Comité exécutif du Programme du Haut Commissaire, Sous-comité plénier sur la protection internationale, *Document de travail sur l'application des clauses de cessation (« changements de circonstances ») dans la Convention de 1951*, UN doc. EC/SCP/1992/CRP.1, paragraphe 11, 20 décembre 1991.

réformes importantes modifiant la structure juridique et sociale de l'État... [ou] des élections démocratiques, des déclarations d'amnisties, l'abrogation de lois oppressives et le démantèlement des anciens services de sécurité »¹⁹. En outre, « l'annulation de jugements contre des opposants politiques et, en règle générale, le rétablissement des protections et garanties juridiques selon lesquelles les actes discriminatoires ayant provoqué la fuite des réfugiés ne se reproduiront plus peuvent aussi être pris en compte »²⁰. Les changements dans ces domaines doivent également être « effectifs » dans le sens où ils « suppriment le fondement de la crainte de persécution »²¹. C'est pourquoi il est nécessaire d'évaluer ces changements « à la lumière de la cause particulière de la crainte »²².

Comment la situation générale en matière de droits de l'Homme doit-elle être évaluée ? Parmi les facteurs importants à prendre en considération, le HCR mentionne le respect des instruments internationaux des droits de l'Homme, en droit et en pratique, et la capacité des organisations nationales et internationales de contrôler et de superviser le respect des droits de l'Homme. Les indicateurs plus spécifiques incluent

le droit à la vie, à la liberté et à la non-discrimination, l'indépendance de la justice et des jugements équitables et publics respectant la présomption d'innocence, le respect de divers droits et libertés fondamentales tels que le droit à la liberté d'expression, le droit d'association, de réunion pacifique, de circulation et d'accès aux tribunaux, et l'État de droit en général²³.

Bien que le respect de ces droits n'ait pas besoin d'être « exemplaire », des améliorations importantes dans ces domaines et des progrès vers l'instauration d'institutions nationales pour la protection des droits de l'Homme sont nécessaires pour pouvoir conclure qu'un changement fondamental des circonstances est intervenu²⁴. Les normes relatives au rapatriement librement consenti et au retrait de la protection temporaire prévoient un examen similaire de la situation générale en matière de droits de l'Homme dans l'État d'origine, en insistant sur les possibilités de retour dans la sécurité et dans la dignité²⁵. Les liens entre la cessation et le retrait de la protection temporaire, ou d'autres formes de protection subsidiaire, sont examinés plus loin (partie II.D).

19. *Note on the Cessation Clauses*, supra note 7, paragraphe 20.

20. « Document de travail », supra note 18, paragraphe 11.

21. *Note on the Cessation Clauses*, supra note 7, paragraphe 19 (traduction libre).

22. *Ibid* (traduction libre).

23. *Ibid.*, paragraphe 23 (traduction libre).

24. *Ibid.*

25. HCR, *Handbook : Voluntary Repatriation : International Protection*, chapitres 2.2 et 2.4, 1996 ; HCR, *Progress Report on Informal Consultations on the Provision of International Protection to All Who Need It*, UN doc. EC/47/SC/CRP.27, 1997, paragraphe 4.n) ; J. Fitzpatrick, « Temporary Protection of Refugees : Elements of a Formalized Regime », 94 *American Journal of International Law*, 2000, pp. 279 et 300-2.

Le succès du rapatriement librement consenti à grande échelle peut également être un indicateur d'un changement fondamental de circonstances²⁶. Le rapatriement et la réintégration des réfugiés peuvent favoriser la consolidation de ces changements²⁷. Des réfugiés peuvent toutefois décider de retourner dans leur pays d'origine bien avant que des changements fondamentaux et durables soient intervenus. C'est pourquoi le rapatriement librement consenti peut être pris en compte dans l'évaluation de la situation dans le pays d'origine, mais il ne peut pas être considéré comme une preuve que des changements fondamentaux ont eu lieu.

Les changements positifs dans le pays d'origine doivent également être stables et durables. Comme le souligne le HCR : « Une situation qui a changé, mais qui continue de changer ou qui manifeste des signes de volatilité n'est, par définition, pas stable et ne peut pas être qualifiée de durable »²⁸. Les améliorations ont besoin de temps pour se consolider. Le HCR préconise donc qu'une « période minimale de douze à dix-huit mois » s'écoule avant de pouvoir évaluer les évolutions dans le pays d'origine²⁹. Certains États parties agissent conformément à cette recommandation. Par exemple, le gouvernement suisse observe une « période d'attente » minimale de deux ans³⁰, tandis que les Pays-Bas considèrent qu'une période de trois ans est nécessaire pour établir la pérennité d'un changement de circonstances dans le pays d'origine³¹.

Le HCR a indiqué, plus récemment, que la durée de la période d'attente peut varier en fonction du processus de changement en cours dans le pays d'origine. Une évaluation peut être possible dans un délai relativement bref quand ces changements « ont lieu de manière pacifique dans le cadre d'un processus constitutionnel et démocratique respectueux des droits de l'Homme, des garanties légales en matière de libertés fondamentales et quand l'État de droit prévaut »³². Inversement, quand les changements dans le pays d'origine interviennent dans un contexte de violence, de groupes non réconciliés se livrent bataille, d'inefficacité du gouvernement et d'absence de garanties en matière de droits de l'Homme, une période plus longue sera nécessaire pour confirmer la pérennité du changement³³.

26. *Note on the Cessation Clauses*, supra note 7, paragraphes 21 et 29.

27. *Ibid.*, paragraphe 29.

28. *Ibid.*, paragraphe 21 (traduction libre).

29. « Document de travail », supra note 18, paragraphe 12 ; *Note on the Cessation Clauses*, supra note 7, paragraphe 21.

30. Commentaires de B. Tellenbach, juge à la Commission suisse des recours des réfugiés, pour la table ronde d'experts de Lisbonne, p. 5.

31. Ministre de la Justice des Pays-Bas, Direction générale pour les affaires internationales et étrangères, Politique relative aux réfugiés, Annexe à la lettre du 6 mai 1999 adressée à la Chambre basse, Session 1998-9, doc. No. 19637, *Memorandum on the Withdrawal of Refugee Status*, titre 2.2 (document remis lors de la réunion de la table ronde d'experts sur la cessation en mai 2001).

32. *Note on the Cessation Clauses*, supra note 7, paragraphe 22 (traduction libre).

33. *Ibid.* Voir également *UNHCR Guidelines on Cessation*, supra note 8, paragraphe 28.

La question de l'évaluation de l'ampleur et de la pérennité du changement dans les situations de conflit interne a été examinée dans des notes récentes du HCR relatives à la cessation. Selon ces notes, il est nécessaire de surveiller de près la mise en œuvre de tout accord de paix, notamment les dispositions relatives à la restitution des terres et des droits de propriété, de même que la stabilité économique et sociale générale dans le pays d'origine. De plus, une période plus longue peut être nécessaire pour établir la pérennité des changements de circonstances dans les situations post-conflit³⁴. Des recommandations apparemment contradictoires ont également été publiées au sujet de l'applicabilité des articles 1 C 5 et C 6 quand la paix, la sécurité et la protection nationale effective ont été réétablies dans certaines parties du pays d'origine³⁵.

L'élaboration des recommandations susmentionnées a impliqué un dialogue approfondi entre le HCR et les États parties, en particulier lors de réunions du Comité exécutif et de son Sous-comité plénier sur la protection internationale (SCPI). Par ailleurs, les États Parties ont rappelé la nécessité d'interpréter les dispositions relatives aux changements de circonstances de manière prudente.

La Commission des Communautés européennes, par exemple, a rédigé une *Proposition de directive pour harmoniser les normes minimales relatives au statut de réfugié au sein de l'Union européenne*, qui inclut des clauses de cessation³⁶. L'exposé des motifs de la proposition de directive de la Commission propose les normes suivantes pour évaluer un changement de circonstances dans l'État d'origine :

Le changement doit être suffisamment profond et durable pour éliminer la crainte fondée du réfugié d'être persécuté. Un changement profond des circonstances n'est pas la même chose qu'une amélioration des conditions dans le pays d'origine. La question est de savoir si un changement fondamental d'une grande signification politique ou sociale est intervenu, entraînant l'avènement d'un régime stable, différent de celui sous lequel une persécution pouvait avec rai-

34. Il est intéressant de noter que le HCR a invoqué les clauses de cessation plus rapidement dans les deux cas de règlement post-conflit (Soudan, 1973 et Mozambique, 1996) que dans des situations de transition démocratique. Voir Partie II.B ci-dessous.

35. La *Note on the Cessation Clauses*, publiée en 1997, *supra* note 7, énonce que les clauses de cessation peuvent être applicables à certaines régions d'un pays d'origine si : 1) les réfugiés sont en mesure de se réclamer de la protection nationale (qui implique non seulement la paix et la sécurité mais également l'accès aux institutions gouvernementales, judiciaires et économiques de base) ; et 2) les évolutions dans ces zones constituent un changement de circonstances fondamental, effectif et durable : *supra* note 7, paragraphes 25-6. Les *UNHCR Guidelines on Cessation*, publiés en avril 1999, suggèrent cependant que « des changements dans le pays d'origine du réfugié n'affectant qu'une partie du territoire ne doivent pas, en principe, mener à la cessation du statut de réfugié », *supra* note 8, paragraphe 29 (traduction libre).

36. Commission des Communautés européennes, *Proposition de directive du Conseil concernant les normes minimales relatives aux conditions que doivent remplir les ressortissants des pays tiers et les apatrides pour pouvoir prétendre au statut de réfugié ou les personnes qui, pour d'autres raisons, ont besoin d'une protection internationale*, COM(2001) 510 final, 12 septembre 2001 (ci-après *Proposition de directive relative à des normes minimales en matière de qualification et de statut de réfugié*), art. 13.

son être crainte au départ. Un changement politique complet est l'exemple le plus évident d'un changement profond des circonstances, même si la tenue d'élections démocratiques, la déclaration d'une amnistie, l'abrogation de lois oppressives ou le démantèlement d'anciens services [de sécurité] peuvent aussi témoigner d'une telle évolution.

Une situation qui a changé mais continue de montrer des signes d'instabilité n'est par définition pas durable. Des éléments objectifs et vérifiables doivent prouver que les droits de l'Homme sont généralement respectés dans le pays en question et, en particulier, que les facteurs ayant donné naissance aux craintes fondées du réfugié d'être persécuté ont été durablement supprimés ou éliminés. Il convient d'accorder un poids particulier aux évolutions pratiques comme l'organisation d'un rapatriement ou les témoignages de ceux qui sont retournés sur place ainsi qu'aux rapports des observateurs indépendants³⁷.

De la même façon, le gouvernement australien a recommandé que la cessation du statut de réfugié fondée sur des changements de circonstances ne soit prise en considération que quand les développements dans le pays d'origine sont :

- substantiels, dans le sens où la structure du pouvoir, sous laquelle la persécution était considérée comme une possibilité réelle, n'existe plus ;
- effectifs, dans le sens où ils existent en réalité, et non pas comme de simples promesses, et ils reflètent une véritable capacité et volonté de la part des autorités du pays d'origine de protéger les réfugiés ; et
- durables, plutôt que des changements transitoires de seulement quelques semaines ou quelques mois³⁸.

Selon la politique gouvernementale des Pays-Bas, les indicateurs d'un « changement fondamental » comprennent :

des modifications réussies de la Constitution, la tenue d'élections démocratiques, l'instauration d'une administration démocratique ou d'un système de multipartisme, un rapatriement réussi à grande échelle, l'introduction et l'application de dispositifs d'amnistie, une amélioration générale de la situation des droits de l'Homme ou la mise en œuvre d'autres développements sociaux marquant la fin d'actions gouvernementales systématiquement répressives [...] ³⁹

La cohérence entre les Principes directeurs du HCR et les positions officielles des États parties laisse entendre qu'il existe un accord important sur l'interprétation des clauses de cessation relatives aux « changements de circonstances ». Ce qui est peut-être encore plus important, est que les États parties et le HCR semblent partager le point de vue selon lequel les articles 1 C 5 et C 6 doivent être appliqués avec circonspection et seulement quand des changements généraux et durables sont intervenus dans le pays d'origine. Les procédures d'application de ces clauses ne sont toutefois pas très développées et elles font l'objet de l'exposé qui suit.

37. *Ibid.*, exposé des motifs, article 13 § 1 e).

38. Refugee and Humanitarian Division, Department of Immigration and Multicultural Affairs, Australie, *The Cessation Clauses (Article 1C) : An Australian Perspective*, octobre 2001, p. 16.

39. *Memorandum on the Withdrawal of Refugee Status*, *supra* note 31, titre 2.2 (traduction libre).

B. Pratique du HCR en vertu de son Statut, 1973-1999

Le HCR a pris en compte les clauses relatives aux changements de circonstances au moyen de diverses procédures. Les changements de nature potentiellement fondamentale et durable dans un pays d'origine ont fréquemment conduit le HCR à explorer la possibilité d'appliquer les clauses de cessation à des populations de réfugiés placées sous son mandat. De manière occasionnelle, le HCR a également adopté une approche proactive, inspectant les conditions régnant dans les pays d'origine à travers le monde pour voir si les clauses de cessation devraient être appliquées à des populations de réfugiés placées sous son mandat. Enfin, les évolutions favorables dans un pays d'origine donné ont souvent conduit les pays d'accueil à consulter le HCR au sujet de l'applicabilité des clauses relatives aux changements de circonstances.

Dans certains cas, des changements positifs dans un pays d'origine ont permis au HCR d'encourager le rapatriement librement consenti des réfugiés et de mettre un terme à ses programmes d'aide. Le HCR a ensuite envisagé l'application des articles 1 C 5 et C 6 pour faciliter son retrait et trouver une solution pour quelques cas résiduels. Par exemple, en juillet 1988, le HCR a examiné la possibilité de faire une déclaration de cessation générale pour les réfugiés éthiopiens, après l'accord conclu entre l'Éthiopie et la Somalie en avril de la même année mettant fin au conflit relatif à l'Ogaden⁴⁰. De la même façon, la fin de la guerre civile au Tchad et la consolidation du gouvernement du Président Habré a permis au HCR d'examiner la possibilité d'appliquer les clauses relatives aux changements de circonstances aux réfugiés tchadiens en 1990⁴¹. L'application des clauses de cessation aux réfugiés albanais a été examinée en 1994 après des améliorations dans la situation des droits de l'Homme et des progrès vers une réforme démocratique⁴².

A plusieurs occasions, le HCR a également passé en revue l'ensemble des dossiers de réfugiés placés sous son mandat, pour identifier les situations où les clauses de cessation relatives aux changements de circonstances pourraient être applicables. Un tel examen interne mené en 1994, par exemple, a abouti à la conclusion que les articles 1 C 5 et 6 pourraient être invoqués à l'égard des réfugiés d'Afrique du Sud, de Slovaquie, d'Albanie, de Bulgarie et de Roumanie⁴³. Des délibérations supplémentai-

40. HCR Somalie, au siège du HCR à Genève, 3 août 1988 ; Protection 1986-91 ; Protection, Fonds 17 ; Archives du Haut Commissariat des Nations Unies pour les réfugiés (ci-après « Fonds HCR 17 »).

41. Personnel du HCR, Entretien avec R. Bonoan, Genève, Suisse, 21 novembre 2000.

42. HCR/USA/1126, 3 octobre 1994 ; Dossiers personnels des membres du Département de la protection internationale (DIP) du HCR.

43. Division de la protection internationale du HCR, *Application de la clause de cessation de l'article 1 C 5 de la Convention de 1951 et du paragraphe 6.A du Statut*, mémorandum, 2 décembre 1994, Dossiers personnels des membres du DIP du HCR. Division de la protection internationale aux directeurs de bureaux, Conseillers juridiques régionaux, 20 février 1995 ; 91/95 Clauses de cessation, Amériques ; Sous-fonds 2, bureau des Amériques ; Fonds 19, bureaux régionaux ; Archives du Haut Commissariat des Nations Unies pour les réfugiés (ci-après « Fonds HCR 19 »). Division de la protection internationale du HCR, *Examen de l'application des clauses de cessation*, mémorandum, 16 août 1995, Dossiers personnels des membres du DIP du HCR.

res au cours de l'année 1995 ont conduit à la décision de déclarer la cessation générale pour les réfugiés d'Afrique du Sud et de Namibie et de reporter les décisions finales concernant les autres cas⁴⁴.

Le HCR a fréquemment conseillé les gouvernements des pays d'accueil sur l'applicabilité des articles 1 C 5 et C 6 à certaines populations de réfugiés. Dans certains cas, il a pris l'initiative de fournir une évaluation aux États d'accueil pour savoir si les changements dans un pays d'origine justifiaient l'utilisation des clauses relatives aux changements de circonstances. En juin 1996, par exemple, le HCR a participé aux délibérations du gouvernement panaméen au sujet de l'application des clauses de cessation aux réfugiés haïtiens⁴⁵.

En outre, le HCR a régulièrement répondu aux interrogations des gouvernements des pays d'accueil. Il est souvent arrivé que ces demandes soient reçues peu après que se soient déroulés des événements majeurs dans un pays d'origine. En janvier 1983, trois mois après l'instauration d'un gouvernement démocratique en Bolivie, le gouvernement du Pérou a demandé au HCR d'appliquer les clauses relatives aux changements de circonstances aux réfugiés boliviens⁴⁶. Le HCR a reçu une demande similaire de la part du gouvernement sud-africain au sujet du statut des réfugiés nigériens en novembre 1999, soit six mois après la transition vers un régime civil au Nigeria⁴⁷.

Enfin, le HCR a évalué la portée des évolutions dans les pays source de réfugiés dans le contexte des procédures de détermination du statut de certains pays d'asile. En réponse aux demandes émises par les gouvernements et les demandeurs d'asile, le HCR a fourni son évaluation des améliorations en cours dans un pays d'origine donné et de leurs implications, le cas échéant, pour les demandes de statut de réfugié. Par exemple, le HCR a, ainsi, récemment conseillé les services du gouvernement américain et les demandeurs d'asile, concernant les procédures de détermination du statut pour des demandeurs provenant, entre autres, de la République démocratique du Congo, de Haïti et du Guatemala⁴⁸.

Bien qu'elles aient été régulièrement examinées au sein de l'organisation, les clauses relatives aux changements de circonstances n'ont été appliquées que vingt et

44. Division de la protection internationale du HCR, à tous les directeurs d'opérations, « Clause de cessation », mémorandum, 22 novembre 1996, Dossiers personnels des membres du DIP du HCR. « Examen de l'application des clauses de cessation... », *supra* note 43.

45. Bureau régional du HCR pour les Amériques et les Caraïbes (RBAC) au bureau régional du HCR au Costa Rica, 6 juin 1996, dossiers personnels des membres du RBAC du HCR.

46. Bureau du HCR pour les Amériques à la Division pour la protection internationale, 6 janvier 1983 ; Protection 1986-91 ; Fonds HCR 17.

47. Délégation du HCR en Afrique du Sud, Pretoria, au Département de la protection internationale, *Application de la clause de cessation aux réfugiés nigériens en Afrique du Sud*, mémorandum, 25 novembre 1999, dossiers personnels des membres du DIP du HCR. Voir également Département pour la protection internationale à la délégation du HCR en Afrique du Sud, Pretoria, 20 décembre 1999 ; AF05 PRL3/3.1/3.2/3.3 ; Sous-fonds 1, Bureau Afrique ; Fonds HCR 19.

48. Personnel du HCR, entretien avec R. Bonoan, Washington DC, 9 janvier 2001.

une fois par le HCR, à des populations placées sous son mandat, au cours de la période 1973- 1999 (voir Tableau 8.1 plus loin). Selon le HCR, les clauses de cessation n'ont pas été souvent utilisées pour deux raisons⁴⁹. En premier lieu, l'existence d'autres solutions, comme le rapatriement librement consenti, a généralement évité d'y avoir recours. En second lieu, il a souvent été difficile de déterminer si les développements dans un pays d'origine justifiaient leur application. Le HCR a plutôt publié des déclarations de cessation principalement pour « fournir un cadre juridique à l'interruption de la protection du HCR et de l'assistance matérielle aux réfugiés et pour promouvoir, avec les États d'asile concernés, la délivrance d'un autre permis de séjour aux anciens réfugiés »⁵⁰.

Les cas pour lesquels le HCR a finalement invoqué les articles 1 C 5 et C 6 sur une base collective peuvent être classés en fonction du type de changement intervenu dans le pays d'origine. Trois principaux types de changements de circonstances peuvent être identifiés : i) l'accession à l'indépendance de l'État ; ii) la réussite d'une transition démocratique ; et iii) le règlement d'un conflit civil.

Dans sept cas, l'application des articles 1 C 5 et C 6 était liée à l'accession à l'indépendance par le pays d'origine (Mozambique, Guinée-Bissau, Sao Tomé et Príncipe, Cap Vert, Angola, Zimbabwe et Namibie). Ces cas représentent six des dix situations dans lesquelles le HCR a invoqué les clauses relatives aux changements de circonstances avant 1991 (à l'exception de la Namibie en 1995).

Dans douze cas, le HCR a invoqué ces clauses sur la base d'un changement de régime (impliquant typiquement une transition démocratique) dans le pays d'origine. Ces cas, qui ont eu lieu au cours de la période 1980-99, étaient souvent liés à la fin de la guerre froide. L'application des clauses de cessation aux réfugiés chiliens (1994), roumains (1997) et éthiopiens (1999) est examinée en détail plus loin. Dans ces cas, l'invocation des clauses relatives aux changements de circonstances a impliqué un processus en trois phases : i) consultation du pays d'origine et/ou des pays d'asile ; ii) évaluation complète des conditions régnant dans le pays d'origine et iii) publication d'un mémorandum déclarant l'application des articles 1 C 5 et C 6 aux réfugiés originaires du pays en question.

Au Chili, un plébiscite en 1988 et des élections nationales en 1989 ont conduit à un transfert de pouvoir du régime militaire dirigé par le Général Augusto Pinochet au gouvernement élu du Président Patricio Aylwin en mars 1990. Cet événement a marqué le retour de la démocratie au Chili après dix-sept ans de régime militaire. Peu après que l'administration Aylwin est entrée en fonction, le HCR a commencé à recevoir des demandes des gouvernements des pays d'asile concernant l'application

49. « Document de travail », *supra* note 18, paragraphes 3 et 11.

50. *Note on the Cessation Clauses*, *supra* note 7, paragraphe 31 (traduction libre).

Tableau 8.1

Cas de cessation pour « changements de circonstances »

Pays d'origine	Date de IOM/FOM ^a	IOM N°	Nature du changement fondamental
Soudan	12 juillet 1973	26/73	Règlement du conflit civil
Mozambique	14 novembre 1975	36/75	Indépendance
Guinée-Bissau	1 ^{er} décembre 1975	38/75	Indépendance
Sao Tomé et Príncipe	16 août 1976	7/76	Indépendance
Cap Vert	16 août 1976	21/76	Indépendance
Angola	15 juin 1979	22/79	Indépendance
Guinée équatoriale	16 juillet 1980	44/80	Changement de régime/démocratisation
Zimbabwe	14 janvier 1981	4/81	Indépendance
Argentine	13 novembre 1984	84/84	Changement de régime/démocratisation
Uruguay	7 novembre 1985	55/85	Changement de régime/démocratisation
Pologne	15 novembre 1991	83/91	Changement de régime/démocratisation
Tchécoslovaquie	15 novembre 1991	83/91	Changement de régime/démocratisation
Hongrie	15 novembre 1991	83/91	Changement de régime/démocratisation
Chili	28 mars 1994	31/94	Changement de régime/démocratisation
Namibie	18 avril 1995	29/95	Indépendance
Afrique du Sud	18 avril 1995	29/95	Changement de régime/démocratisation
Mozambique	31 décembre 1996	88/96	Règlement du conflit civil
Malawi	31 décembre 1996	88/96	Changement de régime/démocratisation
Bulgarie	1 ^{er} octobre 1997	71/97	Changement de régime/démocratisation
Roumanie	1 ^{er} octobre 1997	71/97	Changement de régime/démocratisation
Ethiopie	23 septembre 1999	91/99	Changement de régime/démocratisation

a. Internal Office Memorandum/Field Office Memorandum

de la clause de cessation aux réfugiés chiliens. En réponse à ces demandes, le HCR a affirmé, en novembre 1990 et octobre 1991, qu'il était prématuré d'invoquer les articles 1 C 5 et C 6, parce que la transition démocratique était toujours en cours et qu'il fallait plus de temps pour évaluer la pérennité du changement de circonstances au Chili⁵¹.

51. Bureau régional pour l'Amérique latine et les Caraïbes et Division pour la protection internationale aux délégations d'Argentine, du Chili et du Venezuela, 2 novembre 1990 ; 91/95 Clauses de cessation, Amériques ; Sous-fonds 2, Bureau des Amériques ; Fonds HCR 19. HCR Chili au HCR Genève, HCR Canada, CHL/HCR/0306, CHL/CAN/HCR/0248, 22 octobre 1991 ; 91/95 Clauses de cessation, Amériques ; Sous-fonds 2, Bureau des Amériques ; Fonds HCR 19.

En 1992, toutefois, une période de temps suffisante s'était écoulée pour que ces changements soient consolidés et pour que le HCR entreprenne l'examen de l'application des clauses relatives aux changements de circonstances aux réfugiés chiliens. En mars 1992, des consultations ont eu lieu avec le gouvernement chilien et des associations locales au sujet d'une déclaration de cessation générale⁵². Les décideurs chiliens et les militants des droits de l'Homme ont tous deux exprimé leur soutien à une telle déclaration. Le HCR a également modifié sa position sur l'application des clauses relatives aux changements de circonstances par les pays d'asile, informant le gouvernement français en juillet 1992 qu'il ne s'opposerait pas à l'application de la clause de cessation aux réfugiés chiliens⁵³.

Les réflexions au sein du HCR concernant une déclaration de cessation générale ont continué au cours de l'année 1993. Pendant cette période, le HCR a cherché à s'assurer de l'ampleur et de la pérennité des développements au Chili et à régler, en coopération avec le gouvernement chilien, le problème des réfugiés ayant des procédures judiciaires pendantes devant les tribunaux militaires ou civils⁵⁴. Cette question s'est avérée représenter l'obstacle principal à une déclaration de cessation générale pour les réfugiés chiliens⁵⁵. Les tentatives de résolution de ce problème par l'élaboration d'une liste complète de réfugiés impliqués dans de telles procédures n'ont toutefois pas abouti⁵⁶. Le HCR a donc décidé de publier une déclaration de cessation générale, en incluant une disposition spécifique pour les réfugiés chiliens exposés au risque d'être détenus ou poursuivis à leur retour⁵⁷. La question générale des exceptions à la cessation est exposée en détail dans la Partie II.C.3 ci-dessous.

Des préoccupations spécifiques en matière de droits de l'Homme ont également joué un rôle important dans le cas de la Roumanie. L'effondrement du régime de Ceausescu en 1989 a été suivi par plusieurs années d'instabilité politique et de résultats mitigés en termes de droits de l'Homme. Bien que des améliorations impor-

52. HCR Santiago du Chili, au bureau régional pour l'Amérique latine et les Caraïbes et Division pour la protection internationale, 24 juin 1992 ; 91/95 Clauses de cessation, Amériques ; Sous-fonds 2 Amériques ; Fonds HCR 19.

53. HCR Bureau régional pour l'Amérique latine et les Caraïbes/Division de la protection internationale, au HCR/France, HCR/Chili et HCR/Argentine, 8 juillet 1992 ; 560.CH.L ; Série 3, Dossiers classés ; Fonds 11, Documents officiels du registre central ; Archives du Haut Commissariat des Nations Unies pour les réfugiés.

54. HCR Santiago du Chili, *supra* note 52.

55. Personnel du HCR, entretien avec R. Bonoan, Genève, Suisse, 30 novembre 2000.

56. Bureau de liaison du Chili au Bureau régional pour les Amériques et les Caraïbes, 14 janvier 1994 ; 91/95 Clauses de cessation, Amériques ; Sous-fonds 2, Bureau des Amériques ; Fonds HCR 19.

57. L'exemption énonçait :

Une attention spéciale doit être accordée aux cas de réfugiés qui ont des raisons de penser qu'ils peuvent encore faire l'objet de mandats d'arrêt ou de condamnations par contumace pour des actes relatifs à la situation qui les a conduits à se voir reconnaître le statut de réfugié. Ces cas doivent être soumis au siège afin qu'il examine le bien-fondé de leur demande et qu'il en informe le pays d'asile. HCR, *Applicabilité des clauses de cessation aux réfugiés du Chili*, 28 mars 1994.

tantes aient eu lieu dans certains domaines, des mesures et pratiques discriminatoires issues de l'ère Ceausescu ont perduré. Les insuffisances concernaient la protection des droits des minorités (en particulier les minorités rom et hongroise), des homosexuels et des détenus⁵⁸.

En mai 1995, le gouvernement français a toutefois notifié au HCR son intention d'appliquer les clauses relatives aux changements de circonstances aux réfugiés roumains⁵⁹. La France avait continué de recevoir un nombre important de demandeurs d'asile de Roumanie depuis 1989. Selon les autorités françaises, de nombreuses demandes d'asile étaient manifestement infondées et revêtaient une nature avant tout économique et l'afflux commençait à entamer le soutien de la population à l'égard de l'institution de l'asile⁶⁰. Les fonctionnaires français ont ainsi pu considérer qu'une déclaration de cessation générale constituait un signal politique fort, ainsi qu'un moyen potentiellement efficace de dissuader des flux supplémentaires de réfugiés de Roumanie⁶¹. Les problèmes posés par l'application des concepts de « cessation » à la phase de détermination initiale du statut de réfugié sont examinés dans la Partie IV ci-dessous.

Le gouvernement français a donné des assurances au HCR que les personnes reconnues réfugiées ne perdraient pas leur statut de manière automatique et ne seraient pas renvoyées de force en Roumanie, et que les dossiers des nouveaux demandeurs d'asile continueraient d'être examinés au cas par cas⁶². Le HCR n'a exprimé aucune objection relative à la cessation du statut pour les réfugiés roumains reconnus antérieurement à 1989 à titre individuel, mais a maintenu sa position selon laquelle les préoccupations relatives aux droits de minorités et à d'autres groupes vulnérables faisaient obstacle à une déclaration de cessation générale⁶³. Cependant, le HCR a également indiqué qu'il continuerait de suivre de près la situation en Roumanie et qu'il examinerait l'application des clauses relatives aux changements de circonstances si des progrès avaient lieu dans ces domaines⁶⁴.

En juin 1995, la France a commencé à appliquer les clauses de cessation aux réfugiés roumains. Le HCR s'est dit publiquement satisfait des consultations menées

58. HCR/USA/0510, 25 mai 1994, dossiers personnels des membres du DIP du HCR.

59. HCR Bureau régional pour l'Europe, *Intention de la France de déclarer une cessation générale à l'égard des réfugiés roumains*, Note pour le dossier, 7 juin 1995, dossiers personnels des membres du DIP du HCR.

60. *Ibid.*

61. Selon un membre du personnel du HCR, le nombre de demandeurs d'asile roumains a considérablement diminué suite à la déclaration de cessation générale du gouvernement français. Cette baisse était sans doute due à plusieurs facteurs, le plus important étant probablement l'amélioration progressive de la situation en Roumanie, bien que l'application de la clause de cessation ait pu contribuer à la baisse en dissuadant des flux supplémentaires de demandeurs d'asile de Roumanie.

62. Personnel du HCR, entretien avec R. Bonoan, Genève, Suisse, 14 novembre 2000.

63. *Intention de la France de publier une déclaration de cessation générale*, *supra* note 59.

64. *Ibid.*

avec le gouvernement français et des garanties adoptées par les autorités françaises pour protéger les droits des réfugiés et des demandeurs d'asile⁶⁵. Le HCR a également rappelé sa volonté d'examiner l'application des clauses relatives aux changements de circonstances si la situation s'améliorait en Roumanie⁶⁶.

En 1997, un certain nombre de développements positifs étaient intervenus en Roumanie. Il s'agissait notamment du deuxième tour des élections nationales en novembre 1996 qui avaient été généralement reconnues comme libres et équitables, ainsi que des efforts fournis par le nouveau gouvernement roumain pour renforcer les garanties en matière de droits de minorités. En juillet 1997, une étude globale du HCR relative à la situation en Roumanie concluait que les clauses relatives aux changements de circonstances pouvaient être appliquées aux réfugiés roumains⁶⁷. La déclaration de cessation publiée en conséquence par le HCR en octobre 1997 incluait une clause spécifique pour les réfugiés ayant perdu leurs documents d'identité personnels⁶⁸.

Dans le cas de l'Éthiopie, l'application des clauses relatives aux changements de circonstances a été compliquée par la nécessité de prendre en compte les préoccupations du pays d'origine et d'un important pays d'asile. Le régime militaire du Lieutenant Colonel Mengistu Haile Mariam s'est effondré en 1991 après dix-sept années de pouvoir. De 1993 à 1998, le HCR a géré un programme de rapatriement librement consenti pour les réfugiés éthiopiens ayant fui la persécution du régime Mengistu. Alors que ce programme tirait sur sa fin, le HCR a commencé à prendre en considération l'application de clauses de cessation pour les dossiers de réfugiés éthiopiens restants. Une recommandation a d'abord été faite en 1998 et elle a été approuvée par la suite lors d'une réunion du Comité permanent en février 1999⁶⁹.

Une étude complète des développements ayant eu lieu en Éthiopie depuis 1991 est parvenue à la conclusion que l'invocation des articles 1 C 5 et C 6 était justifiée⁷⁰, bien que l'instabilité politique permanente et les violations des droits de l'Homme, suivies par le déclenchement de la guerre entre l'Éthiopie et l'Érythrée en mai 1998, aient créé la possibilité que les Éthiopiens ayant recherché une protection internationale après 1991 aient des raisons valables d'obtenir le statut de réfugié⁷¹.

65. Délégation pour la France du HCR, *Communiqué de presse du HCR relatif à l'invocation par les autorités françaises de la clause de cessation à l'égard des demandeurs d'asile roumains*, 21 juin 1995, dossiers personnels des membres du DIP du HCR.

66. *Ibid.*

67. Bureau de liaison du HCR pour la Roumanie, *Application de la cessation générale aux réfugiés roumains*, document de discussion, juin 1997, dossiers personnels des membres du DIP du HCR.

68. HCR, *Applicabilité des clauses de cessation aux réfugiés de Bulgarie et de Roumanie*, 1^{er} octobre 1997.

69. Délégation du HCR pour le Soudan au bureau régional du HCR pour l'Afrique de l'Est, la Corne de l'Afrique et les Grands lacs, *et al.*, *Application de la clause de cessation aux réfugiés éthiopiens d'avant 1991*, memorandum, non daté, dossiers personnels des membres du DIP du HCR.

70. Personnel du HCR, communication personnelle avec R. Bonoan, 10 novembre 2000.

71. Personnel du HCR, entretiens avec R. Bonoan, Genève, Suisse, 15 et 24 novembre 2000 et 1^{er} décembre 2000.

Pour éviter de mettre en danger ces demandes ou le statut de ces réfugiés, le HCR a donc limité l'application des clauses de cessation aux personnes ayant fui la persécution du régime Mengistu (soit les réfugiés d'avant 1991)⁷².

Les gouvernements d'Éthiopie et du Soudan ont cependant tous deux cherché à reporter l'application des clauses de cessation aux réfugiés éthiopiens d'avant 1991. Le gouvernement éthiopien a exprimé ses préoccupations concernant la réintégration d'un grand nombre de rapatriés, compte tenu des déplacements internes de population et des destructions causées par la guerre avec l'Érythrée⁷³. La réticence du gouvernement soudanais reflétait ses craintes liées à la perte de l'aide financière internationale, ainsi qu'au grand nombre de dossiers résiduels de réfugiés éthiopiens au Soudan auxquels les clauses de cessation ne s'appliquaient pas⁷⁴.

Tout en continuant à insister pour que les clauses de cessation s'appliquent comme prévu, le HCR a cherché à régler les questions soulevées par les deux gouvernements. Il a donné son accord pour aider le gouvernement soudanais à conduire les procédures de détermination du statut de réfugié pour tous les cas résiduels de réfugiés éthiopiens d'avant 1991⁷⁵. En réponse aux préoccupations du gouvernement éthiopien concernant l'absorption des rapatriés, le HCR a consenti à mettre en œuvre les clauses de cessation et le rapatriement des réfugiés du Soudan de manière progressive⁷⁶.

La troisième et dernière catégorie de circonstances dans lesquelles le HCR a invoqué les articles 1 C 5 et C 6 concerne le règlement d'un conflit civil. À la date d'aujourd'hui, il n'y a eu que deux cas de ce type : le Soudan (1973) et le Mozambique (1996). Ces derniers méritent d'être examinés en détail car ils représentent la situation la plus probable dans laquelle l'application des clauses relatives aux changements de circonstances sera prise en considération dans le futur.

En mars 1972, un accord de paix a été signé entre le gouvernement du Soudan et le Mouvement de Libération du Sud Soudan mettant fin à la guerre civile au Soudan. Le conflit avait causé la fuite de quelque 180.000 réfugiés (en Ouganda, au Zaïre, en République Centrafricaine et en Éthiopie) ainsi que de 500.000 personnes déplacées internes⁷⁷. Le HCR s'est vu formellement attribuer la responsabilité du rapatriement librement consenti, de l'aide et de la réinstallation des réfugiés de juillet 1972 à

72. Selon un membre du personnel du HCR, cette précaution s'est révélée inefficace dans le cas du Soudan, qui a continué à refuser automatiquement le statut de réfugié aux demandeurs d'asile d'Éthiopie.

73. Personnel du HCR, entretien avec R. Bonoan, Genève, Suisse, 24 novembre 2000.

74. Personnel du HCR, entretiens avec R. Bonoan, Genève, Suisse, 24 novembre 2000 et 1^{er} décembre 2000.

75. Personnel du HCR, entretien avec R. Bonoan, Genève, Suisse, 1^{er} décembre 2000.

76. *Ibid.*

77. HCR, *Sud Soudan : le cessez-le-feu et l'après*, août 1973 ; 7/2/3/SSO Rapports de diverses sources — Opération du Sud Soudan — Rapports sur la situation dans la région du Sud ; Série 1, dossiers classés ; Fonds 11, Documents officiels du registre central ; Archives du Haut Commissariat des Nations Unies pour les réfugiés (ci-après Série 1, Fonds HCR 11).

juin 1973⁷⁸. La phase de reconstruction et de développement du programme d'aide d'urgence des Nations Unies a ensuite commencé en juillet 1973 sous l'égide du Programme de Développement des Nations Unies (PNUD)⁷⁹.

En juillet 1973, le rapatriement librement consenti des réfugiés soudanais de République centrafricaine et d'Éthiopie était terminé. En outre, le HCR espérait finir de rapatrier les réfugiés soudanais du Zaïre et d'Ouganda d'ici octobre de la même année. Le HCR a donc entrepris de publier une déclaration de cessation générale, affirmant que les circonstances sur la base desquelles la reconnaissance collective des réfugiés soudanais avait eu lieu n'existaient plus⁸⁰. Il serait exigé de la part des réfugiés souhaitant maintenir leur statut, de démontrer que la fin de la guerre civile et la réconciliation nationale au Soudan n'affectaient pas le fondement de leur crainte de persécution ou qu'on ne pouvait pas attendre d'eux qu'ils retournent au Soudan en raison de la gravité de la persécution subie. Compte tenu de la « réalité de la réconciliation nationale » au Soudan, le HCR exigeait toutefois une approche restrictive de l'octroi de ces exemptions.

Le gouvernement soudanais a néanmoins demandé au HCR de prolonger son rôle de coordinateur du Programme d'aide d'urgence des Nations Unies pour le Sud Soudan jusqu'à fin 1973⁸¹. Face à cette demande, le HCR s'est inquiété du fait que tout retard pourrait compliquer la transition de la phase d'aide à la phase de développement du programme des Nations Unies et l'entraîner dans des activités de développement ne relevant ni de sa compétence, ni de son mandat⁸². Par conséquent, le Haut Commissaire a limité la prolongation de la mission du HCR à octobre 1973, date à laquelle la fin de l'opération de rapatriement librement consenti était programmée, et a demandé que la phase de développement soit lancée le 1^{er} juillet 1973 comme prévu à l'origine⁸³.

En décembre 1996, le HCR a publié une seconde déclaration de cessation générale concernant les réfugiés du Mozambique. En 1992, le gouvernement du Mozambique et le Mouvement de Résistance nationale du Mozambique (Renamo) avaient signé un accord de paix, mettant un terme à une longue guerre civile. En octobre 1994, des élections pluripartites ont alors été organisées avec succès. Finalement, le rapatriement librement consenti et la réintégration de 1.7 millions de réfugiés du Mozambique se sont terminés en juin 1996. Le HCR a cité ces développements comme des indicateurs d'un changement de circonstances « fondamental » et

78. *Ibid.*

79. *Ibid.*

80. HCR, *Protection et assistance pour les réfugiés soudanais*, 12 juillet 1973.

81. HCR, « Note pour le dossier », 23 juin 1973 ; 1/9/1/SSO Relations avec les gouvernements — Opérations du Sud Soudan — Relations avec le gouvernement soudanais concernant le Sud Soudan ; Série 1, Fonds HCR 11.

82. *Ibid.*

83. Haut Commissaire des Nations Unies pour les réfugiés au Vice-président de la République démocratique du Soudan, 10 juillet 1973 ; 1/9/1/SSO Relations avec les gouvernements — Opérations du Sud Soudan — Relations avec le gouvernement soudanais concernant le Sud Soudan ; Série 1, Fonds HCR 11.

« durable » au Mozambique, justifiant l'application des clauses relatives aux changements de circonstances aux réfugiés du Mozambique⁸⁴.

L'application des clauses de cessation avait toutefois déjà été envisagée avant les élections d'octobre 1994. En juin 1994, lors d'une réunion informelle du Comité exécutif, le Haut Commissaire avait annoncé qu'il terminerait son opération de rapatriement et de réintégration d'ici mi-1996⁸⁵. En septembre 1994, le HCR avait déclaré qu'il s'attendait à ce que

compte tenu de l'élection organisée avec succès, de l'instauration d'un nouveau gouvernement ainsi que d'un environnement stable et sûr, les réfugiés du Mozambique qui souhaitent toujours vivre hors de leur pays, [devront], après une période appropriée, régulariser leur statut auprès des autorités concernées et ne [devront] plus être considérés comme relevant du mandat du HCR⁸⁶.

Les élections organisées avec succès en octobre 1994 ont conduit le HCR à proposer en mars 1995 que les clauses de cessation soient appliquées dans un avenir proche, bien qu'une étude d'août 1995 ait recommandé que le HCR attende au minimum douze mois supplémentaires avant de donner suite à une déclaration de cessation générale⁸⁷. L'étude mentionnait la présence de nombreuses mines, des réserves de nourriture inadaptées et la disponibilité limitée de terres propres à la culture comme contraintes importantes pesant sur la sécurité des rapatriés et nécessitant une évaluation accrue⁸⁸. L'application des clauses relatives aux changements de circonstances aux réfugiés du Mozambique a donc été reportée à novembre 1996, date à laquelle il a été décidé de procéder à une déclaration de cessation générale.

Les cas examinés aux paragraphes précédents concernaient l'application formelle par le HCR des articles 1 C 5 et C 6 à un groupe entier de réfugiés. Le HCR a été réticent, à l'égard d'autres populations de réfugiés, à publier une déclaration de cessation générale, en dépit d'améliorations dans leurs pays d'origine. Dans certains cas, le HCR a considéré que ces développements ne parvenaient simplement pas à remplir les critères d'un changement de circonstances fondamental et durable. Par exemple, en août 1997, le HCR a informé le gouvernement américain que l'application des clauses de cessation à tous les réfugiés haïtiens sans distinction serait prématurée, en raison de préoccupations permanentes en matière de droits de l'Homme en Haïti⁸⁹. De la même façon, en novembre 1998, le HCR a conseillé au gouverne-

84. HCR, *Applicabilité des clauses de cessation aux réfugiés des Républiques du Malawi et du Mozambique*, 31 décembre 1996, paragraphe 2.

85. HCR, *Mozambique : rapatriement et réintégration des réfugiés du Mozambique, Rapport d'étape et stratégie de réintégration pour 1995, Addendum : stratégie de réintégration du HCR pour 1995*, septembre 1994, paragraphe 20.

86. *Ibid.*, paragraphe 43 (traduction libre).

87. « Étude relative à l'application des clauses de cessation... », *supra* note 43.

88. *Ibid.*

89. HCR, Bureau régional pour les Amériques et les Caraïbes (RBAC) au Centre d'information et de ressources, Service d'Immigration et de Naturalisation des États-Unis (INS), *Situation actuelle en Haïti*, lettre, 14 août 1997, Dossiers personnels des membres du RBAC du HCR.

ment néerlandais de ne pas utiliser les clauses relatives aux changements de circonstances aux réfugiés de Bosnie en raison de l'absence de changement fondamental et durable en Bosnie-Herzégovine⁹⁰.

Le HCR a occasionnellement soutenu l'application des articles 1 C 5 et C 6 sur une base individuelle plutôt que collective. Le HCR a adopté cette approche en 1992 pour les réfugiés albanais placés sous sa protection en République fédérale de Yougoslavie⁹¹. En 1996, le HCR a averti le gouvernement du Panama que les articles 1 C 5 et C 6 pourraient être invoqués sur une base individuelle à l'égard des réfugiés haïtiens⁹². De la même façon, en réponse à une demande du gouvernement suédois en 1997, le HCR a proposé d'appliquer les clauses de cessation sur une base individuelle à l'égard des réfugiés vietnamiens⁹³.

Le HCR a également approuvé l'utilisation par les pays d'asile des articles 1 C 5 et C 6 sur une base collective, plutôt que d'invoquer lui-même les dispositions relatives aux changements de circonstances, en particulier quand une déclaration de cessation générale par le HCR aurait pu avoir des implications pour les demandeurs d'asile dans l'attente de la détermination de leur statut. Les cas du Salvador et du Nicaragua illustrent cette démarche. L'examen, au sein du HCR, d'une déclaration de cessation générale pour les réfugiés salvadoriens et nicaraguayens a débuté en 1995, suite à la conclusion réussie de la Conférence internationale relative aux réfugiés d'Amérique centrale (CIREFCA) en juin 1994⁹⁴. Une étude approfondie de la situation au Salvador et au Nicaragua, suivie par des consultations internes et externes au HCR, a identifié plusieurs facteurs militant contre une déclaration de cessation générale à cette époque⁹⁵. Parmi eux figuraient la situation économique fragile régnant dans les deux pays ainsi que des préoccupations persistantes en matière de droits de l'Homme au Salvador. En outre, le processus de détermination du statut pour les demandeurs d'asile salvadoriens et nicaraguayens aux États-Unis avait été retardé à la fois par des procès visant à garantir que les demandes des réfugiés salvadoriens étaient traitées de manière équitable ainsi que par des propositions législatives visant à protéger les réfugiés d'Amérique centrale⁹⁶. Une déclaration de cessation générale par le HCR aurait pu influencer de manière injustifiée ces procédures⁹⁷.

90. Personnel du HCR, entretien avec R. Bonoan, Genève, Suisse, 30 novembre 2000.

91. HCR/HRV/0731, HCR/YUG/1578, 2 décembre 1992, Dossiers personnels des membres du DIP du HCR.

92. HCR, Bureau régional pour les Amériques et les Caraïbes, *supra* note 45.

93. HCR mémorandum, *Information relative à l'application des clauses de cessation — Réponse*, 3 mars 1997, Dossiers personnels des membres du DIP du HCR.

94. Le processus CIREFCA était un programme régional global pour le rapatriement et la réintégration des réfugiés et la suppression des causes à l'origine des déplacements.

95. Personnel du HCR, entretiens avec R. Bonoan, Genève, Suisse, 22, 27 et 30 novembre 2000.

96. Personnel du HCR, entretiens avec R. Bonoan, Genève, Suisse, 23 novembre 2000 et Washington DC, États-Unis, 9 janvier 2001.

97. *Ibid.*

Le HCR a donc choisi de ne pas appliquer les clauses relatives aux changements de circonstances aux réfugiés du Salvador et du Nicaragua. En mai 2000, toutefois, en raison surtout du changement de circonstances, le HCR a apporté une assistance technique au gouvernement du Panama pour l'application des articles 1 C 5 et C 6 aux réfugiés salvadoriens et nicaraguayens. Celle-ci consistait notamment en la soumission d'une évaluation globale de la situation au Salvador et au Nicaragua fondée sur des évaluations antérieures du HCR⁹⁸. Cette étude estimait que la situation dans les deux pays remplissait désormais les critères d'un changement fondamental et durable nécessaire pour que le Panama procède à une déclaration de cessation pour les réfugiés du Salvador et du Nicaragua⁹⁹.

Enfin, la question de la cessation s'est posée quand l'amélioration de la situation dans les pays d'origine de réfugiés a conduit les pays d'accueil à poursuivre leurs efforts pour y renvoyer les réfugiés. Ces développements n'ont pas été suffisants pour justifier une déclaration de cessation générale par le HCR. Le HCR a toutefois cherché à identifier les personnes continuant à avoir besoin d'une protection internationale, tout en reconnaissant que certains groupes pouvaient ne plus avoir besoin du statut de réfugié. Dans le cas de la Bosnie-Herzégovine, parmi les personnes nécessitant encore une protection internationale figurent les personnes d'origine ethnique mixte ou appartenant à des couples mixtes, les déserteurs et les insoumis de l'armée de Bosnie, ainsi que les membres des communautés roms. À l'inverse, les personnes pouvant ne plus avoir besoin d'une protection internationale, et pour lesquelles un retour pourrait être envisagé, sont notamment celles qui résidaient à l'origine dans des zones où elles appartenaient à la majorité et, plus récemment, celles venant de zones minoritaires spécifiques¹⁰⁰.

Dans le cas de l'Afghanistan, l'effondrement du régime pro-soviétique de Najibullah en 1992 et l'instauration progressive du contrôle par les talibans de la majeure partie du pays au milieu des années 1990, ont permis de penser que certains groupes de réfugiés afghans pouvaient ne plus avoir besoin de protection internationale (par exemple, les personnes ayant fui la persécution de la part du gouvernement de Najibullah ou celles appartenant à l'ethnie pachtoune, dont la majorité avait fui vers le Pakistan)¹⁰¹. L'absence de protection nationale effective¹⁰², la poursuite de la guerre

98. HCR Bureau régional pour le Mexique, l'Amérique centrale, Belize et Cuba, *Évaluation par le HCR du changement de circonstances au Nicaragua et au Salvador*, 5 mai 2000, Dossiers personnels des membres du RBAC du DIP.

99. *Ibid.*

100. HCR, *Update of UNHCR's Position on Categories of Persons from Bosnia and Herzégovina in Need of International Protection*, août 2000, p. 2, Dossiers personnels des membres de l'opération du HCR pour l'Europe du Sud Est. Le rapport énonce que « compte tenu de l'amélioration de la situation générale en [Bosnie-Herzégovine], on ne peut plus affirmer que l'appartenance à un groupe numériquement minoritaire en cas de retour crée, en soi, un besoin de protection internationale pour une personne ».

101. Personnel du HCR, entretien avec R. Bonoan, Genève, Suisse, 20 novembre 2000.

102. Les talibans n'étaient pas reconnus en tant que gouvernement légitime de l'Afghanistan par la communauté internationale.

civile, les graves violations des droits de l'Homme et l'effondrement de l'économie, ont toutefois empêché une déclaration de cessation générale par le HCR. Le gouvernement iranien a néanmoins poursuivi ses efforts visant à renvoyer les demandeurs d'asile afghans résidant sur son territoire, incitant le HCR à conclure un accord de rapatriement librement consenti avec l'Iran en février 2000. L'accord mettait en place une procédure d'examen permettant d'identifier les Afghans ayant besoin d'une protection internationale ainsi que ceux ne nécessitant pas le statut de réfugié¹⁰³. Le renversement ultérieur des talibans en 2001 et l'incertitude entourant le gouvernement futur de l'Afghanistan illustrent, à la fois, la difficulté et l'importance de mesurer correctement l'ampleur et la pérennité des changements de circonstances dans un pays d'origine, en particulier dans le cas d'une situation de réfugiés prolongée et complexe.

Le HCR a connu une situation similaire pour les réfugiés cambodgiens en Thaïlande. En 1999, le gouvernement thaïlandais a contacté le HCR pour qu'il l'aide à trouver une solution au statut d'un petit groupe de réfugiés cambodgiens resté à Bangkok après la fin du programme de rapatriement librement consenti du HCR¹⁰⁴. Ce groupe était composé de dirigeants politiques, de militants, d'étudiants et de militaires ayant fui l'éruption de la violence en juillet 1997 entre les partisans des deux Premiers ministres cambodgiens, le Prince Ranariddh et Hun Sen¹⁰⁵. Le suivi des rapatriés au Cambodge indiquait que les personnes ayant participé au rapatriement librement consenti avaient été en mesure de se réintégrer avec succès¹⁰⁶. Tandis que des consultations importantes avec le Centre local pour les droits de l'Homme et d'autres organisations indiquaient que la plupart de ces personnes n'avaient plus besoin de protection internationale et pouvaient rentrer en toute sécurité au Cambodge, d'autres défenseurs des réfugiés dans la région contestaient cette évaluation¹⁰⁷.

Comme ces réfugiés avaient bénéficié d'une reconnaissance individuelle par le HCR, la procédure normale exigeait une évaluation générale de la situation des droits de l'Homme au Cambodge, conformément à la Conclusion No. 69 du Comité exécutif, ainsi qu'une déclaration formelle de cessation. Il était cependant peu probable que cette évaluation aboutisse à la conclusion qu'un changement de circonstances fonda-

103. *Programme commun pour le rapatriement librement consenti des réfugiés afghans entre le gouvernement de la République islamique d'Iran et le Haut Commissariat des Nations Unies pour les réfugiés*, Téhéran, février 2000, dossiers personnels des membres du Bureau pour l'Asie centrale, l'Asie du Sud Ouest, l'Afrique du nord et le Moyen Orient (CASWANAME) du HCR.

104. Personnel du HCR, entretien avec R. Bonoan, Genève, Suisse, 1^{er} décembre 2000.

105. *Ibid.* Voir également HCR Bureau régional pour la Thaïlande, *Mise à jour concernant les dossiers urbains de Cambodgiens*, 19 octobre 1998, dossiers personnels des membres de l'Unité d'évaluation et d'analyse politique (EPAU) du HCR.

106. Personnel du HCR, entretien avec R. Bonoan, Genève, Suisse, 1^{er} décembre 2000.

107. Personnel du HCR, entretiens avec R. Bonoan, Genève, Suisse, 15 et 23 novembre 2000 et 1^{er} décembre 2000. Voir également HCR Bureau régional pour la Thaïlande, *Rapport de mission, Phnom Penh, 7-9 septembre 1999*, 12 septembre 1999, dossiers personnels des membres de l'EPAU du HCR.

mental et durable avait eu lieu au Cambodge. Dans le même temps, le HCR avait en sa possession de nombreuses informations indiquant que les réfugiés relevant de ces cas résiduels pouvaient ne plus nécessiter de protection internationale¹⁰⁸.

Plutôt que d'invoquer formellement les clauses de cessation, le HCR a lancé un exercice de « réexamen du statut » de ce groupe de réfugiés cambodgiens en mars 1999¹⁰⁹. Les personnes souhaitant conserver leur statut de réfugié devaient s'inscrire auprès du HCR, et celles ne respectant pas cette procédure ne seraient plus considérées comme relevant de la protection du HCR¹¹⁰. Les réfugiés souhaitant retourner au Cambodge pouvaient le faire par leurs propres moyens ou demander l'aide du HCR¹¹¹. Quelque 150 demandes ont été reçues de la part de personnes souhaitant conserver leur statut¹¹². S'appuyant à nouveau sur ses nombreux contacts avec des organisations de défense des droits de l'Homme travaillant au Cambodge, le HCR a examiné ces demandes et identifié entre trente et quarante personnes nécessitant toujours une protection internationale¹¹³. Les personnes exclues de cette sélection avaient la possibilité de faire appel des résultats du processus¹¹⁴.

En septembre 1999, des consultations supplémentaires avec des organisations des droits de l'Homme au Cambodge ont révélé que la situation politique s'était de nouveau détériorée¹¹⁵. Le processus de réexamen du statut a été suspendu et les trente à quarante cas individuels sélectionnés antérieurement ont fait l'objet d'une réinstallation¹¹⁶. Le HCR a également décidé de reporter une évaluation de la situation des droits de l'Homme au Cambodge visant à déterminer si les clauses relatives aux changements de circonstances pouvaient être invoquées¹¹⁷.

C. Pratique des États en matière de cessation pour changements de circonstances

Bien que le HCR les prenne souvent en considération, les États ont « peu recours » aux clauses de cessation relatives aux changements de circonstances¹¹⁸.

108. Personnel du HCR, entretien avec R. Bonoan, Genève, Suisse, 1^{er} décembre 2000.

109. Personnel du HCR, entretiens avec R. Bonoan, Genève, Suisse, 15 et 23 novembre 2000 et 1^{er} décembre 2000. Voir également, Département de la protection internationale, *Note relative à l'application de la clause de cessation 1 C 5 aux dossiers résiduels de Cambodgiens en Thaïlande*, 1^{er} juillet 1999, dossiers personnels des membres de l'EPAU du HCR.

110. Personnel du HCR, entretien avec R. Bonoan, Genève, Suisse, 23 novembre 2000.

111. *Ibid.*

112. *Ibid.*

113. Personnel du HCR, entretiens avec R. Bonoan, Genève, Suisse, 23 novembre et 1^{er} décembre 2000.

114. Personnel du HCR, entretien avec R. Bonoan, Genève, Suisse, 1^{er} décembre 2000.

115. *Ibid.*

116. *Ibid.* Voir également *Rapport de mission, Phnom Penh, 7-9 septembre 1999, supra note 107*.

117. *Ibid.*

118. HCR, *Relevé des conclusions — La cessation du statut de réfugié, Table ronde d'experts de Lisbonne, 3-4 mai 2001* (ci-après « Relevé des conclusions de Lisbonne »), 4 mai 2001, paragraphe 1.

Les raisons sont variées mais, parmi elles, figurent les coûts administratifs pour mettre fin à l'octroi individuel du statut de réfugié sur la base d'un réexamen de la situation des droits de l'Homme dans l'État d'origine, le fait que le retrait du statut de réfugié puisse ne pas aboutir au rapatriement lorsque le réfugié est éligible à un autre statut juridique lui permettant de rester et le fait que les États préfèrent faciliter la naturalisation conformément à l'article 34 de la *Convention de 1951*¹¹⁹. En cas de protection des réfugiés sur une base collective, les États d'accueil peuvent hésiter à déclarer la cessation parce que la situation dans l'État d'origine reste instable et parce que cela peut remettre en cause l'aide de la communauté internationale.

Les textes des articles 1 C 5 et 1 C 6 de la *Convention de 1951* et de l'article I.4.e) de la *Convention de l'OUA sur les réfugiés* contiennent, de manière différenciée, un aspect individualisé. Ils ne font pas référence à la situation générale au niveau politique ou des droits de l'Homme, mais aux « circonstances à la suite desquelles [la personne] a été reconnue comme réfugié » et à l'attitude et au comportement individuel (« elle ne peut plus continuer à refuser de se réclamer de la protection du pays dont elle a la nationalité ou dans lequel elle avait sa résidence habituelle »). Les États d'asile qui procèdent à une détermination individuelle du statut, appliquent rarement la cessation relative aux changements de circonstances et, quand ils le font, l'objectif ne semble pas être nécessairement le rapatriement, mais le transfert administratif de la responsabilité des réfugiés d'un service gouvernemental à un autre, ou l'accélération de la détermination du statut pour les nouveaux demandeurs d'asile de l'État d'origine. Le relevé des conclusions de la table ronde d'experts de 2001 sur la cessation fait remarquer la rareté de la cessation individuelle et reconnaît la nécessité « de maintenir un degré élémentaire de stabilité pour tout réfugié »¹²⁰.

L'article 1 C a été incorporé dans certaines législations nationales relative à l'asile, en particulier celles adoptées au cours des dix dernières années. Malheureusement, ces lois combinent parfois les clauses de cessation avec d'autres clauses concernant la révocation (annulation) du statut de réfugié pour des motifs de fraude, d'exclusion au sens de l'article 1 F et d'expulsion en vertu de l'article 33 § 2. La même confusion caractérise les lois de certains États africains mettant en œuvre l'article I.4) de la *Convention de l'OUA sur les réfugiés*. La meilleure pratique consiste à traiter la cessation séparément, et à ne pas la combiner avec des clauses concernant les personnes qui ne méritent pas la protection. Le traitement distinct de la cessation en droit national facilite le fait d'accorder une grande attention à l'équité de la procédure et aux circonstances impérieuses justifiant le non-retour.

La cessation pour changements de circonstances pose d'importantes difficultés aux États parties, en particulier en ce qui concerne : i) l'évaluation du changement fondamental, durable et effectif dans l'État d'origine ; ii) la procédure équitable et iii) les exceptions à la cessation et au retour.

119. *Ibid.*, paragraphe 2.

120. *Ibid.*, paragraphe 17.

1. Evaluation de la situation dans l'État de persécution

Comme les États d'asile ne semblent pas avoir fréquemment appliqué les articles 1 C 5 et C 6 à des réfugiés reconnus, le processus d'évaluation des changements de circonstances reste peu développé. Le relevé des conclusions de la table ronde sur la cessation a estimé que les éléments essentiels à une application correcte de la cessation pour changements de circonstances étaient les suivants :

i) évaluation de la situation dans le pays d'origine [...] ; ii) participation des réfugiés au processus (avec peut-être des visites de réfugiés dans le pays d'origine pour se rendre compte des conditions de vie) ; iii) examen de la situation des réfugiés étant rentrés de leur plein gré dans leur pays d'origine ; iv) analyse des conséquences possibles de la cessation pour la population réfugiée dans le pays d'accueil ; et v) définition précise des catégories de personnes qui continuent à avoir besoin de la protection internationale ainsi que des critères de reconnaissance des exceptions à la cessation¹²¹.

Lorsqu'un État d'asile déclare la cessation pour les réfugiés d'une nationalité donnée, il doit se baser sur des preuves provenant de sources variées, incluant des informations issues de son ministère des Affaires étrangères, d'autres sources diplomatiques, d'organisations non gouvernementales (ONG), d'agences spécialisées (en particulier le HCR), de spécialistes et de la presse. Ce point est souligné dans la Conclusion No. 69 (XLIII)¹²² du Comité exécutif et dans les *Principes directeurs du HCR*¹²³. Aux Pays-Bas, par exemple, avant de publier une déclaration de cessation, le Ministère des Affaires étrangères prépare un rapport officiel résumant les changements dans le pays d'origine, une position officielle est demandée au HCR et les autorités se renseignent pour savoir si les pays voisins appliquent la clause de cessation aux réfugiés possédant la nationalité en question¹²⁴.

L'imposition précipitée de la cessation pour changements de circonstances dans des situations potentiellement volatiles peut mettre en danger les réfugiés ayant toujours besoin d'une protection internationale. Comme les prévisions relatives aux conséquences des changements politiques s'avèrent souvent trop optimistes, des visites exploratoires par les réfugiés envisageant le rapatriement librement consenti, ainsi que des « clauses libératoires » pour les réfugiés rapatriés confrontés à un regain de persécution ou à des privations graves à leur retour, peuvent fournir d'importantes informations et réduire les risques. Ces « clauses libératoires » peuvent prendre la forme d'un délai ou d'une période déterminée entre le retour et la cessation formelle du statut de réfugié, ou de procédures accélérées pour la remise en vigueur de leur statut de réfugié, en cas de nouvelle fuite vers le pays d'asile.

Selon le HCR, l'octroi du statut de réfugié conventionnel pour une durée limitée serait incompatible avec la *Convention de 1951*. Cela représenterait une charge

121. *Ibid.*, paragraphe 12.

122. Comité exécutif, Conclusion No. 69, *supra* note 6, paragraphe b.

123. *UNHCR Guidelines on Cessation*, *supra* note 8, paragraphe 35.

124. *Mémoire relatif au retrait du statut de réfugié*, *supra* note 31, titre 1.4.

très lourde pour les réfugiés d'exiger d'eux qu'ils prouvent sans cesse leur éligibilité continue à la protection. La cessation présuppose l'octroi du statut de réfugié sans limite de durée jusqu'à ce que certains événements interviennent, qu'ils soient spécifiques au réfugié ou relatifs à la situation dans l'État d'origine.

2. Procédure équitable

Lorsqu'un État d'asile applique les clauses relatives aux changements de circonstances à un réfugié reconnu, une procédure individuelle est requise. Les preuves relatives à la situation générale sur le plan politique et sur le plan des droits de l'Homme sont pertinentes, mais il faut se concentrer sur les causes de la fuite de la personne pour savoir si le changement postérieur à la fuite a éliminé le risque de persécution, et si une protection effective de la part de l'État de nationalité ou de résidence habituelle existe désormais dans le cas individuel. C'est seulement si ces conditions sont réunies qu'il n'est pas raisonnable de la part du réfugié de refuser la protection de son État de nationalité ou de résidence habituelle, et de persister à vouloir bénéficier de la protection internationale. Le réfugié peut apporter des preuves générales sur la situation dans le pays, ainsi que des preuves relatives à sa propre situation, comme des témoignages personnels et des témoignages ou des lettres d'amis et de membres de sa famille. L'audition de la personne peut également permettre de déterminer si le réfugié relève d'une exception à l'application générale de la cessation, de la protection complémentaire, ou d'un autre statut juridique dans l'État d'accueil, comme mentionné dans la Partie II.C.3 ci-dessous.

La procédure de cessation du statut de réfugié doit être aussi formelle que la procédure d'octroi du statut, compte tenu des enjeux pour l'intéressé. Cela vaut à la fois lorsque le propre comportement du réfugié conduit l'État d'asile à prendre l'initiative de la cessation et lorsqu'un changement politique général permet de penser que la crainte de persécution du réfugié n'est plus fondée.

Les conditions minimales pour un processus de cessation équitable incluent une convocation, délivrée dans une langue que le réfugié comprend ; un agent chargé de l'instruction qui soit neutre ; une audition ou un entretien au cours duquel le réfugié peut apporter des preuves qu'il continue d'être éligible au statut de réfugié et réfuter ou discuter des preuves indiquant qu'un motif de cessation s'applique ; un interprétariat durant l'entretien, si nécessaire ; la possibilité de demander soit le maintien du statut de réfugié, soit une autre aide lorsqu'il existe des raisons impérieuses d'éviter le rapatriement, ou lorsque le réfugié remplit les conditions pour bénéficier d'un autre statut juridique ; et la possibilité de faire appel. Il faut épargner aux réfugiés des « fréquents réexamens » de leur éligibilité au statut, car cela pourrait miner le « sentiment de sécurité du bénéficiaire de ce statut qui est le but de la protection internationale »¹²⁵.

125. *Guide du HCR, supra* note 5, paragraphe 135.

La charge de la preuve incombe aux autorités de l'État d'asile lorsque les clauses de cessation sont appliquées à un réfugié reconnu à titre individuel¹²⁶. Cela se justifie du fait de l'importance des espérances bien établies de protection pour un réfugié et parce que les autorités ont plus facilement accès aux informations pertinentes, en particulier pour les cas de changements de circonstances.

Un avis d'intention d'appliquer les clauses de cessation doit être communiqué aux réfugiés reconnus à titre individuel et une audition ou un entretien doit avoir lieu, lorsque cela est faisable. La *proposition de directive du Conseil relative aux normes minimales pour les procédures d'asile*, présentée en septembre 2000 par la Commission européenne, suggère qu'il soit possible de déroger aux garanties minimales de procédure « lorsqu'il est impossible à l'autorité responsable de la détermination de se conformer [aux articles 7 et 8] pour des raisons spécifiquement liées aux motifs du retrait [cessation] ou de l'annulation »¹²⁷. Lorsqu'on a des raisons fiables de penser qu'un réfugié s'est réinstallé dans son État d'origine, mais qu'on ne peut déterminer son adresse, une véritable impossibilité peut survenir. Lorsqu'un réfugié a été naturalisé dans l'État d'asile, ou qu'il a demandé et obtenu un permis de séjour, sachant que la loi prévoit que l'acquisition de ces bénéfiques juridiques met fin au statut de réfugié, on peut se dispenser des formalités procédurales. Dans d'autres cas, un avis et une audition doivent toutefois être accordés, par exemple lorsque les autorités peuvent déterminer l'endroit où le réfugié se trouve dans son État d'origine, ou lorsqu'on pense que le réfugié a recouvré sa nationalité, ou acquis la nationalité d'un État tiers. Une ambiguïté importante peut exister quant au libre consentement, à l'intention et à la protection effective dans ce type de cas, et le fait d'imposer la cessation sans base factuelle solide n'est pas satisfaisant. L'interprétation restrictive des clauses de cessation exige que la possibilité de contester leur applicabilité soit offerte, à moins que cela soit réellement impossible.

La charge de la preuve peut varier dans d'autres situations de cessation. Deux autres situations peuvent apparaître : i) cessation du statut de réfugié accordé à titre collectif, avec possibilité de réexamen individuel des demandes fondées sur la persistance d'un risque de persécution et ii) retrait de la protection temporaire, avec possibilité d'accéder à la procédure de détermination du statut de réfugié. Dans ces cas de figure, le rapatriement doit être suspendu jusqu'à ce que ceux qui ne souhaitent pas rentrer se soient vu accorder l'opportunité d'établir qu'ils ont droit à continuer de bénéficier d'une protection internationale en raison de leur situation particulière. Cette situation peut impliquer une crainte fondée de persécution spécifique, l'éligibilité à une exemption à la cessation, à la protection complémentaire ou à un autre statut juridique. En cas de déclarations de cessation à titre collectif, il sem-

126. G.S Goodwin-Gill, *The Refugee in International Law* (2^e édition, Clarendon, Oxford, 1996), p. 87.

127. Commission des Communautés européennes, *Proposition de directive du Conseil relative à des normes minimales concernant la procédure d'octroi et de retrait du statut de réfugié dans les États membres*, COM (2000) 578 final, 20 septembre 2000, article 26 § 3.

ble juste d'imposer aux personnes s'opposant à cette décision l'initiative de demander que leur statut soit réexaminé¹²⁸.

Quand le HCR invoque la cessation de son rôle de protection au titre du paragraphe 6 de son Statut, il donne normalement une chance aux membres du groupe national concerné de montrer que la cessation ne s'applique pas à eux. Le HCR fait référence à une « présomption réfutable »¹²⁹ que le risque de persécution a cessé, et à la possibilité qu'a chaque membre du groupe de demander que son cas fasse l'objet d'une procédure de « réexamen », au cours de laquelle il peut présenter des éléments prouvant qu'il continue à être exposé à un danger.

Les minorités religieuses et ethniques, par exemple, peuvent faire face à une hostilité et à une discrimination persistantes en dépit d'un changement formel de régime. En effet, l'exemption pour les réfugiés dits « statutaires » reconnus avant 1951, telle qu'énoncée à l'article 1 A 1 de la *Convention de 1951*, visait spécifiquement à couvrir ceux qui avaient subi des formes atroces de persécution par les régimes fascistes et dont, on ne pouvait raisonnablement pas attendre, du fait de leur traumatisme, qu'ils retournent dans leur pays d'origine¹³⁰. L'intention était également en partie de prendre en considération la réalité sociale selon laquelle un changement formel de régime n'efface pas nécessairement les préjugés profondément ancrés, et n'élimine pas le risque que la persécution continue de la part de fonctionnaires crapuleux et d'acteurs non étatiques¹³¹. Lorsque les évolutions politiques générales ne suppriment pas la crainte de persécution de l'intéressé, la cessation ne convient pas, que le réfugié relève ou non d'une exemption ou d'une autre forme de protection internationale ou de statut durable. Le statut de réfugié de l'intéressé demeure intact et il continue de jouir de ses avantages sans changements.

Un changement politique, qu'il soit démocratique ou violent, peut simplement créer un nouveau risque de persécution pour un réfugié reconnu. D'un point de vue administratif, il ne serait pas sensé de dépenser des sommes importantes pour imposer la cessation pour, par la suite, avoir à traiter une nouvelle demande de protection. Le HCR affirme que la cessation ne convient pas dans ce contexte (en citant l'exemple de l'Afghanistan)¹³² et cela est vrai dans la mesure où la cessation suivie de l'expulsion vers l'État d'origine, viole les Conventions sur les réfugiés lorsque

128. Conclusion No. 69 du Comité exécutif, *supra* note 6, paragraphe d).

129. HCR, *Guidelines on Cessation*, *supra* note 8, paragraphe 33.

130. *Ibid.*, paragraphe 30.

131. A. Grahl-Madsen, *The Status of Refugees in International Law* (Sijthoff, Leyden, 1966), p. 140 : Les rédacteurs de la Convention avaient à l'esprit la situation des réfugiés d'Allemagne et d'Autriche, qui ne voulaient pas retourner vers les scènes d'horreur qu'ils avaient vécues avec leur famille, ou se réclamer de la protection d'un pays qui les avait traités si mal. Ils ont pris en considération le fait que ces personnes pouvaient avoir développé une certaine défiance vis-à-vis du pays lui-même, ainsi qu'une absence d'inclination à être considérés comme des ressortissants de ce pays (traduction libre).

132. *Note on the Cessation Clauses*, *supra* note 7, paragraphe 20.

l'intéressé a une crainte fondée de persécution, que la crainte existe depuis longtemps ou qu'elle soit nouvelle. Le fait de consacrer des ressources à la cessation formelle, uniquement pour accorder le statut de réfugié pour de nouveaux motifs, serait une mauvaise pratique, même si la cessation était techniquement correcte. Ces formalismes gratuits exposent les réfugiés à un « réexamen inutile » que la conclusion No. 69 du Comité exécutif décourage.

3. Exceptions

Lorsque la situation politique dans l'État d'origine a connu une transformation fondamentale, les réfugiés peuvent s'empresse de profiter de l'occasion de pouvoir rentrer dans leur pays devenu démocratique et sans persécution. Dans ces cas, la cessation est une formalité, mais tous les réfugiés, dont l'État d'origine a connu un changement politique, ne vont pas considérer le rapatriement comme une solution durable adaptée.

Il est important de souligner que la cessation du statut, accordé à titre individuel ou collectif, ne débouche pas automatiquement sur le rapatriement. Dans certains cas, le réfugié peut obtenir un autre statut juridique dans l'État d'accueil, ou dans un État tiers. La cessation ne doit donc pas être considérée comme un outil pour déclencher un retour automatique. Tandis que les réfugiés ne peuvent pas être rapatriés sans leur consentement avant une cessation en bonne et due forme, l'application des clauses de cessation doit être traitée comme une question distincte de celles du rapatriement.

Il y a plusieurs types de cas « résiduels », qui doivent être évalués par les États d'accueil quand ils décident d'appliquer ou non la cessation et, le cas échéant, d'accorder ou non un autre type de permis de séjour. Premièrement, pour certaines personnes, le risque personnel de persécution n'a pas cessé, en dépit des changements généraux intervenus dans l'État d'origine. Ces personnes restent des réfugiés et ne peuvent pas être soumises à la cessation de la protection accordée par l'État d'accueil ou par le HCR. Deuxièmement, certaines personnes ont des « raisons impérieuses » d'éviter la cessation, en raison de persécutions antérieures. Nous verrons plus loin que, en pratique, l'exception pour « raisons impérieuses » a été développée au-delà de sa portée textuelle d'origine, de façon à inclure non seulement les réfugiés statutaires mais également les réfugiés conventionnels. Les termes « raisons impérieuses » ont une signification qui varie et le maintien du statut de réfugié n'est pas nécessairement la seule possibilité qui convient pour ces cas. Le maintien du statut de réfugié (la non-cessation) constitue néanmoins la meilleure méthode, car c'est la plus simple et elle correspond au mieux au texte de la Convention. Troisièmement, certains réfugiés soumis à la cessation peuvent être éligibles à une protection contre le rapatriement involontaire, en vertu des traités de défense des droits de l'Homme, et les États doivent leur accorder le droit de rester, de préférence avec un

statut juridique¹³³. Quatrièmement, certaines demandes humanitaires peuvent être accueillies par les États d'accueil, y compris pour les personnes vulnérables, les personnes qui ont tissé des liens familiaux étroits dans l'État d'accueil¹³⁴ et les personnes qui rencontreraient des difficultés économiques graves en cas de rapatriement.

Les articles 1 C 5 et C 6 font référence à des « raisons impérieuses tenant à des persécutions antérieures » de refuser de retourner dans le pays de nationalité ou de résidence habituelle. L'article I.4.e) de la *Convention de l'OUA sur les réfugiés* n'inclut pas de clause d'exception similaire. Les insuffisances du texte des articles 1 C 5 et 6 concernant les cas résiduels sont flagrantes et, selon Guy Goodwin-Gill, perverses¹³⁵. Les articles 1 C 5 et C 6 font spécifiquement référence aux réfugiés statutaires définis à l'article 1 A 1, plutôt qu'aux réfugiés conventionnels de l'article 1 A 2. La clause envisage le maintien du statut de réfugié (c'est-à-dire la non-cessation). La gravité de la persécution subie par les victimes du fascisme était connue des rédacteurs de la *Convention de 1951*. Les réfugiés statutaires représentaient la majorité des personnes initialement couvertes par la *Convention de 1951*.

La pratique et les principes vont dans le sens de l'application des exceptions à la cessation aux réfugiés conventionnels. La Conclusion No. 69 du Comité exécutif recommande d'aider deux groupes : i) « les personnes qui ont des raisons impérieuses, du fait de persécutions antérieures, de refuser de se réclamer de la protection de leur pays » ; et ii) « les personnes dont il n'est pas possible de s'attendre qu'elles quittent le pays d'asile du fait d'un long séjour dans ce pays et, par conséquent, des liens familiaux, sociaux et économiques forts qu'elles y ont tissés »¹³⁶. Cette Conclusion du Comité exécutif ne signifie pas que la solution adéquate est le maintien du statut de

133. Parmi les droits de l'Homme s'opposant au refoulement ou les dispositions qui peuvent interdire l'expulsion, les articles importants sont l'article 3 de la *Convention de 1984 contre la torture et les autres peines ou traitements cruels, inhumains ou dégradants*, UN doc. A/RES/39/46 ; les articles 3 et 8 de la *Convention européenne de 1950 de sauvegarde des droits de l'Homme et des libertés fondamentales*, STE No. 5 ; les articles 7 et 17 du *Pacte international de 1966 relatif aux droits civils et politiques*, Nations Unies, *Recueil des Traités*, vol. 999, n° 171 et les articles 5 et 11 de la *Convention américaine de 1969 relative aux droits de l'Homme*, OAS Treaty Series No. 35.

134. Dans certains cas, l'expulsion de personnes ayant des liens familiaux étroits dans l'État d'accueil, peut violer les traités touchant aux droits de l'Homme, tels que l'article 8 de la *Convention européenne de sauvegarde des droits de l'Homme et des libertés fondamentales*. Ces personnes relèvent de la troisième catégorie et les États ont l'obligation de leur permettre de rester. Leurs cas ne sont pas « humanitaires » dans le sens où les États ont le pouvoir discrétionnaire de les accueillir ou non. La *Proposition de directive présentée par la Commission européenne concernant des normes minimales pour pouvoir prétendre au statut de réfugié*, *supra* note 36, propose d'accorder aux personnes bénéficiaires de la « protection subsidiaire », en vertu des traités de droits de l'Homme, des normes minimales de traitement comparables à celles des réfugiés reconnus, tout en prévoyant des permis de séjour plus courts et un accès plus tardif à l'emploi, à la formation professionnelle et aux dispositifs d'intégration (articles 21, 24 et 31 de la proposition de directive).

135. Goodwin-Gill, *supra* note 126, p. 87.

136. Conclusion No. 69 du Comité exécutif, *supra* note 6, paragraphe e).

réfugié (en d'autres termes, que la cessation formelle ne soit pas imposée). Elle recommande plutôt aux États d'« envisager sérieusement un statut approprié, préservant les droits acquis » pour ces cas résiduels, dont le maintien éventuel du statut de réfugié¹³⁷. Le paragraphe 136 du *Guide* affirme que l'exception pour les réfugiés statutaires procède d'un « principe humanitaire plus général » pour les cas extrêmes de persécution antérieure concernant les réfugiés au sens de l'article 1 A 2. Les *Principes directeurs du HCR* font remarquer à juste titre que « rien n'empêche que [l'exception à la cessation] soit appliquée pour des motifs humanitaires à d'autres personnes que les réfugiés statutaires »¹³⁸. Le relevé des conclusions de la table ronde d'experts sur la cessation énonce :

L'application de l'exception à la cessation générale pour « raisons impérieuses », prévue aux articles 1 C 5 et 6, est interprétée comme s'étendant au-delà des termes mêmes de cette disposition et est reconnue comme s'appliquant aux réfugiés au sens de l'article 1 A 2. Cela reflète un principe humanitaire général désormais bien ancré dans la pratique des États¹³⁹.

Les lois mettant en œuvre les clauses de cessation peuvent prévoir des exceptions en cas de persécutions antérieures graves¹⁴⁰. En Suisse, où les clauses de cessation sont plus fréquemment invoquées que dans d'autres États, l'exception pour les personnes ayant subi des traumatismes graves est souvent le point central de l'affaire¹⁴¹.

Trois questions différentes se posent : i) les exceptions à la cessation doivent-elles être définies uniquement par rapport à la gravité de la persécution antérieure ?

ii) dans la négative, comment définir des catégories supplémentaires ? et iii) quelle aide faut-il apporter aux membres de ces différents groupes (à savoir, si l'exception se limite à la cessation formelle ou si elle ouvre droit à un autre statut juridique et à une protection contre le rapatriement involontaire) ?

L'expression « raisons impérieuses tenant à des persécutions antérieures » couvre au strict minimum les victimes souffrant de stress post-traumatique dont le retour forcé pourrait provoquer des remémorations graves. Les réfugiés rapatriés pourraient également souffrir de traumatismes secondaires du fait d'une persécution extrême subie par des membres de leur famille.

Les termes pertinents de l'exception au sens du Statut du HCR sont beaucoup plus larges que ceux des articles 1 C 5 et C 6. Ils font référence aux personnes qui invoquent « d'autres motifs que de convenance personnelle pour continuer à refuser » le rapatriement, « des raisons de caractère purement économique » ne pouvant être invoquées¹⁴². Par conséquent, les personnes traumatisées, les personnes

137. *Ibid.*

138. HCR, *Guidelines on Cessation*, *supra* note 8, paragraphe 31.

139. *Relevé des conclusions de Lisbonne*, *supra* note 118, paragraphe 18.

140. Les exemples incluent l'Allemagne, l'Irlande, la République slovaque, le Ghana, le Libéria, le Malawi, le Zimbabwe, l'Azerbaïdjan, la Lituanie, le Canada et les États-Unis.

141. Commentaires du juge Tellenbach, *supra* note 30.

142. Statut, *supra* note 3, article 6.e).

ayant des liens familiaux dans l'État d'asile, et en particulier les personnes vulnérables, peuvent échapper à la cessation de la protection du HCR¹⁴³. Le Statut ne restreint pas cette exception aux réfugiés au sens de l'article 1 A 1 de la *Convention de 1951*, mais l'étend à tous les réfugiés relevant de la protection du HCR.

Lors de la cessation de la protection appliquée aux réfugiés du Malawi et du Mozambique¹⁴⁴ en 1996, le HCR a recommandé tout d'abord que les représentants du HCR fassent leur possible pour éviter des difficultés inutiles qui résulteraient de la perte du droit au séjour et qui interrompraient l'intégration. Deuxièmement, il a été recommandé que les États d'asile « envisagent de nouvelles mesures pour les personnes dont il n'est pas possible de s'attendre qu'elles quittent le pays d'asile du fait d'un long séjour [...] et, par conséquent, des liens familiaux, sociaux ou économiques forts qu'elles y ont tissés. Ces mesures peuvent inclure l'octroi d'un statut juridique d'immigré ou la naturalisation ». Troisièmement, il a été proposé que les bureaux du HCR sur le terrain réexaminent, à la lumière du Statut, les cas de personnes continuant d'avoir une crainte fondée de persécution et de personnes ayant des raisons impérieuses, tenant à des persécutions antérieures, de refuser de se réclamer à nouveau de la protection de leur pays d'origine.

Le maintien du statut de réfugié, pour les personnes n'ayant pas actuellement de crainte fondée de persécution, parce que leur cas relève d'une des clauses de cessation, mais qui ont été victimes de persécutions ou de préjudices antérieurs graves, constitue un modèle d'aide. Cela représente la meilleure solution, parce que c'est la plus simple et la plus conforme aux termes de l'exception prévue pour les réfugiés au sens de l'article 1 A 1. La pratique des États, tout en n'étant pas complètement uniforme, suit ce modèle¹⁴⁵.

Le maintien du statut de réfugié pourrait également être étendu à un ensemble plus large de catégories humanitaires mais, dans ces cas, la protection subsidiaire/complémentaire est également une option. Par exemple, un réfugié pourrait

143. Grahl-Madsen estime que des raisons de caractère économique peuvent suffire, parce que le fait de refuser de retourner dans un État où le réfugié n'a ni domicile, ni profession, ni aucun autre lien avec l'État d'origine, ne peut pas être considéré à juste titre comme de la convenance personnelle : *supra* note 131, p. 408.

144. HCR, *Applicabilité des clauses de cessation aux réfugiés des Républiques du Malawi et du Mozambique*, 31 décembre 1996, paragraphes 6-8.

145. Pour des exemples d'États codifiant cette exception pour les réfugiés au sens de l'article 1 A 2, voir *supra* note 140 ; pour les commentaires du juge Tellenbach sur la pratique courante de la Suisse dans ce domaine, voir *supra* note 30. Un exemple de bonne pratique peut être souligné dans la nouvelle législation canadienne qui maintient le statut de réfugié pour les personnes ayant des raisons impérieuses « tenant à des persécutions, tortures, peines ou traitements antérieurs, de refuser de se réclamer de la protection du pays qu'elles ont quitté, ou en dehors duquel elles sont restées, en raison de ces persécutions, tortures, peines ou traitements antérieurs » (Loi sur l'immigration et la protection des réfugiés, Partie 2, Protection des réfugiés, Division 2, Convention sur les réfugiés et les personnes ayant besoin d'une protection internationale, Cessation de la protection de réfugié, SC 2001, c. 27, s. 108, en vigueur depuis le 28 juin 2002) (traduction libre).

être soumis à la cessation et ne pas bénéficier de l'exception fondée sur des persécutions ou des préjudices antérieurs graves. S'il s'avère toutefois au cours de l'examen de la cessation que le réfugié peut bénéficier d'une interdiction de refoulement en vertu des instruments relatifs aux droits de l'Homme, par exemple en raison d'un risque actuel de torture (hors du champ d'application de la Convention) ou en raison d'une interférence injustifiée avec le droit à la vie de famille, la protection subsidiaire/complémentaire doit être accordée¹⁴⁶. La Conclusion No. 69 du Comité exécutif fait référence à « des mesures appropriées permettant de ne pas remettre en cause des situations établies pour les personnes dont il n'est pas possible de s'attendre qu'elles quittent le pays d'asile du fait d'un long séjour dans ce pays et, par conséquent, des liens familiaux, sociaux et économiques forts qu'elles y ont tissés ».

Pour ces personnes, la protection subsidiaire/complémentaire pourrait, au strict minimum, être accordée au cours de la procédure de cessation du statut de réfugié, sous réserve que les droits acquis soient préservés.

La pratique des États en matière de protection subsidiaire/complémentaire est assez disparate, bien que l'Union européenne envisage actuellement une harmonisation importante de cette politique, qui fixerait des normes minimales pour la qualification en tant que réfugié ou bénéficiaire de la protection subsidiaire, ainsi que des normes minimales de traitement pour ces derniers, qui sont proches, quoique inférieures, à celles accordées aux bénéficiaires du statut de réfugié¹⁴⁷. La proposition de directive de la Commission européenne propose également des normes minimales pour pouvoir prétendre au statut de réfugié, y compris des dispositions pour la cessation. Dans l'exposé des motifs de la proposition de directive, la Commission affirme :

L'État membre invoquant cette clause de cessation [relative au changement de circonstances] doit veiller à ce qu'un statut approprié, respectueux des droits déjà acquis, soit accordé aux personnes qui refusent de quitter le pays pour des raisons impérieuses tenant à des persécutions ou à des atteintes graves et injustifiées dont elles ont été l'objet dans le passé, ainsi qu'aux personnes dont on ne peut s'attendre à ce qu'elles quittent l'État membre suite à un séjour prolongé qui s'est concrétisé par des liens, familiaux et économiques étroits avec le pays en question¹⁴⁸.

146. Voir *supra* note 133.

147. *Proposition de directive concernant des normes minimales pour pouvoir prétendre au statut de réfugié*, *supra* note 36. L'article 15 de la proposition de directive identifie trois groupes de bénéficiaires : les personnes craignant de faire l'objet de torture ou de peine ou traitement inhumain ou dégradant ; les personnes craignant de faire l'objet d'une violation « suffisamment grave de l'un de [leurs] droits individuels pour engager les obligations internationales de l'État membre » et les personnes craignant de faire l'objet d'une menace à leur vie, à leur sécurité ou à leur liberté en raison d'une violence non ciblée, liée à un conflit armé ou de violations systématiques ou généralisées des droits de l'Homme. Voir également Conseil européen pour les réfugiés et les exilés (CERE/ECRE), *Complementary/Subsidiary Forms of Protection in the EU States*, avril 1999 ; CERE/ECRE, *Position on Complementary Protection*, septembre 2000 ; HCR *Complementary Forms of Protection : Their Nature and Relationship to the International Refugee Protection Regime*, UN doc. EC/50/SC/CRP.18, 2000.

148. *Proposition de directive concernant des normes minimales pour pouvoir prétendre au statut de réfugié*, *supra* note 36, Exposé des motifs, article 13 § 1.e).

Lorsque les clauses de cessation sont appliquées, la meilleure pratique consiste à accorder une aide au titre d'une exception appropriée, sous réserve que la personne soit éligible, au cours de la même procédure. Lorsque la personne est en mesure d'obtenir un permis de séjour, en raison de la durée de son séjour ou des liens familiaux, les objectifs de l'exception à la cessation peuvent être atteints (à savoir, l'intéressé échappe au renvoi vers l'État de persécution et bénéficie d'avantages équivalents à ceux dont il bénéficiait en tant que réfugié). Il ne doit cependant pas être mis fin au statut de réfugié si le permis de séjour peut être révoqué rapidement et le réfugié rapatrié contre son gré sans que soient pris en compte les dangers ou difficultés qui perdurent.

Il est souhaitable que les exceptions à la cessation soient codifiées, en spécifiant clairement les motifs d'éligibilité aux diverses catégories mentionnées ci-dessus. La cessation est distincte de la détermination initiale du statut de réfugié, comme cela est noté dans la Partie IV, mais une aide en cas de difficulté pour les personnes qui remplissaient auparavant les critères de la définition du réfugié, peut s'avérer nécessaire dans les deux cas de figure. Certains demandeurs d'asile, dont la situation a changé depuis leur départ de telle sorte que leur crainte fondée de persécution a disparu, méritent également d'échapper à l'expulsion vers l'État d'origine et de se voir accorder un statut juridique stable. Les réfugiés reconnus sont toutefois dans une situation différente des demandeurs d'asile, parce qu'ils aspirent à une stabilité et parce qu'un long séjour dans l'État d'accueil peut s'être concrétisé par des liens familiaux, sociaux et économiques forts qui justifient — ou parce que le principe de l'unité de famille l'exige — une protection contre la séparation et le retour.

D. Retrait de la protection temporaire

Lorsque la protection temporaire à titre collectif a été accordée à un afflux massif de personnes, le retrait de la protection doit être régi par les clauses relatives aux changements de circonstances¹⁴⁹. Selon la *Convention de l'OUA sur les réfugiés*, les personnes menacées par la violence généralisée peuvent bénéficier du statut de réfugié. En dehors de l'OUA, la protection temporaire est souvent accordée dans les situations d'afflux massif, où les arrivées incluent de nombreux réfugiés au sens de la *Convention de 1951*.

Il est nécessaire de clarifier la procédure de cessation de la protection temporaire. Il doit exister suffisamment de preuves du changement de circonstances, et il doit être déterminé à qui incombe la charge de la preuve. Dans la pratique récente, les États ont chacun retiré la protection temporaire à des moments différents, donnant l'impression que le processus d'évaluation n'était pas guidé par des critères objectifs.

149. Le relevé des conclusions de Lisbonne note : « La protection temporaire reposant sur le cadre de la *Convention de 1951*, il est crucial que les clauses de cessation soient respectées dans de telles situations » : *supra* note 118, paragraphe 20.

L'UE a adopté une directive établissant un mécanisme commun pour mettre en œuvre, et mettre fin à, la protection temporaire¹⁵⁰. La directive prévoit que les informations communiquées par les États membres, la Commission européenne, le HCR, et d'autres organisations pertinentes, seront prises en compte dans les décisions relatives à la mise en œuvre et à la fin des mesures de protection temporaire, qui seront prises à la majorité qualifiée du Conseil¹⁵¹. La décision de mettre fin à la protection temporaire doit être fondée sur la constatation que « la situation dans le pays d'origine permet un retour sûr et durable [...] dans le respect des droits de l'Homme et des libertés fondamentales [ainsi que des obligations] des États membres » en matière de non-refoulement¹⁵².

L'accès à la procédure de détermination du statut de réfugié est parfois suspendu, pendant la période où les personnes bénéficient de la protection temporaire, bien que la pratique des États varie. Quand il est mis fin à la protection temporaire en raison d'un changement général de la situation dans le pays d'origine, les intéressés doivent avoir la possibilité de déposer une demande de reconnaissance du statut de réfugié et de protection complémentaire, pour bénéficier notamment des interdictions de refoulement en vertu des droits de l'Homme¹⁵³. Les États d'asile ont tendance à régulariser le séjour des bénéficiaires de la protection temporaire, après un certain temps. Les cas résiduels de protection temporaire les plus difficiles sont sans doute ceux dans lesquels le droit à la vie de famille est potentiellement enfreint ou ceux dans lesquels les personnes souffriraient de difficultés d'ordre économique en cas de rapatriement.

La protection temporaire a parfois été accordée en lieu et place du statut de réfugié, afin d'éviter les coûts induits par la procédure de détermination individuelle du statut et dans l'idée qu'elle pourrait facilement être retirée à la discrétion de l'État. Lorsque le retrait de la protection temporaire est suivi par la perspective d'un rapatriement involontaire massif, l'interdiction des expulsions collectives d'étrangers doit, toutefois, être respectée. Cette norme interdit la discrimination et impose des conditions procédurales minimales. Les personnes exposées à l'expulsion, y compris celles ayant bénéficié de la protection temporaire, doivent avoir la possibilité de présenter des raisons de ne pas être expulsées. Ces raisons incluent l'éligibilité au

150. Directive 2001/55/CE du Conseil du 20 juillet 2001 relative à des normes minimales pour l'octroi d'une protection temporaire en cas d'afflux massif de personnes déplacées et à des mesures tendant à assurer un équilibre entre les efforts consentis par les États membres pour accueillir ces personnes et supporter les conséquences de cet accueil, JO 2001 L 212/12, 7 août 2001.

151. *Ibid.*, articles 5 et 6.

152. *Ibid.*, article 6 § 2. Le Parlement européen doit être informé de la décision du Conseil.

153. La directive de l'UE relative à la protection temporaire garantit l'accès à la procédure d'asile (pour employer les termes de la directive) à tout moment avant la fin de la protection temporaire dont la durée maximale est fixée à trois ans : *supra* note 150, articles 4 § 1 et 17. La directive exige également que les États membres « examinent les raisons humanitaires impérieuses qui pourraient rendre le retour impossible ou déraisonnable dans des cas précis » : *ibid.*, article 22 § 2.

statut de réfugié, les interdictions de refoulement en vertu des droits de l'Homme ou d'autres exceptions humanitaires.

III. La cessation fondée sur des circonstances personnelles

En ce qui concerne les articles 1 C 1 à C 4 de la *Convention de 1951 relative aux réfugiés* (et les articles similaires I.4.a) à d) de la *Convention de l'OUA sur les réfugiés*, les éléments de *libre consentement*, d'*intention* et de *protection effective*, sont essentiels, et ils nécessitent une analyse prudente des motivations de l'intéressé et une évaluation de la bonne foi et des capacités des autorités de l'État. Des mécanismes procéduraux demandant à l'État de prouver la disparition du risque de persécution avant d'appliquer la cessation doivent protéger contre le retrait infondé du statut de réfugié. Les situations relevant des articles 1 C 1 à C 4 sont souvent teintées d'ambiguïté. Il est cohérent avec l'interprétation restrictive des clauses de cessation d'accorder le bénéfice du doute aux réfugiés. Les articles I.4.f) et g) de la *Convention de l'OUA sur les réfugiés* sont essentiellement des dispositions relatives à l'expulsion et il faut les analyser séparément. Ils peuvent être appliqués à des réfugiés exposés à une crainte de persécution ou à un danger dans leur État d'origine qui n'a pas diminué ou qui a même augmenté.

A. Restauration de la protection nationale

L'acquisition ou le renouvellement d'un passeport de l'État d'origine peut soulever des questions relatives à la persistance du besoin de protection internationale du réfugié. Cette question est abordée dans le *Guide* et les *Principes directeurs de 1999 du HCR*¹⁵⁴. Ces comportements peuvent susciter de fausses impressions, en particulier lorsque les raisons de la fuite restent inchangées. Des raisons parallèles (comme la demande de l'État d'accueil que le réfugié obtienne des documents de voyage, ou un souhait de voyager aux fins du regroupement familial) peuvent être prédominantes par rapport à une intention subjective de se réclamer à nouveau de la protection nationale. Un passeport renouvelé ne permet pas toujours d'entrer à nouveau dans l'État d'origine, comme c'était le cas pour certains réfugiés chiliens soumis à des ordres de bannissement. Dans ces cas, la cessation serait à la fois inappropriée et sans efficacité pour le rapatriement. Compte tenu du recours fréquent aux sanctions pour les transporteurs, la possession d'un passeport peut être une nécessité moderne qui n'indique pas un lien désiré avec l'État d'origine¹⁵⁵. Cela vaut que le passeport ait été obtenu pour faciliter la fuite de l'État d'origine, ou après avoir obtenu l'asile, en

154. *Guide* du HCR, *supra* note 5, paragraphes 49–50 et 120–5 ; *UNHCR Guidelines on Cessation*, *supra* note 8, paragraphes 6–11.

155. J.C Hathaway, *The Law of Refugee Status* (Butterworths, Toronto, 1991), p. 192.

particulier lorsqu'il n'existe pas d'autres documents de voyage ou que le réfugié ignore comment s'en procurer¹⁵⁶. Les réfugiés authentiques peuvent ne pas éprouver la même crainte à l'égard des autorités consulaires dans l'État d'accueil qu'à l'égard d'autres fonctionnaires dans leur État d'origine¹⁵⁷.

Le paragraphe 119 du *Guide* établit un cadre d'analyse approprié pour ce type de cas, en identifiant trois facteurs essentiels à l'examen des cas relevant de l'article 1 C 1 : *le libre consentement, l'intention et le succès de l'action*. Les autres contacts avec les missions diplomatiques de l'État d'origine doivent également être analysés dans ce cadre¹⁵⁸. Comme l'article 1 C 1 laisse entendre que le retour vers l'État d'origine peut en résulter, les enjeux sont importants pour un réfugié reconnu ayant eu des contacts avec les représentants diplomatiques de l'État d'origine. Des preuves de cet acte ouvrent la possibilité d'imposer l'obligation au réfugié d'expliquer sa conduite parce que le libre consentement et l'intention sont difficiles à établir sans le témoignage de l'intéressé. Le réfugié peut également avoir en sa possession des preuves décisives relatives à l'existence (ou non) d'une protection nationale effective dans l'État d'origine.

Le paragraphe 121 du *Guide* déclare que, si un réfugié a obtenu ou renouvelé un passeport, « il sera présumé, en l'absence de preuves contraires, avoir voulu se réclamer à nouveau de la protection du pays dont il a la nationalité ». Le paragraphe 122 fait également référence à l'absence de « preuve contraire » dans le cas de l'obtention d'« une autorisation de rentrer dans le pays ou d'un passeport national aux fins de retourner dans le pays ». Il faut être clair sur le fait que, tandis qu'on peut raisonnablement attendre des explications du réfugié sur sa conduite, il incombe aux États qui engagent des procédures de cessation à l'encontre de réfugiés conventionnels reconnus, de prouver que l'intéressé a voulu se réclamer à nouveau de la protection de son pays d'origine. Il faut accorder le bénéfice du doute au réfugié, dans la mesure où cela est cohérent avec l'interprétation restrictive des clauses de cessation. Les actes volontaires, l'intention et les attitudes du réfugié peuvent être pris en considération mais ils ne peuvent pas primer sur la réalité politique. Les clauses de cessation ne doivent pas être transformées en piège, dans lequel il est facile de tomber, ou en sanction d'une conduite risquée ou naïve.

156. L'article 28 de la *Convention de 1951* et l'article VI de la *Convention de l'OUA sur les réfugiés* prévoient la délivrance de documents de voyage par les États d'accueil.

157. Grahl-Madsen, *supra* note 131, p. 379.

158. Par exemple, le choix d'un réfugié de se marier à la mission diplomatique de son État d'origine, plutôt que devant les fonctionnaires de l'État d'accueil, ne doit pas entraîner une cessation automatique. Il faut prendre en compte les circonstances entourant ce choix, y compris la connaissance par l'intéressé de l'existence d'autres possibilités, et le degré d'attachement à l'État d'origine. Le *Guide* du HCR, *supra* note 5, paragraphe 120, donne l'exemple d'un réfugié contraint de contacter les fonctionnaires de son État d'origine pour obtenir un jugement de divorce légalement reconnu. Rappelons que l'intention du réfugié et l'existence réelle de la protection nationale de l'État d'origine doivent primer dans l'analyse de la question de savoir si cet acte doit entraîner la fin de la protection du réfugié.

D'un autre côté, on peut douter que des actes tels que le renouvellement d'un passeport ne soient pas « volontaires », même s'ils sont exigés par l'État d'asile¹⁵⁹. La raison pour laquelle la cessation ne convient pas, dans ces cas, est que l'acte du réfugié ne prouve pas, de manière fiable, que le réfugié bénéficie désormais d'une protection nationale effective.

Lorsqu'un réfugié voyage dans des pays tiers avec le passeport de son État d'origine, il découle du système étatique que ces États reconnaissent implicitement le rôle de protection nationale de l'État d'origine. Cet accord tacite ne doit pas suffire à établir le recouvrement de la protection. L'État cherchant à imposer la cessation du statut de réfugié doit prouver que le réfugié en question avait l'intention de se réclamer à nouveau de la protection nationale et qu'une protection effective existe réellement de la part de l'État d'origine. Ainsi, par exemple, il peut arriver, même si c'est un cas rare, que le réfugié recherche l'aide des autorités consulaires de son État d'origine lors de ses voyages. Si le réfugié a cherché, et a effectivement obtenu cette protection, le fait de se réclamer à nouveau de la protection de son État pourrait être établi, selon les circonstances, mais un simple voyage au moyen du passeport, sans l'aide de l'État d'origine ne suffirait pas à justifier la cessation.

B. Recouvrement de la nationalité

Le recouvrement de la nationalité au sens de l'article 1 C 2 de la *Convention de 1951* et de l'article I.4.b) de la *Convention de l'OUA sur les réfugiés* est toujours pertinent aujourd'hui, compte tenu des situations d'apatridie résultant de la dissolution récente de certains États. Les paragraphes 126 à 128 du *Guide* insistent sur le libre consentement, mais l'intention du réfugié et l'existence d'une protection effective peuvent également être pertinentes. Contrairement au fait de se réclamer à nouveau de la protection nationale, le recouvrement de la nationalité peut être initié par l'État d'origine, à l'occasion de l'adoption d'une loi d'application générale relative à la nationalité, plutôt que par le réfugié. Le même scénario peut se produire en vertu de l'article 1 C 3, lorsqu'un État tiers adopte une législation relative à la nationalité potentiellement applicable à un réfugié reconnu.

Le paragraphe 128 du *Guide* déclare que la nationalité doit être « acceptée expressément ou tacitement » pour que la cessation au sens de l'article 1 C 2 soit appropriée. Les *Principes directeurs du HCR relatifs à l'application des clauses de cessation* suggèrent, de la même façon, que « la simple possibilité de recouvrer la nationalité perdue en exerçant un droit d'option, ne suffit pas pour mettre un terme au statut de réfugié »¹⁶⁰. Ces interprétations sont conformes à l'exigence selon laquelle le réfugié doit recouvrer volontairement sa nationalité perdue. Le paragraphe 128 du *Guide* déclare qu'il incombe au réfugié de prouver qu'il a rejeté une offre de réétablissement de sa nationalité, s'il sait que cette opération se fait automatiquement s'il

159. *UNHCR Guidelines on Cessation*, supra note 8, paragraphe 9.

160. *Ibid.*, paragraphe 14.

ne fait pas usage de sa faculté de refus. Les autorités de l'État d'asile doivent, néanmoins, examiner également si le réfugié bénéficiera d'une protection nationale effective (et peut donc être privé de la protection internationale en tout sécurité) avant d'appliquer la cessation au sens de l'article 1 C 2¹⁶¹.

Lorsque le réfugié a la faculté de recouvrer une nationalité perdue (que la perte soit due à la désintégration de l'État ou à une privation de citoyenneté en tant que punition), et qu'il refuse de l'exercer (parce qu'il préfère construire une nouvelle vie dans l'État d'accueil ou qu'il craint que le retour dans son État d'origine provoque un traumatisme ou que la situation politique ait empiré), l'article 1 C 2 n'autorise pas la cessation. L'élément de recouvrement volontaire fait défaut.

Un réfugié a le droit de revenir dans son propre pays, conformément aux normes des droits de l'Homme¹⁶². Ce droit ne doit pas être considéré comme une obligation, en particulier pour les personnes contraintes de fuir la persécution et qui ont été privées de leur citoyenneté. L'élément de libre consentement de l'article 1 C 2 sous-entend que les réfugiés n'ont pas l'obligation de faciliter leur rapatriement en recouvrant une nationalité perdue qu'ils ne souhaitent plus avoir. En pratique, la cessation au sens de l'article 1 C 6, peut ne pas être suivie du rapatriement, si un réfugié apatride refuse de se conformer au protocole administratif pour le recouvrement de la nationalité de l'État d'origine. Le statut juridique des apatrides faisant l'objet d'une cessation au sens de l'article 1 C 6, pourrait ainsi devenir irrégulier de manière non-intentionnelle, s'ils ne peuvent pas être rapatriés ou renvoyés vers un État tiers, et s'ils ne peuvent pas bénéficier des interdictions d'expulsion en vertu des droits de l'Homme, ou d'autres formes de protection complémentaire ou subsidiaire.

C. Acquisition d'une nouvelle nationalité

Le scénario de cessation sans doute le moins problématique est la naturalisation dans l'État d'asile¹⁶³. Ce changement de statut juridique peut intervenir sans cessation formelle¹⁶⁴. Suite à leur naturalisation, les anciens réfugiés peuvent s'enga-

161. Grahl-Madsen, *supra* note 131, pp. 394-5, estime qu'il n'est pas approprié de donner la responsabilité au réfugié de renoncer à la législation relative à la nationalité. Il est parfois fait référence au processus de recouvrement de la nationalité par application de la loi, sous le terme de réintégration.

162. *Déclaration universelle des droits de l'Homme*, article 13 § 2, Résolution 217 A (III) de l'Assemblée générale des Nations Unies, 10 décembre 1948, et *Pacte international relatif aux droits civils et politiques*, article 12 § 4.

163. La loi nationale prévoit parfois spécifiquement ce cas, par exemple en Autriche (Loi fédérale de 1997 relative à l'octroi de l'asile, article 14 § 5), en Bulgarie (Ordonnance de 1994 relative à l'octroi et à la régularisation du statut de réfugié, article 14 § 4) et au Ghana (Loi de 1992 sur l'asile, Partie IV, article 16.b).

164. Par exemple, selon le droit américain, les bénéficiaires de l'asile et les réfugiés (personnes admises aux États-Unis en provenance d'un État étranger sur le fondement d'une crainte de persécution) peuvent demander que leur statut soit ajusté sur celui des résidents réguliers permanents

ger, sans conséquence négative, dans des activités (comme des visites fréquentes ou une résidence à temps partiel dans l'État d'origine) qui auraient pu antérieurement provoquer la cessation de leur statut de réfugié.

L'article 1 C 3 n'inclut pas de condition explicite de libre consentement. Son application dépend du fait qu'une nouvelle nationalité a été acquise et de la constatation qu'il existe désormais une protection nationale effective. L'exemple traditionnel est celui des femmes qui acquièrent automatiquement la nationalité de leur mari par le mariage, même si elles ne la souhaitent pas et qu'elles n'ont pas fait de démarches pour l'acquérir par des moyens autres que cette union. Dans ces cas, la cessation peut être contestée en vertu des normes modernes des droits de l'Homme, qui incluent l'interdiction de la discrimination liée au genre. Le HCR estime, à juste titre, que la cessation ne doit pas être prononcée s'il n'existe aucun lien véritable entre le réfugié et l'État tiers accordant sa nationalité par application de la loi, en se référant aux principes fondamentaux du droit international¹⁶⁵.

L'article 1 C 3 peut s'avérer particulièrement délicat lorsque l'État tiers est un État qui succède à l'État d'origine du réfugié, et que le réfugié acquiert sa nationalité de manière involontaire, suite à l'adoption d'une loi générale. L'article 1 C 2 prévoit que le réfugié peut éviter la cessation en refusant simplement le recouvrement de sa nationalité. L'article 1 C 3 peut être interprété comme permettant la cessation et, certainement, l'expulsion vers l'État successeur, si les autorités de l'État d'asile sont convaincues que le réfugié jouira d'une protection effective dans cet État. Des procédures équitables sont essentielles pour éviter que la cessation ne résulte en un risque de persécution dans l'État successeur. Comme pour la cessation pour changements de circonstances, la situation politique dans l'État successeur peut être instable. Pour évaluer si le réfugié bénéficiera de la protection dans l'État successeur, les agents chargés de la détermination du statut doivent examiner si la loi sur la natio-

après une période d'une année, 8 Code des États-Unis (USC) §§ 1101.a.42) et 1157-9. Dès lors que l'ajustement est fait, ils ne possèdent plus le statut juridique des bénéficiaires de l'asile ou des réfugiés, mais ils peuvent rester éligibles à certaines aides sociales, dont ne bénéficient pas les résidents réguliers permanents : 8 USC §§ 1613.b.1), 1622.b.1) et 1641. L'ajustement du statut se fait donc comme une cessation, mais sans que soient examinés les motifs énoncés à l'article 1 C de la *Convention de 1951* et souvent dans des circonstances où ces motifs ne s'appliquent pas. Les bénéficiaires de l'asile doivent, en fait, établir qu'ils continuent de satisfaire à la définition statutaire du réfugié afin de bénéficier de cet ajustement : 8 USC §§ 1101.a.42.A) et 1159.b.3). Le refus d'une demande d'ajustement de statut, au motif que le bénéficiaire de l'asile a cessé de répondre à la définition du réfugié, pourraient théoriquement donner l'opportunité aux autorités américaines de mettre fin à l'octroi indéfini de l'asile, par application des procédures prévues par 8 USC § 1158.c), mais cela ne semble pas se produire. Après une période de résidence régulière permanente, les anciens bénéficiaires de l'asile et réfugiés peuvent devenir éligibles à la naturalisation : 8 USC §§ 1159 et 1427. La *Note on the Cessation Clauses*, *supra* note 7, paragraphes 15–16, fait remarquer que, dans le contexte de la cessation comme dans celui de la détermination du statut, la question de savoir si un réfugié a tous les droits et avantages d'un ressortissant de l'État d'accueil, doit être évaluée avant la cessation ou le refus initial du statut de réfugié fondés sur l'article 1 C 3.

165. *UNHCR Guidelines on Cessation*, *supra* note 8, paragraphe 17.

nalité reflète un changement politique fondamental, stable et effectif. Le bénéfice du doute doit être accordé au réfugié, en particulier s'il appartient à un groupe racial, ethnique, politique ou social qui représente une minorité dans l'État successeur et s'il invoque ce statut minoritaire comme motif de son opposition à l'acquisition de la nouvelle nationalité.

Des tensions peuvent exister entre la volonté d'imposer la cessation et la responsabilité des États Parties de faciliter, « dans toute la mesure du possible, [...] la naturalisation des réfugiés » comme le prévoit l'article 34 de la *Convention de 1951*. Cette tension est résolue dans les cas relevant de l'article 1 C 3 où le réfugié est naturalisé dans l'État d'asile — les deux dispositions sont simultanément respectées, et le réfugié obtient une protection durable. La volonté historique manifestée par les États d'asile pour naturaliser ou accorder un autre statut juridique durable aux réfugiés reconnus, a créé une « distorsion de l'exil » du régime des réfugiés qui fait parfois l'objet de critiques. L'article 34, et les garanties sociales et économiques prévues par les instruments internationaux en matière de réfugiés, insistent fortement sur l'importance de l'intégration des réfugiés reconnus. La possibilité de cessation ne va pas à l'encontre ni ne contredit d'aucune manière la pertinence de l'intégration locale comme solution durable.

Un statut de réfugié limité dans le temps, soumis à la condition d'être renouvelé dans un délai plus court que le délai nécessaire pour bénéficier de la naturalisation, pourrait nuire gravement à la protection des réfugiés. Il est extrêmement difficile d'appliquer équitablement les clauses de cessation en période d'instabilité politique et les réfugiés ne doivent pas avoir à prouver constamment leur crainte de persécution.

D. Réétablissement dans le pays d'origine

Les paragraphes 133 et 134 du *Guide* évoquent l'article 1 C 4 en des termes sobres. Les éléments constitutifs d'un réétablissement dans l'État d'origine sont devenus de plus en plus importants aujourd'hui, dans la mesure où les réfugiés participent à des rapatriements organisés vers des situations instables et dangereuses. Cela peut mener à de nouveaux exodes ou de nouvelles fuites¹⁶⁶. Alors que l'article 1 C 4 mentionne les actions et les intentions du réfugié, la volatilité potentielle de la situation politique et le danger du risque persistant de persécution, sont également

166. Par exemple, la Suède a attiré des demandeurs d'asile bosniaques qui avaient été, soit rapatriés par d'autres États (en particulier par l'Allemagne et la Suisse qui avaient mis fin à la protection temporaire pour les Bosniaques et refusé les demandes d'asile sur la base de l'alternative de fuite interne), en dépit du fait qu'ils ne peuvent pas retourner dans des conditions de sécurité dans leurs propres foyers en Republika Srpska, ou qu'ils ont été déplacés de leurs hébergements temporaires en Bosnie-Herzégovine par d'autres réfugiés rapatriés et ne pouvant pas non plus retourner dans leurs foyers d'origine. Voir « Sweden has Become Attractive for Bosnians », *Migration News Sheet*, No. 215/2001-2, février 2001, p. 15.

des facteurs importants, qui rendent l'application de cette disposition, à certains égards, similaire à celle des clauses relatives aux changements de circonstances.

Comme le fait remarquer Grahl-Madsen, le statut de réfugié pourrait logiquement cesser dès que le réfugié s'est réétabli dans son État d'origine, simplement parce que l'intéressé ne remplit plus la condition de l'article 1 A 2 d'être en dehors de son pays d'origine¹⁶⁷. Le retrait automatique comme sanction de tout retour physique vers l'État de persécution n'est cependant pas approprié. L'article 1 C 4 exige des preuves que le retour est volontaire et que le rétablissement dans le pays d'origine dénote à la fois une réaffiliation subjective ainsi qu'une présence objectivement durable.

Les cas où la cessation est inappropriée sont, notamment, ceux où le réfugié ne choisit pas volontairement de rentrer, tels que l'expulsion, l'extradition, le kidnapping ou des itinéraires de voyage inattendus par des services de transport. De la même façon, lorsque le réfugié prévoit une brève visite qui est prolongée pour des raisons ne dépendant pas de lui (le cas le plus évident se présente lorsqu'il est emprisonné dans l'État de persécution, mais il existe également des raisons moins graves), la cessation est inapplicable. Un cas plus problématique concerne des visites brèves mais répétées de la part du réfugié dans l'État d'origine, sans conséquences négatives. Ces visites peuvent être motivées par des raisons familiales, politiques ou économiques, ou une combinaison de ces facteurs. Tant que ces visites sont de courte durée et que la résidence principale du réfugié reste dans l'État d'asile, il est inapproprié d'invoquer l'article 1 C 4.

L'article 1 C 4 ne doit pas être invoqué à moins que le réfugié ait intentionnellement déplacé sa résidence principale vers l'État de persécution. Les réfugiés peuvent faire ce choix, même lorsque le risque de persécution n'a pas été éliminé de manière sûre. Le retour dans l'État d'origine dans ces circonstances pose d'importantes difficultés à l'État d'asile qui cherche à remplir son rôle de protection internationale. Ces difficultés peuvent être surmontées si le réfugié maintient sa résidence principale dans l'État d'asile et ne fait que de brèves visites dans l'État de persécution. Lorsque l'article 1 C 4 a été invoqué, et que le choix de se rétablir tourne mal pour l'ancien réfugié (s'il se retrouve exposé à la persécution), une nouvelle fuite peut permettre de déposer une nouvelle demande de statut de réfugié. Par ailleurs, si le réfugié retourne dans son ancien État d'asile, le statut de réfugié pourrait être réactivé selon une procédure accélérée.

Comme la situation régnant dans les États d'origine est souvent volatile, les États d'asile doivent prendre en compte le facteur temps dans les procédures relatives à l'article 1 C 4. La pratique visant à permettre, voire à promouvoir, les visites exploratoires, part de l'idée que les réfugiés puissent physiquement rentrer dans leur État d'origine afin de collecter des informations qui leur serviront à faire un

167. Grahl-Madsen, *supra* note 131, pp. 370-1 (« S'il abandonne sa fuite et rentre chez lui, il est naturel qu'il cesse d'être considéré comme un réfugié ») (traduction libre).

choix éclairé et raisonnable concernant le rapatriement librement consenti. Ces visites ne constituent évidemment pas un fondement pour permettre l'application immédiate de l'article 1 C 4. Une « clause libératoire » pour les réfugiés rapatriés, qui leur ferait bénéficier d'une aide pour le rapatriement, mais qui leur permettrait de se voir accorder ou renouveler le statut de réfugié si la tentative de se rétablir dans le pays d'origine échoue pour des raisons valables, est extrêmement souhaitable et peut encourager le rapatriement librement consenti. La cessation formelle devrait être suspendue jusqu'à ce que la pérennité et la sécurité du rétablissement soient garanties. Prévoir du temps pour la cessation au sens de l'article 1 C 4 est conforme au déroulement normal des événements de la fuite : détermination du statut, reconnaissance, rapatriement librement consenti, cessation.

E. Questions de cessation spécifiques à la Convention de l'OUA sur les réfugiés

Bien que leur structure soit la même que celles des clauses de cessation, les articles I.4.f) et g) de la *Convention de l'OUA sur les réfugiés* ont une fonction d'expulsion, parce qu'ils s'appliquent sans égard pour la cessation des risques de persécution ou de la violence dans l'État d'origine. Il est difficile d'en percevoir la pratique par les États, en dehors de l'incorporation occasionnelle de ces dispositions dans la loi interne¹⁶⁸.

L'article I.4.f) impose la cessation lorsque le réfugié a commis un crime grave de droit commun en dehors du pays d'accueil après y avoir été admis comme réfugié. Cette disposition semble tout à fait anormale comme motif de cessation, et elle importe des concepts empruntés aux clauses d'exclusion (avec une différence quant au moment du crime). Elle semble conçue pour priver du statut de réfugié ceux qui ne le méritent pas, et également peut-être pour réduire les tensions entre les États de l'OUA en facilitant le renvoi des éléments criminels résidant en tant que réfugiés. On peut douter que le retour vers une persécution ou un danger grave soit la réponse optimale à une telle activité criminelle, en particulier si le réfugié a été dûment sanctionné par l'État où le crime a été commis.

La meilleure façon d'interpréter l'article I.4.g) est peut-être de le considérer comme une mesure d'application de la règle de conduite imposée par l'article III de la *Convention de l'OUA sur les réfugiés*, qui interdit des activités subversives dirigées contre les autres États de l'OUA. L'article III semble prévoir un contrôle direct de certaines activités des réfugiés par l'État d'asile, par la pénalisation et d'autres restrictions aux activités violentes et démonstratives. L'article I.4.g) permettrait la cessation du statut de réfugié comme conséquence de cette conduite interdite, bien qu'il faille l'interpréter d'une manière complémentaire à la *Convention de 1951*.

168. Par exemple, la loi libérienne de 1993 sur les réfugiés, article 3 § 5.f) et la loi tanzanienne de 1998 sur les réfugiés, article 3.f) et g).

Les termes de l'article I.4.g) rappellent les concepts d'exclusion, tels que ceux reflétés aux articles I.5.c) et d), qui sont vagues et qui doivent faire l'objet d'une interprétation restrictive. La mise en œuvre de l'article I.4.g) est toutefois similaire à l'expulsion, à quelques différences près. Tandis que les références à la sécurité nationale aux articles 32 § 1 et 33 § 2 de la *Convention de 1951* concernent la sécurité de l'État d'asile, la préoccupation de l'article III de la *Convention de l'OUA sur les réfugiés* est la sécurité d'autres États. L'expulsion fondée sur les articles 32 et 33 de la *Convention de 1951* n'implique pas la cessation du statut de réfugié mais simplement la perte de la protection contre le refoulement. Les personnes soumises à la cessation en vertu de l'article I.4.f) et g) peuvent avoir droit aux interdictions de refoulement en vertu des droits de l'Homme.

IV. Les concepts de cessation et la détermination initiale du statut de réfugié

Une confusion grave peut apparaître lorsque les éléments associés normalement à la cessation figurent dans la phase de détermination du statut de réfugié. Dans certains États d'asile, qui n'imposent généralement pas la cessation aux réfugiés reconnus, le nombre de cas récents concernant des changements de circonstances entre la fuite et la décision initiale est en pleine expansion¹⁶⁹. Comme l'énonce le relevé des conclusions de la table ronde d'experts sur la cessation, « les procédures de détermination du statut de réfugié et de cessation doivent être considérées comme des processus distincts qui ne doivent pas être confondus »¹⁷⁰.

Le fait de placer les demandes d'asile en procédure accélérée, quand elles sont présentées par des ressortissants d'un État faisant l'objet d'une déclaration de cessation, représente une évolution inquiétante, même si la cessation s'applique à des réfugiés reconnus¹⁷¹. En outre, dans le cadre des procédures accélérées, le demandeur peut ne pas disposer de suffisamment de temps pour recueillir des preu-

169. Les cas cités par Hathaway, *supra* note 155, pp. 199-205 ont généralement lieu dans le contexte de la détermination initiale du statut. La Commission de l'immigration et du statut de réfugié du Canada a publié des lignes directrices en septembre 1992 relatives au *Changement de circonstances dans le pays d'origine du demandeur d'asile : proposition de cadre d'analyse*. Voir également J. Fitzpatrick, « The End of Protection : Standards for Cessation of Refugee Status and Withdrawal of Temporary Protection », 13 *Georgetown Immigration Law Journal*, 1999, pp. 343, 356-63 (concernant des affaires aux États-Unis relatives au changement de circonstances).

170. *Relevé des conclusions de Lisbonne*, *supra* note 118, paragraphe 26.

171. Selon la loi du 11 mai 1998 relative à l'entrée et au séjour des étrangers et au droit d'asile, les autorités françaises ont soumis un nombre croissant de demandeurs d'asile à des procédures accélérées, en se fondant sur le fait que leur État d'origine fait l'objet d'une déclaration de cessation. En 1998, 2.225 demandeurs d'asile ont été traités suivant cette procédure et le chiffre prévisionnel était de 2.232 pour 1999. P. Delouvin, « The Evolution of Asylum in France », 13 *Journal of Refugee Studies*, 2000, pp. 61, 65-6. La plupart des personnes concernées sont des Roumains.

ves, l'examen par les autorités peut être hâtif et ne pas comporter d'entretien, et l'expulsion n'est pas suspendue pendant l'appel¹⁷².

Lorsque le changement de circonstances est pertinent, l'examen se concentre sur la question de savoir si les changements politiques et sociaux sont fondamentaux, durables et effectifs pour supprimer la crainte fondée de persécution du demandeur d'asile à l'époque de sa fuite. La question de savoir si ce dernier est un réfugié, dépend de sa possibilité de remplir les critères définis par la Convention, qui englobent non seulement les clauses d'inclusion mais aussi les clauses de cessation.

La pratique des États semblent montrer qu'il existe une confusion entre la cessation en elle-même et l'application des concepts de cessation au cours de la détermination initiale du statut de réfugié. Le terme « cessation » doit être limité à la fin du statut des réfugiés reconnus. L'État d'asile a la responsabilité de la mise en œuvre et supporte la charge de la preuve, lorsque la cessation est appliquée à un réfugié reconnu.

Dans les États qui considèrent la définition du réfugié comme uniquement tournée vers l'avenir, il appartient au demandeur d'asile de prouver qu'il a une crainte fondée de persécution. La pratique des États varie quant au traitement des cas de victimes de persécutions antérieures qui peuvent ne plus éprouver de crainte fondée de persécution en raison d'un changement de situation dans l'État d'origine, postérieur à leur fuite. Certains États, par exemple les États-Unis, établissent une présomption de persécution persistante et exigent que les autorités prouvent que le changement de circonstances a fait disparaître le risque de persécution du demandeur¹⁷³. Le relevé des conclusions de la table ronde d'experts sur la cessation estime également qu'« il incombe aux autorités du pays d'asile d'apporter la preuve que ces changements sont bien fondamentaux et durables »¹⁷⁴.

Une autre question est celle de savoir si des raisons impérieuses, tenant à des persécutions antérieures, justifient d'accorder le statut de réfugié, ou si une autre

172. *Ibid.*, p. 66.

173. Les États-Unis constituent un exemple notable d'État qui accorde parfois l'asile ou la protection contre le refoulement (suspension du renvoi) sur le fondement de persécutions antérieures. Les circonstances dans lesquelles l'asile sera accordé, en l'absence de risque persistant de persécution, font l'objet des lois récemment modifiées au 8 CFR, paragraphes 208.13 et 208.16. Ces lois créent essentiellement une présomption de persécution persistante, que les autorités d'immigration peuvent réfuter en prouvant l'existence d'un changement fondamental de circonstances qui supprime la crainte fondée de persécution originelle, ou en prouvant que le demandeur a une alternative de fuite interne raisonnable. Il appartient au demandeur de prouver qu'il éprouve une crainte fondée de persécution suite à un changement politique fondamental (par ex. dans la situation afghane où un persécuteur est remplacé par un autre). L'asile peut toutefois aussi être accordé selon le 8 CFR, paragraphe 208.13.b.1.iii) si le demandeur démontre qu'il ne veut pas rentrer du fait de la gravité des persécutions antérieures, ou de la possibilité réelle qu'il subisse « d'autres préjudices graves » en cas de rapatriement.

174. *Relevé des conclusions de Lisbonne, supra* note 118, paragraphe 27.

forme de protection doit être accordée à ceux dont le retour vers l'État d'origine causerait des difficultés importantes. Les États-Unis constituent un exemple notable d'État qui accorde parfois l'asile sur la base de persécutions antérieures, et en absence de crainte persistante fondée de persécution. Afin de bénéficier de l'asile en raison de persécutions antérieures, le requérant doit démontrer qu'il ne veut pas rentrer du fait de la gravité des persécutions antérieures ou qu'il existe une possibilité réelle qu'il subisse « d'autres préjudices graves » en cas de rapatriement.

Pour les États qui appliquent une conception de l'éligibilité au statut de réfugié uniquement tournée vers l'avenir, cette possibilité ne semble pas exister. Cela peut être le cas même lorsque le demandeur d'asile répondait aux conditions du statut de réfugié au moment où il a fui, mais qu'il a cessé d'éprouver une crainte fondée de persécution avant l'issue de la procédure de détermination du statut, et même en cas de persécution antérieure grave. Un demandeur d'asile auquel le statut de réfugié a été refusé pourrait néanmoins bénéficier d'une protection subsidiaire/complémentaire si l'intéressé était exposé à des souffrances importantes en cas de retour.

Comme l'a fait remarquer le HCR, le concept de pays d'origine sûr ne va pas de pair avec la cessation¹⁷⁵. Certains États ont recours à ce concept lors de la phase initiale de détermination du statut. Bien qu'il puisse impliquer une évaluation de la situation générale dans l'État d'origine, il n'est pas lié à un changement (contrairement aux clauses relatives aux changements de circonstances). Il n'est pas non plus applicable aux réfugiés reconnus.

V. Recommandations relatives à la pratique du HCR et des États

Les recommandations suivantes concernent à la fois la pratique du HCR et celle des États en matière de cessation. Cette dernière comprend la cessation pour changements de circonstances, le retrait de la protection temporaire et la cessation fondée sur les actions du réfugié. Les questions relatives à la procédure équitable et aux exceptions à la cessation seront résumées dans la partie concernant la pratique des États en matière de cessation pour changements de circonstances.

A. Pratique du HCR

Certains mécanismes procéduraux peuvent permettre au HCR d'appliquer les clauses de cessation avec davantage de souplesse sans pour autant miner le régime de protection internationale des réfugiés. Par exemple, le HCR reçoit régulièrement

175. *Note on the Cessation Clauses*, supra note 7, paragraphe 7. Pour plus d'informations sur le concept de pays d'origine sûr et sur son application, voir HCR, *Processus d'asile (Procédures d'asile équitables et efficaces)*, UN doc. EC/GC/01/12, 31 mai 2001, paragraphes 38-40 ; J. van Selm, « Access to Procedures : 'Safe Third Countries', 'Safe Countries of Origin' and 'Time Limits' », juin 2001, pp. 35-41 ; ces deux documents sont disponibles sur <http://unhcr.org>.

des demandes de renseignements de la part des gouvernements des pays d'asile, concernant les évolutions dans les États d'origine et l'applicabilité des clauses relatives aux changements de circonstances. Il s'agit d'une approche réactive de l'examen des changements de circonstances dans un pays d'origine et de l'impact de ces changements concernant le statut des réfugiés originaires de ce pays. À l'inverse, le HCR pourrait adopter une stratégie plus proactive, en rédigeant et en présentant des évaluations de l'amélioration de la situation dans les pays d'origine et de ses implications quant au recours aux articles 1 C 5 et C 6 lors des réunions du Comité exécutif. Le HCR pourrait poursuivre cette stratégie au moyen d'un bilan annuel, comparable aux études sur la situation des réfugiés qu'il effectuait au milieu des années 1990.

Le HCR pourrait également faire un usage plus important de l'autorité que lui confère son Statut en conjonction avec l'article 35 de la *Convention de 1951*, pour aider les États d'asile à appliquer les dispositions relatives aux changements de circonstances sur un fondement individuel ou collectif. Cette approche risque moins de mettre en danger le statut ou les demandes des réfugiés dans d'autres pays d'asile que si le HCR menait lui-même une approche plus proactive en utilisant les articles 1 C 5 et C 6. Les gouvernements qui ont invoqué les clauses de cessation à l'égard des réfugiés chiliens, l'ont fait de façon responsable selon la perspective du HCR. Il n'est toutefois pas évident que les autres pays d'asile adopteraient également une approche prudente de la cessation sur une base collective. Certains États d'asile ont, en effet, cherché à utiliser les clauses de cessation pour contourner les procédures de détermination du statut pour les nouvelles demandes.

Quand il conseille les pays d'asile sur le recours aux articles 1 C 5 et C 6, le HCR peut fournir une explication plus détaillée de sa position. Il pourrait spécifier les mesures supplémentaires nécessaires pour satisfaire le critère de changement fondamental et durable, comme il l'a fait dans le cas de la Roumanie, quand les changements dans un pays d'origine sont insuffisants pour justifier l'application des dispositions relatives aux changements de circonstances. En outre, le HCR pourrait proposer des délais appropriés dans une situation donnée pour évaluer les circonstances dans le pays d'origine. Les pays d'asile pourraient être disposés et capables d'aider à promouvoir les changements dans le pays d'origine nécessaires pour justifier l'application des clauses de cessation.

Le HCR peut également développer des méthodes parallèles pour appliquer les clauses relatives aux changements de circonstances. Les cas de la Bosnie-Herzégovine, de l'Afghanistan et du Cambodge, décrits plus haut, montrent que l'approche traditionnelle consistant à appliquer les articles 1 C 5 et C 6 sur un fondement collectif reste un instrument trop carré pour des situations aussi complexes. Les nouvelles pratiques d'utilisation des articles 1 C 5 et C 6 peuvent cependant faciliter les efforts du HCR visant à trouver des solutions durables pour certains dossiers spécifiques de réfugiés placés sous son mandat, qui peuvent ne plus nécessiter de protection internationale, ainsi que répondre aux préoccupations des États quant à la sauvegarde du droit d'asile pour ceux qui en ont vraiment besoin.

En premier lieu, le HCR pourrait, en précisant des dates et des changements particuliers de circonstances, cibler l'application des clauses de cessation à des groupes spécifiques de réfugiés au sein d'une population de réfugiés plus large, comme il l'a fait dans le cas des réfugiés d'Éthiopie antérieurs à 1991. Le fait de cibler certains groupes de réfugiés engendre toujours le risque de mettre en danger le statut ou les requêtes de demandeurs d'asile résidant dans certains pays d'accueil. Compte tenu de la nature prolongée de nombreuses situations d'urgence pour certains réfugiés et de la complexité des situations post-conflit, cela peut néanmoins représenter l'approche la plus viable de l'application future des articles 1 C 5 et C 6 par le HCR.

En second lieu, le HCR pourrait développer sa pratique de la cessation individuelle. Bien que les clauses relatives aux changements de circonstances aient traditionnellement été invoquées par le HCR sur un fondement collectif, ni la Convention, ni le Statut du HCR n'empêchent leur application à titre individuel. Il est arrivé au HCR d'approuver l'application individuelle des articles 1 C 5 et C 6 par ses propres bureaux ainsi que par des pays d'asile. La cessation individuelle risque moins d'influencer indûment les procédures de détermination du statut dans les pays d'asile, qu'une déclaration de cessation générale pour un groupe entier de réfugiés.

La situation des dossiers résiduels de réfugiés cambodgiens, décrite ci-dessus, illustre l'utilité et les risques potentiels de la mise en place de procédures de cessation individuelle. L'exercice de « réexamen du statut » au Cambodge offre des leçons utiles à cet égard. L'une d'elles est la nécessité de disposer d'informations détaillées sur les évolutions dans le pays d'origine et sur leurs implications pour les cas individuels. Une autre leçon est l'importance de la procédure de notification aux réfugiés que leur statut pourrait être réexaminé à la lumière des changements de circonstances dans le pays d'origine. Les réfugiés susceptibles de se voir retirer le statut, par application des articles 1 C 5 et C 6 sur une base individuelle, doivent être informés par avance du processus de cessation individuelle et avoir la possibilité de défendre leur cas. Ces cas doivent faire l'objet d'une audition et, si nécessaire, d'autres solutions durables doivent être trouvés pour eux. Les personnes qui ne nécessitent plus de protection internationale peuvent se voir accorder du temps pour régulariser leur statut et/ou bénéficier d'une aide pour le rapatriement librement consenti.

En troisième lieu, les clauses de cessation pourraient être employées comme élément d'une réponse globale à une situation d'afflux massif. Étant donné les droits et les avantages associés au statut de réfugié, les situations d'afflux massif peuvent et doivent être traitées dans le cadre de la *Convention de 1951*. Dans ces situations, le HCR devrait chercher à encourager la reconnaissance des réfugiés en tant que groupe. Le HCR pourrait s'engager à revoir le statut de ces réfugiés, et prendre en considération l'application des clauses relatives aux changements de circonstances, quand les changements dans le pays d'origine montrent que la protection internationale peut ne plus être justifiée¹⁷⁶. Le fait de faire un lien aussi explicite entre la

176. Personnel du HCR, entretiens avec R. Bonoan, Genève, Suisse, 27 et 30 novembre 2000.

reconnaissance et la cessation peut montrer aux pays d'asile que le statut de réfugié en cas d'afflux massif peut être temporaire, en fonction bien entendu des circonstances propres à chaque situation¹⁷⁷.

Il peut également être nécessaire d'élaborer des normes additionnelles pour l'utilisation des articles 1 C 5 et C 6. Les auteurs de la *Convention de 1951* semblent avoir imaginé que la transition démocratique représentait l'archétype du changement de circonstances conduisant à la cessation du statut de réfugié¹⁷⁸. Les *Principes directeurs ultérieurs du HCR et du Comité exécutif relatifs aux clauses de cessation* ont reflété cette interprétation des clauses relatives aux changements de circonstances, en tendant à associer le changement fondamental aux changements au niveau national supprimant le fondement de la crainte de persécution du réfugié. Le HCR a mis ces Principes directeurs en œuvre en effectuant des évaluations complètes de la situation du pays d'origine, qui se concentraient sur les institutions politiques et judiciaires nationales et sur le degré de conformité aux principes internationaux relatifs aux droits de l'Homme.

Les normes et Principes directeurs actuels pour évaluer le changement dans un pays d'origine, reflètent une vision de la démocratisation « top-down » (de haut en bas). La cessation ciblée ou individuelle exigerait toutefois une perspective « bottom-up » (de bas en haut). L'évaluation de la situation du pays d'origine se concentrerait alors sur les règlements, les élections, les institutions politiques, les tribunaux et les instances qui appliquent le droit au niveau local et provincial, ainsi que sur la façon dont ces lois et institutions régissent les partis politiques et les groupes sociaux. Les preuves d'un changement fondamental et durable à l'échelon local et régional, seraient ensuite comparées aux améliorations en matière de droits de l'Homme au niveau national.

Le *Guide* du HCR affirme que le statut de réfugié ne doit pas être soumis à des réexamens arbitraires ou fréquents. Des mesures peuvent cependant être prises pour garantir que les nouvelles normes et procédures de mise en œuvre des clauses relatives aux changements de circonstances ne violent pas ce principe. Par exemple, le HCR pourrait établir une « check-list » des critères à partir desquels il pourrait envisager la cessation ciblée ou individuelle. Sur le fondement des cas examinés ci-dessus, les questions figurant sur cette check-list pourraient inclure les suivantes :

1. Les réfugiés particuliers, ou le groupe de réfugiés concernés, peuvent-ils être distingués d'une population de réfugiés plus importante ?
2. Existe-t-il des solutions durables pour ceux qui seraient concernés par l'application des clauses de cessation ?

177. *Ibid.*

178. Voir Assemblée générale des Nations Unies, *Conférence de plénipotentiaires sur le statut des réfugiés et des apatrides : compte-rendu analytique de la 28^e réunion*, UN doc. CONF.2/SR.28, 19 juillet 1951.

3. D'autres réfugiés concernés de la même façon par les changements de circonstances dans le pays d'origine, ont-ils déjà fait l'objet d'un rapatriement librement consenti et, le cas échéant, quel est leur statut ?
4. Dispose-t-on d'une information étendue sur les changements dans le pays d'origine ?
5. Existe-t-il un accord général parmi les observateurs locaux et internationaux sur la portée de ces changements et leurs implications pour les besoins de protection des réfugiés concernés ?
6. Les changements (nationaux, régionaux ou locaux) affectant les réfugiés en question sont-ils fondamentaux et durables ?
7. Dans quelle mesure la communauté internationale soutient-elle et encourage-t-elle la consolidation de ces changements ?
8. La situation dans le pays d'origine peut-elle être contrôlée de manière indépendante par le HCR, d'autres agences internationales et/ou des ONG ?
9. La coopération des États d'asile et du pays d'origine peut-elle être obtenue ?
10. L'application de ces clauses de cessation va-t-elle indûment influencer les demandes ou le statut des demandeurs d'asile qui n'appartiennent pas au groupe ciblé ?

Une interprétation plus large du changement fondamental contribuerait également à réduire l'écart entre les normes du rapatriement librement consenti et celles de la cessation. Le HCR continue de soutenir que ces normes sont différentes et que le rapatriement librement consenti peut avoir lieu à un niveau de changement moindre que celui qui est requis pour justifier une déclaration de cessation générale. Des questions ont toutefois été soulevées à propos de la différence entre les conditions dans lesquelles le HCR est prêt à *encourager* le rapatriement librement consenti et les changements nécessaires pour justifier l'application des clauses relatives aux changements de circonstances. Cet écart peut être renforcé par l'accent mis sur les changements au niveau national dans l'examen de l'applicabilité des articles 1 C 5 et C 6. Une notion plus globale du changement fondamental pourrait toutefois aider à réduire toute divergence ressentie entre les principes du HCR et sa pratique dans ces domaines.

Enfin, le HCR devrait développer davantage les Principes directeurs existant pour l'application des articles 1 C 5 et C 6 aux cas de résolution de guerres civiles. Les efforts du HCR visant à mettre en place un cadre de principes pour évaluer les situations post-conflit, reconnaissent implicitement que l'interprétation traditionnelle du concept de changement fondamental en tant que transition démocratique ne convient pas dans ces cas. Par exemple, la recommandation selon laquelle une période d'attente plus longue est nécessaire pour déterminer la pérennité du changement dans les pays ayant connu des guerres civiles semble valable, en particulier si cette analyse s'appuie sur la prise en compte des changements au niveau national. Compte tenu de la complexité de ces situations, les circonstances au niveau local peuvent

toutefois également mériter d'être prises en considération et elles peuvent nécessiter moins de temps pour se consolider que celles au niveau national. À cet égard, il convient de noter que le HCR a déclaré plus rapidement la cessation dans les deux cas de résolutions post-conflit (Soudan en 1973 et Mozambique en 1996) que dans les situations de transition démocratique (comme au Chili en 1994).

De manière plus générale, une approche de la cessation, fondée uniquement sur une transition démocratique, risque de négliger des différences importantes dans la nature de la persécution entre les situations de conflit interne et celles de répression par l'État. Dans le premier cas, la persécution peut être plus répandue et plus intense sur une période de temps plus courte et peut affecter d'importants groupes de personnes, mais cette persécution peut être moins systématique et moins institutionnalisée que dans le cas de répression par l'État. Ces différences d'ampleur et de profondeur de la persécution montrent la nécessité de développer des critères supplémentaires pour évaluer les changements de circonstances suite à la résolution de conflits civils.

Pour élaborer des principes directeurs additionnels d'évaluation des situations post-conflit, le HCR pourrait avoir recours à une abondante bibliographie sur les conflits internes. Celle-ci peut fournir des indicateurs supplémentaires pour déterminer la portée et la pérennité de changements au lendemain des guerres civiles. Ces études ont démontré, par exemple, que l'intervention extérieure joue un rôle important dans l'issue des règlements négociés des conflits internes¹⁷⁹.

L'utilisation de procédures, méthodes et normes plus « souples » pour la mise en œuvre des clauses relatives aux changements de circonstances, a parfois été suggérée comme moyen d'atténuer la perception selon laquelle le statut de réfugié serait un état permanent mais aussi afin de réduire les incitations des pays d'asile à avoir recours à des formes complémentaires de protection internationale. La table ronde d'experts, lors de sa réunion de mai 2001, est néanmoins parvenue à la conclusion que :

La pratique des États montre que l'opinion selon laquelle une interprétation plus souple et/ou une utilisation plus active des clauses de cessation pour « changements de circonstances » conduiraient les États à étendre le statut complet de réfugié conventionnel à des personnes qui bénéficieraient sans cela de la protection temporaire, n'est pas toujours fondée¹⁸⁰.

Le relevé des conclusions met également en garde contre l'application ciblée ou partielle de la cessation pour changements de circonstances, en faisant remarquer que, bien que cette approche puisse convenir pour des groupes limités, comme les victimes de l'ancien régime Mengistu en Ethiopie, son utilisation en vue de renvoyer les réfugiés vers des zones sûres dans l'État d'origine pourrait créer ou aggraver des situations de déplacement interne¹⁸¹.

179. B. Walter, « The Critical Barrier to Civil War Settlement », 51 *International Organization*, 1997, pp. 335-64.

180. *Relevé des conclusions de Lisbonne*, supra note 118, paragraphe 7.

181. *Ibid.*, paragraphes 15-16.

Le fait de cibler avec soin l'application des clauses pour changements de circonstances, et d'identifier clairement toutes les exemptions nécessaires, peut atténuer certains de ces risques. Il est cependant justifié de craindre les effets potentiels de la cessation sur les procédures de détermination du statut et le HCR doit continuer à avoir recours à la cessation avec circonspection. Les pays d'asile ont tendance à envisager la cessation presque immédiatement après que des changements positifs ont eu lieu dans un pays d'origine. En outre, certains gouvernements ont argué de manière inappropriée de ces développements pour justifier le rejet de demandes d'asile en attente, ainsi que le refus automatique du statut de réfugié aux nouveaux demandeurs d'asile.

B. Pratique des États

Le peu d'inclination manifesté par les États d'asile pour appliquer les clauses de cessation aux réfugiés reconnus a persisté, malgré un regain d'intérêt pour ce concept et sa codification légale dans certains États. Les attitudes quant au lien entre asile et immigration et quant au souhait d'intégrer complètement les résidents étrangers influencent également la pratique en matière de cessation.

Les motivations d'un État d'asile pour mettre fin à la protection des réfugiés, avec ou sans fondement factuel solide, peuvent être renforcées lorsqu'il est confronté à un afflux massif. Les autorités de l'État d'asile peuvent largement méconnaître la situation précise des individus au sein d'un afflux massif et des préjudices peuvent donc résulter de généralisations sur les changements de circonstances. Un besoin urgent se fait sentir d'affiner les références idoines permettant le retrait de la protection, de mettre en place un processus objectif, et de préférence collectif, pour évaluer les changements politiques et/ou sociaux pertinents, et de faire perdurer la protection pour les personnes exposées à la persécution ainsi que pour les autres personnes vulnérables.

Des dispositions spécifiques devraient être mises en place en droit national et dans les normes régionales pour la cessation du statut des réfugiés reconnus. Les questions de retrait pour acquisition frauduleuse, exclusion et expulsion doivent être traitées séparément.

Un processus équitable doit comprendre :

1. une notification ;
2. une audition ou un entretien ;
3. un agent chargé de l'instruction neutre ;
4. l'examen de preuves provenant de sources multiples ;
5. la prise en compte de menaces potentielles aux droits fondamentaux du réfugié ;
6. une charge de la preuve revenant à l'État d'asile ;

7. un examen spécifique de l'applicabilité du changement de circonstances à la situation personnelle du réfugié ; et
8. un délai aux fins d'évaluer la pérennité du changement.

La constatation générale d'un changement de circonstances dans l'État d'origine ne justifie pas qu'une cessation soit déclarée pour tout le monde, transférant la charge aux réfugiés reconnus de demander que leurs requêtes soient réexaminées et qu'ils aient la possibilité de prouver qu'ils sont exposés à un risque persistant de persécution ou qu'ils relèvent d'une exemption. C'est seulement quand le statut de réfugié a été accordé sur une base collective qu'il peut y être mis fin sur cette base, et uniquement lorsque des procédures existent pour que les individus puissent établir qu'ils continuent d'être éligibles à la protection internationale, soit comme réfugiés, soit comme candidats à d'autres statuts juridiques ou à la protection complémentaire/subsidaire.

Lorsqu'un nouveau persécuteur a pris la place du précédent dans l'État d'origine, il est théoriquement autorisé de cesser le statut de réfugié et de prévoir une nouvelle procédure de détermination du statut. Il ne convient pas de mettre fin au statut de réfugié dans ces cas, à moins qu'un nouveau statut soit immédiatement accordé. Ces réfugiés continuent à avoir droit à la protection internationale, en raison du nouveau risque. Le fait de mettre fin à un statut de réfugié existant pour simplement accorder de nouveau ce statut, est peu rentable d'un point de vue administratif et cette pratique doit être découragée.

On doit inciter les États à codifier les exceptions à la cessation. La meilleure approche juridique, et la plus cohérente, est d'autoriser le maintien du statut de réfugié pour les personnes ayant des raisons impérieuses, tenant à des persécutions antérieures ou à d'autres préjudices graves, de refuser de rentrer dans leur État d'origine. Lorsque la cessation est imposée, les personnes éligibles à une protection contre le renvoi en vertu des droits de l'Homme doivent se voir accorder un statut juridique approprié. Les personnes particulièrement vulnérables, ou celles qui ont des liens familiaux, ou un risque de perte économique, doivent au strict minimum pouvoir être éligibles à l'octroi d'un statut humanitaire.

Les États doivent être encouragés à codifier les exceptions et à intégrer un processus de validation dans la procédure de cessation. Les personnes souffrant de persécutions antérieures sévères, ou exposées au risque de violations graves des droits de l'Homme en cas de retour, doivent bénéficier d'un statut et de normes de traitement au moins équivalentes au statut de réfugié, en substance si ce n'est en titre. Les personnes particulièrement vulnérables, ou celles qui ont des liens familiaux, ou un risque de perte économique, doivent être traitées avec humanité et ne doivent pas se voir imposer un statut quasi-juridique, mais il peut ne pas être nécessaire de les traiter comme des réfugiés.

Les différences entre la cessation, à proprement parler, et le refus du statut de réfugié, en raison des développements postérieurs à la fuite, doivent être soulignées.

La tendance des États d'asile à appliquer les concepts de cessation au stade de la détermination initiale du statut, crée une confusion qui peut compromettre le développement de normes claires et équitables pour le fond et la procédure de la cessation.

Dans les cas où le changement de circonstances postérieur à la fuite est pris en compte dans la détermination initiale du statut, certains États ont fait des déclarations de « cessation » pour les demandeurs de certaines nationalités. En conséquence, les cas sont transférés vers une procédure accélérée, qui désavantage le demandeur (impliquant une présomption contre la persécution, l'absence d'effet suspensif de l'appel, etc.). Cette utilisation abusive du concept de cessation doit être découragée. Fonctionnellement, ces mesures s'apparentent au concept controversé du pays d'origine sûr, qui peut aussi mettre des réfugiés authentiques en danger et ajouter une complexité inutile à la procédure de détermination du statut.

Certains États prévoient une présomption de crainte continue de persécution en cas de preuve de persécution antérieure. Ceci peut avoir pour effet de transférer la charge de la preuve concernant la pertinence d'un changement de circonstances postérieur à la fuite, du demandeur d'asile vers les autorités administratives de l'État d'asile. Dans ces cas, l'asile peut être accordé si le requérant a subi des persécutions antérieures sévères, ou s'il a des raisons de craindre d'autres préjudices graves. Ces cas ne sont pas vraiment des cas de cessation, mais cette pratique illustre deux politiques qui doivent être encouragées en matière de cessation : i) faire incombler la charge de la preuve que des changements de circonstances existent et sont pertinents dans le pays d'origine, aux fonctionnaires de l'État d'asile, donnant ainsi au réfugié/demandeur d'asile le bénéfice du doute dans ces situations incertaines ; ii) prévoir explicitement des dispositions légales pour les cas exceptionnels, avec une aide équivalente à celle dont le réfugié bénéficie.

En ce qui concerne la cessation fondée sur des changements relatifs à la situation personnelle au sens des articles 1 C 1 à C 4 de la *Convention de 1951* et des articles I.4.a) à d) de la *Convention de l'OUA sur les réfugiés*, les critères essentiels sont le *libre consentement*, *l'intention* et la *protection effective*.

Les réfugiés doivent recevoir une notification et bénéficier d'une audition ou d'un entretien avant la cessation, à moins qu'il soit véritablement impossible de les localiser, ou qu'ils aient obtenu un autre statut stable dans l'État d'asile (citoyenneté ou résidence durable avec des droits au moins équivalents à ceux octroyés aux réfugiés) et que la cessation soit alors une simple formalité. Au cours de la procédure de cessation, les réfugiés peuvent se voir demander d'expliquer un comportement ambigu et des conclusions négatives peuvent être tirées d'un silence déraisonnable ou d'une absence de coopération.

Concernant le fait de se réclamer à nouveau de la protection nationale (en général, en acquérant ou renouvelant un passeport, en ayant d'autres contacts avec les autorités diplomatiques et consulaires de l'État d'origine ou en voyageant vers des États tiers au moyen du passeport de l'État d'origine), le comportement du réfugié sera généralement volontaire. L'accent doit plutôt être placé sur l'intention du

réfugié, afin de déterminer s'il a manifesté le souhait de rétablir un lien formel avec l'État de persécution. Dans l'examen de cette intention, il est pertinent de prendre en compte si le réfugié ignorait l'existence de solutions autres (telles que les documents de voyage délivrés par l'État d'asile, les possibilités de se marier ou de divorcer sans avoir recours aux services de l'État d'origine, etc.). Il est également nécessaire de se renseigner objectivement sur les chances que l'État de persécution accorde désormais une protection effective.

D'après les paragraphes 121 et 122 du *Guide*, un comportement comme l'acquisition ou le renouvellement d'un passeport de l'État d'origine, crée une présomption d'intention de se réclamer à nouveau de la protection nationale. Les termes sont mal choisis car ils peuvent sous-entendre que la charge de la preuve concernant l'inapplicabilité de la cessation incombe au réfugié. Au contraire, comme le comportement et les situations sont souvent ambigus et incertains, les réfugiés doivent se voir accorder le bénéfice du doute en matière de cessation.

Les trois critères de libre consentement, d'intention et de protection effective président également à l'application de l'article 1 C 2 de la *Convention de 1951* et à l'article I.4.b) de la *Convention de l'OUA sur les réfugiés*, relatifs au recouvrement de la nationalité. Lorsque le recouvrement de la nationalité est le résultat du comportement du réfugié, l'analyse est très proche de celle des cas concernant le fait de se réclamer à nouveau de la protection. Lorsque le recouvrement de la nationalité intervient suite à une action ou à une législation initiées par l'État d'origine, il est nécessaire d'analyser la situation avec précaution. L'élément de libre consentement est essentiel, dans la mesure où un réfugié ne peut pas être privé de la protection internationale s'il refuse de recouvrer la nationalité perdue de l'État de persécution. Le paragraphe 128 du *Guide* énonce que, lorsque les réfugiés ont le choix de refuser l'application de mesures générales de recouvrement de la nationalité, la cessation peut être appliquée s'ils n'ont pas usé de cette faculté. Une approche aussi catégorique ne se justifie pas, parce qu'il est également nécessaire de s'interroger sur le troisième élément, à savoir la probabilité que l'État octroie réellement une protection effective.

Le scénario de cessation le moins problématique est l'acquisition de la nationalité de l'État d'asile, comme prévu à l'article 1 C 3 de la *Convention de 1951* et à l'article I.4.c) de la *Convention de l'OUA sur les réfugiés*. Le réfugié bénéficie de droits, en vertu de la loi, au moins équivalents à ceux octroyés par ces Conventions et n'encourt aucun risque de renvoi forcé vers l'État de persécution. Dans de nombreux cas, l'octroi de la naturalisation aboutira à la cessation du statut de réfugié, sans qu'une procédure de cessation indépendante et formelle ne soit nécessaire. Lorsqu'un titre de séjour autre que celui de réfugié est accordé, plutôt que la citoyenneté, il peut en résulter la même perte automatique du statut de réfugié. Dans ce cas, les États doivent veiller à ce que des droits au moins équivalents à ceux garantis par la *Convention de 1951* et la *Convention de l'OUA sur les réfugiés*, soient accordés avec le titre de séjour, afin de justifier la cessation automatique. Dans le cas inverse, le statut

de réfugié doit être maintenu jusqu'à l'issue d'une procédure formelle de cessation et à la conclusion qu'un des motifs de cessation s'applique à l'intéressé.

L'acquisition de la nationalité d'un État tiers est également envisagée comme motif de cessation en vertu de l'article 1 C 3 et la *Convention de 1951* et de l'article I.4.c) de la *Convention de l'OUA sur les réfugiés*. Lorsque des droits au moins équivalents à ceux dont bénéficie le réfugié, et que la garantie contre le renvoi forcé vers l'État de persécution, sont attachés à l'acquisition de la nationalité de l'État tiers, la cessation peut être imposée. Il est intéressant de remarquer que l'article 1 C 3 et l'article I.4.c) n'incluent pas de condition de libre consentement. Dans les cas où la nationalité est accordée sans demande spécifique de la part du réfugié, les États d'asile doivent effectuer trois types de recherches avant d'imposer la cessation : i) existe-t-il une protection effective de la part du nouvel État de nationalité ? ; ii) existe-t-il un lien réel et effectif entre cet État et le nouveau citoyen ? ; iii) le droit de la nationalité lui-même est-il contraire aux normes des droits de l'Homme, par exemple en ce qui concerne la discrimination du fait du genre ?

Lorsque le nouvel État de nationalité est le successeur de l'État de persécution, les recherches concernant les chances de protection effective sont essentielles et la cessation automatique entraînerait des risques inacceptables. Comme la situation peut être instable dans l'État successeur, le réfugié doit se voir accorder le bénéfice du doute s'il s'oppose à l'acquisition de la nationalité de cet État. Des auditions équitables pourront garantir, par exemple, que les membres des minorités raciales, ethniques et religieuses ne sont pas envoyés de force vers un État successeur disposé à octroyer sa nationalité par application de la loi, mais peu enclin à offrir une protection effective.

Le risque que la situation dans le pays soit volatile existe dans de nombreux cas où le réfugié se rétablit dans l'État d'origine en vertu de l'article 1 C 4 et de l'article I.4.d). Il convient de prévoir des procédures équitables, l'octroi du bénéfice du doute aux réfugiés et l'intégration de délais dans l'application des clauses de cessation. Les chances que le rapatriement librement consenti soit durable sont renforcées lorsque les réfugiés ont la possibilité d'effectuer des visites exploratoires ou de tenter de se rétablir dans des conditions incertaines, sans être déchu de leur statut de réfugié dès leur départ. Les éléments de libre consentement, d'intention et de protection effective sont vitaux dans les cas de rétablissement. Le fait de se rétablir signifie un transfert de résidence principale accompagné d'une réaffiliation subjective à l'État d'origine, plutôt que de brèves visites.

Les articles I.4.f) et g) de la *Convention de l'OUA sur les réfugiés* ont la même structure que des clauses de cessation, mais ils fonctionnent, au plan opérationnel, comme des clauses d'expulsion, parce qu'ils s'appliquent sans égard pour la cessation des risques de persécution ou de violence dans l'État d'origine. L'objectif de l'article I.4.f) (commission d'un crime grave de droit commun, dans un État tiers, suite à l'octroi du statut de réfugié) semble être de dissuader les abus de l'asile par les éléments criminels. Le retour vers la persécution semble toutefois constituer une réponse mal adaptée, en particulier lorsque le réfugié a été dûment puni par l'État dans lequel le

crime a été commis. Lorsque le réfugié a échappé à la punition, l'extradition vers l'État tiers peut représenter une solution permettant d'éviter le retour vers un risque de persécution inchangé ou d'autres violences. En outre, les réfugiés peuvent bénéficier des interdictions d'expulsion en vertu des droits de l'Homme. L'article I.4.g) (violation grave des buts et des objectifs de la *Convention de l'OUA sur les réfugiés*) pourrait néanmoins s'appliquer dans certaines situations, par exemple, lorsque des éléments militarisés ont infiltré les camps de réfugiés, bien qu'il devrait alors être appliqué de façon complémentaire à la *Convention de 1951*. Il doit également être interprété restrictivement quand il est utilisé comme un moyen de mettre en œuvre l'interdiction des activités subversives contre les autres États de l'OUA, prévue à l'article III¹⁸².

VI. Conclusions

L'application des clauses de cessation entraîne la perte de la protection pour les réfugiés antérieurement reconnus, les prive ainsi de leurs droits acquis et peut se traduire par leur renvoi vers un État dans lequel ils ont subi des persécutions. Un consensus important semble exister au HCR et dans les États parties pour que les clauses de cessation soient interprétées de manière restrictive et appliquées avec une grande circonspection.

En consultation avec les États parties, le HCR a élaboré un ensemble de Principes directeurs pour l'application des dispositions relatives aux changements de circonstances. Ils mettent l'accent sur une série de critères pour déterminer si les changements dans le pays d'origine constituent un changement fondamental et durable des conditions qui ont conduit à accorder une protection internationale. Les procédures fixées par le HCR pour appliquer les dispositions relatives aux changements de circonstances sont, de manière similaire, complètes, et impliquent une évaluation détaillée de la situation du pays d'origine et un dialogue approfondi avec le pays d'origine, les pays d'asile et les ONG locales et internationales. Ainsi, même dans les cas qui semblent aisément remplir les critères du changement fondamental et durable, le HCR a adopté une approche circonspecte avant de déclarer la cessation fondée sur les changements de circonstances. Une interprétation et une application prudentes des clauses de cessation n'ont pas empêché le HCR de prendre activement en compte le recours aux dispositions relatives aux changements de circonstances

182. L'article III de la *Convention de l'OUA sur les réfugiés* doit aussi être interprétée de manière restrictive afin d'empêcher les violations de la liberté d'expression des réfugiés. Les « Conclusions/Recommandations principales du symposium régional du HCR sur le maintien du caractère civil et humanitaire de l'asile, du statut de réfugié, des camps et autres lieux (26-27 février 2001, Prétoria, Afrique du Sud) », UN doc. EC/GC/01/9, 30 mai 2001, ont proposé la liste suivante d'activités subversives interdites : i) propagande en faveur de la guerre ; ii) incitation à la violence imminente ; iii) discours de haine. Les réponses proposées à ces activités comprennent l'information des réfugiés au sujet de leurs obligations en vertu du droit international, le travail au niveau régional pour endiguer les influences subversives et la promotion de la démocratie et de la paix dans la région.

des articles 1 C 5 et C 6 de manière opportune, quand des développements positifs avaient eu lieu dans les pays d'origine.

Bien que l'article 1 C envisage la cessation à la fois sur le fondement des actes individuels d'un réfugié reconnu et sur le changement général de la situation dans l'État d'origine, la pratique du HCR s'est concentrée sur la cessation pour changements de circonstances, et cela semble représenter le plus grand sujet de préoccupation actuel des États. Comme le montre l'étude exposée plus haut sur la pratique du HCR et des États, le HCR et les États d'asile peuvent se voir confrontés à des situations où la population réfugiée — ou certains segments de celle-ci — dont ils ont la charge, peut ne plus nécessiter la protection internationale, mais à qui les articles 1 C 5 et C 6 ne peuvent être appliqués en vertu des normes et des procédures existantes. De nouvelles approches de la cessation peuvent être en mesure de régler ce problème et de garantir que le statut de réfugié soit réservé à ceux qui en ont véritablement besoin. Celles-ci peuvent consister en une cessation ciblée sur des groupes particuliers de réfugiés, dont le risque commun spécifique de persécution a été supprimé par des changements durables de la situation politique dans l'État d'origine. Des normes plus claires concernant les exceptions à la cessation peuvent garantir que la cessation ne causera pas un traumatisme excessif aux réfugiés, ne résultera pas en des violations de leurs droits de l'Homme, et n'imposera pas d'épreuves excessives, telles que la séparation des membres de la famille. Toute nouvelle procédure doit toujours être conçue dans le but d'atténuer le risque de saper la protection internationale et être appliquée avec une extrême prudence.

Les clauses de cessation ne nient pas l'importance de faciliter la naturalisation conformément à l'article 34, et ne mettent pas en cause la pertinence de l'intégration locale comme solution durable pour les réfugiés. La reconnaissance que les réfugiés aspirent à la stabilité se reflète dans la pratique très rare des États consistant à mettre fin à l'octroi individuel du statut de réfugié. Les réfugiés les mieux intégrés et résidant de longue durée dans le pays d'accueil, ne représentent pas une cible de mécontentement public et le retrait de leur protection entraînerait un coût important pour sa mise en œuvre dans un contexte de ressources limitées. Les frais administratifs liés à l'instauration de procédures spécifiques vis-à-vis des réfugiés avant qu'ils n'aient acquis un autre statut juridique durable, l'obligation de prouver que le changement général de circonstances permet le retour en toute sécurité du réfugié concerné, et la probabilité que les conditions de sécurité puissent entraîner par elles-mêmes le retour volontaire concourent à ne pas faire de la cessation individualisée une priorité. Les difficultés auxquelles les États sont confrontés pour renvoyer les demandeurs d'asile déboutés, montrent que la cessation risque encore moins d'aboutir à un retour automatique¹⁸³.

183. G. Noll, « Rejected Asylum Seekers : The Problem of Return », in *Migration and Development* (édition R. Appleyard, Fonds des Nations Unies pour la population/Organisation Internationale pour les Migrations, Genève, 1999), pp. 267-87.

Il est néanmoins à la fois faisable et souhaitable d'affiner les normes destinées à orienter les États en matière de cessation. Il est arrivé que des États d'asile mettent fin à la protection de réfugiés sur un fondement collectif, souvent concomitamment à des déclarations de cessation du HCR en vertu de son Statut. Les critères servant à évaluer le changement fondamental, durable et effectif dans l'État d'origine, sont les mêmes pour le HCR et pour les États quand ils appliquent les clauses pour changements de circonstances, similaires dans le Statut et dans la Convention. Les réfugiés confrontés à la cessation du statut de réfugié à titre collectif doivent être autorisés à contester le fait qu'un changement général de la situation dans l'État d'origine a supprimé leur propre crainte fondée de persécution. Tandis que les États appliquent rarement la cessation relative aux changements de circonstances à des réfugiés reconnus à titre individuel, ils doivent, d'une manière objective et vérifiable, établir que la situation ayant justifié l'octroi du statut de réfugié a cessé d'exister. Il incombe à l'État d'asile de démontrer que les critères de la cessation sont satisfaits.

La cessation fondée sur les actes individuels de réfugiés reconnus et leur situation, en vertu des articles 1 C 1 à C 4 est guidée par les éléments de libre consentement, d'intention et de protection effective. La pratique des États consistant à mettre fin à un statut antérieurement accordé reste rare au titre de ces articles.

Les procédures de mise en œuvre de la cessation par les États doivent comprendre des garanties fondées sur les règles habituelles d'équité et de justice. Une procédure équitable de cessation inclut une notification, une possibilité de présenter et de contester des preuves, et une charge de la preuve reposant sur l'État cherchant à imposer la cessation.

Les réfugiés doivent avoir la possibilité non seulement de contester l'applicabilité des critères de cessation à leur situation, mais aussi de faire examiner leur éligibilité à des exceptions à la cessation. La pratique des États, couplée à une interprétation dynamique des exceptions à la lumière de l'objet et du but de la *Convention de 1951*, plaident pour une extension de la stipulation prévue aux articles 1 C 5 et C 6 aux réfugiés confrontés à la cessation, par application de toute clause de cessation. Des persécutions antérieures graves justifient le maintien du statut de réfugié. La cessation ne signifie pas le retour, lorsque les réfugiés remplissent les critères de la protection complémentaire/subsidaire ou lorsque leur long séjour résultant en des liens familiaux, sociaux et économiques forts nécessite que des mesures appropriées soient prises à leur égard, conformément aux recommandations de la Conclusion No. 69 du Comité exécutif.

La fin de la protection temporaire commande l'application des critères de cessation, en particulier lorsque les bénéficiaires incluent de nombreux réfugiés conventionnels dont la détermination du statut a été retardée. Ils doivent se voir accorder la possibilité de demander le statut de réfugié et d'établir leur éligibilité à l'exception à la cessation ou à d'autres formes de protection contre le retour involontaire.

RELEVÉ DES CONCLUSIONS : LA CESSATION DU STATUT DE RÉFUGIÉ

TABLE RONDE D'EXPERTS ORGANISÉE PAR LE HAUT COMMISSARIAT
DES NATIONS UNIES POUR LES RÉFUGIÉS ET LA FONDATION CARNEGIE
POUR LA PAIX INTERNATIONALE, ACCUEILLIE PAR LA FONDATION LUSO-AMÉRICAINNE
POUR LE DÉVELOPPEMENT, LISBONNE (PORTUGAL), DU 3 AU 4 MAI 2001



La seconde journée de la table ronde d'experts a porté sur les clauses de cessation de la *Convention de 1951 relative au statut des réfugiés*. Les travaux se sont appuyés sur deux documents de travail intitulés *Questions d'actualité relatives à la cessation de la protection en vertu de l'article 1 C de la Convention de 1951 et de l'article I.4 de la Convention de l'OUA de 1969* rédigé par le professeur Joan Fitzpatrick et *Quand la protection n'est-elle plus nécessaire ? La clause des « changements de circonstances » : principes et pratique du HCR, 1973-1999* rédigé par Rafael Bonoan. Les participants se sont également vus remettre les *Principes directeurs du HCR relatifs à l'application des clauses de cessation* ainsi que des contributions écrites du gouvernement néerlandais, du juge Bendicht Tellenbach, Commission suisse des recours des réfugiés, et du Dr Penelope Mathew, Université nationale d'Australie. Des contributions d'ONG et d'autres instances ont également alimenté les discussions. Le professeur Walter Kälin a animé les débats.

Le relevé des conclusions qui suit ne représente pas nécessairement les opinions individuelles de chaque participant ni celle du HCR mais reflète, dans les grandes lignes, les points qui sont ressortis des discussions.

A. Pratique des États et du HCR en matière de clauses de cessation

- 1 — Les discussions avaient notamment pour objectif de comprendre pourquoi, d'une manière générale, les États ont peu recours aux clauses de cessation prévues par la *Convention de 1951*. Elles ont donc porté longuement sur les nombreux aspects qui ont une incidence sur l'application des clauses de cessation, pour se concentrer progressivement sur le problème plus complexe de l'application des articles 1 C 5 et C 6. Pour cette raison et eu égard au fait que les articles 1 C 1 à C 4 sont moins utilisés, les présentes conclusions se concentrent elles aussi sur l'application des articles 1 C 5 et C 6.
- 2 — Un certain nombre de pays n'ont pas recours aux clauses de cessation, au moins en partie à cause des coûts administratifs qu'engendre cette procédure, y compris les coûts liés à la mise en œuvre des procédures de réexamen ; les autres raisons sont dues au fait que, même si la procédure aboutit à la cessation, elle ne se traduira probablement pas par le retour, parce que les personnes dont le statut de réfugié a cessé d'exister pourront rester sous un autre statut ; et/ou au fait qu'un État peut préférer la naturalisation en vertu de l'article 34 de la Convention.
- 3 — La cessation a parfois été utilisée comme une formalité administrative pour transférer les responsabilités fiscales et administratives d'un service gouvernemental à un autre. Dans ce cas, il se peut qu'elle n'ait aucune répercussion directe sur la vie de la ou des personne(s) concernée(s).
- 4 — Certains États ont fait une déclaration de cessation générale pour les réfugiés originaires d'un pays donné non pas dans le but de réexaminer le statut des personnes reconnues comme réfugiés, mais pour limiter le nombre de demandeurs d'asile en provenance de ce pays. Dans certains cas, la cessation semble avoir été utilisée pour désigner un pays d'origine comme généralement « sûr » dans le contexte de la détermination du statut de réfugié. Dans la même optique, la législation adoptée récemment par certains États, qui prévoit le réexamen périodique du statut de réfugié, peut susciter un intérêt accru pour l'application des clauses de cessation. Ces exemples mettent en évidence la nécessité de préciser les normes à respecter dans l'application des clauses de cessation.
- 5 — Dans certaines situations spécifiques impliquant un grand nombre de réfugiés, le HCR a invoqué les clauses de cessation en publiant des déclarations de cessation générale.

B. Application de la clause de cessation pour « changements de circonstances » (articles 1 C 5 et C 6 de la Convention de 1951)

(a) La cessation : un outil souple

- 6 — Les dispositions relatives à la cessation pour « changements de circonstances » posent un certain nombre de problèmes opérationnels et juridiques et requièrent de manière urgente des avis d'experts et des conseils pratiques.

- 7 — La pratique des États montre que n'est pas toujours fondée l'opinion selon laquelle une interprétation plus souple et/ou une utilisation plus active des clauses de cessation pour « changements de circonstances » conduiraient les États à étendre le statut complet de réfugié conventionnel à des personnes qui bénéficieraient sans cela de la protection temporaire.
- 8 — Pour développer une approche souple de la cessation, il est utile d'établir une distinction entre les procédures opérationnelles et le cadre normatif. Au niveau opérationnel, une approche souple est nécessaire, avec des mesures incluant des consultations entre les parties concernées, y compris les communautés de réfugiés, et une application progressive qui tienne compte des besoins du pays d'accueil, du pays de retour et des réfugiés eux-mêmes. En revanche, au niveau normatif, une application souple des clauses de cessation ne doit pas être interprétée comme signifiant que les normes de protection peuvent être réduites.

(b) Critères et processus

- 9 — Le processus qui permet d'aboutir à une déclaration de cessation générale exige de la cohérence, des consultations et de la transparence.
- 10 — Les critères à vérifier pour déclarer une cessation générale, tels qu'ils sont énoncés dans la Conclusion No. 69 (1992) du Comité exécutif et dans les Principes directeurs du HCR, sont généralement appropriés. Cela dit, les Principes directeurs devraient être précisés et devraient notamment mettre l'accent sur les procédures d'évaluation des changements de circonstances. Il faudrait à cette fin prendre davantage en considération toute une série de facteurs comme la sécurité humaine, la viabilité du retour et la situation générale des droits de l'Homme.
- 11 — Les critères de cessation doivent être appliqués avec prudence, non pas en termes purement formalistes, mais en ayant pleinement conscience de la situation régnant dans le pays d'origine de même que dans le pays d'asile.
- 12 — Pour déterminer si la cessation générale peut être invoquée pour un certain groupe de réfugiés, les éléments suivants sont essentiels : i) évaluation de la situation dans le pays d'origine par rapport aux critères mentionnés ci-dessus aux paragraphes 10 et 11 à partir de toutes les informations disponibles émanant de sources diverses ; ii) participation des réfugiés au processus (avec éventuellement des visites de réfugiés dans le pays d'origine pour se rendre compte des conditions de vie) ; iii) examen de la situation des réfugiés rentrés de leur plein gré dans leur pays d'origine ; iv) analyse des conséquences potentielles de la cessation pour la population réfugiée dans le pays d'accueil et v) définition précise des catégories de personnes qui continuent à avoir besoin de la protection internationale ainsi que des critères de reconnaissance des exceptions à la cessation.
- 13 — À la suite d'une déclaration de cessation générale, les procédures doivent être appliquées de manière progressive et souple et dans la consultation, en particulier dans les pays en développement qui accueillent un grand nombre de réfugiés.

- 14 — Les facteurs essentiels au succès de l'application de la cessation générale comprennent notamment l'accord des États, du HCR, des ONG et des réfugiés sur les procédures et les calendriers de cette application, l'apport de conseils aux réfugiés, le partage des informations et la fourniture d'une assistance aux rapatriés.

(c) Application ciblée/partielle de la clause de cessation pour « changements de circonstances »

- 15 — Les critères possibles d'application ciblée, ou partielle, des clauses de cessation nécessitent un examen plus approfondi. Deux situations peuvent se présenter. Dans la première, la cessation pourrait cibler un sous-groupe particulier, plutôt qu'une population entière de réfugiés venant d'un pays d'origine donné. Le HCR a adopté cette approche à une occasion, lorsqu'il a déclaré la cessation générale pour les réfugiés éthiopiens du régime de Mengistu, mais pas pour les réfugiés éthiopiens qui avaient fui par la suite. Une approche similaire peut être utilisée dans certaines circonstances.
- 16 — Dans la deuxième, la cessation partielle pourrait porter sur des personnes venant d'une région particulière du pays d'origine. Il faudrait alors prendre en considération le fait qu'il est important de ne pas soumettre des réfugiés à un réexamen inutile de leur statut à la lumière de changements qui pourraient en fait s'avérer temporaires. La notion de retour éventuel dans des régions sûres du pays d'origine doit faire l'objet d'un examen plus approfondi dans le contexte de la cessation. Ainsi, le fait d'importer la notion de possibilité de transfert/refuge interne, propre à la détermination du statut de réfugié, n'est pas approprié pour la cessation et provoquerait des problèmes en matière de droits de l'Homme, risquant notamment de créer ou d'aggraver des situations de déplacement interne.

(d) Application individuelle de la clause de cessation pour changements de circonstances

- 17 — La pratique définie aux articles 1 C 5 et C 6 a jusqu'ici porté sur la déclaration de cessation pour un groupe, et non pas pour des cas individuels choisis au sein d'un groupe de la même nationalité. Si rien dans la Convention n'interdit l'utilisation de cette clause pour un réfugié individuel, une telle approche nécessiterait une étude plus approfondie si elle devait être utilisée, notamment à cause de la nécessité de maintenir un degré élémentaire de stabilité pour tout réfugié.

(e) Raisons impérieuses

- 18 — L'application de l'exception à la cessation générale pour « raisons impérieuses », prévue aux articles 1 C 5 et C 6, est interprétée comme s'étendant au-delà des termes mêmes de cette disposition, et est reconnue comme s'appliquant aux réfugiés au sens de l'article 1 A 2. Cela reflète un principe humanitaire général désormais bien ancré dans la pratique des États.

- 19 — En outre, la Conclusion No. 69 du Comité exécutif énonce une autre exception humanitaire pour les personnes qui ont passé un long séjour dans le pays d'accueil et qui, par conséquent, y ont tissé des liens familiaux, sociaux et économiques forts. Ces cas, et ceux d'autres catégories similaires, doivent bénéficier d'un statut juridique sûr.

(f) Cessation dans des situations d'afflux massif

- 20 — Le recours à la cessation en cas d'afflux massif dépend de la situation qui règne dans le pays d'origine, et du statut des réfugiés dans les pays d'accueil. Les catégories suivantes peuvent être distinguées :
- *Détermination de groupe prima facie en vertu de la Convention de 1951 et/ou de la Convention de l'OUA*¹ : les clauses de cessation des Conventions s'appliquent.
 - *Protection temporaire à la suite d'un afflux massif qui comprend des personnes relevant de la Convention de 1951* : la protection temporaire reposant sur le cadre de la *Convention de 1951*, il est crucial que les clauses de cessation soient respectées dans de telles situations. Ceci peut notamment être fait en encourageant le rapatriement librement consenti dans la sécurité et la dignité, lorsque les conditions le permettent, et en offrant l'accès aux procédures de détermination du statut de réfugié, lorsque la protection temporaire est levée, voire plus tôt. L'accès aux procédures de détermination du statut, une fois la protection temporaire levée, nécessiterait la prise en compte d'exceptions pour des raisons humanitaires, ou liées aux droits de l'Homme, et, en particulier, des raisons impérieuses tenant à des persécutions antérieures.
 - *Protection complémentaire/notion plus large de protection temporaire* : un ensemble différent de procédures et de critères prévaudrait, liés aux motifs de reconnaissance, étant entendu que cette protection s'applique aux personnes ne relevant pas de la *Convention de 1951*. Ces normes restent à élaborer en fonction de la situation.

(g) Relation avec les solutions durables

- 21 — L'un des principes directeurs est que la cessation du statut de réfugié doit conduire à une solution durable. Elle ne doit pas aboutir à ce que des personnes résident dans un État d'accueil avec un statut incertain. Elle ne doit pas non plus nécessairement conduire au retour.
- 22 — Si le rapatriement librement consenti et la cessation peuvent tous deux faire partie d'une approche globale visant à résoudre des situations spécifiques de réfugiés, les normes et les politiques appropriées les concernant sont différentes. Une analyse des conditions dans lesquelles vivent des réfugiés rentrés de leur plein gré peut s'avérer importante pour décider si une déclaration générale de cessation va suivre.

1. **Note de la rédaction** : ce texte fait référence à la *Convention de 1969 de l'Organisation de l'Unité Africaine (OUA) régissant les aspects propres aux problèmes des réfugiés en Afrique*, Nations Unies, *Recueil des Traités*, vol. 1001, n° 45.

- 23 — Les groupes résiduels, restant après la fin d'un programme de rapatriement librement consenti, peuvent être divisés en deux grandes catégories. S'il y a eu détermination individuelle du statut, les clauses de cessation peuvent s'appliquer si les circonstances le justifient. S'il n'y a pas eu détermination individuelle (parce qu'il y a eu détermination *prima facie* du statut de réfugié ou octroi de la protection temporaire), les personnes n'optant pas pour le rapatriement librement consenti doivent avoir le droit de demander une détermination individuelle qui, en plus des principes qui s'appliqueraient normalement à une telle procédure, pourrait aussi comporter un examen visant à déterminer si leur situation a changé dans le cas d'espèce, ou s'il existe des raisons impérieuses tenant à des persécutions antérieures.
- 24 — Dans les cas où le retour n'est pas une option viable, il doit y avoir naturalisation ou au moins une forme ou une autre de résidence permanente.

C. Changement dans la situation personnelle
au sens des articles 1 C 1 à C 4 de la Convention de 1951
et des articles I.4.a) à d) de la Convention de l'OUA

- 25 — La cessation en raison de changements dans la situation personnelle doit être appréciée d'après des critères de libre consentement, d'intention et de protection effective qui ne doivent pas être appliqués de manière formaliste. Les conclusions énoncées sous cette rubrique dans le document du professeur Fitzpatrick ont été largement approuvées.

D. Relation entre cessation et détermination du statut de réfugié

- 26 — En principe, les procédures de détermination du statut de réfugié et de cessation doivent être considérées comme des processus distincts, et ne doivent pas être confondus.
- 27 — Si des changements fondamentaux se produisent dans le pays d'origine pendant la procédure d'asile, il incombe aux autorités du pays d'asile d'apporter la preuve que ces changements sont bien fondamentaux et durables. Les exceptions pour raisons humanitaires devraient être dûment prises en compte dans un tel contexte, par exemple lorsque des personnes avaient antérieurement subi des persécutions graves.

E. Remarques finales

- 28 — Les participants ont estimé que les *Principes directeurs du HCR relatifs à la cessation* étaient généralement bien conçus, mais qu'ils devaient être actualisés sur les fondements des conclusions de la présente réunion. Une attention particulière devrait être portée sur le fait que la cessation soit uniquement appliquée à l'issue d'un véritable processus de consultations et d'échanges avec toutes les parties concernées.

LISTE DES PARTICIPANTS

Table ronde d'experts, Lisbonne (Portugal), du 3 au 4 mai 2001 (cessation, exclusion)

Georges Abi-Saab, Institut Universitaire des Hautes Études Internationales, Genève, Suisse

T. Alexander Aleinikoff, Centre de droit de l'Université de Georgetown, Washington DC, États-Unis

Michael Alexander, Comité international de secours, Thaïlande

Johnson Brahim, Gouvernement tanzanien

Iain Cameron, Université d'Uppsala, Suède

Towa Chaiwila, Gouvernement zambien

B.S. Chimini, Université Jawaharlal Nehru, Inde

Deirdre Clancy, Lawyers' Committee for Human Rights, New York, États-Unis

Jean-Marie Cravero, Gouvernement français

Alberto D'Alotto, Gouvernement argentin

Andrea Faberova, Gouvernement tchèque

Daouda Fall, Université Cheikh Anta Diop de Dakar, Sénégal

Monica Farinha, Conseil portugais pour les réfugiés, Lisbonne, Portugal

Joan Fitzpatrick, Université de Washington, Washington DC, États-Unis

Geoff Gilbert, Université d'Essex, Royaume-Uni

Abi Gitari, Consortium kenyan pour les réfugiés, Nairobi, Kenya

Jacques Jaumotte, Gouvernement belge

Walter Kälin, Université de Berne, Suisse

Erdogan Kok, Gouvernement turc

Britt Kristensen, Gouvernement danois

Zonke Majodina, Commission sud-africaine pour les droits de l'Homme

David Matas, Avocat, Canada

Boldiszar Nagy, Université d'Eötvös Lorand, Budapest, Hongrie

Kathleen Newland, Fondation Carnegie pour la paix internationale, États-Unis

Qin Huasun, Gouvernement chinois

Joseph Rikhof, Gouvernement canadien

Claudia Rocha, Gouvernement portugais

Virginia Shaw, Refugee Status Appeals Authority, Nouvelle-Zélande

Dorothee Starck, Conseil européen pour les réfugiés et les exilés, Londres, Royaume-Uni

Sally Weston, Gouvernement britannique

Yozo Yokota, Université de Tokyo, Japon

Marjoleine Zieck, Université d'Amsterdam, Pays-Bas

Pour le HCR : Kate Jastram, Nathalie Karsenty, Irène Khan, Eve Lester et Volker Türk

L'affiliation institutionnelle n'est mentionnée que dans un objectif d'identification.

Neuvième partie

L'unité de la famille (Acte final, Conférence des Nations Unies de 1951)

Sommaire

9.1	L'unité de la famille et la protection des réfugiés	621
9.2	Relevé des conclusions : l'unité de la famille	677
9.3	Liste des participants	681

9.1

L'UNITÉ DE LA FAMILLE ET LA PROTECTION DES RÉFUGIÉS

Kate JASTRAM et Kathleen NEWLAND *

Table des matières

I. Introduction	623
II. Le contexte de l'unité de la famille du réfugié	623
III. La famille comme source de protection	629
A. Le rôle de la famille dans la protection et l'assistance	629
B. Les solutions durables	631
IV. La famille du réfugié en droit international	633
A. L'unité de la famille	633
B. Le « droit fondamental » à l'unité de la famille dans le contexte des réfugiés	637
1. Unité de la famille et statut dérivé ou autre	639
2. Unité de la famille et « possibilité de fuite interne »	641
3. Unité de la famille et exclusion	642
4. Unité de la famille et expulsion	643
C. La réunification familiale	645
1. La réunification familiale en droit international	645
2. La réunification familiale en droit international des droits de l'Homme	646
3. La réunification familiale et la Cour européenne des droits de l'Homme	650
D. Le droit à la réunification familiale dans le contexte des réfugiés	650
E. Membres de la famille proche et famille au sens large : l'étendue du droit	652
1. Degrés de liens	652
2. Personnes à charge	654
3. Liens d'affection ou soutien mutuel	655
F. Unité et réunification familiales pour les réfugiés reconnus au titre de la Convention de 1951 et pour les autres personnes ayant des besoins de protection : où et quand ?	656

* Ce document a bénéficié des contributions de nombreuses représentations du HCR sur le terrain.

1. Réfugiés au sens de la Convention de 1951	656
2. Réfugiés au sens de l'Organisation de l'Unité Africaine et de la Déclaration de Carthagène	656
3. Formes complémentaires de protection	657
4. Réponses aux afflux massifs	658
5. Demandeurs d'asile	660
6. Personnes déplacées à l'intérieur de leur propre pays	662
V. Le cadre juridique de la pratique des États	663
A. Le cadre juridique du droit à l'unité et à la réunification familiales	663
1. États ayant adopté des dispositions relatives à l'unité et à la réunification familiales des réfugiés	664
2. États ayant adopté des dispositions générales sur l'immigration relatives à l'unité et à la réunification familiales	666
3. États n'ayant adopté aucune législation interne	668
VI. Les procédures administratives et de mise en œuvre dans la pratique des États	669
A. Procédures de demande	670
B. Délais de traitement	671
C. Coûts élevés	672
D. Détention	674
VII. Conclusion	674

I. Introduction

La famille est universellement reconnue comme l'élément fondamental de la société et comme ayant droit à la protection et à l'assistance de la société et de l'État. Le droit à la vie de famille est inscrit dans les instruments juridiques universels, régionaux, et nationaux. Le droit à l'unité de la famille est inhérent au droit à la vie de famille. Il s'applique à tous les êtres humains, quel que soit leur statut.

Toutefois, peu d'instruments en matière de droits de l'Homme prévoient explicitement comment et où ce droit doit être exercé à l'égard des familles qui ont été séparées de part et d'autre de frontières internationales. Pour les réfugiés, et pour ceux qui cherchent à les protéger, le droit à l'unité de la famille implique un droit à la réunification familiale dans un pays d'asile, parce que les réfugiés ne peuvent rentrer dans leur pays d'origine en toute sécurité en vue d'y bénéficier du droit à la vie de famille. L'intégrité de la famille du réfugié est à la fois un droit et un principe humanitaire ; elle représente également un cadre de protection essentiel et une condition importante pour la réussite de solutions durables pour les réfugiés, contribuant ainsi à leur redonner un semblant de vie normale.

Les réfugiés courent de nombreux risques lorsqu'ils fuient la persécution, l'un d'entre eux étant le risque réel d'être séparés de leur famille. Pour les personnes qui, comme les réfugiés, sont privées de la protection de leur propre pays, la perte de contact avec les membres de leur famille peut perturber la source principale de protection et de soin qui leur reste ou, de manière aussi pénible, mettre hors d'atteinte ceux dont le réfugié se sent le plus responsable en termes de protection.

Ce document, après une présentation des questions soulevées dans les discussions relatives à l'unité de la famille (partie II) et un examen du rôle de la famille dans la protection des réfugiés (partie III), analyse la place de la famille du réfugié en droit international, à la fois par rapport au droit à l'unité de la famille et par rapport à la question de la réunification familiale (partie IV). Il examine ensuite comment ces normes juridiques se reflètent dans la pratique des États, à travers le cadre juridique d'une part (partie V), et la politique et la pratique de l'autre (partie VI). En guise de conclusion, le document examine le consensus qui est en train de voir le jour sur la réunification familiale en tant que droit des réfugiés (partie VII).

II. Le contexte de l'unité de la famille du réfugié

Bien que le droit de chercher et de bénéficier de l'asile dans un autre pays soit un droit individuel de l'Homme¹, le réfugié ne doit pas être considéré de manière

1. « Devant la persécution, toute personne a le droit de chercher asile et de bénéficier de l'asile en d'autres pays ». *Déclaration universelle des droits de l'Homme*, Résolution 217 A (III) de l'Assemblée générale des Nations Unies, 10 décembre 1948 (ci-après *Déclaration universelle*), article 14 § 1.

isolée par rapport à sa famille. Le rôle de la famille en tant qu'unité centrale de la société humaine est enraciné dans quasiment toutes les cultures et traditions, y compris la « culture » juridique moderne, universelle des droits de l'Homme. Les rédacteurs de la *Convention de 1951 relative au statut des réfugiés*² ont établi un lien entre un régime de protection fondé sur la crainte de persécution de la personne et la famille du réfugié, dans une recommandation libellée en termes forts qui figure dans l'Acte final de la Conférence diplomatique qui a adopté la Convention. Dans sa recommandation B, la Conférence a recommandé aux gouvernements de « prendre les mesures nécessaires pour la protection de la famille du réfugié » et déclaré que « l'unité de la famille [...] est un droit essentiel du réfugié »³. Par la suite, les États membres du Comité exécutif du HCR ont sans cesse souligné l'importance de l'unité et de la réunification familiales.

Le niveau le plus élémentaire de la protection trouve sa source dans, et se fonde sur, le soutien matériel et psychologique que les membres de la famille peuvent s'apporter mutuellement. Le traumatisme et les privations provoquées par la persécution et la fuite rend ce soutien particulièrement fondamental pour les réfugiés. Les réfugiés ne cessent de manifester des capacités extraordinaires de résistance face à l'adversité, mais le réfugié isolé doit nécessairement compter davantage sur des sources d'aide et de protection extérieures. Les efforts d'entraide au sein de la famille du réfugié multiplient les efforts déployés par les acteurs externes, comme l'a reconnu le Comité exécutif, en demandant la mise en œuvre de « programmes visant à promouvoir l'autosuffisance des membres adultes de la famille [du réfugié] afin de renforcer leur capacité à subvenir aux besoins des personnes à leur charge »⁴.

La mise en œuvre du droit à l'unité de la famille dans le contexte des réfugiés exige des États non seulement qu'ils s'abstiennent de toute mesure qui perturberait une famille restée intacte, mais aussi qu'ils agissent pour permettre à une famille dispersée d'être regroupée sans avoir à retourner dans un pays où elle serait en danger. De telles politiques, prévues par les lois et règlements internes, réduisent le coût et renforcent l'efficacité des programmes de protection, dans la mesure où les membres des familles de réfugiés s'apportent une assistance mutuelle. Les pays d'accueil ont tout intérêt à ce que leurs propres politiques, procédures et programmes renforcent l'unité des familles de réfugiés, ce qui les aide à s'adapter aux pays d'asile ou de réinstallation, facilite leur intégration dans la société d'accueil et encourage l'autosuffisance sociale et économique. Comme cela a été affirmé lors d'une conférence internationale de 2001 sur la réinstallation : « Une approche souple et large du regroupement familial ne bénéficie donc pas seulement aux réfugiés et à leurs com-

2. *Convention relative au statut des réfugiés*, 1951, Nations Unies, *Recueil des Traités*, vol. 189, n° 150 (ci-après *Convention de 1951*).

3. Acte final de la Conférence de plénipotentiaires des Nations Unies sur le statut des réfugiés et des apatrides, 1951, UN doc. A/CONF.2/108/Rev.1, 26 novembre 1952, Recommandation B.

4. Comité exécutif, Conclusion No. 88 (L), 1999, paragraphe b.v), « Protection de la famille du réfugié ».

munautés, mais aussi aux pays de réinstallation [et autres pays d'accueil] en renforçant les chances d'intégration et en réduisant les coûts sociaux à long terme »⁵.

La communauté internationale a accepté l'obligation de protéger les personnes qui ne peuvent pas se tourner vers leur propre pays pour faire respecter leurs droits fondamentaux, dont le droit à une vie de famille. Elle a également souscrit à l'obligation de rechercher des solutions durables face à la situation dramatique que connaissent les réfugiés, qui sont difficiles à atteindre tant que les membres de la famille sont dispersés et craignent pour leur propre bien-être et celui des leurs.

Compte tenu des préoccupations actuelles des gouvernements en matière de contrôles migratoires, il n'est peut-être pas étonnant que la mise en œuvre du droit à l'unité de la famille soit semée d'embûches. L'importance de maintenir ou de rétablir l'unité de la famille du réfugié est bien comprise et acceptée par la plupart des pays d'asile, tant pour des raisons humanitaires que pratiques, mais les actions des États sont parfois en désaccord avec les obligations auxquelles ils ont souscrit. Nonobstant la situation particulière des réfugiés, l'unité de la famille — en particulier lorsqu'elle nécessite des mesures de réunification familiale — est d'ordinaire vue à travers le prisme de l'immigration, que de nombreux pays s'efforcent de contrôler ou de réduire. Au cours des deux dernières décennies environ, la majorité des immigrés entrés légalement dans les pays membres de l'Organisation pour la coopération et le développement économiques (OCDE) ont immigré sous couvert des dispositifs de regroupement familial⁶.

Les mesures visant à contrôler et diminuer le flux des migrations familiales ont conduit plusieurs pays à adopter des interprétations plus restrictives de leurs obligations en matière de protection de la famille du réfugié. Les États sont à la fois préoccupés par l'effet multiplicateur des « migrations en chaîne » des membres légitimes de la famille, et par la fraude. Ces préoccupations de fraude concernent également les migrants, mais elles sont particulièrement marquées dans le contexte des réfugiés, dans la mesure où ces derniers sont souvent dépourvus des documents nécessaires pour attester de la véracité de leurs allégations en matière de liens familiaux.

Pour les États, le défi consiste à trouver un bon équilibre entre leurs préoccupations migratoires et leurs obligations humanitaires d'une manière qui soit plus adaptée à la protection des familles (et de leurs droits) et qui risque moins d'exacerber le problème des arrivées illégales qu'ils cherchent à résoudre.

Il est de notoriété publique, par exemple, qu'en raison du manque de voies légales pour entrer sur le territoire de certains pays d'asile, de nombreux maris (c'est

5. HCR, *Background Note : Family Reunification in the Context of Resettlement and Integration*, Annual Tripartite Consultations on Resettlement between UNHCR, resettlement countries, and non-governmental organizations (NGOs), Genève, 20-21 juin 2001, paragraphe 1.e) (traduction libre).

6. Organisation pour la coopération et le développement économiques, *Système d'observation permanente des migrations (SOPEMI), Tendances des migrations internationales* (rapport annuel, OCDE, 2001), pp. 20-21.

habituellement, quoique pas toujours, le mari) laissent femmes et enfants chez eux ou dans un pays de premier asile pour tenter le voyage seul⁷. S'ils sont arrêtés dans un pays de transit, ils sont souvent incapables de retourner dans le pays de premier asile. Les familles concernées se retrouvent souvent dans des situations désespérées. Si on exclut la possibilité de réunification dans le pays de transit ou de premier asile, où le niveau de protection accordée peut être insuffisant, la réinstallation devient alors le seul moyen légal de se réunir, un processus très long et cher, qui est difficile pour les membres de la famille séparés et qui nécessite beaucoup de ressources de la part du HCR, des organisations non gouvernementales (ONG) et des gouvernements concernés⁸. Cela dénature aussi le processus de réinstallation, du fait de l'affectation de ressources prévues pour d'autres actions de protection à des problèmes de réunification familiale, que les États ont, dans une certaine mesure, eux-mêmes provoqués.

Concernant la question du genre, ce scénario courant implique que, comme ce sont essentiellement les femmes et les enfants qui restent en arrière dans le pays d'origine ou de transit, ces derniers sont les plus exposés en termes de protection. Ce n'est pas seulement dû à leur crainte de persécution dans le pays d'origine mais aussi au fait qu'ils sont privés de tout soutien de la part de membres de la famille de sexe masculin. Plus grave encore, ils sont dans l'impossibilité de rechercher une solution durable, dans la mesure où ils ne peuvent initier une procédure de réunification familiale et peuvent donc, au mieux, jouer un rôle passif dans cette procédure, à moins qu'ils ne s'exposent eux-mêmes aux dangers d'un voyage clandestin⁹.

La réunification, même quand elle réussit, prend souvent beaucoup plus de temps que les réfugiés ne s'y attendent, en raison de la durée des procédures d'asile pour le demandeur principal puis des procédures de réinstallation / réunification / immigration pour la famille. L'écoulement du temps, à lui seul, est préjudiciable à la famille et coûteux pour les États, dans la mesure où le risque de provoquer des problèmes sociaux voire des ruptures familiales est plus élevé quand les périodes de séparation sont longues ; et cela peut se traduire par des coûts pour les États en matière de services sociaux et autres. Dans certains cas, les maris finissent par « disparaître » ou arrêtent de transférer de l'argent à leur famille, ce qui cause une augmentation du nombre de membres de famille laissés à l'abandon qui ont besoin

7. Le coût est un facteur connexe, qui augmente avec la distance, la difficulté et l'illégalité du voyage. Par exemple, des demandeurs d'asile ont informé une représentation du HCR que le tarif actuel pour passer clandestinement de la Fédération de Russie vers l'Europe centrale ou occidentale s'élevait de 3.000 à 5.000 \$ US par personne. Source : courrier électronique d'une représentation du HCR sur le terrain adressé aux auteurs, 6 août 2001.

8. Le nombre de cas impliqués est élevé ; par exemple, environ 1.500 membres de familles en Indonésie attendent actuellement d'être réinstallés pour pouvoir être réunis avec leurs familles.

9. Voir, par exemple, Refugee Council of Australia, *Discussion Paper on Family Unity and Family Reunification*, août 2001, disponible sur <http://www.refugeecouncil.org.au/docs/resources/ppapers/pp-fufr.pdf>, partie 7. Voir aussi G. Sadoway, « Canada's Treatment of Separated Refugee Children », *3 European Journal of Migration and Law*, 2001, pp. 348-50.

d'aide financière et sociale. Dans d'autres cas, après une ou deux années de vie en tant que mère célibataire dans des conditions difficiles sans moyen de subvenir correctement aux besoins de sa famille, une femme peut décider de retourner dans son pays d'origine, même si ce dernier n'est pas sûr. Le danger, en cas de retour, peut être accru dans les communautés traditionnelles, en raison des soupçons pesant sur elle du fait de son séjour à l'étranger sans son mari, et elle peut être exposée à la persécution, voire à la mort, pour son comportement considéré comme immoral¹⁰. De longues périodes d'attente augmentent aussi le risque que les membres de la famille soient victimes de trafiquants.

Dans un scénario différent mais fort courant, un enfant peut arriver seul dans un pays d'asile. Ces cas qui suscitent l'attention peuvent être extrêmement complexes. Dans certains cas, des parents désespérés envoient leurs enfants à l'étranger pour qu'ils soient protégés, pour éviter, par exemple, l'enrôlement forcé par des groupes armés. Dans d'autres, les parents espèrent pour leur enfant une vie meilleure, ou pour eux-mêmes, et n'agissent pas nécessairement dans l'intérêt supérieur de l'enfant en l'envoyant seul. Certains enfants s'échappent de leurs familles dans des situations qui peuvent leur donner droit au statut de réfugié, par exemple en cas de mariage forcé ou de mutilation génitale féminine. Dans d'autres cas encore, l'enfant était déjà séparé de sa famille dans son pays d'origine ou de transit.

L'obligation de trouver une solution dans l'intérêt supérieur de l'enfant, qu'il soit ou non reconnu réfugié, exige que les États effectuent un examen minutieux des faits et circonstances de chaque cas et de chaque famille. Certains pays, comme le Canada et la Pologne, ne permettent pas aux enfants non accompagnés et séparés, reconnus réfugiés, de demander la réunification familiale avec leurs parents, en partie pour dissuader les parents d'envoyer leurs enfants à l'étranger. Certains États, qui ont des dispositions permettant aux parents de rejoindre un enfant mineur, imposent des conditions tellement irréalistes qu'elles éliminent quasiment toute possibilité — par exemple, en exigeant que les enfants mineurs remplissent les conditions de salaire d'un garant pour les membres de famille qui rejoignent. Les enfants qui se trouvent dans cette situation sont confrontés à un choix inacceptable : soit retourner dans un lieu où ils craignent la persécution, soit endurer une séparation de long terme avec leurs parents. La crainte éprouvée par un État que des « enfants ancrés » soient utilisés pour permettre l'immigration d'une famille, ne justifie pas le refus de la réunification familiale pour un enfant qui a été considéré comme ayant droit au bénéfice du statut de réfugié, et cela n'est pas conforme aux obligations internationales relatives à la réunification familiale et à l'intérêt supérieur de l'enfant.

Les efforts de certains États pour intercepter les immigrants illégaux prévoient un examen des besoins de protection, en vue de proposer la réinstallation comme solution durable. Le pays qui intercepte essaie généralement de trouver

10. Source : courrier électronique adressé aux auteurs émanant d'un bureau du HCR sur le terrain, 3 août 2001.

d'autres pays offrant les lieux de réinstallation nécessaires aux réfugiés ainsi identifiés. Si on laisse de côté la question de savoir si ces dispositifs constituent un bon exemple d'équilibre entre les préoccupations en matière de migration et les responsabilités en matière de protection, ou de partage de la charge, il faut tenir compte du fait que certains des réfugiés interceptés ont certainement des liens familiaux dans le pays qu'ils cherchaient à atteindre et qu'ils doivent avoir le droit de les rejoindre là-bas.

Outre les préoccupations de contrôle migratoire, dans certains pays il y a toujours un manque d'information ou de sensibilisation concernant les responsabilités de l'État dans le domaine de l'unité de la famille. Lorsque, par exemple, la législation en matière de réunification familiale impose la condition supplémentaire que chaque membre de la famille remplisse les critères de la définition du réfugié, cela va à l'encontre du but du droit à l'unité de la famille dans le contexte des réfugiés¹¹.

Dans d'autres pays, les structures juridiques ou administratives sont inexistantes. Par exemple, une loi sur les réfugiés promulguée en 2001 en Roumanie ne contenait aucune disposition sur la réunification familiale, alors que la législation antérieure permettait le dépôt des demandes d'asile dans les missions du pays à l'étranger, procédure qui s'était avérée déterminante dans des cas de réunification familiale. Cette procédure n'avait pas été reprise dans la loi de 2001 qui imposait en revanche à tous les demandeurs d'asile de se présenter en personne sur le territoire du pays¹².

Les contraintes en termes de ressources ont également un impact sur l'unité de la famille du réfugié. Dans certains cas, les pays ne peuvent pas ou ne veulent pas allouer les ressources humaines ou matérielles nécessaires pour gérer la procédure permettant de rétablir l'unité de la famille. Dans d'autres situations, les pays peuvent

11. Voir, par exemple, la loi estonienne relative aux réfugiés, 9 juillet 1997, chapitre I (Dispositions générales), article 5, « Octroi de l'asile », paragraphe 3 (traduction libre, disponible sur le CD-Rom RefWorld du HCR de 1998, Informations juridiques, REFLEG, Estonie).

12. Ordonnance 102/2000 relative au statut et au régime des réfugiés en Roumanie, novembre 2000, chapitre II, section 1, article 7 § 1. La loi 323/2001 portant approbation de cette ordonnance a été adoptée par le parlement roumain en juin 2001 et elle est entrée en vigueur le 27 juin 2001. Depuis lors, l'absence de procédures de réunification familiale a été comblée, au moins en partie, par une ordonnance de février 2002 permettant à l'Office national pour les réfugiés de recevoir les demandes de regroupement familial et de délivrer des documents de voyage aux personnes autorisées à venir rejoindre leur famille, auprès de l'ambassade ou du consulat pertinent à l'étranger, pour leur permettre d'entrer avec un visa familial (Ministre de l'intérieur et Ministre des affaires étrangères de Roumanie, Ordonnance No. 213/A2.918, 11 février 2002). Subsiste une préoccupation liée au fait que la nouvelle ordonnance ne s'applique qu'aux bénéficiaires du statut de réfugié, et non aux bénéficiaires de statuts complémentaires, ne prévoit pas d'exemption pour les frais de visa et/ou de voyage des personnes nécessiteuses, et ne s'applique qu'aux membres de la famille nucléaire. L'ordonnance pré-suppose aussi l'existence de documents originaux nécessaires pour vérifier le lien familial, qui peuvent ne pas être facilement disponibles et qui peuvent mettre en danger les personnes concernées si elles les demandent.

être soucieux des coûts supplémentaires induits par les membres de la famille arrivant et limiter ainsi leurs possibilités d'entrée, ou exiger des réfugiés qu'ils remplissent les mêmes conditions de revenus et de logement que les immigrants. En particulier, certains pays prévoient la possibilité de refuser des membres de la famille du réfugié qui, du fait de problèmes de santé, représentent une charge pour les ressources publiques, bien que cette pratique soit devenue moins courante chez les États¹³.

Compte tenu du renforcement des mesures de sécurité suite aux attaques terroristes du 11 septembre 2001 aux États-Unis, les procédures de réunification familiale sont devenues plus strictes et plus longues car des preuves plus concrètes des liens familiaux et de l'identité sont exigées¹⁴. Les vérifications relatives à la situation des membres de la famille représentent déjà une source habituelle de délais dans le traitement des dossiers. Étant donné que de nombreux réfugiés proviennent de régions agitées qui peuvent aussi abriter des terroristes, des enquêtes poussées sont imposées aux personnes tentant de venir dans les États occidentaux par toutes les voies, y compris les systèmes d'asile et les programmes de réunification familiale. Le recours aux clauses d'exclusion de la *Convention de 1951* pourrait devenir plus courant pour empêcher l'entrée de membres de la famille suspectés d'activités terroristes ou criminelles.

III. La famille comme source de protection

A. Le rôle de la famille dans la protection et l'assistance

Face à la persécution, les familles adoptent diverses stratégies de protection, dont certaines peuvent nécessiter une séparation temporaire. Ces stratégies incluent le fait de pousser un adulte menant des activités politiques à se cacher, d'aider un fils à échapper à l'enrôlement forcé dans des milices ou d'envoyer à l'étranger une

13. Par exemple, en Australie en 2001, un réfugié s'est immolé par le feu (et en est mort par la suite) à l'extérieur du Parlement après que sa femme et ses enfants, dont un était handicapé, se sont vu refuser la permission de le rejoindre en Australie « en raison des frais médicaux importants pour la communauté australienne » selon le Ministre de l'Immigration : *Sydney Morning Herald*, 3 avril 2001. Les États-Unis peuvent refuser les immigrants souffrant de maladies infectieuses comme le VIH/SIDA ou la tuberculose, à moins qu'ils puissent bénéficier d'une dérogation fondée sur trois critères : assurance médicale privée, pas de danger pour la santé ou la sécurité publiques et engagement à éviter la propagation de la maladie. Il existe toutefois un « Special Medical Case Management Program » (SMCMP) dans le cadre du programme de réinstallation américain, qui fournit un financement public aux communautés s'occupant des traitements médicaux et de la gestion des réfugiés souffrant du VIH/SIDA. Ce programme est ouvert aux cas de regroupement familial et aux « free cases » (« cas isolés ») (SMCMP, entretien avec le gestionnaire du programme dans les Immigration and Refugee Services of America, 23 mai 2002).

14. Voir en général HCR, *Addressing Security Concerns without Undermining Refugee Protection*, novembre 2001.

femme risquant d'être attaquée ou enlevée. Les membres de la famille peuvent être contraints d'emprunter des itinéraires différents pour sortir du pays ou de partir à des moments différents en fonction des ressources disponibles et des opportunités.

Qu'elle soit une stratégie choisie ou la conséquence non voulue du chaos créé par le déplacement forcé, la séparation d'une famille de réfugiés est rarement envisagée comme devant être permanente. Les réfugiés font généralement face à d'importants délais pour regrouper la famille, et rencontrent souvent d'énormes obstacles pratiques et juridiques au cours de cette procédure. La motivation profonde nécessaire pour maintenir ou rétablir l'unité de la famille témoigne du sens de la sécurité et du bien-être que seule la famille procure pour beaucoup de personnes.

Les fonctions les plus essentielles de dispense de soins physiques (en particulier pour les personnes jeunes, âgées ou malades) de protection et de soutien affectif s'exercent au sein de la cellule familiale. Plus les institutions publiques de protection sociale sont faibles, plus les personnes s'appuient sur les structures familiales. Alors que de nombreuses familles sont loin de fonctionner suivant les notions idéales d'intérêt supérieur de chacun de leurs membres, la séparation involontaire de la famille génère des vulnérabilités particulières. Lorsque d'autres institutions de la société s'effondrent ou sont inexistantes, comme c'est souvent le cas dans les situations de réfugiés, la famille a une importance plus grande que d'habitude. Les réfugiés qui sont seuls ont davantage de risques d'être exploités et attaqués, et peuvent se voir forcés à la servitude ou à la prostitution pour survivre. La protection de la famille du réfugié est donc un moyen essentiel de protéger les réfugiés individuellement.

La fonction de la famille comme canal de distribution des ressources émanant de ceux qui gagnent leur vie ou des producteurs de base vers les personnes qui s'occupent des membres de la famille et vers les personnes à charge, est habituellement reproduite dans les méthodes utilisées pour fournir de l'aide aux réfugiés. Le ménage demeure la cellule de base dans le réseau de distribution de nourriture et d'autres biens fournis par les organisations humanitaires internationales et nationales. Les personnes isolées peuvent rencontrer des difficultés pour avoir accès aux produits de première nécessité. Les organisations qui fournissent de l'aide cherchent à regrouper les familles, tant pour des raisons humanitaires que pour des raisons de protection, mais elles estiment aussi que cela facilite la tâche de distribution de l'aide. Tant au sein que hors du contexte des programmes d'aide, la famille constitue pour beaucoup de réfugiés le moyen d'aide le plus sûr et elle peut étendre ses ressources par des obligations mutuelles, qui peuvent inclure des membres de la famille même relativement éloignés.

La protection de la famille est encore plus essentielle pour les membres qui sont le moins à même de se protéger individuellement, en particulier les enfants et les personnes âgées. Les programmes de recherche et de regroupement concernant ces derniers mais aussi d'autres groupes vulnérables s'imposent de manière particulièrement urgente. Des systèmes de protection pour les enfants séparés de leur

famille au cours de la fuite ont commencé à être instaurés ces dernières années¹⁵, mais les dispositifs spécifiques pour les personnes âgées sont beaucoup moins développés¹⁶. Tandis que les enfants mineurs ont presque partout le droit de rejoindre leurs parents, les membres âgés de la famille rencontrent des obstacles plus importants à la fois sur le plan des principes et sur le plan pratique. Certains États limitent les possibilités de réunification familiale aux conjoints et aux enfants mineurs, tandis que d'autres acceptent les parents âgés mais en imposant des critères de dépendance stricts. Les membres âgés de la famille plus éloignée, tels que les tantes, les oncles et les cousins, n'ont l'autorisation de rejoindre les membres de leur famille que de manière exceptionnelle dans la plupart des États d'accueil¹⁷. La vulnérabilité des réfugiés âgés, et des membres âgés de la famille laissés sur place doit être prise en considération dans les critères régissant l'éligibilité à la réunification familiale.

B. Les solutions durables

Une cellule familiale intacte est un avantage inestimable pour les réfugiés dans le processus de recherche de solutions durables face à leur détresse, que ce soit par le rapatriement librement consenti, l'intégration sur place ou la réinstallation. Le retour dans le pays d'origine pose habituellement des défis importants dans la mesure où les réfugiés rapatriés cherchent à reconstruire leurs vies et à reconstituer leurs moyens d'existence. Les parents célibataires ou les ménages tenus par des enfants peuvent avoir des difficultés à établir leurs droits de propriété sur les terres, les maisons et les autres biens. Tandis que certaines familles de réfugiés préféreront qu'un ou plusieurs membres précèdent les autres pour le voyage du retour, la véritable réintégration aura peu de chance de réussir tant que la cellule familiale ne sera pas réunie. Les gouvernements et les organisations qui aident au rapatriement doivent donc concevoir des programmes qui renforcent l'unité de la famille.

Les questions de réunification familiale peuvent aussi se poser dans les situations de rapatriement librement consenti dans des conditions loin d'être idéales, par exemple quand il s'agit de prendre une décision pour savoir s'il faut regrouper un

15. Voir, par exemple, HCR, *Refugee Children : Guidelines on Protection and Care* (HCR, Genève, 1994), chapitre 10 ; HCR, *Guidelines on Policies and Procedures in Dealing with Unaccompanied Children Seeking Asylum*, 1^{er} février 1997 ; Programme en faveur des enfants séparés en Europe (initiative commune du HCR et de l'*International Save the Children Alliance*), « Déclaration de bonne pratique », octobre 2000 ; Action for the Rights of Children, CD-Rom resource pack, août 2001 ; Assemblée générale des Nations Unies, *Protection et assistance aux enfants réfugiés séparés de leur famille ou non accompagnés*, UN doc. A/56/333, 7 septembre 2001.

16. Voir le Comité permanent du Comité exécutif, *La situation des réfugiés âgés*, UN doc. EC/48/SC/CRP.39, 14 août 1998 ; Comité permanent du Comité exécutif, *Refugiés âgés : au-delà de l'année internationale des personnes âgées*, UN doc. EC/50/SC/CRP.8, 7 février 2000 ; voir plus généralement Helpage International, *Older People in Disasters and Humanitarian Crises : Guidelines for Best Practice*, 2000, disponible sur <http://www.helpage.org/>.

17. Voir le Secrétariat des Consultations inter-gouvernementales (IGC), *Report on Family Reunification : Overview of Policies and Practices in IGC Participating States*, mars 1997, p. 420.

enfant non accompagné/séparé avec ses parents se trouvant dans un pays d'origine instable où le conflit peut reprendre à tout moment, ou s'il faut laisser l'enfant avec des parents adoptifs dans un camp de réfugiés. Dans ce cas, il est difficile de déterminer quel est l'intérêt supérieur de l'enfant¹⁸. La cessation est une question connexe : comment et quand un mineur peut-il se réclamer volontairement de nouveau de la protection du pays dont il a la nationalité ? Quelles que soient les circonstances, le droit à l'unité et à la réunification familiales s'applique dans les situations de rapatriement librement consenti, et le pays d'origine comme le pays d'asile doivent veiller au respect de ce droit.

Dans les situations d'intégration sur place, des questions peuvent se poser, par exemple sur le point de savoir quand un adolescent, qui peut avoir vécu toute sa vie dans un pays d'asile, doit être en mesure de choisir d'y rester, même si le reste de la famille retourne dans le pays d'origine. À l'inverse, comment garantir que tous les membres d'un ménage de réfugiés vivant ensemble dans un pays de premier asile obtiennent le droit de s'y installer ? Dans quelle mesure d'autres membres de la famille doivent-ils être autorisés à les rejoindre à partir d'un autre pays d'asile ou du pays d'origine ? L'expérience montre que le fait de donner aux réfugiés l'opportunité de maintenir leur unité de famille renforce les chances de réussite de l'intégration sur place.

La réinstallation est un outil puissant pour la réunification familiale, permettant de réunir, dans certains cas, des membres d'une même famille dispersés dans différents pays de transit ou d'asile, ou qui n'ont pas pu quitter le pays d'origine. La plupart des pays qui coopèrent avec le HCR à travers des programmes de réinstallation pour les réfugiés, acceptent d'accueillir une cellule familiale entière d'un pays de premier asile ou, dans des cas humanitaires limités, directement du pays d'origine. Certains pays de réinstallation sont plus souples que d'autres quand il s'agit d'accepter des structures familiales non traditionnelles ou complexes qui vont au-delà de la famille nucléaire. Les consultations tripartites de juin 2001 sur la réinstallation menées par le HCR, les pays de réinstallation et les ONG, ont adopté des définitions « souples et larges » de la famille qui « prennent en compte la dimension culturelle et sont spécifiques à chaque situation »¹⁹.

A condition que tous les membres de la famille soient inscrits sur le formulaire de demande de réinstallation (qu'ils soient ou non présents à ce moment dans le même pays que celui qui fait la demande), le HCR estime qu'il n'y a normalement pas de difficultés pour que les membres de la famille rejoignent ceux qui sont réinstallés, même à des périodes ultérieures. Les ONG chargées de la réinstallation déclarent toutefois que, dans certains cas, une application stricte des règles par les États

18. *Les Inter-Agency Guidelines on Separated Children* (Lignes directrices sur les enfants séparés), comprenant une partie sur les solutions durables à long terme, sont en train d'être finalisées.

19. *Annual Tripartite Consultations on Resettlement*, HCR, Genève, juin 2001 (traduction libre).

peut conduire à des difficultés inutiles. Par exemple, une famille de réfugiés du Soudan avec quatre enfants s'est vu accorder des visas pour un pays de réinstallation, mais quatre jours avant le départ la femme a accouché d'un cinquième enfant. Cet enfant a dû rester dans le camp de réfugié parce qu'il n'avait pas de visa et il a fallu plus de quatre mois pour trouver une solution²⁰.

L'importance de l'unité et de la réunification familiales pour les réfugiés réinstallés est largement reconnue. Ce point a été fortement souligné lors d'une conférence internationale sur l'accueil et l'intégration des réfugiés réinstallés, organisée en Suède en avril 2001²¹. Les réfugiés qui sont séparés des membres de leur famille proche peuvent se trouver empêchés, du fait de la détresse et des soucis, de se consacrer entièrement à la reconstruction d'une nouvelle vie dans le pays de réinstallation. Le corollaire positif est qu'une famille unie de réfugiés représente le système de soutien le plus fort et le plus efficace pour son intégration dans la vie sociale et économique d'un nouveau pays.

IV. La famille du réfugié en droit international

Quand on examine le droit à l'unité de la famille des réfugiés en droit international, il est important de faire la distinction entre l'unité de la famille et la réunification familiale, et entre les membres de la famille proche et les membres plus éloignés. Il est également important de faire la distinction entre les réfugiés au sens de la *Convention de 1951*, les personnes qui bénéficient d'autres types de protection et les demandeurs d'asile. Cette partie décrit brièvement le contenu du droit à l'unité de la famille en vertu du droit international, et examine ensuite son application dans le contexte des réfugiés. Elle applique la même approche à la réunification familiale et discute ensuite des membres de la famille pouvant en bénéficier, et du temps et du lieu où ce droit doit être mis en œuvre.

A. L'unité de la famille

Le droit de la famille à vivre comme un ensemble uni est protégé par divers droits reconnus au plan international en vertu à la fois du droit international des droits de l'Homme et du droit international humanitaire. Au fondement de ce droit, il existe un consensus universel sur le fait que, en tant qu'élément fondamental de la

20. Refugee Council of Australia, « Discussion Paper », *supra* note 9, p. 6.

21. Voir J. Fredriksson, *Protecting the Family : Challenges in Implementing Policy in the Resettlement Context*, document de travail préparé pour la conférence internationale du HCR sur l'accueil et l'intégration des réfugiés réinstallés, accueillie par l'Office national suédois pour l'intégration, Norrköping, Suède, 25-27 avril 2001. Voir aussi, plus généralement, Conférence internationale sur l'accueil et l'intégration des réfugiés réinstallés, « Actes », 25-27 avril 2001, Norrköping, Suède.

société, la famille a droit au respect et à la protection²². Le droit à l'unité de la famille est inhérent à la reconnaissance de la famille comme « groupe » : si les membres de la famille n'avaient pas le droit de vivre ensemble, il n'y aurait pas de « groupe » à respecter ou à protéger²³. En outre, le droit de se marier et de fonder une famille²⁴ implique le droit de vivre ensemble²⁵. Le droit à une vie de famille se fonde également sur l'interdiction des immixtions arbitraires dans la famille²⁶ et sur les droits familiaux spécifiques accordés aux enfants en vertu du droit international²⁷.

Au cours des cinquante dernières années, les États ont manifesté une volonté croissante d'étendre la portée de leurs responsabilités à l'égard de la famille au niveau international et régional. Par exemple, les États se sont engagés non seulement à protéger mais également à aider et à soutenir la famille²⁸. Les États ont

22. Les articles 16 § 3 de la *Déclaration universelle*, supra note 1, 23 § 1 du *Pacte international relatif aux droits civils et politiques*, 1966, Nations Unies, *Recueil des Traités*, vol. 999, n° 171 (ci-après *PIDCP*), 17 § 1 de la *Convention américaine des droits de l'Homme* ou « *Pacte de San José, Costa Rica* », 1969, Organisation des États Américains (OEA) Série des Traités No. 35 (ci-après *CADH*) énoncent tous : « La famille est l'élément naturel et fondamental de la société et a droit à la protection de la société et de l'État ». L'article 18 § 1 de la *Charte africaine des droits de l'Homme et des Peuples*, 1981, 21 ILM, 1982, p. 58, énonce : « La famille est l'élément naturel et la base de la société. Elle doit être protégée par l'État qui doit veiller à sa santé physique et morale ». L'article 16 de la *Charte sociale européenne*, 1996 (STE 163, modifiant la *Charte sociale européenne de 1961*) énonce : « En vue de réaliser les conditions de vie indispensables au plein épanouissement de la famille, cellule fondamentale de la société, les Parties s'engagent à promouvoir la protection économique, juridique et sociale de la vie de famille [...] ».

23. Comité des droits de l'Homme (ci-après « CDH »), 39^e session, 1990, Observation générale No. 19 sur l'article 23 § 5.

24. Article 16 § 1 de la *Déclaration universelle*, supra note 1 ; article 23 § 2 du *PIDCP*, supra note 22 ; article 12 de la *Convention européenne relative à la protection des Droits de l'Homme et des Libertés fondamentales*, 1950, Série des Traités Européens No. 5 (ci-après *CEDH*) ; article 17 § 2 de la *CADH*, supra note 22.

25. CDH, Observation générale No. 19, supra note 23, paragraphe 5. Voir aussi Caritas Europa-Migration Commission / Churches' Commission for Migrants in Europe / Commission of the Bishops' Conferences of the European Community / International Catholic Migration Commission / Jesuit Refugee Service Europe, *Position sur la proposition modifiée de la Commission de l'UE pour une directive du Conseil sur le droit au regroupement familial*, novembre 2000, paragraphe 2.3 ; E.F. Abram, « The Child's Right to Family Unity in International Immigration Law », 17(4) *Law and Policy*, 1995, p. 407.

26. Article 12 de la *Déclaration universelle* ; article 8 de la *CEDH* ; article 17 du *PIDCP* ; article 11 § 2 de la *CADH* ; article 16 de la *Convention relative aux droits de l'enfant*, 1989, Résolution 44/25 de l'Assemblée générale des Nations Unies, 20 décembre 1989 (ci-après « CDE »).

27. Articles 3, 9 et 10 de la CDE

28. L'article 10 § 1 du *Pacte international relatif aux droits économiques, sociaux et culturels*, Résolution 220 A (XXI) de l'Assemblée générale des Nations Unies, 16 décembre 1966, Nations Unies, *Recueil des Traités*, vol. 993, n° 3 (ci-après *PIDESC*) énonce : « Une protection et une assistance aussi larges que possible doivent être accordées à la famille, qui est l'élément naturel et fondamental de la société, en particulier pour sa formation et aussi longtemps qu'elle a la responsabilité de l'entretien et de l'éducation d'enfants à charge [...] ». L'article 18 § 2 de la *Charte africaine des droits de l'Homme et des Peuples*, supra note 22 énonce : « L'État a l'obligation d'assister la famille [...] ». L'article XVIII.1) de la *Charte africaine relative aux droits et à la protection de l'enfant*, 1990, HCR, *Recueil de traités et autres textes de droit interna-*

accepté des dispositions spécifiques pour protéger l'unité de la famille et encourager le regroupement des familles affectées par un conflit armé²⁹, et celles dont un membre travaille dans un pays étranger³⁰. Les États ont reconnu les responsabilités communes des hommes et des femmes en tant que parents, quel que soit leur statut marital, soulignant ainsi leur droit et leur responsabilité de participer sur un pied d'égalité à l'éducation et au développement de leurs enfants³¹. Il est important de faire remarquer que les États ont accepté avec une rapidité et une unanimité sans précédent³² de codifier largement les droits de l'enfant, y compris leur droit de vivre avec leurs parents³³.

tional concernant les réfugiés et les personnes déplacées (HCR, Genève, 1995), vol. II, pp. 65-83, énonce : « La famille est la cellule de base naturelle de la société. Elle doit être protégée et soutenue par l'État pour son installation et son développement ». Voir aussi le 5^e considérant du préambule de la CDE.

29. Articles 25, 26 et 49 § 3 et 82 § 2 de la *Quatrième Convention de Genève relative à la protection des personnes civiles en temps de guerre*, 1949, Nations Unies, *Recueil des Traités*, vol. 75, n° 287 ; articles 74 et 75 § 5 du Protocole additionnel I, 1977, Nations Unies, *Recueil des Traités*, vol. 1125, n° 4 ; article 4 § 3 b) du Protocole additionnel II, 1977, Nations Unies, *Recueil des Traités*, vol. 1125, n° 610.

30. L'article 44 § 1 de la *Convention internationale relative à la protection des droits de tous les travailleurs migrants et des membres de leur famille*, 1990, UN doc. A/RES/45/158 (ci-après *Convention relative aux travailleurs migrants*) énonce : « Les États parties, reconnaissant que la famille est l'élément naturel et fondamental de la société et qu'elle a droit à la protection de la société et de l'État, prennent les mesures appropriées pour assurer la protection de l'unité de la famille du travailleur migrant ». Au 31 décembre 2002, dix-neuf des vingt ratifications nécessaires pour l'entrée en vigueur de cette Convention étaient acquises.

31. L'article 5. b) de la *Convention sur l'élimination de toutes les formes de discrimination à l'égard des femmes*, 1979, Nations Unies, *Recueil des Traités*, vol. 1249, n° 13 (ci-après *CEDEF*) énonce : « Les États parties prennent toutes les mesures appropriées [...] pour faire en sorte [...] de faire reconnaître la responsabilité commune de l'homme et de la femme dans le soin d'élever leurs enfants et d'assurer leur développement [...] » ; l'article 16 § 1 énonce : « Les États parties [...] assurent [...] d) les mêmes droits et les mêmes responsabilités en tant que parents, quel que soit leur état matrimonial, pour les questions se rapportant à leurs enfants [...] » ; l'article 18 § 1 de la *CDE* dispose que : « [...] les parents ont une responsabilité commune pour ce qui est d'élever l'enfant et d'assurer son développement [...] ». Voir aussi, CDH, Observation générale No. 28 sur l'article 3, UN doc. CCPR/C/21/Rev.1/Add.10, 29 mars 2000, paragraphe 25.

32. La *CDE* comptait 191 États parties au 9 avril 2002. En comparaison, la *CEDEF*, *supra* note 31, en comptait 168 ; la *Convention sur l'élimination de toutes les formes de discrimination raciale*, 1965, Nations Unies, *Recueil des Traités*, vol. 660, n° 195, en comptait 162 ; le *PIDCP* en comptait 148 ; le *PIDESC* en comptait 145 ; la *Convention de 1951 et/ou son Protocole de 1967* en comptait 144 et la *Convention contre la torture et les autres peines ou traitements cruels, inhumains ou dégradants*, 1984, A/RES/39/46, 10 décembre 1984 (ci-après *Convention contre la torture*) en comptait 128.

33. L'article 9 § 1 de la *CDE* énonce : « Les États parties veillent à ce que l'enfant ne soit pas séparé de ses parents contre leur gré ». Voir aussi l'article XIX § 1 de la *Charte africaine*, *supra* note 28, qui énonce : « Tout enfant a droit à la protection et aux soins de ses parents et, si possible, réside avec ces derniers ». La *Déclaration et le Programme d'action de Vienne de la Conférence mondiale des Nations Unies sur les droits de l'Homme*, 1993, 32 ILM 1661, 1993, 14 *Human Rights Law Journal*, 1993, p. 352, paragraphe 21 énonce : « [P]our que sa personnalité se développe pleinement et harmonieusement, l'enfant doit pouvoir grandir dans un environnement familial qui mérite de ce fait d'être plus largement protégé ».

C'est peut-être parce que le droit à l'unité de la famille est également bien établi en vertu de la *Convention européenne de 1950 de sauvegarde des Droits de l'Homme et des Libertés fondamentales* que certaines personnes ont affirmé que, en dehors de l'Europe, il n'existait pas, au plan universel, de droit explicite à l'unité ou à la réunification familiales qui l'emporte sur le droit souverain des États de décider si, et à quelles conditions, des ressortissants de pays tiers peuvent entrer ou séjourner sur leur territoire. Selon cette conception, l'unité de la famille serait un « principe » humanitaire admirable mais non contraignant. Cette position omet toutefois de prendre en compte les normes et les droits précis et étendus qui s'appliquent à toutes les personnes et qui figurent dans le droit conventionnel international, en particulier le *Pacte international relatif aux droits civils et politiques* (ainsi que les Observations générales et les Constatations du Comité des droits de l'Homme), le *Pacte international relatif aux droits économiques, sociaux et culturels*, la *Convention relative aux droits de l'enfant* (ainsi que les Observations finales du Comité des droits de l'enfant sur les rapports présentés par les États) et les *Conventions de Genève de 1949 et leurs Protocoles additionnels*. La question du droit à l'unité de la famille en droit international coutumier dépasse le cadre de ce document, mais des arguments solides peuvent également en être tirés³⁴.

Personne n'oserait prétendre que le droit à l'unité de la famille des réfugiés est aussi évident que, par exemple, leur droit à être protégés contre la torture. Les droits sur lesquels se fonde l'unité de la famille sont souvent soumis à des conditions, et l'État conserve la possibilité d'y apporter des restrictions dans certaines circonstances. Cependant, il faut noter que l'« exigence » la plus importante, et parfois la seule, est l'impératif d'agir dans l'intérêt supérieur de l'enfant. Le droit à l'unité de la famille pour les réfugiés croise le droit des États de réglementer l'entrée et le séjour des ressortissants étrangers. Le droit à l'unité de la famille est également influencé par la nature des liens familiaux en jeu, les enfants mineurs dépendants et leurs parents ayant les plus fortes chances d'obtenir satisfaction. Ces complexités ne portent pas atteinte à l'existence de ce droit ; elles indiquent plutôt que ce dernier doit être régi avec circonspection, et d'un point de vue juridique et non politique. Les études spécialisées sont en très grande majorité consacrées à l'analyse de la portée de ce droit et non à la remise en question de son existence³⁵.

34. Par exemple, une Cour fédérale de district des États-Unis, État non partie à la CDE, a récemment jugé que le gouvernement devait tenir compte des principes du droit international coutumier concernant l'intérêt supérieur de l'enfant dans le cas d'un immigré destiné à être expulsé pour avoir commis une infraction pénale, qui était également père d'une petite fille de sept ans de nationalité américaine. *Beharry c. Reno*, US Dist. Ct., Eastern District de New York, 2002 US Dist. Lexis 757, 8 janvier 2002.

35. Voir, par exemple, C.S. Anderfuhren-Wayne, « Family Unity in Immigration and Refugee Matters : United States and European Approaches », 8(3) *International Journal of Refugee Law*, 1996, p. 347 à p. 354 : « Par conséquent, en vertu du droit américain et du droit européen, le droit à l'unité de la famille est un droit limité » (traduction libre). Voir aussi H. Lambert, « The European Court of Human Rights and the Right of Refugees and Other Persons in Need of Protection to Family Reunion », 11(3) *International Journal of Refugee Law*, 1999, p. 431 : « Le regroupement familial est considéré comme un droit fondamental de l'Homme [...] » et p. 428 : « Ainsi, le droit garanti à l'article 8

B. Le « droit fondamental » à l'unité de la famille dans le contexte des réfugiés

Selon l'opinion générale, les principes du droit des réfugiés, même ceux ayant un fondement textuel dans la *Convention de 1951* comme le non-refoulement (article 33), l'exclusion (article 1 F) et l'absence de sanctions pénales pour entrée irrégulière (article 31), doivent être interprétés à la lumière de l'évolution du droit international et de la pratique des États au cours des cinquante dernières années³⁶. La *Convention de 1951* elle-même prévoit qu'aucune de ses dispositions ne doit porter atteinte aux autres droits et avantages accordés, indépendamment de cette Convention, aux réfugiés³⁷.

La nécessité d'une analyse contextuelle est encore plus grande en ce qui concerne l'unité et la réunification familiales des réfugiés, qui ne figurent pas dans la *Convention de 1951*. Dans la mesure où le droit à l'unité de la famille s'est développé en droit international général, il ne peut être limité par des dispositions, ou l'absence de dispositions, dans le domaine des réfugiés. Le droit à l'unité de la famille s'applique à tous les êtres humains, quel que soit leur statut³⁸. Pour comprendre la portée et le contenu du droit à l'unité de la famille pour les réfugiés, il est essentiel de se placer dans un cadre plus large que celui de la *Convention de 1951*³⁹. Le Comité des droits de l'Homme, par exemple, inclut clairement les réfugiés dans ses discussions relatives aux mesures appropriées « pour assurer l'unité ou la réunification des familles, notamment lorsque la séparation de leurs membres tient à des raisons politiques, économiques, ou du même ordre »⁴⁰. Il en résulte aussi que le droit à l'unité de la famille pour les réfugiés ne dépend pas du fait que l'État concerné soit partie à la *Convention de 1951*.

L'absence de disposition spécifique relative à l'unité de la famille dans la *Convention de 1951* ne signifie pas que les rédacteurs aient négligé de considérer la pro-

[de la CEDH] n'est pas un droit absolu pour les personnes, mais il impose certaines obligations aux États » (traduction libre). Voir aussi J. Apap et N. Sitaropoulos, « The Right to Family Unity and Reunification of Third Country Migrants in Host States : Aspects of International and European Law », in *Proceedings of the First European Congress for Specialist Lawyers in the Area of Immigration and Asylum in Europe (Odysseus Network), Brussels 1-2.12.2000* (Bruylant, Bruxelles, 2002, à paraître) ; Abram, *supra* note 25. Pour un point de vue quelque peu différent, voir P. J. van Krieken, « Family Reunification », in *The Migration Acquis Handbook* (ed. P. J. van Krieken, T. M. C. Asser Press, La Haye, 2001), p. 116.

36. Article 31 § 3 de la *Convention de Vienne sur le droit des traités*, 1969, Nations Unies, *Recueil des Traités*, vol. 1155, n° 331. Sur ces trois questions, voir respectivement l'avis juridique de E. Lauterpacht et D. Bethlehem, le document sur l'exclusion de G. Gilbert et le document sur l'article 31 de G.S. Goodwin-Gill, Chapitres 2.1, 7.1 et 3.1 de ce volume.

37. Article 5 de la *Convention de 1951*.

38. Voir, par exemple, CDH, 27^e session, 1986, *Observation générale No. 15 sur la situation des étrangers au regard du Pacte*, paragraphe 7.

39. G.S. Goodwin-Gill, « Protecting the Human Rights of Refugee Children : Some Legal and Institutional Possibilities », in *Children on the Move : How to implement their Right to Family Life* (eds. J. Doek, H. van Loon, P. Vlaardingerbroek, Martinus Nijhoff, La Haye, 1996), p. 97.

40. CDH, *Observation générale No. 19*, *supra* note 23, paragraphe 5.

tection de la famille du réfugié comme une obligation. Il convient tout d'abord de faire remarquer que la *Convention de 1951* prévoit la protection de la famille du réfugié dans plusieurs articles⁴¹. En outre, le « droit fondamental » des réfugiés à l'unité de la famille a fait l'objet d'une recommandation approuvée à l'unanimité par la Conférence de plénipotentiaires qui a adopté le texte final de la *Convention de 1951*. Cette recommandation énonce :

Considérant que l'unité de la famille, cet élément naturel et fondamental de la société, est un droit essentiel du réfugié, et que cette unité est constamment menacée, et

Constatant avec satisfaction que, d'après le commentaire officiel du Comité spécial de l'apatridie et des problèmes connexes, les droits du réfugié sont étendus aux membres de sa famille,

Recommande aux Gouvernements de prendre les mesures nécessaires pour la protection de la famille du réfugié et en particulier pour :

1. Assurer le maintien de l'unité de la famille du réfugié, notamment dans le cas où le chef de la famille a réuni les conditions voulues pour son admission dans un pays,
2. Assurer la protection des réfugiés mineurs, notamment des enfants isolés et des jeunes filles, spécialement en ce qui concerne la tutelle et l'adoption⁴².

Le représentant du Saint-Siège qui a soumis la recommandation relative à l'unité de la famille a fait remarquer que, même si le fait que l'assistance aux réfugiés impliquait automatiquement une assistance à leur famille constituait une « proposition évidente », il serait sage de la mentionner spécifiquement⁴³. Le débat relatif à cette recommandation, l'une des cinq seules recommandations adoptées par la Conférence, s'est concentré sur la garantie que cela ne portait pas atteinte à l'« opinion catégorique » du comité spécial pour les réfugiés et les apatrides qui estimait que les « gouvernements avaient l'obligation de prendre des mesures à l'égard de la famille du réfugié »⁴⁴.

Bien que cette recommandation ne soit pas contraignante, le fait qu'elle qualifie l'unité de la famille de « droit essentiel », à un stade précoce du développement du droit international relatif aux droits de l'Homme, est un indicateur de l'objet et du but des rédacteurs dans l'élaboration de la *Convention de 1951*, et elle doit être interprétée conjointement avec l'objectif exprimé au préambule de la Convention d'assu-

41. L'article 4 de la *Convention de 1951* mentionne la liberté des réfugiés « en ce qui concerne la liberté d'instruction religieuse de leurs enfants » ; l'article 12 § 2 dispose que « les droits, précédemment acquis par le réfugié et découlant du statut personnel, et notamment ceux qui résultent du mariage, seront respectés » ; l'article 22 concerne l'éducation publique des enfants dans l'enseignement primaire et autre ; l'article 24 concerne les allocations familiales et les autres aides sociales connexes accordées aux nationaux ; le paragraphe 2 de l'annexe relative aux titres de voyage stipule que les enfants pourront être mentionnés dans le titre d'un parent ou, dans des circonstances exceptionnelles, d'un autre réfugié adulte.

42. Acte final, *supra* note 3, Recommandation B.

43. P. Weis (ed.), *The Refugee Convention, 1951 : The Travaux Préparatoires Analysed with a Commentary* (Cambridge University Press, 1995), p. 380.

44. *Ibid.*, p. 381 (déclaration du représentant du Royaume-Uni) (traduction libre).

rer aux réfugiés l'exercice le plus large possible des droits de l'Homme et des libertés fondamentales.

Les États membres du Comité exécutif du HCR ont repris cet objectif à leur compte et l'ont développé. Les Conclusions du Comité exécutif ont sans cesse souligné l'importance de l'action des États pour maintenir ou rétablir l'unité de la famille du réfugié, dès la première Conclusion adoptée en 1975⁴⁵. Le Comité exécutif a également placé la question de l'unité de la famille très clairement dans le contexte du droit international. À cet égard, la reconnaissance de l'importance de la *Convention relative aux droits de l'enfant* pour conforter les fondements juridiques de la protection des enfants et adolescents réfugiés est particulièrement significative⁴⁶. Le Comité exécutif a également encouragé tous les États à adopter une législation donnant effet « au droit de tous les réfugiés à l'unité familiale compte tenu des droits humains des réfugiés et de leurs familles »⁴⁷. Il faut rappeler que les Conclusions du Comité exécutif expriment le consensus qui se dégage des délibérations des États souverains les plus intéressés et les plus affectés par les problèmes de réfugiés, c'est-à-dire les États qui ne sont même pas nécessairement parties à la *Convention de 1951* et/ou à son Protocole⁴⁸.

Bien qu'un droit à l'unité de la famille dans le contexte des réfugiés ne figure pas explicitement dans la *Convention de 1951* elle-même, il doit, comme le droit des réfugiés en général, être interprété à la lumière des développements ultérieurs du droit international, y compris des traités et des accords connexes, de la pratique des États et de l'*opinio juris*.

1. Unité de la famille et statut dérivé ou autre

L'unité de la famille du réfugié signifie en pratique que les États ne doivent pas séparer une famille restée intacte et doivent prendre des mesures pour maintenir la famille en tant qu'unité. En termes de détermination du statut de réfugié, cela signifie que les membres de la famille, qui accompagnent un réfugié reconnu, doivent également bénéficier du statut de réfugié, parfois appelé statut dérivé, ou d'un statut aussi protecteur accordant les mêmes droits⁴⁹.

45. Voir Comité exécutif, Conclusion No. 1 (XXVI), 1975, paragraphe f). Voir aussi Conclusions Nos. 9 (XXVIII), 1977 ; 24 (XXXII), 1981 ; 84 (XLVIII), 1997 ; 85 (XLIX), 1998, paragraphes u-x) ; 88 (L), 1999.

46. Comité exécutif, Conclusion No. 84 (XLVIII), 1997, quatrième considérant du préambule.

47. Comité exécutif, Conclusion No. 85 (XLIX), 1998, paragraphe x) (c'est nous qui soulignons).

48. P. van Krieken, « Cairo and Family Reunification », 42(2)-(3) *AWR Bulletin : Quarterly on Refugee Problems*, 1995, p. 62, fait remarquer que les Conclusions du Comité exécutif ne sont pas le fruit des « vœux pieux » du HCR.

49. Comité exécutif, Conclusion Nos. 88 (L), 1999, paragraphe b.iii) ; 85 (XLIX), 1998, paragraphe v) ; 47 (XXXVIII), 1987, paragraphe h) ; 24 (XXXII), 1981, paragraphe 8). Voir aussi HCR, « Background Note », *supra* note 5, paragraphe 5).

Le manquement à cette obligation peut conduire à de nombreux problèmes. Au Canada, par exemple, les autorités administratives et judiciaires rejettent généralement le concept d'unité de la famille dans le contexte de la détermination du statut de réfugié⁵⁰. Par conséquent, dans certains cas, le conjoint et l'enfant à charge se voient reconnaître le statut de réfugié alors que le conjoint ne l'obtient pas⁵¹, ou bien un parent est reconnu tandis que les enfants à charge ne le sont pas⁵², voire un enfant est reconnu mais les parents et les autres membres de la fratrie ne le sont pas⁵³. La jurisprudence de la Cour fédérale qui fait école en la matière a rejeté l'unité de la famille comme fondement pour la reconnaissance de la demande d'un membre de la famille, et a préféré analyser la demande au regard de l'article 1 A de la *Convention de 1951*, plus particulièrement au titre de l'appartenance à un certain groupe social constitué par la famille⁵⁴.

L'unité ou la réunification familiale au Canada est régie par une procédure administrative, mais les obstacles potentiels sont nombreux au cours du processus : le réfugié doit d'abord obtenir un titre de séjour permanent, conditionné par la possession d'un passeport valide, dont nombre de réfugiés sont dépourvus et qu'ils ne peuvent obtenir ; les membres de la famille présents au Canada avec le réfugié, mais qui n'ont pas été reconnus réfugiés à titre individuel, n'ont pas de statut juridique pendant la durée de la procédure administrative ; les frais de dossier sont inabornables pour de nombreux réfugiés ; en cas de dépassement de la date limite pour demander l'unité de la famille en tant que réfugié, le seul recours consiste à déposer une demande comme un immigrant ordinaire dont les conditions sont encore plus restrictives ; des conditions médicales peuvent être imposées et des contrôles de sécurité doivent être effectués. L'effet cumulatif de ces procédures bureaucratiques lourdes et de ces exigences, irréalistes dans certains cas, fait que de nombreux réfugiés attendent plusieurs années pour bénéficier de la réunification familiale, voire pour régulariser le statut des membres de leur famille déjà présents avec eux. Une des conséquences est que de nombreux enfants « dépassent la limite d'âge » et ne sont plus éligibles, ce qui crée davantage d'obstacles pour la réunification familiale.

50. Voir, par exemple, M99-04586 *et al.*, Moss, Section du statut de réfugié (SSR), 21 décembre 1999, *RefLex* (compilation de décisions canadiennes en matière de droit de l'immigration et des réfugiés), No. 133, 1^{er} mars 2000 ; A98-00594 *et al.*, Kagedan, Showler, SSR, 9 décembre 1998, *RefLex* No. 110, 3 mars 1999 ; V95-01655 *et al.*, Lalonde, SSR, 6 mai 1998, *RefLex* No. 94, 6 juillet 1998. *RefLex* est disponible sur http://www.irb-cisr.gc.ca/fr/decisions/reflex/index_f.htm.

51. *Y.S.C. (Re)*, SSR No. 26 (Quicklaw), 1998.

52. *I.P.A. (re)*, SSR No. 286 (Quicklaw), 1999 ; *H.Z.G. (Re)*, SSR No. 226 (Quicklaw), 1999 ; *M.V.J. (Re)*, SSR No. 114 (Quicklaw), 1998.

53. Sadoway, « Canada's Treatment of Separated Refugee Children », *supra* note 9, pp. 376-8 et affaires citées dans le document.

54. *Castellanos c. Canada (Procureur général)*, Cour fédérale (Section de première instance), 2 FC 190 (Quicklaw), 1995.

Il existe plusieurs moyens d'atteindre les objectifs de l'unité de la famille par les procédures de détermination du statut de réfugié. Soit tous les membres de la famille au-dessus d'un certain âge, par exemple 15 ans, peuvent être entendus, soit un « demandeur principal » peut être désigné. Avec la prise de conscience croissante de la fréquence de la persécution liée au genre⁵⁵ et des formes de préjudice spécifiques à l'enfant, on conçoit désormais que le demandeur principal ne soit pas nécessairement le chef de famille de sexe masculin⁵⁶. Tous les membres de la famille ont le droit à une audition individuelle⁵⁷. Le respect de ce droit devient capital si la demande du premier membre de la famille est rejetée. Dans tous les cas, dès lors qu'un membre de la famille a été considéré comme ayant une demande fondée, les autres doivent se voir accorder un statut de réfugié dérivé.

Il est important de noter que le principe d'un statut dérivé, ou lié d'une autre manière au réfugié, ne joue qu'en faveur de la reconnaissance, et non pour le rejet. En d'autres termes, si un seul membre de la famille est reconnu et que tous les autres sont déboutés de leur demande individuelle, chaque membre de la famille a droit au bénéfice du statut dérivé⁵⁸.

2. Unité de la famille et « possibilité de fuite interne »

Une question qui peut se poser au cours de la procédure de détermination du statut est celle de la possibilité pour le demandeur de retourner dans une partie différente du pays d'origine, nommée « possibilité de fuite interne »⁵⁹. S'il existe effectivement une zone sûre dans le pays, la question de savoir s'il serait raisonnable d'attendre du demandeur qu'il s'y réinstalle, fait partie intégrante de cette analyse. L'importance du maintien de l'unité de la famille est un facteur à prendre en compte⁶⁰. Comme le droit international exige la protection de la famille par l'État, même en cas de menaces émanant d'acteurs non étatiques⁶¹, et interdit en des termes particulièrement fermes la séparation involontaire des enfants de leurs parents⁶², il n'est pas raisonnable de demander à une personne ayant besoin de pro-

55. Voir, dans cette publication, le chapitre rédigé par R. Haines sur la persécution liée au genre et celui rédigé par A. Edwards sur les dimensions de l'âge et du genre en droit international des réfugiés.

56. HCR, « Background Note », *supra* note 5, paragraphe 6 ; Comité permanent du HCR, *Questions relatives à la protection de la famille*, UN doc. EC/49/SC/CRP.14, 4 juin 1999, paragraphe 10.

57. Comité exécutif, Conclusion No. 88 (L), 1999, paragraphe b.iii).

58. HCR, *Guide des procédures et critères à appliquer pour déterminer le statut de réfugié* (Genève, 1979, réédité en 1992) (ci-après « Guide du HCR »), paragraphe 185.

59. Voir le Chapitre 6 de cette publication, rédigé par J.C. Hathaway et M. Foster ; HCR, *Relocating Internally as a Reasonable Alternative to Seeking Asylum — The So-Called « Internal Flight Alternative » or « Relocation Principle »*, 1999.

60. HCR, *Interprétation de l'article 1 de la Convention relative au statut des réfugiés*, avril 2001, paragraphe 13.

61. CDH, 32^e session, 1988, Observation générale No. 16 sur l'article 17, paragraphe 1.

62. CDE, article 9 § 1. Voir aussi Abram, *supra* note 25, pp. 417-21.

tection de s'installer ailleurs à l'intérieur de son pays au prix de la séparation avec les membres proches de sa famille.

3. Unité de la famille et exclusion

Dans les cas d'exclusion réelle ou potentielle du statut de réfugié au titre de l'article 1 F de la *Convention de 1951*⁶³, la situation de chaque membre de la famille doit être examinée à titre individuel. Quand un membre de la famille est considéré comme répondant à la définition du réfugié, mais qu'il relève de l'exclusion, les demandes des autres membres de la famille doivent être examinées avec soin, non seulement à la lumière des motifs de la demande du membre de la famille relevant de l'exclusion ou de leurs propres motifs, mais également eu égard au risque qu'ils encourent du fait de leurs liens avec une personne ayant participé à un acte tombant sous le coup de l'exclusion. En d'autres termes, il n'existe pas d'exclusion dérivée.

S'ils sont reconnus, les membres de la famille ne peuvent toutefois pas « surmonter » l'exclusion d'un autre membre. Cela signifie que, dans ces cas, chaque membre de la famille ne doit pas être susceptible d'être exclu à titre personnel⁶⁴. Une question pratique se pose pour savoir si le membre de la famille recevable au statut de réfugié doit retourner dans le pays d'origine avec le membre tombant sous le coup de l'exclusion, sachant que tous deux peuvent avoir des craintes en cas de retour en raison des activités de ce dernier. Compte tenu des cas préoccupants qui peuvent se présenter, en particulier dans le contexte de la réinstallation, le HCR devrait réfléchir à l'élaboration de Principes directeurs plus détaillés concernant les situations où les principes de l'unité de la famille et de la clause d'exclusion s'opposent⁶⁵.

L'impact de l'exclusion sur l'unité de la famille met en évidence la nécessité de garantir qu'il n'y ait pas une interprétation excessivement extensive des motifs d'exclusion au sens de la *Convention de 1951* et/ou des autres motifs de non-admission en matière d'immigration, dans la mesure où cela peut aboutir à la division ou à la séparation de certaines familles, en raison d'une infraction mineure commise par un de leurs membres. Cette question se pose dans des pays, en particulier les États-Unis et le Canada, où la législation mêle des concepts tirés à la fois de l'article 1 F et de l'article 33 § 2 de la *Convention de 1951* dans une étape unique de la procédure, qui permet de rejeter des demandes sans qu'elles aient été pleinement examinées

63. Voir Gilbert, *supra* note 36.

64. Comité permanent, « Questions relatives à la protection de la famille », *supra* note 56, paragraphe 9.

65. L'exemple d'une famille avec un conjoint tombant sous le coup de l'exclusion a été donné. L'autre conjoint avait, cependant, un besoin urgent d'aide médicale et d'une réinstallation pour des motifs médicaux. Dans ces circonstances, faut-il qu'aucun des membres de la famille ne soit réinstallé, ce qui entraînerait des conséquences graves pour la santé du conjoint, faut-il séparer les membres de la famille, en réinstallant tous les membres à l'exception du demandeur principal, ou faut-il que l'ensemble de la famille soit réinstallé ? Source : courrier électronique d'une représentation du HCR sur le terrain adressé aux auteurs, 6 août 2001.

sur le fond⁶⁶. Les motifs d'exclusion ou d'irrecevabilité doivent être interprétés aussi restrictivement que possible. Si des délits mineurs sont considérés (à tort) comme justifiant l'exclusion ou l'irrecevabilité, les considérations humanitaires dictent de déroger à l'interdiction de l'entrée, au moins lorsque cela aurait pour effet de séparer les membres proches d'une famille. C'est le cas en particulier quand les motifs d'irrecevabilité sont tirés de l'utilisation de faux documents de voyage ou d'autres violations des règles d'immigration que les réfugiés sont contraints de commettre pour s'échapper de leur pays et trouver une protection. Compte tenu des efforts croissants en matière d'interception de la part de nombreux pays, et de l'augmentation concomitante du trafic illégal de migrants, il faut s'attendre à ce que ces cas se multiplient et créent des défis plus graves pour les pays d'asile et de réinstallation à la recherche de solutions durables.

4. Unité de la famille et expulsion

En ce qui concerne le renvoi ou l'expulsion⁶⁷ d'un membre d'une famille intacte de réfugiés déjà présente dans le pays d'asile, il faut mettre en balance un certain nombre de droits et de considérations qui, dans l'ensemble, font reposer une lourde charge sur l'État souhaitant séparer la famille. Si le membre de la famille est un réfugié ou qu'il a par ailleurs besoin d'une protection internationale, des protections contre le refoulement sont inscrites dans le droit conventionnel international et régional, ainsi que dans le droit international coutumier⁶⁸. Des restrictions au pouvoir de l'État d'expulser figurent à l'article 32 de la *Convention de 1951* et à l'article 13 du *Pacte international relatif aux droits civils et politiques*, tandis qu'en 1977, le Comité exécutif a exprimé sa préoccupation au sujet des conséquences graves que pouvait avoir une mesure d'expulsion pour les membres de la famille du réfugié⁶⁹.

Par exemple, le Comité des droits de l'Homme a récemment estimé que l'expulsion prévue par l'Australie des parents apatrides (antérieurement indonésiens) d'un citoyen australien de 13 ans, constituerait une violation de plusieurs dispositions du *Pacte international*, notamment de la protection contre les immixtions arbitraires ou illégales dans la famille, du droit de la famille à une protection de l'État et du droit de l'enfant à une protection sans discrimination⁷⁰. Le Comité a fait

66. Voir aussi le chapitre relatif à l'exclusion rédigé par G. Gilbert au Chapitre 7.1 de cette publication, IV.D « Liens entre article 1 F et article 33 § 2 ». En Amérique du Nord, les termes « recevable » et « non susceptible d'exclusion » sont utilisés de manière interchangeable, tandis qu'en Europe les procédures de recevabilité n'incluent pas, au moins en théorie, d'examen de la demande sur le fond mais déterminent si une demande sera examinée sur le fond dans le pays où elle a été déposée ou si un autre État en est responsable.

67. Le CDH a déclaré que l'article 13 du *PIDCP* était applicable à toutes les procédures tendant à contraindre un étranger à quitter un pays, que la législation nationale qualifie ce départ d'expulsion ou qu'elle emploie un autre terme. CDH, Observation générale No. 15, *supra* note 38, paragraphe 9.

68. Voir Lauterpacht et Bethlehem, *supra* note 36.

69. Comité exécutif, Conclusion No. 7 (XXVIII), 1977, paragraphe b).

70. CDH, *Winata and Li c. Australie*, Communication No. 930/2000, UN doc. CCPR/C/72/D/930/2000, 16 août 2001, paragraphe 8.

remarquer que l'Australie était tenue de prendre des mesures pour éviter que des violations du Pacte ne se reproduisent à l'avenir dans des situations analogues⁷¹.

La meilleure protection pour les familles menacées de séparation à cause de l'expulsion se trouve dans la *Convention relative aux droits de l'enfant*. Celle-ci exige à l'article 9 que les États « veillent à ce que l'enfant ne soit pas séparé de ses parents contre leur gré, à moins que [...] cette séparation [soit] nécessaire dans l'intérêt supérieur de l'enfant » (c'est nous qui soulignons). La seule exception autorisée est donc quand la séparation soit nécessaire dans l'intérêt supérieur de l'enfant. Contrastant fortement avec le *Pacte international*, qui n'interdit que les immixtions « arbitraires et illégales » dans la famille (article 17 § 1) et la *Convention européenne des Droits de l'Homme*, qui prévoit un certain nombre d'exceptions à l'interdiction de l'ingérence dans la vie familiale (article 8 § 2), la *Convention relative aux droits de l'enfant* ne permet pas qu'un intérêt public soit mis en balance avec la séparation involontaire de la famille. Comme l'a souligné Abram :

Ainsi, une autorité étatique compétente peut décider d'expulser un parent conformément à la législation interne pour des raisons pertinentes et évaluées avec soin, cependant la séparation de l'enfant du parent peut constituer une violation des obligations de l'État et du droit de l'enfant à l'unité de la famille au titre de l'article 9⁷².

Outre la ratification quasi universelle de la *Convention relative aux droits de l'enfant*, qui constitue un traité contraignant, l'engagement des États à l'égard de l'unité de la famille, tel qu'exprimé à l'article 9, a récemment été rappelé au niveau politique par la Commission des droits de l'Homme⁷³.

Au niveau régional, l'article 8 de la *Convention européenne des Droits de l'Homme* permet la protection contre le renvoi ou l'expulsion dans certaines circonstances. Il n'existe pas encore de décision relative à un demandeur d'asile fondée sur l'article 8, dans la mesure où ces demandes sont souvent jugées au regard de l'article 3 et n'abordent pas la question de l'ingérence dans la vie familiale⁷⁴, mais il y a eu de nombreuses affaires concernant des résidents de longue durée et des immigrants de la deuxième génération.

La Cour européenne des Droits de l'Homme doit d'abord être convaincue qu'il y a une « vie privée et familiale » au sens de l'article 8. La catégorie de la « famille » qui peut prétendre à une protection est plus large que celle définie par la *Convention relative aux droits de l'enfant*, dans la mesure où le lien enfant mineur — parent n'est

71. *Ibid.*, paragraphe 9.

72. Abram, *supra* note 25, p. 418.

73. Commission des droits de l'Homme, Résolution 2001/75 relative aux droits de l'enfant, UN doc. E/CN.4/2001/75, paragraphe 11.c). Commission des droits de l'Homme, Résolution 2000/85 relative aux droits de l'enfant, UN doc. E/CN.4/2000/85, paragraphe 15.d).

74. Lambert, *supra* note 35, p. 448. Pour une analyse récente de la jurisprudence relative à l'article 8 de la CEDH dans le contexte des réfugiés, voir Lambert, *supra* note 35, Apap et Sitaropoulos, *supra* note 35, et Anderfuhren-Wayne, *supra* note 35.

pas nécessairement requis⁷⁵. Les liens entre personnes du même sexe peuvent également être protégés, au titre de la vie privée, plutôt que familiale⁷⁶. La Cour examine ensuite s'il y a une ingérence dans le droit au respect de la vie privée ou familiale. Le cas échéant, elle examine si cette ingérence peut être justifiée comme une mesure nécessaire dans une société démocratique au titre de l'article 8 §2. La jurisprudence de la Cour accorde une importante marge d'appréciation à l'État dans l'application des termes de cet article et elle a refusé d'énoncer des critères directeurs. Les demandes sont plutôt examinées au cas par cas.

La Cour fait la distinction entre les étrangers qui cherchent à éviter la séparation familiale créée par l'expulsion, et les étrangers qui cherchent à entrer aux fins du regroupement familial. Dans les cas concernant l'expulsion de résidents de longue durée, la Cour a soupesé les droits de l'individu au regard des intérêts de la communauté au dernier stade de l'examen du renvoi analysé comme « nécessaire dans une société démocratique », plutôt que de le faire au stade antérieur de l'examen de l'interférence avec le droit au respect de la vie familiale. Cette approche fait reposer une charge de justification plus importante sur les États, et la Cour a eu tendance à donner raison aux étrangers souhaitant éviter la séparation familiale⁷⁷.

C. La réunification familiale

La réunification familiale de part et d'autre des frontières est influencée, mais pas totalement définie, par le pouvoir souverain de l'État de contrôler l'entrée des ressortissants étrangers sur son territoire. Comme pour le droit à l'unité de la famille, on a assisté à un développement progressif du droit international en matière de réunification familiale au cours des cinquante dernières années. Il est désormais largement reconnu que l'État a l'obligation de réunir les membres de la famille proche qui sont incapables de bénéficier du droit à l'unité de la famille ailleurs.

1. La réunification familiale en droit international

Les dispositions les plus détaillées concernant la réunification familiale en droit international général figurent dans le droit international humanitaire. La *Quatrième Convention de Genève de 1949* accorde une très grande attention aux problèmes des « membres des familles dispersées par la guerre »⁷⁸. Outre les dispositions visant à maintenir l'unité

75. *Marckx c. Belgique*, par exemple, a reconnu que les liens entre des membres de famille proches tels que les grands-parents et leurs petits-enfants étaient inclus dans la vie familiale, Série A, No. 31, 27 avril 1979.

76. *X. et. Y. c. Royaume-Uni*, Commission européenne des Droits de l'Homme, Requête No. 9369/81, Décision sur la recevabilité du 3 mai 1983.

77. Par exemple, *Berrehab c. Pays-Bas*, Requête No. 10730/84, jugement du 21 juin 1988 ; *Moustaquim c. Belgique*, Requête No. 12313/86, jugement du 25 janvier 1991.

78. *Quatrième Convention de Genève, 1949*, supra note 29, article 26. Voir aussi Abram, supra note 25, pp. 413-14 ; S. Jaquemet, *Refugees in Armed Conflict : International Humanitarian Law and Refugee Protection* (HCR, Genève, projet, 1999), pp. 102-7.

de la famille pendant l'internement⁷⁹ ou l'évacuation⁸⁰, la *Quatrième Convention de Genève* prévoit des mécanismes tels que la correspondance familiale⁸¹, la recherche des membres de la famille⁸² et l'enregistrement des enfants⁸³ pour permettre la communication entre les membres de la famille et, « si possible », le regroupement. Au moment de l'adoption du premier Protocole additionnel en 1977, les États ont montré leur volonté de renforcer leur responsabilité envers les familles séparées en acceptant l'obligation de faciliter le regroupement des familles dispersées « dans toute la mesure du possible »⁸⁴.

La réunification familiale figure également dans les *Accords d'Helsinki de 1975*, bien que sous la forme d'un principe et non d'une obligation. Les tensions persistantes de la guerre froide et les préoccupations de l'Occident au sujet des violations, par le bloc soviétique, du droit de quitter son pays ont incité les États à faire un lien entre la réunification familiale et la liberté de circulation à tel point que, en 1989, les États participant à une réunion de la Conférence sur la sécurité et la coopération en Europe (CSCE) se sont mis d'accord sur le principe de prendre des décisions relatives aux demandes de réunification familiale dans un délai maximal de trois mois⁸⁵. Cet empressement serait le bienvenu dans le climat politique actuel.

2. La réunification familiale en droit international des droits de l'Homme

Comme exposé plus haut, le Comité des droits de l'Homme a affirmé que les réfugiés étaient inclus dans les dispositions du *Pacte international relatives à la protection familiale* et que leur droit à la réunification familiale pouvait, dans certaines circonstances, donner lieu à une obligation de l'État, primant sur son intérêt en matière de contrôle des frontières⁸⁶. En vertu de la *Convention relative aux travailleurs migrants*, non encore entrée en vigueur, les États « prennent les mesures qu'ils jugent appropriées » pour faciliter le regroupement⁸⁷. La marge d'appréciation relative-

79. *Quatrième Convention de Genève, 1949, supra* note 29, article 82.

80. *Ibid.*, article 49.

81. *Ibid.*, article 25.

82. *Ibid.*, article 140.

83. *Ibid.*, article 50.

84. Protocole additionnel I, 1977, *supra* note 29, article 74. Outre les dispositions citées ci-dessus, voir aussi le Protocole II, 1977, *supra* note 29, article 4 § 3.b).

85. Abram, *supra* note 25, pp. 414-15.

86. CDE, Observation générale No. 19, *supra* note 23, paragraphe 5.

87. L'article 44 de la *Convention internationale sur la protection des droits de tous les travailleurs migrants et des membres de leur famille, supra* note 30, énonce :

2. Les États parties prennent les mesures qu'ils jugent appropriées et qui relèvent de leur compétence pour faciliter la réunion des travailleurs migrants avec leur conjoint ou avec les personnes ayant avec eux des relations qui, en vertu de la loi applicable, produisent des effets équivalant au mariage, ainsi qu'avec leurs enfants à charge mineurs et célibataires.

3. Pour des raisons humanitaires, les États d'emploi envisagent favorablement d'accorder l'égalité de traitement, aux conditions prévues au paragraphe 2 du présent article, aux autres membres de la famille du travailleur migrant.

ment large conservée par les États dans le cas des travailleurs migrants n'est peut-être pas tant surprenante, dans la mesure où les États peuvent à juste titre attendre de ces derniers qu'ils retournent dans leur pays d'origine s'ils souhaitent vivre avec leur famille, bien qu'en pratique ils puissent rencontrer de nombreux obstacles pour ce faire.

L'essentiel du droit à la réunification familiale en droit international des droits de l'Homme se trouve dans la *Convention relative aux droits de l'enfant*, dont l'article 10§1 codifie le droit à la réunification familiale pour les enfants mineurs et leurs parents comme suit :

Conformément à l'obligation incombant aux États parties en vertu du paragraphe 1 de l'article 9 [un enfant ne doit pas être séparé de ses parents contre leur gré], toute demande faite par un enfant ou ses parents en vue d'entrer dans un État partie ou de le quitter aux fins de réunification familiale est considérée par les États parties dans un esprit positif, avec humanité et diligence [...]

Plusieurs éléments de cette disposition méritent d'être soulignées⁸⁸. Premièrement, le lien explicite avec l'article 9 de la Convention signifie que l'obligation ici imposée de garantir l'unité des familles au sein de l'État, détermine également l'action de l'État à l'égard des familles dispersées de part et d'autre de ses frontières. Deuxièmement, tandis que l'obligation de permettre le départ s'inspire du droit bien établi de quitter tout pays, l'une des avancées de la Convention est la reconnaissance de son corollaire évident, à savoir que la réunification familiale peut nécessiter une obligation correspondante de permettre l'entrée. Troisièmement, les enfants et les parents ont un statut égal dans le cadre d'un droit mutuel ; chacun a le droit de rejoindre l'autre. Les enfants non accompagnés et séparés doivent être en mesure de bénéficier de la réunification avec leurs familles dans le pays où ils ont obtenu l'asile, si cela correspond à leur intérêt supérieur. Il ne suffit pas que l'enfant soit avec un seul parent si la famille était antérieurement intacte ; il s'agit du droit d'être avec ses deux parents.

Enfin, l'obligation des États de traiter les demandes de réunification familiale d'une manière « positive » implique une action *positive*. Cette formulation est beaucoup plus forte que les termes habituellement utilisés pour laisser une marge d'appréciation importante à l'État, tels que « considérer favorablement », « prendre les mesures appropriées » ou « conformément à la législation nationale ». La seule restriction autorisée est celle de l'article 9 § 1, dans le cas où la réunification ne serait pas dans l'intérêt supérieur de l'enfant ou quand elle aurait lieu dans un autre pays. Même si l'article 10 n'exige pas expressément l'approbation des demandes de réunification, il envisage clairement au moins une présomption en faveur de l'approbation⁸⁹. Bien que Anderfuhren-Wayne affirme que les États bénéficient d'un « pouvoir

88. Pour une analyse plus complète de la CDE, voir Abram, *supra* note 25, pp. 421-5.

89. Article 31 § 1 de la *Convention de Vienne sur le droit des traités*.

discrétionnaire étendu » en vertu de l'article 10⁹⁰, elle ne précise pas quel serait le fondement de ce pouvoir discrétionnaire ; van Krieken reconnaît que l'article 10 ne « laisse pas beaucoup de marge pour la manœuvre et la manipulation »⁹¹.

Les États ne peuvent généralement pas maintenir des lois ou des pratiques restrictives en matière d'entrée des étrangers aux fins de réunification, sans violer la *Convention relative aux droits de l'enfant*. Comme le souligne Abram :

Un État ne peut pas, en vertu d'une loi ou d'une pratique, considérer que la réunification familiale pour une catégorie de familles dispersées aura lieu ailleurs dans le monde, et que l'unité de la famille sera respectée en se contentant de reconduire l'enfant ou le parent à l'aéroport. Un droit n'est pas réellement respecté si ce droit ne peut être exercé ailleurs qu'à l'étranger. Les États n'ont généralement pas le pouvoir de garantir le respect d'un droit en dehors de leur propre juridiction. Une politique consistant à rejeter la plupart des demandes de toute catégorie de personnes qui souhaite entrer dans le pays aux fins de réunification familiale, sauf conditions restrictives ou circonstances exceptionnelles, constitue une violation de la Convention⁹².

Le fait qu'un nombre peu élevé d'États aient fait des réserves aux dispositions relatives à la réunification, confirme que la Convention impose effectivement une obligation générale d'autoriser l'entrée aux fins de réunification familiale⁹³. Anderfuhren-Wayne fait remarquer que la pratique des États n'est pas uniforme, bien que les refus d'autoriser la réunification soient à juste titre considérés comme des violations de ce droit, plutôt que comme des preuves que ce droit n'existe pas⁹⁴. Ils sont sans aucun doute considérés comme tels par le Comité des droits de l'enfant. Le Comité a en effet employé des termes presque péremptoires à cet égard, en recommandant, par exemple, que l'Australie réforme sa législation et sa politique « pour que les enfants des demandeurs d'asile et des réfugiés et leurs parents soient rapidement réunis »⁹⁵.

Enfin, comme pour le droit à l'unité de la famille, les spécialistes sont généralement d'accord pour dire qu'il existe actuellement un droit à la réunification familiale en vertu du droit international⁹⁶. Il a également été qualifié de corollaire

90. Anderfuhren-Wayne, *supra* note 35, p. 351 (traduction libre).

91. Van Krieken, 2001, *supra* note 35, p. 123 (traduction libre).

92. Abram, *supra* note 25, pp. 423-4 (traduction libre).

93. Abram, *supra* note 25, pp. 424 ; Goodwin-Gill, *supra* note 39, p. 103. Quelque huit États ont fait des réserves qui peuvent affecter l'application de l'article 10, dont les plus notables, non soumis par ailleurs à la jurisprudence relative à la réunification familiale de la Cour européenne des Droits de l'Homme, sont le Japon et la Nouvelle-Zélande.

94. Anderfuhren-Wayne, *supra* note 35, pp. 351-2.

95. Comité des droits de l'enfant, Observations finales sur l'Australie, UN doc. CRC/C/15/add.79, 10 octobre 1997, paragraphe 30.

96. Outre Abram, *supra* note 25, voir, par exemple, Apap et Sitaropoulos, *supra* note 35, partie 2 : « Un droit explicite à la réunification familiale figure uniquement à l'article 10 § 1 de la [CDE] ». Voir aussi R. Perruchoud, « Family Reunification », 27(4) *International Migration*, 1989, p. 519. Voir aussi le relevé des conclusions de la table ronde d'experts figurant à la fin de cette partie.

évident au droit à l'unité de la famille⁹⁷, au droit de fonder une famille⁹⁸ et lié à la liberté de circulation⁹⁹. Bien qu'il puisse exister différents moyens de décrire les antécédents de ce droit, il faut également noter qu'au niveau pratique de nombreux observateurs estiment que les instruments existants fournissent un cadre juridique adéquat et approprié, au moins pour la réunification des enfants non accompagnés/séparés avec leurs parents. D'après eux, le problème ne vient pas du manque de normes internationales, mais plutôt de leur mise en œuvre¹⁰⁰.

Les quelques personnes qui considèrent ce droit comme connaissant encore des évolutions n'ont pas fourni d'arguments convaincants et actualisés permettant de réfuter l'importance de la *Convention relative aux droits de l'enfant*. Anderfuhren-Wayne, par exemple, dans un document de 1996, constate l'importance du droit à la réunification et la nécessité d'adopter des dispositions plus spécifiques en la matière, mais ne s'appuie que sur un rapport de 1988, antérieur à l'adoption de la Convention¹⁰¹. Selon van Krieken, le concept de réunification « est désormais en train d'être lentement codifié¹⁰² ». Toutefois, son article de 2001 se fonde, comme il le note, sur un document de 1995¹⁰³ et y ressemble beaucoup, et ce dernier se fonde lui-même sur un document de 1993¹⁰⁴. Sa principale objection semble être l'absence d'accord de la Conférence internationale des Nations Unies de 1994 sur la Population et le Développement concernant une référence explicite au « droit à la réunification familiale » et sa décision d'employer plutôt la formulation « conformément à l'article 10 de la *Convention relative aux droits de l'enfant* et aux autres instruments de droits de l'Homme pertinents reconnus au plan international »¹⁰⁵. Cependant ce texte suggère que, si la *Convention relative aux droits de l'enfant* crée un droit à la réunification familiale, la Conférence l'a approuvé. La déclaration non-contraignante d'une conférence internationale ne peut en aucun cas modifier les dispositions impératives d'un traité international.

97. Voir, par exemple, CDH, Observation générale No. 15, *supra* note 38, paragraphe 5. Voir aussi Comité exécutif, Conclusion No. 24 (XXXII), 1981, paragraphe 1 : « En application du principe de l'unité de la famille et pour des raisons humanitaires évidentes, aucun effort ne doit être ménagé pour assurer le regroupement des familles de réfugiés séparées ».

98. CDH, 39^e session, 1990, Observation générale No. 19, *supra* note 23, paragraphe 5. Voir aussi XIII^e table ronde sur les problèmes actuels en droit international humanitaire, Conclusions sur la réunification familiale, Institut international de droit humanitaire, 1988, paragraphe 2.

99. Voir Abram, *supra* note 25, p. 415.

100. C. Petty, « Family Tracing and Reunification — Safeguarding Rights and Implementing the Law », 4 *International Journal of Children's Rights*, 1996, p. 174, qui mentionne en particulier le manque de sanctions en cas de non exécution.

101. Anderfuhren-Wayne, *supra* note 35, p. 351 et note 19.

102. Van Krieken, *supra* note 35, p. 120 et Van Krieken, *supra* note 48, p. 52.

103. Van Krieken, *supra* note 35, p. 128 et note 23.

104. Van Krieken, *supra* note 48, p. 52 et note 5.

105. Van Krieken, *supra* note 35, p. 129 ; Van Krieken, *supra* note 48, p. 61.

3. La réunification familiale et la Cour européenne des Droits de l'Homme

Comme mentionné dans la partie IV.B.4 ci-dessus, la Cour européenne des Droits de l'Homme fait la distinction entre la séparation des familles du fait du renvoi dans le pays d'origine et la réunification des familles à travers l'entrée sur le territoire, et elle adopte une position plus restrictive à l'égard de cette dernière¹⁰⁶. Dans les cas d'étrangers qui cherchent à entrer pour rejoindre des membres de leur famille, la Cour met en balance les droits de l'individu par rapport aux intérêts de la communauté, au cours de la phase initiale visant à déterminer s'il existe une interférence avec le droit au respect de la vie familiale. Pour évaluer si c'est le cas, la Cour examine s'il existe des obstacles à mener une vie familiale normale ailleurs, en général dans le pays d'origine. Pour les demandeurs d'asile, on ne peut envisager la possibilité de mener une vie normale dans le pays d'origine.

La Cour a eu tendance à confirmer les refus des États d'autoriser l'entrée¹⁰⁷, même dans l'affaire *Gül c. Suisse*, qui concernait le fils du détenteur d'un permis de séjour humanitaire temporaire¹⁰⁸. Bien que l'affaire *Gül* soit décevante, sa portée doit être limitée aux faits de l'espèce. La Cour a semblé convaincue que M. Gül, qui s'était désisté de son recours en matière d'asile pour pouvoir, ainsi que sa femme, se voir délivrer un permis de séjour à titre humanitaire, était nullement en danger en Turquie, et qu'il avait effectivement rendu plusieurs visites à ses fils là-bas, dont une était établie par un récit relaté dans le journal local¹⁰⁹. L'importance des affaires *Gül*, *Ahmut c. Pays-Bas* et *Sen*¹¹⁰ réside plutôt dans l'analyse de la Cour de la possibilité de mener une vie familiale « ailleurs », ce qui offre une ouverture aux réfugiés et aux autres personnes ayant besoin d'une protection internationale souhaitant le regroupement familial, dans la mesure où ils ne peuvent pas rentrer dans leur pays d'origine.

D. Le droit à la réunification familiale dans le contexte des réfugiés

La reconnaissance du statut de réfugié fait naître une raison *a priori* d'admettre les membres de la famille proche du réfugié dans le pays d'asile. La réunification dans un pays d'asile constitue le seul moyen d'assurer le droit à l'unité de la famille pour

106. Bien que, comme le souligne Lambert, *supra* note 35, p. 442, il est regrettable que la Cour n'ait pas expliqué pourquoi elle opère cette distinction. Tout refus d'autorisation d'entrée, en particulier pour un enfant, implique fortement que le parent devra retourner dans son pays d'origine, afin que l'unité de la famille soit restaurée.

107. Voir, par exemple, *Abdulaziz, Cabales et Balkandali c. Royaume-Uni*, Requêtes Nos. 9214/80, 9473/81 et 9474/81 (conjointes demandant l'entrée), 28 mai 1985.

108. *Gül c. Suisse*, Requête No. 53/1995/559/645, 19 février 1996.

109. Voir Conseil de l'Europe, *L'asile et la Convention européenne des Droits de l'Homme*, Dossier des droits de l'Homme No. 9 (révisé), 2000, p. 49.

110. Voir *supra* note 108 ; *Ahmut c. Pays-Bas*, Requête No. 73/1995/579/665 (enfant mineur cherchant à rejoindre son père possédant la double nationalité néerlandaise et marocaine), 28 novembre 1996 ; *Sen c. Pays-Bas*, Requête No. 31465/96 (autorisant l'entrée d'une fille née en Turquie pour rejoindre ses parents et sa fratrie résidant légalement aux Pays-Bas), 21 décembre 2001.

les réfugiés qui, par définition, ne peuvent pas retourner dans leur pays d'origine. Malgré quelques problèmes de mise en œuvre, ce droit est généralement admis dans la pratique des États¹¹¹. Comme exposé plus haut au sujet du droit à l'unité de la famille, il n'existe aucune référence spécifique à la réunification familiale dans la *Convention de 1951*¹¹². Ce droit résulte de l'interaction entre la *Convention de 1951* et d'autres textes.

En outre, certains principes de réunification familiale, concernant spécifiquement les personnes ayant besoin d'une protection internationale, ont été codifiés dans les *Conventions relatives aux droits de l'enfant*¹¹³, dans les instruments régionaux de protection en Europe et en Amérique centrale¹¹⁴ et dans les dispositions relatives aux personnes déplacées à l'intérieur de leur propre pays¹¹⁵. Le Comité exécutif du

111. Lambert, *supra* note 35, p. 449.

112. Quoique, si la réunification n'était pas autorisée du tout, cela constituerait sans doute une violation de l'article 12 de la *Convention de 1951*.

113. L'article 22 § 2 de la *CDE* prévoit : « Les États parties collaborent, selon qu'ils le jugent nécessaire, à tous les efforts [...] pour rechercher le père et mère ou autres membres de la famille de tout enfant réfugié en vue d'obtenir les renseignements nécessaires pour le réunir à sa famille ». L'article XXIII.2) de la *Charte africaine relative aux droits et à la protection de l'enfant*, *supra* note 28, prévoit : « Les États parties aident les organisations internationales chargées de protéger et d'assister les réfugiés dans leurs efforts pour protéger et assister les enfants visés au paragraphe 1 du présent article et pour retrouver les parents ou les proches d'enfants réfugiés non accompagnés en vue d'obtenir les renseignements nécessaires pour les remettre à leur famille ».

114. Article 15 de la *Directive 2001/55/CE du Conseil de l'UE du 20 juillet 2001 relative à des normes minimales pour l'octroi d'une protection temporaire en cas d'afflux massif de personnes déplacées et à des mesures tendant à assurer un équilibre entre les efforts consentis par les États membres pour accueillir ces personnes et supporter les conséquences de cet accueil*, JO 2001 L212/12, 7 août 2001 (ci-après *Directive de l'UE relative à la protection temporaire*). Conseil de l'Europe, Comité des Ministres, *Recommandation No.(2001)18, 27 novembre 2001 sur la protection subsidiaire*, paragraphe 6 et Conseil de l'Europe, Conseil des Ministres, *Recommandation No. R(2000)9, 3 mai 2000, sur la protection temporaire*, paragraphe 4, font toutes deux référence à la *Recommandation No. R(99)23, 15 décembre 1999, Comité des Ministres, Conseil de l'Europe, sur le regroupement familial des réfugiés et des autres personnes ayant besoin d'une protection internationale*. Conseil de l'Europe, Assemblée parlementaire, *Recommandation 1327 (1997), 24 avril 1997 sur la protection et le renforcement des droits de l'Homme des réfugiés et des demandeurs d'asile en Europe*, paragraphe 8.vii ;o)-q).

La *Déclaration de Carthagène sur les réfugiés*, 1984 (voir HCR, *Recueil de traités et autres textes de droit international concernant les réfugiés et les personnes déplacées* (HCR, Genève, 1995), vol. II, pp. 206-11), Conclusion III.13) affirme :

Reconnaître que le regroupement des familles des réfugiés constitue un principe fondamental qui doit inspirer leur traitement humanitaire dans les pays d'asile, et l'octroi de facilités en cas de rapatriement librement consenti.

115. L'article XXV.2.b) de la *Charte africaine relative aux droits et à la protection de l'enfant*, *supra* note 28, prévoit : « Les États parties s'engagent à veiller à ce que [...] toutes les mesures nécessaires soient prises pour retrouver et réunir l'enfant avec ses parents ou ses proches lorsque la séparation est causée par un déplacement interne et externe provoqué par des conflits armés ou des catastrophes naturelles ». *Principes directeurs relatifs aux déplacements internes*, présentés à la Commission des droits de l'Homme des Nations Unies, 1998, Principe directeur 17(3).

HCR a également traité la question de la réunification familiale des réfugiés à plusieurs occasions¹¹⁶.

E. Membres de la famille proche et famille au sens large : l'étendue du droit

1. Degrés de liens

L'existence d'une famille est une question de fait, à déterminer au cas par cas. Il n'y a pas de définition unique de la famille acceptée au plan international, et le droit international en reconnaît plusieurs formes¹¹⁷. Il ne fait pas de doute que la famille « nucléaire » est très largement acceptée pour l'unité et la réunification familiales¹¹⁸. Dans le contexte européen, la proposition modifiée de la Commission européenne pour une Directive du Conseil sur le droit au regroupement familial, inclurait également les partenaires non mariés ayant une relation durable avec le demandeur, si la législation de l'État membre concerné réserve le même traitement à cette relation qu'à celle des couples mariés¹¹⁹.

En dépit de ce large consensus, il est néanmoins important d'être conscient de l'impact des différences culturelles concernant, par exemple, ce qui constitue un mariage de bonne foi. Certaines demandes de réunification de conjoints séparés se fondent sur un mariage par procuration entre un réfugié dans un pays de réinstallation et un partenaire vivant dans le pays d'asile, ou sur un mariage conclu juste quelques jours avant le départ de l'un des conjoints pour un pays de réinstallation. Les autorités des pays de réinstallation peuvent considérer ces unions comme des tentatives de contourner les critères de réinstallation et éventuellement comme des mariages arrangés abusifs, alors que ces mariages peuvent représenter la coutume et la pratique ordinaires dans le pays d'origine¹²⁰.

116. Comité exécutif, Conclusions Nos. 1 (XXVI), 1975, paragraphe f) ; 9 (XXVIII), 1977 ; 24 (XXXII), 1981 ; 84 (XLVIII), 1997 ; 85 (XLIX), 1998, paragraphes u-x) ; 88 (L), 1999. Voir aussi HCR, *Guide, supra* note 58, paragraphe 186.

117. Voir, par exemple, CDH, Observation générale No. 28, *supra* note 31, paragraphe 27 ; CDH, Observation générale No. 19, *supra* note 23, paragraphe 2 ; CDH, Observation générale No. 16, *supra* note 61, paragraphe 5. Voir aussi Apap et Sitaropoulos, *supra* note 35, partie 1 et, plus généralement, G. van Bueren, « The International Protection of Family Members' Rights as the 21st Century Approaches », 17(4) *Human Rights Quarterly*, 1995, pp. 733-40.

118. Voir, par exemple, Conseil de l'Europe, Comité des Ministres, *Recommandation sur le regroupement familial des réfugiés, supra* note 114, paragraphe 2. Voir aussi Lambert, *supra* note 35, p. 430 ; van Krieken, *supra* note 35, p. 122 ; A. Hurwitz, « The 1990 Dublin Convention : A Comprehensive Assessment », 11(4) *International Journal of Refugee Law*, 1999, p. 653.

119. Commission des Communautés européennes, *Proposition modifiée de directive du Conseil sur le droit au regroupement familial*, Bruxelles, COM (2000) 624 final, 1999/0258 (CNS), 10 octobre 2000, article 5 § 1.a).

120. Il existe beaucoup de cas de ce genre. Bien que conscient de la possibilité éventuelle que ces mariages soient conclus dans l'unique intention de bénéficier de la réinstallation, le HCR reconnaît ces

Au-delà des membres principaux de la famille du réfugié, il existe de grandes variations de traitement dans la sphère plus large des relations familiales. Le Comité exécutif a montré une volonté des États de promouvoir des « critères libéraux » afin d'encourager une « réunification totale de la famille »¹²¹. Il existe également un vaste soutien au niveau européen, en faveur de l'acception plus large des autres membres de la famille, notamment des personnes âgées, handicapées ou à charge pour d'autres raisons¹²². Au niveau national, un tribunal russe a récemment annulé le rejet du statut de réfugié pour la sœur célibataire majeure à la charge d'un réfugié, en faisant spécifiquement référence à la situation des femmes célibataires et à la notion de famille au sens large dans le pays d'origine du réfugié¹²³. Au Canada, les fiancés, les parents et les grands-parents peuvent relever de la notion de famille, avec des critères plus stricts que pour la famille immédiate, mais pas les frères et sœurs, les cousins, les oncles et tantes. Les priorités de traitement du programme de réinstallation des États-Unis incluent les parents, les conjoints et les enfants non mariés dans la plus haute priorité familiale (priorité trois), mais seules six nationalités ont été éligibles à cette catégorie pour l'année fiscale 2001. Les priorités de traitement moins élevées incluent les membres de la famille plus éloignée, comme les grands-parents, les frères et sœurs, les tantes et les oncles, mais elles n'ont bénéficié à aucune nationalité depuis plusieurs années. Le statut dérivé n'est ouvert qu'aux conjoints et enfants mineurs non mariés. En pratique, les membres à charge des familles au sens large, peuvent toutefois être pris en compte au titre de la désignation dite p-3 (priorité trois). Les réfugiés qui deviennent résidents permanents ou citoyens américains peuvent demander à parrainer des membres de la famille plus éloignée dans le cadre de la législation relative à l'immigration, mais les délais d'attente peuvent être très longs¹²⁴.

Les États d'asile ou de réinstallation peuvent très bien estimer qu'il est justifié d'accorder davantage d'importance aux préoccupations migratoires qu'aux préoccu-

mariages comme totalement contraignants au plan juridique tant qu'ils sont conformes au droit civil applicable. Il faut rappeler que les mariages au sein de certaines communautés réfugiées, comme les kurdes par exemple, sont des contrats entre familles qui ont été évalués avec soin au regard des intérêts de chaque famille et qui ne constituent pas des affaires privées entre deux personnes. Il n'est donc pas improbable que les conjoints ne consomment pas le mariage avant que le « mariage tribal » n'ait lieu, parfois bien après le document juridiquement contraignant signé devant le juge. Source : courrier électronique d'une représentation du HCR sur le terrain adressé aux auteurs, 22 juillet 2001.

121. Comité exécutif, Conclusion No. 88 (L), 1999, paragraphe b.ii).

122. Conseil de l'Europe, Assemblée parlementaire, Recommandation 1327 (1997), *supra* note 114, paragraphe 8.vii.o) ; Commission européenne, *Proposition modifiée de directive du Conseil sur le droit au regroupement familial*, COM (2000) 624 final, 10 octobre 2000, article 5.1.d)-e). Pour la jurisprudence de la Cour européenne des Droits de l'Homme, voir Lambert, *supra* note 35, pp ; 435-6.

123. *S.A.K. c. Moscow and Moscow Region Immigration Control Department*, Affaire civile No. 2-3688, District administratif central de Moscou, Tribunal municipal de Zamoskvoretzky, 10 mai 2001.

124. E. A. Dewey, Assistant Secretary of State for Population, Refugees and Migration, Département d'État américain, en réponse à des questions après témoignage devant le Subcommittee on Immigration, US Senate Judiciary Committee, 12 février 2002.

pations humanitaires lorsqu'il s'agit des membres de la famille « éloignée », mais le poids relatif attribué à ces préoccupations ne va pas de soi, et n'est pas nécessairement fondé sur des prémisses correctes. Il a été noté, par exemple, qu'au fur et à mesure que les pays se développent, leurs structures familiales évoluent vers une norme occidentale où les enfants adultes ne sont pas responsables de leurs parents et que, par conséquent, les agents chargés de l'instruction ne doivent pas fonder leurs décisions sur un concept dépassé de relativisme culturel favorisant la famille au sens large¹²⁵. Bien qu'il soit vrai que les sociétés traditionnelles changent, il est également important de reconnaître que la vie familiale dans toute région du monde évolue face aux nouvelles possibilités et aux nouveaux défis, tels que le nombre croissant d'enfants orphelins à cause du SIDA ou des conflits armés, la pénurie de terres et de logement, la fréquence croissante des divorces, la plus grande acceptation sociale et juridique des unions entre partenaires de même sexe, les progrès des technologies reproductives et la mobilité croissante à l'intérieur et entre les États¹²⁶.

Compte tenu des grandes variations relatives à la notion de famille, il est nécessaire d'adopter une approche souple¹²⁷. Le HCR estime que les États doivent adopter une interprétation pragmatique de la famille, tenant compte des facteurs de dépendance économique et affective, ainsi que des variations culturelles. Les familles doivent être comprises comme incluant les conjoints ; les personnes ayant conclu un mariage coutumier ; les partenaires de longue date, y compris les couples de même sexe ; et les enfants mineurs, au moins jusqu'à dix-huit ans¹²⁸. En aucun cas, les mineurs ne doivent être considérés comme « dépassant l'âge », au cours de la procédure. L'âge pertinent doit être déterminé à la date d'obtention du statut par le parent qui le parraine, et non à la date d'approbation de la demande de réunification. Dans les circonstances appropriées, les membres de la famille, comme les enfants à charge non mariés quel que soit leur âge, les ascendants proches à charge, d'autres parents proches à charge et les autres membres à charge de l'unité familiale, notamment les enfants adoptifs, ainsi que les fiancés, doivent être regroupés¹²⁹.

2. Personnes à charge

La dépendance est un facteur limitatif utile reconnu par de nombreux États pour déterminer si des membres de la famille plus éloignée doivent être regroupés. Alors qu'il n'existe pas de définition de la personne à charge acceptée au plan international, la définition opérationnelle du HCR est qu'une personne à charge est une

125. Van Krieken, *supra* note 35, p. 118.

126. Apap et Sitaropoulos, *supra* note 35, partie 1 ; Anderfuhren-Wayne, *supra* note 35, p. 360.

127. HCR, « Background Note », *supra* note 5, paragraphe 14.

128. La Recommandation Rec(2002)4 du Comité des Ministres du Conseil de l'Europe, 26 mars 2002, définit un enfant comme toute personne âgée de moins de dix-huit ans à moins que, selon la législation applicable à l'enfant, la majorité soit atteinte plus tôt.

129. HCR, Division de la protection internationale, *Resettlement Handbook* (édition révisée, Genève, avril 1998), ch. 4.6.7.b).

personne qui dépend, en grande partie et directement, d'une autre personne pour son existence, en particulier pour des raisons économiques, mais la dépendance affective est aussi prise en compte¹³⁰. Le fait d'envoyer de l'argent vers le pays d'origine peut parfois être un indicateur de la dépendance financière, mais ne suffirait bien entendu pas à remplacer l'aspect affectif et pratique de la relation familiale. Le principe de dépendance reconnaît que, dans la plupart des cas, la famille est composée de plus de personnes que les seuls membres nucléaires¹³¹. Il est important de noter que, dans de nombreuses cultures, les jeunes n'ayant pas atteint l'âge de la majorité, en particulier les jeunes femmes, sont considérés comme appartenant à la cellule familiale nucléaire jusqu'à leur mariage. Les parents âgés sont également considérés comme tels dans de nombreuses sociétés, et leurs enfants leur doivent protection et soins¹³².

3. Liens d'affection ou soutien mutuel

Les familles de réfugiés, plus que beaucoup d'autres, ont tendance à résulter du mélange des vestiges de familles classiques. Tandis que certains prétendent que seule la famille telle qu'elle existait avant le départ doit être reconnue aux fins de réunification, la réalité est que de nouvelles familles émergent souvent des expériences vécues par les réfugiés. Le traumatisme de la persécution et de la fuite, la fréquence des séparations familiales, et les exigences de la vie en exil créent beaucoup de familles de choix ou de circonstance. Ces unions ne peuvent être vues comme n'existant que pour des motifs de convenance ou d'immigration. Le droit international humanitaire reconnaît qu'une famille est composée des personnes qui se considèrent, et sont considérées par les unes et les autres, comme appartenant à la famille et qui souhaitent vivre ensemble¹³³. En matière de réunification, on doit accorder la même importance aux liens économiques et affectifs qu'aux relations fondées sur les liens de sang ou juridiquement consacrées¹³⁴.

130. *Ibid.*, ch. 4.6.5.

131. HCR, « Background Note », *supra* note 5, paragraphe 13.

132. Voir, par exemple, l'article XXXI de la *Charte africaine des droits et de la protection de l'enfant*, *supra* note 28 : « L'enfant [...] a le devoir a) d'œuvrer pour la cohésion de sa famille, de respecter ses parents, ses supérieurs et les personnes âgées en toutes circonstances et de les assister en cas de besoin [...] ». L'article 18 § 4 de la *Charte africaine des Droits de l'Homme et des Peuples*, *supra* note 22, énonce : « Les personnes âgées ou handicapées ont également droit à des mesures spécifiques de protection en rapport avec leurs besoins physiques ou moraux » et l'article 29 § 1 énonce : « L'individu a en outre le devoir [...] de respecter à tout moment ses parents, de les nourrir, et de les assister en cas de nécessité ». L'article 32 de la *CADH*, *supra* note 22, énonce : « Toute personne a des devoirs envers la famille ». L'article XXX de la *Déclaration américaine des droits et devoirs de l'homme*, 1948, Résolution XXX de l'OEA énonce : « les enfants ont le devoir de respecter à tout moment leurs parents et de les aider, de les nourrir et de les protéger en cas de nécessité ».

133. *Commentary to the Additional Protocols*, cité dans Secretariat of the Inter-Governmental Consultations, *Report on Family Reunification*, *supra* note 17, p. 357.

134. HCR, « Background Note », *supra* note 5, paragraphe 1.c).

F. Unité et réunification familiales pour les réfugiés reconnus au titre de la Convention de 1951 et pour les autres personnes ayant des besoins de protection : où et quand ?

Le droit à l'unité et à la réunification familiales est applicable de manière universelle. Comme exposé plus haut, la reconnaissance formelle de l'unité de la famille dans le contexte des réfugiés prend ses racines dans l'Acte final de la Conférence de plénipotentiaires qui a adopté la *Convention de 1951*¹³⁵. Toutefois, comme ce droit trouve son origine dans le droit international des droits de l'Homme, il ne dépend pas du statut formel des personnes qui le revendiquent¹³⁶. La question n'est donc pas de savoir si le droit à l'unité et à la réunification familiales est applicable à différentes catégories de personnes, mais quel(s) État(s) doi(ven)t prendre des mesures pour le garantir. La discussion qui suit est présentée par catégorie de demandeurs pour faciliter l'analyse et non pour établir une hiérarchie dans les droits.

1. Réfugiés au sens de la Convention de 1951

Les réfugiés reconnus au titre de la *Convention de 1951* sont généralement dans la position la plus avantageuse en matière d'unité et de réunification familiales, même en tenant compte des variations de traitement décrites plus loin. Comme la réunification ne saurait avoir lieu dans le pays d'origine, il appartient au pays d'asile de mettre en œuvre ce droit, au moins pour les membres de la famille rapprochée.

2. Réfugiés au sens de l'Organisation de l'Unité Africaine et de la Déclaration de Carthagène

La *Convention de l'OUA sur les réfugiés*¹³⁷ ne mentionne pas spécifiquement l'unité ou la réunification familiale. L'ensemble de la législation africaine en matière de droits de l'Homme constitue cependant une source importante pour les droits familiaux, comprenant notamment la seule convention régionale relative aux droits de l'enfant¹³⁸. En ce qui concerne l'unité de la famille, les situations d'afflux massif couvertes par la *Convention de l'OUA sur les réfugiés* n'impliquent en général pas de procédure individuelle de détermination du statut parce que les circonstances objectives prévalant dans le pays d'origine rendent le besoin de protection évident et/ou parce que le pays d'asile n'est pas en mesure de mener à bien une telle procédure en

135. Voir *supra* partie I et, pour le texte complet de la Recommandation B de l'Acte final, voir le texte à la note 42.

136. CDE, articles 2 et 22 ; *CDH*, Observation générale No. 15, *supra* note 38, paragraphe 1. Pour être applicables, les dispositions concernées en droit humanitaire supposent l'existence préalable d'un conflit armé.

137. *Convention de l'Organisation de l'Unité Africaine (OUA) régissant les aspects propres aux problèmes des réfugiés en Afrique*, Nations Unies, *Recueil des Traités*, vol. 1001, n° 3.

138. *Charte africaine des Droits de l'Homme et des Peuples*, *supra* note 22 ; *Charte africaine des droits et de la protection de l'enfant*, *supra* note 28.

raison du grand nombre de personnes concernées. Il ne doit donc pas être question de statut dérivé ou autre. Tous les membres de la famille, qu'ils soient ensemble ou séparés, doivent être reconnus sur une base *prima facie*, et c'est généralement le cas.

La réunification peut s'avérer compliquée quand un membre d'une famille est reconnu réfugié *prima facie* dans un pays, tandis qu'un autre fuit vers un pays d'asile qui n'a pas recours à la définition du réfugié au sens de l'OUA et qu'il n'est pas reconnu réfugié. Si le pays qui applique la définition du réfugié la plus large ne prévoit pas la réunification familiale, il peut n'y avoir aucune possibilité de réunification dans le pays appliquant la définition plus restrictive, dans la mesure où ce membre de la famille peut n'être considéré que comme un demandeur d'asile ou un bénéficiaire d'une forme subsidiaire de protection.

Comme la *Convention de l'OUA*, la *Déclaration de Carthage de 1984*¹³⁹ guide les pays confrontés à un afflux massif, quand le statut de réfugié est accordé à titre collectif. La *Déclaration de Carthage* reconnaît spécifiquement la réunification familiale comme un principe fondamental qui devrait être à la base du traitement humanitaire dans le pays d'asile.

3. Formes complémentaires de protection

La protection complémentaire fait référence à différents types de statut accordés aux personnes dont les demandes au titre de la *Convention de 1951* ont été rejetées après une procédure individuelle de détermination, mais qui ont néanmoins été considérées comme ayant besoin d'une protection internationale, par exemple, au titre de l'article 3 de la *Convention contre la torture* ou au sens de la définition donnée par l'OUA/Carthage en dehors de l'Afrique et de l'Amérique centrale¹⁴⁰. Les normes de traitement varient, mais les bénéficiaires de la protection complémentaire ont droit au respect de leurs droits fondamentaux, y compris le droit à l'unité et à la réunification familiales. Le droit à la réunification familiale du réfugié dans un pays d'asile est tiré du fait que le réfugié n'est pas en mesure de retourner chez lui, et non du texte de la *Convention de 1951* elle-même. Les personnes se trouvant dans une situation analogue d'incapacité de rentrer chez elles, doivent bénéficier de la même application du droit dans le pays d'asile.

Un certain nombre de pays étendent les droits à la réunification familiale aux bénéficiaires de la protection complémentaire. Le Comité des Ministres du Conseil de l'Europe a recommandé en particulier que les dispositions relatives au regroupement familial des réfugiés s'appliquent¹⁴¹, mais certains pays doivent encore garantir ce droit. Les États-Unis, par exemple, ne prévoient pas la réunification familiale pour les

139. *Déclaration de Carthage sur les réfugiés*, *supra* note 114.

140. HCR, *Formes complémentaires de protection*, UN doc. EC/GC/01/18, 4 septembre 2001. HCR, *Formes complémentaires de protection : nature et lien avec le régime international de protection des réfugiés*, UN doc. EC/50/SC/CRP.18, 9 juin 2000.

141. Conseil de l'Europe, Comité des ministres sur la protection subsidiaire, *supra* note 114, par. 6.

personnes protégées au titre de la *Convention contre la torture*¹⁴². Cela pose problème surtout parce que le retour n'est pas nécessairement envisagé comme une solution durable pour une personne encourant un risque de torture. Le fait que certains réfugiés au sens de la *Convention de 1951* se voient, à tort, accorder uniquement une protection complémentaire, est également préoccupant dans les pays où il existe une grande disparité entre les deux catégories en termes de réunification familiale¹⁴³.

4. Réponses aux afflux massifs

Le droit à l'unité de la famille s'applique dans les situations d'afflux massif. Ces situations mettent les autorités de l'État face au défi de préserver l'unité de la famille au milieu d'événements chaotiques et terrifiants. Compte tenu de la fréquence des séparations familiales pendant les situations d'afflux massif, maintenir ou rassembler les membres de la famille pose d'énormes problèmes pratiques¹⁴⁴. Qu'ils soient dans un camp de réfugiés ou dans une installation spontanée dans des zones rurales ou urbaines, les membres d'une famille, au sens très large, doivent avoir l'autorisation de rester ensemble et être aidés lorsqu'ils cherchent à être réunis.

L'enregistrement destiné à identifier les familles séparées¹⁴⁵, les recherches, l'assistance pour les communications et les transports et des mesures similaires, peuvent aider les proches mêlés à une importante population de réfugiés à rétablir un groupe familial. Des mesures doivent être prises dès que possible car les chances de réunification diminuent au fur et à mesure que le temps passe. Dans les camps pour les réfugiés albanais du Kosovo dans l'ex-République yougoslave de Macédoine, un centre téléphonique permettait aux réfugiés d'essayer de localiser leurs proches disparus ; au Rwanda, des circuits de bus permettaient aux parents rapatriés à la recherche de leurs enfants, de visiter les centres pour enfants non-accompagnés / séparés. Quand un camp de réfugiés doit être déplacé (loin d'une région frontalière instable, par exemple) ou consolidé lorsque la population du camp diminue, il faut veiller à ce que tous les membres d'un foyer soient en mesure de se déplacer ensemble. En particulier dans les situations d'afflux massif, les personnes qui travaillent à

142. Pub. L. 105-277, 112 Stat. 2681-822, octobre 1998.

143. Van Krieken, *supra* note 48, pp. 61-2.

144. Concernant l'exode rwandais, voir, par exemple, la *Déclaration commune sur l'évacuation des enfants non accompagnés du Rwanda* du CICR, du HCR, de l'UNICEF et de la Fédération internationale du Croissant rouge et des sociétés de Croix rouge, 27 juin 1994 ; M. Merkelbach, « Reuniting Children Separated from their Families after the Rwandan Crisis of 1994 : The relative Value of a Centralized Database », 82 *International Review of the Red Cross*, 2000, pp. 351-66 ; Petty, *supra* note 100, pp. 165-76.

145. HCR, *Practical Aspects of Physical and Legal Protection with Regard to Registration*, UN doc. EC/GC/01/6*, 19 février 2001. Comité exécutif, Conclusion No. 91 (LII), 2001, paragraphe a) reconnaît également « l'importance de l'enregistrement en tant qu'instrument de protection, y compris [pour] le regroupement familial des réfugiés et l'identification de ceux qui ont besoin d'une assistance spéciale ».

maintenir ou à rétablir l'unité de la famille doivent utiliser au maximum les efforts personnels des réfugiés eux-mêmes.

Les enfants non accompagnés et séparés requièrent une attention spéciale afin d'être regroupés avec leurs parents ou tuteurs et frères et sœurs dès que possible¹⁴⁶. Les efforts de recherche doivent être entrepris dès qu'un enfant non accompagné/séparé est identifié, à la fois par la comparaison des dossiers des enfants non accompagné/séparés et de ceux des parents dont les enfants ont disparu et par une enquête active à partir de l'expérience et de l'identité de l'enfant. Tandis que les tentatives de localiser la famille de l'enfant avancent, des mécanismes de garde par des membres de la famille plus éloignée ou par des familles d'accueil doivent être mis en place et évalués avec soin sous l'angle de la protection et de l'intérêt supérieur de l'enfant.

La plupart des enfants non accompagnés et séparés ont en fait des parents, ou d'autres membres de la famille, disposés et capables de prendre soin d'eux et qui peuvent être localisés grâce à des recherches diligentes. C'est la raison pour laquelle l'adoption ou d'autres modes de garde à long terme, ne doivent jamais être envisagés pendant une situation d'urgence et ils ne doivent être poursuivis qu'après que des recherches approfondies se sont avérées vaines¹⁴⁷. Les décisions relatives à la réunification avec les parents, ou d'autres membres de la famille, lorsque les recherches ont abouti, ou à d'autres dispositifs dans le cas contraire, doivent toujours être prises dans l'intérêt supérieur de l'enfant¹⁴⁸.

Dans les situations d'afflux massif, lorsque la majorité des personnes cherchant une protection internationale relève de la définition du réfugié au sens de la *Convention de 1951*, mais qu'une procédure individuelle de détermination du statut n'est pas possible, les États réagissent généralement en les reconnaissant comme des réfugiés sur une base *prima facie*, ou en leur accordant la protection temporaire. En principe, tous les membres de la famille présents doivent se voir accorder le même statut : réfugié *prima facie* ou protection temporaire. Le Comité exécutif a affirmé en particulier que le respect de l'unité de la famille était une « norme minimum humanitaire de base » dans les situations d'afflux à grande échelle¹⁴⁹ et a recommandé

146. HCR, *Refugee Children*, supra note 15, ch. 10.

147. *Convention de La Haye sur la protection des enfants et la coopération en matière d'adoption internationale*, 1993, en vigueur depuis le 1^{er} mai 1995. Voir HCR, *Recueil de traités et autres textes de droit international concernant les réfugiés et les personnes déplacées* (HCR, Genève, 1995), vol. I, pp. 356-69 et http://www.hcch.net/index_fr.php?act=conventions.text&cid=69. Voir aussi Conférence de La Haye sur le droit international privé, Commission spéciale, *Recommandation concernant l'application de la Convention de La Haye sur la protection des enfants et la coopération en matière d'adoption internationale aux enfants réfugiés et aux autres enfants déplacés au plan international*, 21 octobre 1994 ; Comité exécutif, Conclusion No. 88 (L), 1999, paragraphe c).

148. Article 3 de la CDE ; UNHCR, *Refugee Children*, supra note 15, ch. 10 ; Comité exécutif, Conclusion No. 47 (XXXVIII), 1987.

149. Comité exécutif, Conclusion No. 22 (XXXII), 1981, paragraphe II.B.2.h).

que la réunification familiale soit accordée aux personnes qui bénéficient de la protection temporaire¹⁵⁰.

La protection temporaire représente un outil d'urgence dans les situations d'afflux massif, qui suspend souvent la procédure individuelle de détermination du statut de réfugié et l'identification de la solution durable appropriée. Elle peut parfois conduire à un séjour prolongé dans le pays d'asile et un consensus émerge quant à la nécessité d'une réunification rapide pendant la protection temporaire. La directive récente de l'Union européenne relative à la protection temporaire exige que les États membres regroupent les membres de la famille proche situés dans l'UE, ainsi que les partenaires non mariés si l'État membre concerné les traite de manière comparable aux couples mariés dans le cadre de sa législation sur les étrangers, et leur permet de regrouper d'autres membres de la famille proche à charge. Les membres de la famille qui ne sont pas dans l'UE mais qui souhaitent être réunis avec un membre de leur famille, peuvent le faire s'ils démontrent qu'ils ont besoin d'une protection¹⁵¹.

Aux États-Unis, le statut de protection temporaire (TPS) ne permet pas la réunification familiale¹⁵². Cela est peut-être lié au fait que cette protection correspond à une reconduite différée, et n'équivaut pas aux programmes de protection temporaire qui existent ailleurs. Elle ne bénéficie qu'aux personnes déjà présentes sur le territoire américain au moment où leur pays est désigné comme pays pâtissant d'un conflit ou d'une catastrophe naturelle. Les personnes présentes aux États-Unis sans membres de famille ont sans doute choisi de voyager d'abord sans eux. Ce raisonnement ne prévoit cependant pas l'incapacité du bénéficiaire du TPS de se regrouper avec sa famille en retournant dans son pays. Il est important de noter que la plupart des pays qui ont participé au Programme d'évacuation humanitaire des réfugiés albanais du Kosovo en 1999, y compris les États-Unis, ont sélectionné les personnes à évacuer principalement sur la base des liens familiaux dans le pays d'accueil, bien que la définition des liens familiaux n'ait pas été uniforme. Les organisations qui ont mis en œuvre le programme ont essayé de maintenir l'unité de la famille au cours du processus et, après des premiers jours chaotiques, elles y sont parvenues avec succès.

5. Demandeurs d'asile

Dans la mesure où une décision n'a pas encore été rendue relativement au statut juridique des demandeurs d'asile, il peut s'avérer difficile de déterminer où ils doivent bénéficier du droit à l'unité et à la réunification familiales, ou quel État est responsable de la mise en œuvre de ce droit. Si les systèmes de détermination du sta-

150. Comité exécutif, Conclusion No. 15 (XXX), 1979, paragraphe e) : « Les États doivent faciliter l'admission sur leur territoire au moins du conjoint et des enfants mineurs ou à charge de toute personne qui s'est vu accorder temporairement refuge ou qui a obtenu l'asile durable ».

151. *Directive de l'UE relative à la protection temporaire*, supra note 114, article 15.

152. Loi américaine sur l'immigration et la nationalité, telle que modifiée (INA), section 244, 8 Code of Federal Regulations (CFR), section 244.2.

tut étaient rapides et efficaces, ce manque de clarté poserait peu de problèmes, mais il est connu que les systèmes d'asile ne sont ni rapides, ni efficaces, et la lenteur des procédures dans de nombreux pays est à l'origine d'énormes difficultés, en particulier quand les enfants sont séparés de leurs parents¹⁵³.

La réponse évidente consiste à accélérer les procédures d'asile mais cet objectif louable semble s'éloigner toujours plus. Il y a heureusement une reconnaissance générale, au moins en principe, que les enfants non accompagnés et séparés doivent bénéficier de procédures accélérées, mais ces mesures ne concernent même pas le droit à la réunification familiale des enfants restés dans un pays d'origine ou de transit ; aucun État n'a proposé de procédures accélérées pour les parents demandeurs d'asile séparés de leurs enfants. La réinstallation des enfants séparés de leurs parents, et restés dans le pays d'origine ou de transit, est également difficile car les pays de réinstallation estiment souvent que le pays dans lequel la demande d'asile d'un membre de famille est pendante doit accepter les autres membres de la famille.

Quelques mesures limitées ont été prises pour régler la situation. En vertu de la *Convention de Dublin*, si le demandeur d'asile a un membre de sa famille qui s'est vu reconnaître la qualité de réfugié au sens de la *Convention de 1951*, cet État est responsable de l'examen de la demande¹⁵⁴. Malheureusement, compte tenu de la lenteur des procédures et des délais qui s'ensuivent pour la réunification, les membres de famille dans différents États dont les demandes d'asile sont en cours ne sont pas couverts¹⁵⁵.

Les propositions présentées par la Commission européenne pour modifier la Convention de Dublin renforcent les dispositions relatives à l'unité de la famille¹⁵⁶. Elles ajoutent des critères supplémentaires notamment le fait que, lorsque le demandeur d'asile est un mineur non accompagné, la responsabilité de l'examen de sa demande incombe à l'État membre où se trouve un membre de sa famille en mesure de le prendre en charge. Il n'y a pas de disposition relative au statut formel de l'autre membre de sa famille. Un autre critère alloue la responsabilité de l'examen de la

153. Par exemple, deux enfants séparés, reconnus réfugiés par le HCR dans un pays situé en dehors de l'Union européenne en tant que réfugiés sous mandat, essaient de rejoindre leur mère dans un État membre de l'UE depuis 1997. Leur père a récemment été reconnu réfugié dans un autre pays de l'UE, ce qui permet aux enfants de bénéficier de la réinstallation. Source : courrier électronique d'une représentation du HCR sur le terrain adressé aux auteurs, 25 juin 2001.

154. Article 4 de la *Convention relative à la détermination de l'État responsable de l'examen d'une demande d'asile présentée dans l'un des États membres des Communautés européennes (Convention de Dublin)*, 1990, JO 1997 C254, 19 août 1997, p. 1. Tous les États membres de l'UE sont parties à la Convention.

155. Hurwitz, *supra* note 118, p. 653, où d'autres situations sont examinées de manière plus détaillée.

156. Commission européenne, *Proposition de règlement du Conseil établissant les critères et mécanismes de détermination de l'État membre responsable de l'examen d'une demande d'asile présentée dans l'un des États membres pour un ressortissant d'un pays tiers*, COM (2001) 447 final, 26 juillet 2001 (ci-après *Proposition de Dublin II*), en particulier les paragraphes 6 et 7 du Préambule et les articles 5-8.

demande à un État membre où se trouve un autre membre de la famille, en tant que demandeur d'asile qui attend une décision dans le cadre de la procédure normale, s'opposant de ce fait à ce que cela soit seulement possible pour un réfugié reconnu.

L'Assemblée parlementaire du Conseil de l'Europe a recommandé que les membres d'une même famille soient autorisés à être réunis pendant les procédures de détermination du statut de réfugié¹⁵⁷. Le Conseil européen sur les réfugiés et les exilés (CERE/ECRE) a également recommandé que les membres d'une famille contraints de demander l'asile dans différents pays soient autorisés à poursuivre leurs demandes ensemble dans un seul pays¹⁵⁸.

Il est compréhensible que les États ne soient pas extrêmement désireux de traiter les demandes de réunification de demandeurs d'asile pour lesquels ils ont des difficultés à traiter les demandes. Compte tenu de la faiblesse des ressources étatiques, il serait toutefois utile d'explorer les possibilités de regrouper les membres de la même famille qui demandent l'asile dans différents pays, en particulier si la procédure de détermination de la demande est en cours depuis six mois ou risque de durer plus de six mois. La jonction des demandes au moins potentiellement liées, la recherche de témoignages et de preuves seraient plus efficaces en termes de coût que des procédures parallèles dans différentes juridictions et, comme l'a reconnu la Commission européenne, cela rendrait certainement la prise de décision plus cohérente¹⁵⁹.

6. Personnes déplacées à l'intérieur de leur propre pays

La séparation des familles est une caractéristique des déplacements internes comme externes. En Angola, par exemple, deux tiers des quelque 3,8 millions de personnes déplacées à l'intérieur du pays ont moins de quinze ans. La plupart de ces enfants sont séparés de leurs familles, et encourent d'importants risques d'enrôlement forcé et d'enlèvement. Bien que la réunification ne pose alors pas de problèmes d'obtention de la permission d'aller dans un autre pays, les problèmes peuvent survenir quand la liberté de circulation est limitée. En Angola, des combattants ont refusé d'autoriser des civils à passer des zones de conflit vers des zones plus sûres.

La reconnaissance de plus en plus grande de la responsabilité de l'État en matière de réunification familiale dans les situations de déplacement interne peut être perçue dans l'évolution entre les termes du *Protocole additionnel II de 1977*, qui mentionne « toutes les mesures appropriées » pour « faciliter » le regroupement, et les dispositions plus détaillées de la *Charte africaine de 1990 relative aux droits et à la*

157. Assemblée parlementaire du Conseil de l'Europe, Recommandation 1327 (1997), *supra* note 114, paragraphe 8.vii.p).

158. Conseil européen sur les réfugiés et les exilés (ECRE), *Position on Refugee Family Reunification*, juillet 2000.

159. Commission européenne, *Proposition de Dublin II*, *supra* note 156, p. 13.

protection de l'enfant, qui recommande « toutes les mesures nécessaires » pour « retrouver et réunir »¹⁶⁰.

V. Le cadre juridique de la pratique des États

A. Le cadre juridique du droit à l'unité et à la réunification familiales

Le Comité exécutif du HCR, et le HCR lui-même, ont attiré l'attention sur la nécessité de mettre en œuvre le droit à l'unité et à la réunification familiales dans la législation nationale¹⁶¹. Le Comité des droits de l'enfant a également recommandé à un certain nombre d'États d'asile, notamment l'Australie, la Finlande, le Kenya et la Norvège, d'instaurer un tel cadre juridique ou de l'améliorer¹⁶². Ces dispositions constituent un moyen important de mise en œuvre des normes internationales et représentent la meilleure pratique, dans une approche fondée sur les droits, pour la protection de la famille des réfugiés. Les États devraient adopter une législation mettant en œuvre expressément le droit à l'unité et à la réunification familiales pour les réfugiés et les autres personnes ayant besoin d'une protection internationale.

Dans l'Union européenne, un cadre juridique harmonisé pour la mise en œuvre du droit à la réunification familiale verra le jour dès l'adoption de la proposition modifiée de directive du Conseil¹⁶³. Ce document prévoit, à juste titre, un traitement plus favorable, à certains égards, pour les familles de réfugiés, par rapport aux familles de migrants, mais il suscite également quelques inquiétudes dans un certain

160. L'article 4 § 3.b) du *Protocole additionnel II aux Conventions de Genève*, supra note 29, énonce : « Toutes les mesures appropriées doivent être prises pour faciliter le regroupement des familles temporairement séparées ». L'article XXV.2.b) de la *Charte africaine relative aux droits et à la protection de l'enfant*, supra 28, énonce : « Les États parties s'engagent à veiller à ce que [...] toutes les mesures nécessaires soient prises pour retrouver et réunir l'enfant avec ses parents ou ses proches lorsque la séparation est causée par un déplacement interne et externe provoqué par des conflits armés ou des catastrophes naturelles ». Voir aussi *Principes directeurs relatifs aux déplacements internes*, supra note 115, Principe 17.3.

161. Comité exécutif, Conclusion No. 85 (XLIX), 1998, paragraphe x) ; HCR, « Background Note » supra note 5, paragraphe 1.b) : « Cela nécessite que les États prennent des mesures, notamment législatives, pour préserver l'unité de la famille. Cela implique également des mesures corollaires pour réunir les familles qui ont été séparées, au moyen de programmes d'admission, de réunification et d'intégration ».

162. Comité des droits de l'enfant, « Observations finales sur l'Australie », supra note 95, paragraphe 30. Comité des droits de l'enfant, « Observations finales sur la Finlande », UN doc. CRC/C/15/Add.132, 16 octobre 2000, paragraphes 37-8. Comité des droits de l'enfant, « Observations finales sur le Kenya », UN doc. CRC/C/15/Add.160, 7 novembre 2001, paragraphe 56. Comité des droits de l'enfant, « Observations finales sur la Norvège », UN doc. CRC/C/15/Add.126, 28 juin 2000, paragraphes 32-3.

163. Commission européenne, *Proposition modifiée de directive du Conseil relative au droit au regroupement familial*, supra note 122.

nombre d'autres domaines¹⁶⁴. Il semble que seule la réunification avec des membres de la famille nucléaire (conjoint et enfants mineurs) sera obligatoire, tandis que les couples de même sexe, les partenaires non mariés, les couples mariés selon la coutume et les membres de la famille élargie pourront seulement se réunir en fonction du pouvoir discrétionnaire de l'État. Quelques États souhaitent fixer l'âge maximal pour la réunification avec les enfants à douze ans seulement, quoique cet âge puisse être plus élevé pour les enfants réfugiés. Les négociations futures relatives à cette proposition devront être suivies de près pour garantir qu'elles établissent un point de repère positif pour la mise en œuvre du droit à la réunification familiale.

1. États ayant adopté des dispositions relatives à l'unité et à la réunification familiales des réfugiés

Les États qui ont adopté des principes relatifs à l'unité et à la réunification familiales l'ont fait au moyen de diverses dispositions législatives et administratives¹⁶⁵. Les éléments de base peuvent être énoncés de manière simple, comme dans la législation de Bosnie-Herzégovine :

Le statut de réfugié est, en principe, étendu au conjoint et aux enfants mineurs, ainsi qu'aux autres personnes à charge, s'ils vivent dans le même foyer. Des visas d'entrée sont accordés aux personnes à charge des bénéficiaires de l'asile¹⁶⁶.

Des formulations plus compliquées peuvent être trouvées, par exemple, dans la législation américaine qui prévoit trois voies différentes pour la réunification familiale des réfugiés. Premièrement, un système prioritaire donne à certains réfugiés, ayant des proches aux États-Unis, un accès préférentiel à la réinstallation s'ils sont eux-mêmes considérés comme ayant une crainte fondée de persécution¹⁶⁷. Deuxièmement, il existe un programme de visa pour les proches de réfugiés qui est fondé sur un statut dérivé et qui n'exige pas que ces proches démontrent une crainte de persécution. Troisièmement, les procédures normales d'immigration familiale

164. Voir, par exemple, CERE/ECRE, *Position on Refugee Family Reunification*, supra note 158 ; Caritas Europa-Migration Commission et autres ONG, *Europe's Position on the Amended EU Commission Proposal for a Council Directive on the Right to Family Reunification*, supra note 25.

165. Voir Secretariat of the Inter-Governmental Consultations, *Report on Family Reunification*, supra note 17, pour un résumé des politiques menées en Australie, Belgique, Canada, Danemark, Finlande, Allemagne, Italie, Pays-Bas, Norvège, Espagne, Suède, Suisse, Royaume-Uni et États-Unis. Voir aussi HCR, « Integration Rights and Practices with Regard to Recognized Refugees in the Central European Countries », *European Series*, vol. 5, No. 1, 2000, ch. VI, « Family Unity and Reunification », pour une analyse complète des politiques menées, et des structures établies, dans des pays comme la Bulgarie, la République tchèque, la Hongrie, la Pologne, la Roumanie, la Slovaquie et la Slovénie.

166. Bosnie-Herzégovine, Loi relative à l'immigration et à l'asile, 1999, article 54 (traduction libre). La loi irakienne sur les réfugiés, No. 51-1971, article 11.3, est encore plus succincte : « La personne qui a été admise comme réfugié en Irak a le droit de faire venir les membres de sa famille légalement reconnus comme personnes à charge » (traduction libre).

167. Sur les trois priorités fondées sur la famille (P3, 4 et 5), seule la catégorie P3 est actuellement utilisée, et ce seulement pour six pays, tous en Afrique. INA, section 207, 8 CFR section 207.

sont ouvertes à tous les résidents permanents, statut généralement accessible aux réfugiés une année seulement après la réinstallation aux États-Unis¹⁶⁸.

Des exigences irréalistes ou excessivement strictes en matière de documents constituent un problème courant dans l'application de la législation relative à l'unité et à la réunification familiales. Bien que les États soient légitimement préoccupés par la fraude, il convient de rappeler que les réfugiés sont souvent dans une situation qui ne leur permet pas d'obtenir des documents tels que des passeports ou des certificats de mariage, de divorce, de naissance et de décès. Les femmes et les jeunes filles originaires de certains pays pourvoyeurs de réfugiés, comme l'Afghanistan, ont beaucoup moins de probabilités que les hommes de posséder des documents de voyage valables. Au Bélarus, par exemple, dont la législation nationale contient des dispositions relatives à l'unité de la famille, il existe plusieurs cas de couples mariés sans enfants pour lesquels a été exigée une preuve écrite de leur mariage¹⁶⁹.

Les États doivent rester souples dans leurs exigences en matière de documents, en acceptant les déclarations écrites sous serment, et d'autres preuves, en lieu et place de documents non disponibles. Une recherche concluante en termes d'identité, au cours de la procédure de détermination du statut, doit être décisive concernant la réunification. Dès l'obtention du statut de réfugié, le pays d'asile doit délivrer des documents de voyage au réfugié et à tous les membres de la famille présents. Si des documents de voyage n'existent pas pour certains membres de la famille, le pays d'asile et tout pays de transit doivent accepter un document de voyage émis par le Comité International de la Croix Rouge (CICR). Les documents de voyage et les visas doivent être délivrés gratuitement.

Certains États exigent que le réfugié soit résident depuis un certain temps, ou qu'il ait atteint un certain statut, avant d'avoir le droit de demander la réunification familiale. Les États doivent accorder le statut de résident permanent dès la reconnaissance du statut de réfugié et les droits correspondants en termes de réunification familiale.

Dans de nombreux États, un statut intérimaire, comme l'« *exceptional leave to remain* » (ELR, permis de séjour exceptionnel) accordé au Royaume-Uni, ne permet pas de bénéficier du droit à la réunification familiale, bien que le Home Office (Ministère de l'intérieur) britannique examine les demandes après quatre années suivant l'obtention de ce statut — sauf circonstances « compassionnelles » particulièrement graves. Les demandeurs doivent montrer qu'ils ont les moyens d'entretenir et de loger leurs proches sans peser sur les fonds publics. La plupart des détenteurs

168. INA, sections 207(c)(2) et 208(b)(3), 8 CFR section 207.7 et 8 CFR section 208.20 ; INA, section 209, 8 CFR section 209.

169. Loi de la République du Bélarus sur les réfugiés, 1995, article 10, procédure de détermination du statut de réfugiés pour les étrangers. Voir aussi le décret du Président de la République du Bélarus, No. 229, 24 novembre 1994, article 10 : « Approbation des règles de procédure pour l'octroi de l'asile aux citoyens étrangers et aux personnes apatrides » (traduction libre).

du ELR peuvent se voir accorder un permis de séjour indéfini au bout de quatre ans, mais les mêmes conditions d'entretien et de logement s'appliquent s'ils veulent faire venir leurs proches¹⁷⁰.

Afin de dissuader le trafic illicite de migrants, l'Australie a, de fait, interdit la réunification familiale des réfugiés reconnus, s'ils sont entrés sans autorisation¹⁷¹. Ces réfugiés ne peuvent pas non plus rendre visite à leur famille dans un pays tiers, car ils perdraient leur droit à entrer de nouveau sur le territoire australien. Cette politique est clairement en violation avec les obligations conventionnelles de l'Australie en vertu de la *Convention relative aux droits de l'enfant* et du *Pacte international relatif aux droits civils et politiques*, ainsi que de la *Convention de 1951*. De plus, son effectivité est discutable : le risque évident est que cela encourage les membres de la famille situés à l'extérieur à avoir eux-mêmes recours à un passeur pour tenter de rejoindre les membres de la famille déjà présents sur le territoire.

L'entrée non autorisée ne doit pas empêcher l'unité ou la réunification familiale, et les demandes de réunification familiale ne doivent pas être utilisées pour réexaminer la demande ou le statut du demandeur principal. Les procédures d'interception doivent permettre l'asile dans le pays qui intercepte, si le réfugié a des membres de sa famille dans ce pays¹⁷².

2. États ayant adopté des dispositions générales sur l'immigration relatives à l'unité et à la réunification familiales

Il est préférable de disposer d'une législation garantissant l'unité et la réunification familiales plutôt que de n'en avoir aucune, mais les dispositions relatives à l'immigration ne conviennent en général pas au contexte des réfugiés. La mise en œuvre de l'unité et de la réunification familiales dans le contexte des réfugiés implique une obligation de protection, une recherche de solutions durables et un engagement humanitaire envers la reconstruction de la vie des réfugiés, or aucun de ces éléments ne fait habituellement partie des programmes d'immigration¹⁷³. En l'absence de dispositions législatives ou administratives spécifiques aux réfugiés, il

170. Voir Immigration Directorate, « Instructions », décembre 2000, ch. 11, section 2, permis d'entrée/séjour exceptionnel, installation et regroupement familial, article 14.3.

171. Migration Amendment Regulations 1999 (No. 12) et 1999 (no. 243) ; Migration Amendment (Excision from Migration Zone) (Consequential Provisions) Act 2001, Part 4. En vertu de cette législation, depuis septembre 2001, un demandeur d'asile arrivant de manière autonome en Australie, et ayant passé sept jours ou plus dans un pays où il aurait pu demander et obtenir une protection effective, qui est reconnu réfugié, ne se voit accorder que des visas temporaires d'une durée de trois ans. Il n'a donc jamais la possibilité d'obtenir un permis de séjour sûr, ni des documents de voyage, ni la réunification familiale en Australie. Voir aussi US Committee for Refugees, *Sea Change : Australia's New Approach to Asylum Seekers* (US Committee for Refugees, Washington DC, février 2002).

172. Voir aussi la partie sur l'article 31 rédigée par G.S. Goodwin-Gill dans la Partie 3.1 de cette publication.

173. HCR, « Background Note », *supra* note 5, paragraphe 8.

est difficile de parler d'une approche fondée sur les droits à l'unité et à la réunification familiales, qui prenne en compte les différences de situation entre réfugiés et migrants.

En plus des obstacles décrits dans la partie précédente, des problèmes supplémentaires surviennent lorsque les questions d'unité de la famille concernant les réfugiés sont régies par la législation sur l'immigration. Un grand nombre de ces dispositions contiennent des critères restrictifs fondés sur les liens du sang ou les liens juridiques, le statut juridique et la durée de séjour du demandeur dans le pays d'accueil, les quotas et, dans certains cas, le potentiel d'intégration du membre de la famille¹⁷⁴. Dans de nombreux pays, des conditions de revenus et/ou de logement sont imposées au réfugié pour qu'il puisse parrainer un membre de sa famille plus « éloigné » tel qu'un parent âgé ; certains pays imposent même ces conditions pour des membres de la famille proche. Dans certains pays, les réfugiés reconnus rencontrent des difficultés pour obtenir les permis de séjour nécessaires pour demander la réunification avec les membres de leur famille nucléaire.

Le pouvoir discrétionnaire de l'État concernant la famille du réfugié est trop souvent exercé d'une manière arbitraire, incompatible avec les principes juridiques internationaux. Les exemples suivants de pratiques problématiques sont tirés de l'Allemagne, mais peuvent également se trouver dans d'autres pays : les visas d'entrée pour les membres de la famille sont parfois refusés par les missions par erreur ou sans explication ; la séparation de la famille elle-même n'est plus considérée comme une raison humanitaire suffisante pour justifier la réunification ; les conditions de revenu et de logement sont appliquées de manière stricte, sans examen des circonstances propres à la personne et des ressources de la famille ; des passeports valables et des documents originaux sont exigés, même s'ils ne peuvent pas être fournis ; il est conseillé aux réfugiés d'essayer de se regrouper avec les membres de leur famille dans un pays d'asile différent et les demandes de réunification sont utilisées pour réexaminer et parfois révoquer le statut du demandeur principal¹⁷⁵.

174. *Ibid.*, paragraphe 7.

175. Deux cas récents, dans d'autres pays, en matière de réunification de réfugiés reconnus avec les membres de la famille nucléaire, sont tirés de courriers électroniques adressés aux auteurs par le personnel d'une représentation du HCR sur le terrain. Dans le premier cas, une femme afghane avec deux filles a été reconnue réfugiée dans un pays d'asile ; son mari et leurs deux fils se trouvaient dans un pays de transit. Leur première demande en vue de rejoindre l'épouse et les filles a été rejetée par erreur pour des raisons financières qui, en vertu de la législation de ce pays, ne s'appliquent qu'aux cas d'immigration ordinaire et non aux réfugiés. Les représentations du HCR dans les deux pays ont dû intervenir pour rectifier l'erreur. Leur deuxième demande a été refusée par la suite parce que le mari et la femme avaient des noms de famille différents, bien que cela corresponde à la tradition établie et bien connue dans leur pays. Les deux représentations du HCR sont de nouveau intervenues pour clarifier la situation. Les visas d'entrée ont finalement été délivrés le 18 juillet 2001 après un délai d'une année. Dans le deuxième cas, un homme afghan a été reconnu réfugié dans un pays d'asile. Sa femme a fait une demande de réunification familiale à partir de son pays de premier asile, en déposant une documentation fournie, y compris son certificat de mariage et une copie des papiers d'identité de son mari. La

3. États n'ayant adopté aucune législation interne

L'unité et la réunification familiales ne sont pas considérées comme une priorité dans certains États et, par conséquent, aucune politique et aucune procédure n'ont été instaurées. Les représentations du HCR dans ces pays essaient de mettre en place des procédures avec les autorités locales pour trouver, au cas par cas, des solutions à ces questions. Une représentation du HCR rapporte que « ces efforts prennent effectivement beaucoup de temps et il existe une crainte constante de s'engager dans des situations qui traînent en longueur¹⁷⁶ ». Dans d'autres pays, comme l'Équateur, avec un nombre de dossiers limité (six conjoints regroupés en 2000) et une politique ouverte, souple et rapide de la part du gouvernement, la réunification familiale s'effectue sans difficulté.

Dans les États où aucune procédure de réunification familiale n'est mise en place, les membres de la famille doivent généralement déposer leur demande dans une mission diplomatique. S'il n'en existe pas dans le pays où ils résident, ils doivent envoyer leur demande par courrier à une mission située dans un autre pays. Cela augmente considérablement la durée, la difficulté et le coût du processus.

Dans les pays où le HCR mène lui-même la procédure de détermination du statut de réfugié, il encourage l'unité de la famille au moyen des procédures tant de détermination du statut que de réunification familiale. En termes de détermination du statut, l'expérience montre que la meilleure pratique consiste à instaurer une procédure spécifique pour les demandes fondées sur l'unité de la famille avec un réfugié reconnu déjà installé dans le pays d'asile. Tout d'abord, ces demandes doivent être examinées rapidement pour des raisons de protection et pour rétablir l'unité de la famille ; deuxièmement, la grande majorité d'entre elles sont manifestement fondées et peuvent être traitées rapidement¹⁷⁷. Les États doivent envisager d'instaurer un système similaire.

Les demandeurs d'asile doivent être informés de la possibilité de demander la réunification familiale sans passer par la procédure standard de détermination du statut. Pour identifier les demandes frauduleuses, il est important d'avoir des critères objectifs concernant les considérations socioéconomiques et personnelles et l'appartenance à un même ménage, afin de déterminer la dépendance. Après entretien avec le demandeur principal et la personne à charge nouvellement arrivée, soit cette dernière sera jointe au dossier du demandeur principal et obtiendra un statut dérivé, soit elle sera rejetée. Une décision négative en matière d'unité de la famille ne peut pas être contestée, bien que la personne à charge ayant fait l'objet d'une décision

mission du pays d'asile a refusé leur demande, de manière erronée, en remettant en question, sans donner de raison, le fait que le mari ait réellement été reconnu réfugié. Les représentations du HCR dans les deux pays ont dû intervenir. Le visa a finalement été délivré le 18 juillet 2001 après un délai de sept mois

176. Courrier électronique d'une représentation du HCR sur le terrain adressé aux auteurs, 24 juin 2001.

177. La représentation régionale du HCR au Caire adopte cette approche.

négative puisse déposer une demande d'asile dans le cadre de la procédure normale de détermination du statut.

Dans les pays où le gouvernement ne reconnaît pas officiellement le statut de réfugié reconnu par le HCR sous son mandat, le statut de réfugié sous mandat d'un membre de la famille proche n'est généralement pas reconnu non plus comme fondement pour la délivrance d'un visa ou d'un permis de séjour, ce qui supprime toute possibilité de réunification pour la famille. La réinstallation devient alors la seule option juridique possible pour trouver une solution durable.

VI. Les procédures administratives et de mise en œuvre dans la pratique des États

Même dans les États dont la législation prévoit des dispositions spécifiques en matière d'unité ou de réunification familiales, les procédures complexes et qui traînent en longueur, créent d'énormes difficultés pour les familles concernées¹⁷⁸ et imposent au HCR et aux autres organisations les assistant, le recours à des ressources humaines inhabituelles¹⁷⁹. Comme pour beaucoup de questions de principe, le diable se cache dans les détails de la mise en œuvre. Malgré le cadre fourni par le droit international, les États réticents à laisser entrer des étrangers se sont gardés une large marge de manœuvre pour tergiverser sur les mécanismes réels de protection familiale. Les parties précédentes ont montré que, dans de nombreux cas, la législation nationale relative aux réfugiés, à l'asile et à l'immigration, crée des obsta-

178. « Dans nos contacts quotidiens avec les personnes placées sous notre mandat, nous sommes souvent confrontés aux effets stressants de la rupture de l'unité de la famille pour les réfugiés, qui s'ombrent souvent dans une dépression profonde en particulier, comme c'est souvent le cas, quand la séparation du conjoint et des enfants traîne en longueur et qu'il existe peu/pas de possibilités de communication ». Source : courrier électronique d'une représentation du HCR sur le terrain adressé aux auteurs, 6 août 2001. « Le processus de réunification prend longtemps, ce qui crée parfois des situations où les [réfugiés] perdent espoir ». Source : courrier électronique d'une représentation du HCR sur le terrain adressé aux auteurs, 27 juillet 2001. Voir aussi Refugee Council of Australia (Conseil australien des réfugiés), « Discussion Paper », *supra* note 9, qui comprend un certain nombre de cas urgents de familles de réfugiés séparés, tous bénéficiaires des organisations membres du Refugee Council of Australia.

179. Extraits de trois courriers électroniques adressés aux auteurs de la part d'une représentation du HCR sur le terrain : « [La représentation X] essaie d'avoir recours à toute intervention possible d'autres représentations du HCR dans les pays concernés et de la Croix Rouge, concernant les obstacles rencontrés dans les cas de réunification familiale. Ces derniers apportent un soutien important mais le problème général subsiste néanmoins », 25 juin 2001. « La réunification familiale en provenance [du pays Y] constitue parfois [...] une procédure assez longue, et souvent très bureaucratique exigeant des ressources en personnel assez considérables, afin de suivre les cas individuels, de faire le lien avec les ambassades, etc. », 6 août 2001. « Le HCR passe vraiment du temps avec les réfugiés/nationaux pour leur expliquer la procédure de réunification familiale, en insistant sur le fait que cela prend du temps et sur le type d'aide qu'ils peuvent attendre de nous », 10 juillet 2001.

cles à l'unité de la famille des réfugiés. La législation accorde souvent un important pouvoir discrétionnaire à l'administration, qui peut aller soit en faveur, soit à l'encontre des familles de réfugiés souhaitant se regrouper.

Les États doivent instaurer des procédures administratives rationalisées et standardisées pour garantir l'unité et la réunification familiales, avec des procédures accélérées pour les cas impliquant des enfants non accompagnés ou séparés. Les États doivent allouer les ressources adéquates pour le recrutement, la formation, la recherche, les frais de voyage, les exonérations de taxes, les tests et les autres frais liés à l'unité et à la réunification familiales.

A. Procédures de demande

Les missions diplomatiques à l'étranger ignorent souvent ou sont indifférentes aux dispositions de la législation nationale en matière de réfugiés. Par exemple, les États-Unis permettent à leur personnel d'ambassade de faire remonter les cas urgents de protection aux fins de réinstallation mais cette possibilité n'est presque jamais utilisée. Les représentations du HCR sur le terrain sont souvent sollicitées pour intervenir dans des cas où des demandes d'unité de la famille ont été rejetées, suite à une application incorrecte des lois et règlements du pays dans lequel l'intéressé cherche à entrer. La modification de ces décisions nécessite une étroite coopération entre les représentations sur le terrain dans les deux pays — ou plus — où les membres séparés de la famille résident.

Certains États, notamment les pays nordiques, exigent que les demandes de réunification soient amorcées auprès d'une mission diplomatique à l'étranger, comme c'est également généralement le cas dans les pays qui ne disposent pas d'une procédure de réunification familiale (décrits dans la partie V.A.3 ci-dessus). S'il n'y a pas d'ambassade ou de consulat dans le premier pays d'asile, cela peut causer davantage de difficultés et de retards, dans la mesure où cela donne lieu à des communications de longue distance et à des envois de documents. Les familles de réfugiés qui ne résident pas dans ou près de la capitale, estiment que l'exigence de multiples entretiens et de présentation de documents auprès d'une ambassade, ralentit la procédure de réunification et revient très cher. D'autres pays exigent que le parent qui fait venir sa famille engage la procédure de demande. C'est généralement un processus plus satisfaisant, bien que les communications avec la famille qui attend et avec les agents consulaires appropriés puissent être difficiles.

Un certain nombre de pays exigent que les demandes de réunification familiale soient faites quand le demandeur d'asile traverse la frontière, ou quand le réfugié fait sa demande de réinstallation — dans les deux cas à un moment où le demandeur peut ne pas comprendre totalement la procédure. Si la demande n'est pas déposée à ce moment, la famille a peu de chances d'être autorisée à être réunie. Dans certains cas toutefois, une demande déposée à la frontière peut permettre à un membre de la famille du réfugié de passer outre certaines conditions, plus strictes et qui prennent du temps, applicables aux demandes faites depuis l'étranger. Par exem-

ple, en Pologne, si une demande de reconnaissance du statut de réfugié au titre de la réunification familiale n'est pas déposée à la frontière, la famille est de fait dans l'incapacité de faire usage de l'article 44 de la loi de 1997 sur les étrangers, qui accorde le statut de réfugié aux membres de la famille vivant avec un réfugié en Pologne. En pratique, la réunification familiale a cependant souvent lieu sur un fondement plus informel, dans la mesure où une ordonnance dispose que les autorités responsables doivent, en fonction des possibilités existantes, aider la famille à obtenir le droit d'entrer en Pologne¹⁸⁰.

L'accès à l'information concernant les procédures de réunification familiale constitue un problème courant. Les réfugiés eux-mêmes ne savent souvent pas où obtenir les informations à ce sujet, ou comment savoir où en est leur demande. Il existe souvent une confusion sur la question de savoir qui dans la famille (les personnes à l'étranger ou celles dans le pays) doit engager la procédure, quelle institution est responsable pour la mettre en œuvre (les ambassades, le HCR, le CICR, les ONG), ce qui est requis pour constituer le dossier, et quelles sources d'informations et d'aide financière existent. En général, les informations précises concernant les conditions à remplir — et tout ce qui est nécessaire en termes de formulaires, de paiements de frais de dossier, de documents, etc. — sont plus facilement accessibles dans le pays où la réunification familiale est souhaitée. Le fait de permettre à un membre de la famille, qui réside déjà dans ce pays, d'engager les procédures, faciliterait la réunification familiale. Les consulats et les représentations du HCR sur le terrain devraient diffuser des informations relatives à ces procédures aux personnes éligibles.

La plupart des pays autorisent les enfants mineurs à rejoindre leurs parents reconnus réfugiés au titre de la *Convention de 1951*. Toutefois, la lourdeur de la procédure implique un délai tel que les enfants mineurs « dépassent l'âge » limite pour la réunification, avant que la procédure ne soit menée à son terme. Pour éviter ce problème, qui peut avoir des conséquences graves pour la famille concernée, la meilleure pratique consiste à permettre à un enfant n'ayant pas atteint l'âge de la majorité au moment du dépôt de sa demande, de terminer la procédure et de rejoindre les membres de sa famille quel que soit son âge au moment où la procédure aboutit.

B. Délais de traitement

Les membres de la famille du réfugié sont souvent confrontés à de longs délais pour l'obtention de visas d'entrée de la part des services consulaires. En particulier dans les missions diplomatiques situées dans les pays à proximité de flux importants de réfugiés, le traitement de ces demandes par les autorités nationales est en général lent. Mi-2001, la mission d'un pays faisait part d'une période d'attente de six mois avant que les premiers entretiens puissent être menés à Damas (Syrie), et d'un an à Islamabad (Pakistan). Après le dépôt de la demande, il était fréquent que

180. Représentation du HCR à Varsovie, courrier électronique adressé aux auteurs, 28 juin 2001.

les autorités prennent jusqu'à un an pour traiter la demande et rendre une décision¹⁸¹. Compte tenu des délais de traitement, le statut juridique des membres de la famille peut souvent devenir caduc et leur causer des problèmes de protection supplémentaires. La pression sur leurs ressources financières peut également être très importante.

Le traitement des visas au titre de la réunification familiale aux États-Unis sur le fondement d'un statut dérivé (VISAS 92 et 93) est actuellement très lent, à la fois à cause des capacités de traitement limitées dans les consulats des pays d'où émanent la plupart des demandes, et parce que le nombre des demandes a augmenté considérablement ces dernières années¹⁸².

Conjointement avec la nécessité d'obtenir des documents de voyage et de l'argent pour les frais de voyage (qui sont la plupart du temps couverts par le HCR quand la famille du réfugié ne peut pas les payer), ces facteurs ont abouti à des délais de procédure considérables, atteignant parfois des années. Les délais ont tendance à s'accumuler, dans la mesure où les résultats des examens médicaux se périment et doivent être refaits, la validité des empreintes digitales expire, et ainsi de suite. Les délais de traitement constituent un problème particulièrement grave dans les cas qui impliquent des enfants, notamment les enfants non accompagnés ou séparés. Tous ces cas doivent être traités de la manière la plus diligente possible.

C. Coûts élevés

En général, les difficultés financières représentent l'obstacle le plus important pour la réunification familiale. Certains pays exigent que les réfugiés remplissent certaines conditions de revenu (équivalent au salaire minimum dans un pays d'asile ; à 125 % du « niveau de pauvreté » pour certains dispositifs de réunification familiale dans un autre). Un autre État conditionne formellement le regroupement familial au fait que le demandeur dispose d'un logement de taille suffisante (bien qu'en pratique les réfugiés soient censés être exemptés de cette condition, au moins pour ce qui concerne le conjoint et les enfants mineurs). Toutefois, dans de nombreux États, la législation relative à l'immigration qui impose certains niveaux de revenu, de logement, etc. n'est pas appliquée aux réfugiés. La proposition modifiée de directive du Conseil relative au regroupement familial harmoniserait les pratiques des États membres de l'UE dans ce sens¹⁸³. Les familles de réfugiés devraient être spécifiquement exemptées des conditions de revenu, d'emploi, de logement, de durée de séjour et de santé.

181. Courrier électronique d'une représentation du HCR sur le terrain adressé aux auteurs, 25 juillet 2001.

182. Entretien téléphonique avec le Bureau de la population, des réfugiés et des migrations, Département d'État américain, 3 octobre 2001.

183. Commission européenne, *Proposition modifiée de directive du Conseil relative au droit au regroupement familial*, *supra* note 122.

Certains États imposent des frais de dossier par personne pour les demandes de réunification, que beaucoup de réfugiés ont du mal à payer. L'Australie accorde la possibilité au conjoint et aux enfants de réfugiés éligibles à la réunification familiale, d'entrer au titre du programme humanitaire, dont les frais de dossier sont faibles, plutôt qu'au titre du programme de regroupement familial, dont le coût peut dépasser 3.000 \$ pour deux enfants d'après le Refugee Council of Australia¹⁸⁴. (L'inconvénient est que les délais d'attente deviennent de plus en plus longs dans le cadre du programme humanitaire). Au Canada, si le réfugié ne fait pas de demande de statut de résident permanent, pour lui et les membres de sa famille proche, dans les 180 jours suivant l'octroi de l'asile (dont la demande implique le paiement de sommes importantes), la seule alternative est de faire une demande de parrainage après l'obtention du statut de résident permanent. À ce stade, les membres de la famille parrainés doivent montrer leur capacité à ne pas dépendre de l'aide sociale, et le parrain doit s'engager à soutenir les membres de la famille parrainés pendant dix ans.

Les examens médicaux obligatoires représentent une autre source de dépenses à laquelle les familles de réfugiés cherchant à se regrouper peuvent être exposées. Dans certains cas, des tests sont effectués pour détecter les maladies infectieuses, ou pour prouver que les membres de la famille du réfugié ne vont pas être une charge pour le système de santé publique du pays vers lequel ils espèrent se rendre. Toutefois, un nombre croissant d'États semble estimer qu'il n'est pas approprié de refuser l'unité de la famille à des réfugiés pour des raisons de santé, et cela représenterait sans conteste une norme internationale souhaitable.

Le recours à des tests ADN est de plus en plus fréquent pour confirmer les liens familiaux entre les réfugiés et les personnes qu'ils souhaitent faire venir, par crainte des demandes frauduleuses. Les tests ADN sont chers, et de nombreux États d'accueil potentiels comptent sur les réfugiés pour les payer eux-mêmes. Cette exigence constitue également une source de délais considérables dans le traitement des demandes. Il serait préférable de n'effectuer des tests scientifiques que dans des circonstances exceptionnelles, avec le consentement du réfugié et du membre de la famille, et dans le cadre de la procédure d'entretien. Les résultats devraient rester confidentiels, et le coût devrait être supporté par l'organisme qui exige le test, au moins dans les cas où les tests confirment les liens allégués par le réfugié. Le refus de se soumettre au test ne devrait pas conduire automatiquement au refus de la réunification.

Les coûts d'obtention des documents, les frais de déplacement pour déposer des demandes, et les coûts de délivrance de visas sont souvent prohibitifs, de même que le coût des billets. Le HCR, le CICR, l'Organisation Internationale pour les Migrations (OIM) et certaines ONG, aident parfois les membres de famille, qui seraient autrement dans l'incapacité de voyager. Dans certains cas, les États dispensent les réfugiés des frais normalement exigés, pratique qui devrait être encouragée.

184. Refugee Council of Australia, « Discussion Paper », *supra* note 9.

D. Détention

Dans un certain nombre de pays qui placent systématiquement en détention les demandeurs d'asile qui arrivent sans disposer des papiers requis, les familles sont séparées pendant la détention. Des installations séparées pour les hommes, les femmes et les enfants ne permettent parfois que très peu de relations entre les membres de la même famille. Un pays met en œuvre cette pratique même pour les cas qui se sont vu reconnaître le statut de réfugié sous mandat par le HCR, jusqu'à ce que le HCR leur trouve une solution durable¹⁸⁵. Quand l'Australie a été critiquée, surtout par le Comité des droits de l'Homme et par le Comité des droits de l'enfant, pour les conditions régnant dans un centre de détention qui hébergeait les familles ensemble, elle a réagi en libérant les femmes et les enfants dans le cadre d'un programme de libération surveillée, tout en maintenant les hommes en détention comme garantie contre la fuite¹⁸⁶. Les pratiques de détention sont l'un des rares domaines dans lesquels les États prennent fréquemment des mesures directes qui divisent des familles intactes.

Les familles qui demandent l'asile ne devraient normalement pas être détenues. Le cas échéant, elles devraient être hébergées ensemble dans des unités familiales individuelles. Les familles ne devraient pas être séparées par la détention de l'un des leurs comme garantie contre la fuite des autres membres de la famille.

VII. Conclusion

En novembre 2001, un groupe de juges, de praticiens, de représentants d'ONG, de fonctionnaires et d'universitaires spécialisés, se sont réunis pour faire le point sur le droit international dans le domaine de l'unité et de la réunification familiales, dans le cadre des Consultations mondiales sur la protection internationale, organisées par le HCR. La table ronde est parvenue à un consensus quasi-unanime sur le fait qu'« un droit à l'unité de la famille est inhérent à la reconnaissance universelle de la famille en tant que groupe fondamental de la société¹⁸⁷ ». Les experts ont noté que, comme ce droit est inscrit dans les instruments de droits de l'Homme et dans le droit humanitaire, il s'applique à tous les êtres humains, y compris les réfugiés. Ils ont conclu que « le respect du droit à l'unité de la famille exige non seulement que les États s'abstiennent d'agir d'une manière qui aboutirait à des séparations familiales, mais aussi qu'ils prennent des mesures pour maintenir l'unité de la famille et réunir les membres qui ont été séparés¹⁸⁸ ».

185. Courrier électronique d'une représentation du HCR sur le terrain adressé aux auteurs, 24 juin 2001.

186. CDH, « Observations finales sur l'Australie », UN doc. A/55/40, 24 juillet 2000, paragraphe 3. Comité des droits de l'enfant, « Observations finales sur l'Australie », *supra* note 95, paragraphe 20.

187. Consultations mondiales du HCR sur la protection internationale, Relevé des conclusions relatives à l'unité de la famille, Table ronde d'experts de Genève, 8-9 novembre 2001.

188. *Ibid.*

Pour les familles séparées par des mouvements volontaires, les États peuvent prétendre que le refus d'admettre des membres de la famille ne viole pas le droit à l'unité de la famille, parce que les migrants ont la possibilité de bénéficier de l'unité de la famille dans leur pays d'origine. Même dans ces cas, l'admission légale d'un migrant pour un séjour de longue durée implique une obligation d'offrir à cette personne la possibilité d'exercer son droit à la vie de famille. Pour les réfugiés cependant, la possibilité de bénéficier de l'unité de la famille dans le pays d'origine n'existe pas, à moins qu'ils soient en mesure d'être rapatriés dans la sécurité et la dignité, ou tant que des changements tellement fondamentaux et durables n'aient lieu dans le pays d'origine permettant d'invoquer la cessation de leur statut de réfugié.

Dans la mesure où les familles de réfugiés se retrouvent souvent séparées en raison des circonstances de leur fuite, leur droit à l'unité de la famille ne peut souvent être mis en œuvre que par la réunification familiale dans un pays d'asile. Le droit à la réunification familiale se trouve donc au croisement du droit positif des droits de l'Homme, du droit humanitaire et du droit des réfugiés. Les modes de mise en œuvre de ce droit varient cependant beaucoup d'un pays à l'autre. Il serait utile de réduire les incohérences qui s'ensuivent, en demandant au HCR de compiler les procédures de réunification vers et/ou à partir d'un pays donné, et de fournir les points de contact appropriés au sein des organismes gouvernementaux, des représentations du HCR, du CICR, des ONG et d'autres organisations internationales. Le HCR devrait également, en consultation avec les États, les ONG et d'autres organisations internationales ; développer des Principes directeurs sur les différents aspects de l'unité et de la réunification familiales, notamment leurs liens avec l'exclusion et les mouvements irréguliers, en s'inspirant des meilleures pratiques tirées d'une série d'exemples et de situations. Il incombe alors aux États de s'en inspirer pour instaurer des règles plus humaines et plus rapides pour la protection et le rétablissement de l'unité de la famille du réfugié et — plus important encore — pour les mettre en œuvre avec cohérence et compassion.

RELEVÉ DES CONCLUSIONS : L'UNITÉ DE LA FAMILLE

TABLE RONDE D'EXPERTS DE GENÈVE ORGANISÉE PAR LE HAUT COMMISSARIAT
DES NATIONS UNIES POUR LES RÉFUGIÉS ET L'INSTITUT UNIVERSITAIRE
DES HAUTES ÉTUDES INTERNATIONALES, GENÈVE (SUISSE),
DU 8 AU 9 NOVEMBRE 2001



La seconde journée de la table ronde d'experts de Genève s'est penchée sur la question de l'unité de la famille, à partir d'un document de travail rédigé par Kate Jastram et Kathleen Newland, intitulé « L'unité de la famille et la protection des réfugiés ». Les participants se sont également vu remettre des contributions écrites du juge Katelijne Declerk — Cour d'appel permanente belge pour les réfugiés —, de Ninette Kelley, juriste canadienne, du Dr Savitri Taylor, Université La Trobe, Victoria, Australie, et du Centre juridique pour l'immigration et les réfugiés de Melbourne, Australie. Vingt-huit experts, émanant de gouvernements, d'ONG, d'universités, d'instances judiciaires et des professions juridiques, et provenant de dix-huit pays, y participaient. Le professeur Vitit Muntarbhorn, Université Chulanlongkorn, Thaïlande, a animé les débats.

Le relevé des conclusions qui suit ne représente pas nécessairement l'opinion individuelle des participants, ni celle du HCR, mais il reflète en grande partie le consensus qui est ressorti des discussions.

Considérations générales

- 1 — Le droit à l'unité de la famille est inhérent à la reconnaissance universelle de la famille en tant que groupe fondamental de la société, ayant droit à la protection et à l'assistance. Ce droit est inscrit dans les instruments régionaux et universels de

défense des droits de l'Homme et dans le droit international humanitaire, et il s'applique à tous les êtres humains, quel que soit leur statut. Il s'applique donc également dans le contexte des réfugiés. Quelques participants, tout en reconnaissant l'importance de la famille, se sont référés à l'unité de la famille non pas comme droit mais comme principe.

- 2 — Le droit à l'unité de la famille découle, entre autres, de l'article 16 de la *Déclaration universelle des droits de l'Homme de 1948*, de l'article 8 de la *Convention européenne de sauvegarde des Droits de l'homme et des Libertés fondamentales de 1950*, de l'article 16 de la *Charte sociale européenne de 1961*, des articles 17 et 23 du *Pacte international relatif aux droits politiques et civils de 1966*, de l'article 10 du *Pacte international relatif aux droits économiques, sociaux et culturels de 1966*, de l'article 17 de la *Convention américaine des droits de l'Homme de 1969*, de l'article 74 du *Protocole additionnel 1 de 1977 à la Quatrième Convention de Genève relative à la protection des personnes civiles en temps de guerre de 1949*, de l'article 18 de la *Charte africaine des Droits de l'Homme et des Peuples de 1981*, des articles 9, 10 et 22 de la *Convention relative aux droits de l'enfant de 1989* et des articles XXIII et XXV de la *Charte africaine relative aux droits et à la protection de l'enfant de 1990*.
- 3 — Bien qu'il n'existe aucune disposition spécifique sur l'unité de la famille dans la *Convention de 1951 sur les réfugiés* ni dans son *Protocole de 1967*, la formulation ferme de la *Recommandation de l'Acte final de la Conférence des plénipotentiaires* réaffirme le « droit essentiel » des réfugiés à l'unité de la famille. De plus, le droit des réfugiés, en tant que corpus de droit dynamique, se nourrit du but et de l'objet général de la *Convention de 1951* et de son *Protocole de 1967*, ainsi que des évolutions intervenues dans des domaines connexes du droit international, comme la jurisprudence et le droit international relatifs aux droits de l'Homme et le droit international humanitaire. En outre, les Conclusions N° 1, 9, 24, 84, 85 et 88 du Comité exécutif réaffirment chacune l'obligation qu'ont les États de prendre des mesures concernant l'unité de la famille et le regroupement familial.
- 4 — L'obligation de respecter le droit des réfugiés à l'unité de la famille est un droit fondamental qui s'applique à tout pays, qu'il soit ou non partie à la *Convention de 1951*.
- 5 — Le respect du droit à l'unité de la famille exige non seulement que les États s'abstiennent d'agir d'une manière qui aboutirait à des séparations familiales, mais aussi qu'ils prennent des mesures pour maintenir l'unité de la famille et réunir les membres qui ont été séparés. Le refus du regroupement familial peut être considéré comme une interférence avec le droit à une vie familiale ou à l'unité de la famille, en particulier lorsque la famille n'a aucune possibilité réaliste de bénéficier de ce droit ailleurs. De même, le renvoi ou l'expulsion pourrait constituer une interférence avec le droit à l'unité de la famille, à moins d'être justifiée conformément aux normes internationales.
- 6 — Le droit à l'unité de la famille est particulièrement important dans le contexte des réfugiés, particulièrement pour fournir les moyens essentiels de protection aux

membres individuels de la cellule familiale. En effet, le fait de faciliter et de préserver l'unité de la famille aide à assurer l'assistance physique, la protection, le bien-être affectif et le soutien économique aux réfugiés et à leur communauté. La protection que les membres de la famille peuvent se donner mutuellement multiplie les efforts des acteurs externes. Dans les pays d'accueil, l'unité de la famille accroît l'autosuffisance des réfugiés et réduit les coûts économiques et sociaux à long terme. De plus, le fait de donner effet au droit à l'unité de la famille à travers le regroupement familial peut contribuer à diminuer le nombre des arrivées non-autorisées ou spontanées, et les dangers qui y sont liés, ainsi que les examens inutiles de demandes de statut de réfugié. L'unité de la famille peut favoriser la viabilité des solutions durables pour les réfugiés (rapatriement librement consenti, intégration sur place et réinstallation).

- 7 — Le but et l'objet de la *Convention de 1951* impliquent que les droits qui y sont énoncés soient en principe étendus aux membres de la famille des réfugiés. Dans certaines juridictions, cette procédure est qualifiée de statut dérivé. Ainsi, les membres de la famille d'un réfugié doivent être autorisés à rester avec lui, dans le même pays, et à jouir des mêmes droits. En outre, à la lumière de la prise de conscience accrue des persécutions liées au genre et aux formes de maltraitance spécifiques aux enfants, tout membre de la famille doit pouvoir être entendu lors d'un entretien séparé, s'il le souhaite, et le principe de la confidentialité doit être respecté.
- 8 — Le droit international relatif aux droits de l'Homme n'a pas défini la « famille » de manière explicite bien qu'il existe un corpus naissant de jurisprudence internationale sur ce sujet qui sert de guide utile pour l'interprétation. La question de l'existence ou de la non-existence d'une famille est essentiellement une question de fait, qui doit être déterminée au cas par cas, par une approche souple qui tienne compte des différences culturelles et des facteurs de dépendance économique et affective. Aux fins du regroupement familial, la « famille » comprend, au minimum, les membres de la famille nucléaire (conjoint et enfants mineurs).

Regroupement familial

- 9 — Les circonstances dans lesquelles les réfugiés quittent leur pays d'origine entraînent fréquemment la séparation des familles. Par conséquent, le regroupement familial est souvent le seul moyen d'assurer le respect du droit d'un réfugié à l'unité de la famille. L'examen de la pratique des États montre que le regroupement familial est généralement reconnu pour les réfugiés et leur famille, et que les difficultés pratiques liées à sa mise en œuvre ne réduisent aucunement les obligations de l'État à ce sujet.
- 10 — La mise en œuvre du droit à l'unité de la famille à travers le regroupement familial, pour les réfugiés et les autres personnes ayant besoin de la protection internationale, est particulièrement importante car ces personnes ne peuvent rentrer dans leur pays d'origine.

- 11 — Les demandes de regroupement familial doivent être traitées d'une manière positive, humaine et rapide, en veillant tout particulièrement à l'intérêt supérieur de l'enfant. S'il n'est pas jugé pratique d'adopter une règle formelle fixant la durée acceptable des périodes d'attente, la mise en œuvre effective des obligations des États exige que toutes les mesures possibles soient prises de bonne foi au niveau national. À cet égard, les États doivent chercher à réunir les familles de réfugiés dès que possible, et en tout état de cause sans délai excessif. Des procédures accélérées doivent être adoptées dans les cas qui concernent des enfants séparés ou non accompagnés, et l'âge des enfants à prendre en compte pour le regroupement familial doit être déterminé à la date d'obtention du statut par le membre de la famille qui parvienne l'enfant, et non pas à la date d'approbation de la demande de regroupement.
- 12 — L'exigence de fournir des documents prouvant les relations à des fins d'unité de la famille et de regroupement familial doit être réaliste et appropriée à la situation des réfugiés, ainsi qu'aux conditions qui règnent dans le pays d'asile et dans celui d'origine. Il convient d'adopter une approche souple, car des exigences trop rigides peuvent avoir des conséquences négatives imprévues. Un exemple a été cité où des exigences strictes en matière de pièces justificatives avaient fait naître un marché de faux documents dans un pays d'accueil.

Demandeurs d'asile

- 13 — Quant aux demandeurs d'asile, leur statut juridique n'ayant pas encore été décidé, il se peut qu'il ne soit pas possible de déterminer l'endroit où ils doivent bénéficier de ce droit ou l'État auquel incombe la responsabilité de donner effet à ce droit. Il est, de ce fait, important d'accélérer la prise de décision, particulièrement dans les cas où la séparation est source de souffrances particulières, lorsque « l'intérêt supérieur » de l'enfant est en jeu, ou lorsqu'il est probable que la détermination débouchera sur une décision positive. Quoi qu'il en soit, les préparatifs, en vue d'un éventuel regroupement familial en cas de reconnaissance, doivent débiter dès les premiers stades d'une demande d'asile, par exemple en s'assurant que tous les membres de la famille figurent bien sur le formulaire d'entretien.

Afflux massif

- 14 — Le droit à l'unité de la famille s'applique aussi dans les situations d'afflux massif et d'évacuation temporaire. D'un point de vue opérationnel, il est important, dans ces situations, de prendre, le plus tôt possible, des mesures pratiques pour éviter les séparations familiales et assurer le regroupement, car les chances de réunification diminuent à mesure que le temps passe.

Rapatriement librement consenti et réintégration

- 15 — Le droit à l'unité de la famille et au regroupement familial s'applique aussi, et est particulièrement important, dans le contexte du rapatriement librement consenti et de la réintégration. En effet, une cellule familiale unifiée est davantage en mesure de se réinstaller dans son pays d'origine et de contribuer à la reconstruction de son pays.

LISTE DES PARTICIPANTS

Table ronde d'experts, Genève (Suisse), du 8 au 9 novembre 2001 (article 31 et unité de la famille)

Kohki Abe, Université de Kanagawa, Yokohama, Japon

T. Alexander Aleinikoff, Migration Policy Institute, Washington DC, États-Unis

Estelle Matilda Appiah, Service du Procureur général, Accra, Ghana

Lilia Dmitrievna Arestova, Gouvernement russe

Rachel Brett, Bureau des Quakers auprès des Nations Unies, Genève, Suisse

Vincent Chetail, Institut Universitaire des Hautes Études Internationales, Genève, Suisse

Sebastian De Groot, Juge, Association internationale des juges du droit des réfugiés, Pays-Bas

Shirley DeWolf, Eglises sud-africaines auprès des peuples déracinés, Mutare, Zimbabwe

Istvan Dobo, Gouvernement hongrois

Rafael Garcia Gozalo, Gouvernement espagnol

Guy S. Goodwin-Gill, Université d'Oxford, Royaume-Uni

Vera Gowlland, Institut Universitaire des Hautes Études Internationales, Genève, Suisse

Colin Harvey, Université de Leeds, Royaume-Uni

Holger Hoffmann, Juriste, Brême, Allemagne

Robert Illingworth, Gouvernement australien

Kate Jastram, Juriste, États-Unis

Ninette Kelley, Juriste, Canada

Giovanni Kojanec, Université « La Sapienza », Rome, Italie

Vitit Muntarbhorn, Université de Chulalongkorn, Bangkok, Thaïlande

Dobromira Naydenova, Comité Helsinki bulgare, Sofia, Bulgarie

Peter Nygh, Australie

Mark Ockelton, Juge, Association internationale des juges du droit des réfugiés, Royaume-Uni

Thierry Schreyer, Comité international de la Croix Rouge, Genève, Suisse

Chris Sidoti, Human Rights Council, New South Wales, Australie

Nikos Sitaropoulos, Commission nationale pour les droits de l'Homme, Athènes, Grèce

Annikki Vanamo-Alho, Gouvernement finlandais

Daniel Warner, Institut Universitaire des Hautes Études Internationales, Genève, Suisse

Wendy Young, Women's Commission on Refugee Women and Children, États-Unis

Pour le HCR : Erika Feller, Wilbert Van Hövell, Volker Türk, Diane Goodman (uniquement pour les discussions sur l'unité de la famille), Walpurga Engbrecht (uniquement pour les discussions sur l'article 31), Nathalie Karsenty (uniquement pour les discussions sur l'article 31), Alice Edwards et Eve Lester (officier de liaison avec les ONG pour les Consultations mondiales)

L'affiliation institutionnelle n'est mentionnée que dans un objectif d'identification.

Dixième partie

La responsabilité de surveillance (article 35)

Sommaire

10.1

La surveillance de la *Convention de 1951*
relative au statut des réfugiés : article 35
et autres mécanismes de suivi 685

10.2

Relevé des conclusions : la responsabilité
de surveillance 743

10.3

Liste des participants 749

LA SURVEILLANCE DE LA *CONVENTION DE 1951* RELATIVE AU STATUT DES RÉFUGIÉS : ARTICLE 35 ET AUTRES MÉCANISMES DE SUIVI

Walter KÄLIN*

Table des matières

I. Introduction	687
II. Le rôle de surveillance du HCR aux termes de l'article 35 de la Convention de 1951	688
A. Contenu principal	688
1. Obligations de coopération	688
2. Obligations de rapport	690
3. États non parties à la Convention de 1951 ou au Protocole de 1967	690
B. Pratique courante	691
1. Rôle de protection du HCR	692
2. Informations demandées par le HCR	696
3. Le caractère d'autorité du Guide, des Principes directeurs et des positions du HCR	698
C. Caractère hybride de la surveillance par le HCR	699
III. Une application plus efficace grâce à des mécanismes de suivi par un tiers	700
A. Nécessité d'aller de l'avant	700
1. Lutter pour une meilleure application	700

* Ce document est une version révisée de l'étude rédigée comme document de travail pour les Consultations mondiales du HCR sur la protection internationale, qui prend en compte les conclusions de la deuxième table ronde d'experts organisée à Cambridge, Royaume-Uni, les 9 et 10 juillet 2001.

2.	Pourquoi renforcer le suivi de la Convention de 1951 et du Protocole de 1967 ?	704
B.	Mécanismes de surveillance par un tiers en droit international actuel	707
1.	Cadre général	707
2.	Surveillance exercée par d'autres États	708
(a)	Règlement des différends par la Cour internationale de Justice	708
(b)	Plaintes interétatiques adressées aux organes de surveillance des traités	709
(c)	Évaluation	711
3.	Surveillance par ou au nom de l'organisation ou de l'organe de surveillance du traité	712
(a)	Surveillance fondée sur les rapports des États	712
aa)	Établissement de rapports par les États en vertu des instruments de protection des droits de l'Homme des Nations Unies	712
bb)	Rapports par les États en vertu du droit de l'OIT et de l'UNESCO	713
cc)	Évaluation	715
(b)	Surveillance fondée sur les informations recueillies par l'organisation	716
aa)	Établissement des faits par des rapporteurs spéciaux ou par des commissions d'enquête indépendantes	716
bb)	Examen des politiques	719
cc)	Systèmes d'inspection	722
dd)	Surveillance fondée sur une demande d'avis consultatif	723
4.	Surveillance effectuée à l'initiative de personnes individuelles	723
C.	Nouveau mécanisme de suivi de la Convention de 1951 et du Protocole de 1967 par un tiers	725
1.	Objectifs	725
2.	Évaluation des modèles	726
(a)	Règlement des différends par la Cour internationale de Justice	727
(b)	Plaintes interétatiques	727
(c)	Rapports des États	727
(d)	Informations recueillies par l'organisation	728
(e)	Avis consultatifs	729
(f)	Pétitions individuelles	730
3.	Propositions	731
D.	Suivi au-delà de la Convention de 1951 et du Protocole de 1967	734
E.	Version « allégée » du nouveau mécanisme de suivi comme première étape ?	735
IV.	Conclusions et recommandations	736

I. Introduction

Le processus des tables rondes d'experts, organisé par le Haut Commissariat des Nations Unies pour les réfugiés (HCR) dans le cadre des Consultations mondiales sur la protection internationale, a pour objectif d'analyser en détail certains aspects actuels du droit international des réfugiés et de fournir des orientations générales au HCR, aux États et à d'autres acteurs. Dans ce contexte, la présente étude examine le rôle de surveillance du HCR tel qu'il est défini dans son Statut¹ ainsi qu'à l'article 35 de la *Convention de 1951 relative au statut des réfugiés*² et à l'article II du *Protocole de 1967 relatif au statut des réfugiés*³. Elle étudie également divers moyens de rendre l'application de ces traités plus efficace par la création de nouveaux mécanismes de suivi, allant au-delà du régime de surveillance actuel.

Les questions de surveillance et d'application de la *Convention de 1951* se posent aujourd'hui, non pas parce que les États remettent en cause la mission de protection internationale du HCR en tant que telle, mais parce que la mise en oeuvre de la *Convention de 1951* et du *Protocole de 1967* se heurte à de nombreux problèmes, dont un manque d'uniformité dans l'application concrète des dispositions de ces deux instruments. Cette situation concerne non seulement de nombreuses garanties liées au statut des réfugiés, mais aussi des dispositions clés comme l'article 33 de la *Convention de 1951* relatif au non-refoulement, ou comme la définition du réfugié telle qu'énoncée à l'article 1^{er} A de la *Convention de 1951*. Le HCR a déploré à maintes reprises l'interprétation de plus en plus restrictive que certains pays, voire régions du monde, ont tendance à faire de la *Convention de 1951* et de son *Protocole de 1967*⁴. Ces évolutions fragilisent le régime de protection créé par ces instruments. Dans le même temps, elles sont une source de difficultés pour les États, car les pratiques restrictives incitent les réfugiés à se tourner vers des pays à l'attitude plus généreuse.

Après l'introduction, la deuxième partie de cette étude examine la teneur de l'article 35 de la *Convention de 1951* et de l'article II du *Protocole de 1967*, ainsi que leur application effective par le HCR et les États parties à ces instruments. La troisième partie est consacrée à une discussion sur la nécessité de compléter les activités de surveillance du HCR par des mécanismes de suivi qui soient liés au HCR, tout en étant indépendants de lui. Cette partie comprend une analyse comparative de différents modèles de surveillance existant dans divers domaines du droit international, suivie d'une évaluation de leur efficacité et de leur pertinence dans le cadre de la protection internationale des réfugiés. L'étude s'achève par un ensemble de recom-

1. Statut de l'Office du Haut Commissaire des Nations Unies pour les réfugiés, Annexe à la résolution 428(V) de l'Assemblée générale des Nations Unies, 14 décembre 1950.

2. Nations Unies, *Recueil des Traités*, Vol. 189, n° 150 (ci-après appelée « *Convention de 1951* »).

3. Nations Unies, *Recueil des Traités*, Vol. 606, n° 267 (ci-après appelé « *Protocole de 1967* »).

4. Sur l'analyse des problèmes d'application effectuée par le HCR, voir le texte ci-dessous aux notes 78-81.

mandations sur la manière de parvenir à une application plus efficace de la *Convention de 1951* et du *Protocole de 1967*.

Le terme « surveillance » en tant que tel couvre de nombreuses activités différentes allant du travail de protection, que le HCR mène quotidiennement sur le terrain d'une part, à l'évaluation par l'opinion publique de la pratique des États, et à la surveillance des violations par des instances d'experts ou des organes politiques, d'autre part. D'où la nécessité de distinguer clairement la *surveillance* assurée par le HCR lui-même du *suivi* effectué par d'autres instances ou organes. La première est régie par l'article 35 de la *Convention de 1951* et l'article II du *Protocole de 1967* dans leur version actuelle, tandis que le second peut aller au-delà de ces dispositions, même si celles-ci seraient conformes à leur objet et à leur but. La division de cette étude en deux parties principales reflète cette distinction.

II. Le rôle de surveillance du HCR aux termes de l'article 35 de la Convention de 1951

A. Contenu principal

Les trois sous-parties qui suivent soulignent l'essentiel du contenu des obligations des États en vertu de l'article 35 de la *Convention de 1951* et de l'article II du *Protocole de 1967*, ainsi que les obligations de ceux qui ne sont parties à aucun de ces instruments.

1. Obligations de coopération

L'article 35 § 1 de la *Convention de 1951* sur la « Coopération des autorités nationales avec les Nations Unies » dispose que :

Les États contractants s'engagent à coopérer avec le Haut Commissariat des Nations Unies pour les réfugiés, ou toute autre institution des Nations Unies qui lui succéderait, dans l'exercice de ses fonctions et en particulier à faciliter sa tâche de surveillance de l'application des dispositions de cette Convention.

L'article II § 1 du *Protocole de 1967* prévoit les mêmes obligations concernant les fonctions du HCR, y compris « sa tâche de surveillance de l'application des dispositions du présent Protocole ».

Quels sont l'objet et le but de ces dispositions ? Le premier paragraphe de l'article 35 de la *Convention de 1951* est directement lié au sixième paragraphe du préambule de la Convention⁵ prenant acte de ce que

le Haut Commissaire des Nations Unies pour les réfugiés a pour tâche de veiller à l'application des conventions internationales qui assurent la protection des réfugiés, et reconnaît que la

5. N. Robinson, *Convention Relating to the Status of Refugees, Its History, Contents and Interpretation* (Institut des affaires juives, New York, 1953), p. 167.

coordination effective des mesures prises pour résoudre ce problème dépendra de la coopération des États avec le Haut Commissaire.

Cette disposition renvoie à son tour au *Statut du HCR*, qui accorde à l'organisation le pouvoir d'« assumer les fonctions de protection internationale, sous les auspices de l'Organisation des Nations Unies » et d'exercer ces fonctions entre autres en « poursuivant la conclusion et la ratification de conventions internationales pour la protection des réfugiés, en surveillant leur application et en y proposant des modifications » et en « encourageant l'admission des réfugiés sur le territoire des États, sans exclure les réfugiés qui appartiennent aux catégories les plus déshéritées⁶ ». Toutefois, l'article 35 ne se limite pas à la coopération en matière d'application des traités, mais comme les termes suivants l'indiquent clairement, fait référence à « toute fonction de l'Office du Haut Commissaire, quelle que soit son fondement juridique »⁷.

L'historique de la rédaction de l'article 35 § 1 de la *Convention de 1951* montre que l'importance de cette disposition a été pleinement mesurée dès le début. Alors que le texte d'origine demandait aux États de « faciliter le travail » du HCR⁸, la formulation actuelle plus ferme (« et [s'engagent] en particulier à faciliter sa tâche de surveillance de l'application des dispositions de cette Convention ») renvoie à une proposition des États-Unis visant en substance à « supprimer le ton hésitant » du texte d'origine⁹. Le fait que l'article 35 ait été considéré comme une obligation stricte, pouvant s'avérer trop pesante pour certains États, a conduit à l'adoption d'une proposition française, destinée à exclure cette disposition de la liste des articles qui ne peuvent faire l'objet de réserves (article 42 de la *Convention de 1951*)¹⁰. L'importance fondamentale de cette disposition a aussi été reconnue par le Haut Commissaire lorsque ce dernier a souligné, dans sa déclaration liminaire à la Conférence de plénipotentiaires, que le fait d'instaurer, à l'article 35, un lien entre la Convention et le HCR « sera particulièrement précieux pour favoriser l'application uniforme de la Convention »¹¹.

Le but premier de l'article 35 § 1 de la *Convention de 1951* et de l'article II § 1 du *Protocole de 1967* est donc d'établir un lien entre l'obligation qu'ont les États parties d'appliquer la Convention et le Protocole, et la tâche de surveillance de leur

6. *Ibid.*, paragraphes 1 et 8.a) et d) du Statut.

7. A. Grahl-Madsen, *Commentary on the Refugee Convention 1951* (HCR, Genève, 1997), p. 254 (traduction libre).

8. Voir le projet d'article 30 du groupe de travail, reproduit dans *The Refugee Convention 1951, The Travaux Préparatoires Analysed, with a Commentary by the Late Dr Paul Weis* (Cambridge International Documents Series, Vol. 7, Cambridge University Press, 1995), p. 355. Pour les discussions lors de la Conférence de plénipotentiaires, voir en particulier UN doc. A/CONF.2/SR.25, pp. 10-22.

9. Weis, *supra* note 8, p. 356, en référence au document UN doc. E/AC.32/L.40, pp. 59-60.

10. Conférence de plénipotentiaires, UN doc. A/CONF.2/SR.27, pp. 10-16.

11. Conférence de plénipotentiaires, UN doc. A/CONF.2/SR.2, p. 17, déclaration de M. G. van Heuven-Goedhardt.

application par le HCR, en imposant aux États signataires l'obligation conventionnelle i) de respecter le pouvoir de surveillance du HCR et de ne pas entraver l'Organisation dans l'accomplissement de cette tâche et ii) de coopérer activement avec le HCR à cet égard, afin de parvenir à une mise en œuvre optimale et à une application harmonisée de toutes les dispositions de la Convention et de son Protocole. Ces obligations ont un caractère éminemment dynamique et évolutif. En instaurant l'obligation pour les États parties de coopérer avec le HCR « dans l'exercice de ses fonctions », l'article 35 § 1 de la *Convention de 1951* ne fait pas référence à un ensemble spécifique et limité de fonctions mais à toutes les tâches qui relèvent du mandat du HCR ou qui sont susceptibles de lui être confiées à un moment donné¹². Les obligations de coopération suivent ainsi l'évolution du rôle du HCR.

2. Obligations de rapport

L'article 35 § 2 de la *Convention de 1951* dispose que :

Afin de permettre au Haut Commissariat ou à toute autre institution des Nations Unies qui lui succéderait de présenter des rapports aux organes compétents des Nations Unies, les États contractants s'engagent à leur fournir dans la forme appropriée les informations et les données statistiques demandées relatives :

- a) au statut des réfugiés,
- b) à la mise en œuvre de cette Convention, et
- c) aux lois, règlements et décrets, qui sont ou entreront en vigueur en ce qui concerne les réfugiés.

L'article II § 2 du *Protocole de 1967* contient une obligation analogue pour les États parties à cet instrument. Les deux dispositions imposent des obligations de rapport aux États parties pour faciliter la tâche du HCR de « [faire] rapport, chaque année, à l'Assemblée générale, par l'entremise du Conseil économique et social », comme le prévoit le Statut du HCR¹³. Il s'agit là d'un autre domaine dans lequel un lien est établi entre la Convention et le Statut du HCR.

3. États non parties à la Convention de 1951 ou au Protocole de 1967

Les articles 35 de la *Convention de 1951* et II du *Protocole de 1967* n'ont évidemment pas force contraignante pour les États qui ne sont pas encore parties à ces deux instruments. Néanmoins, ces États peuvent avoir une obligation de coopérer avec le HCR. Une telle obligation a été reconnue à l'article VIII de la *Convention de l'OUA de 1969 sur les réfugiés*¹⁴ et dans la recommandation II.e) de la *Déclaration de Carthagène*

12. V. Türk, *Das Flüchtlingshochkommissariat der Vereinten Nationen (UNHCR)* (Duncker et Humblot, Berlin, 1992), p. 162.

13. Paragraphe 11 du *Statut du HCR*, *supra* note 1.

14. Organisation de l'Unité Africaine, *Convention de 1969 régissant les aspects propres aux problèmes des réfugiés en Afrique*, Nations Unies, *Recueil des Traités*, Vol. 1000, n° 46 (ci-après appelée « *Convention de l'OUA sur les réfugiés* »).

de 1984 sur les réfugiés¹⁵. Comme la *Convention de 1951* et le *Protocole de 1967*, ces instruments reflètent les pouvoirs de surveillance étendus accordés au HCR au paragraphe 8 de son Statut, afin que celui-ci assure une protection à tous les réfugiés qui relèvent de sa compétence et veille ainsi à l'application du droit international des réfugiés. Le pouvoir de surveillance statutaire du HCR s'étend donc à tous les États qui abritent des réfugiés relevant de la compétence du Haut Commissaire, qu'ils soient ou non parties à l'un ou l'autre de ces instruments. L'obligation de coopération qui en découle pour les États est énoncée dans la résolution 428(V) de l'Assemblée générale des Nations Unies relative au Statut du HCR, qui invite les gouvernements « à coopérer avec le Haut Commissaire des Nations Unies pour les réfugiés dans l'exercice de ses fonctions »¹⁶. Cette obligation n'est pas seulement d'ordre moral¹⁷ mais repose sur le fondement juridique de l'article 56 de la *Charte des Nations Unies de 1945* relatif à l'obligation qu'ont les États membres de coopérer avec l'Organisation des Nations Unies¹⁸, obligation qui s'étend au HCR, en sa qualité d'organe subsidiaire de l'Assemblée générale.

B. Pratique courante

Dans la pratique courante, les articles 35 de la *Convention de 1951* et II du *Protocole de 1967* ont trois fonctions majeures : i) ils constituent le fondement juridique de l'obligation faite aux États d'accepter le rôle du HCR en matière de protection internationale des demandeurs d'asile et des réfugiés ; ii) ils constituent le fondement juridique de l'obligation faite aux États de répondre aux demandes d'informations du HCR et iii) ils appuient le fait que certaines positions du HCR font autorité (par exemple, le *Guide des procédures et des critères à appliquer pour déterminer le statut de réfugié*¹⁹, les Principes directeurs, les observations adressées aux tribunaux, etc.)²⁰.

15. Déclaration sur les réfugiés adoptée à un colloque intitulé « Colloque sur la protection internationale des réfugiés en Amérique centrale, Mexico, Panama : Problèmes juridiques et humanitaires », qui s'est tenu à Carthagène, en Colombie, du 19 au 22 novembre 1984.

16. Résolution 428(V) de l'Assemblée générale des Nations Unies, 14 décembre 1950.

17. M. Zieck, *UNHCR and Voluntary Repatriation of Refugees : A Legal Analysis* (Martinus Nijhoff, La Haye, 1997), p. 450.

18. Voir Grahl-Madsen, *supra* note 7, p. 252, qui souligne qu'« il semble que la disposition contenue à l'article 35 donne en réalité effet à l'obligation souscrite par les États membres en vertu de l'article 56 de la Charte » (traduction libre).

19. HCR, *Guide des procédures et des critères à appliquer pour déterminer le statut de réfugié* (Genève, 1979, réédité en 1992) (ci-après appelé « *Guide* du HCR »).

20. En outre, ces articles donnent un certain fondement aux accords de coopération bilatéraux. Voir l'Accord entre le gouvernement de la République populaire de Chine et l'Office du Haut Commissaire des Nations Unies pour les réfugiés sur l'évolution de la mission du HCR en République populaire de Chine en une délégation du HCR en République populaire de Chine à compter du 1^{er} décembre 1995 (disponible sur *Refworld*, CD-ROM, HCR, 8^e édition, 1999) et l'Accord entre le gouvernement de la République du Ghana et le Haut Commissariat des Nations Unies pour les réfugiés du 16 novembre 1994 (disponible sur *Refworld*, CD-Rom, HCR), qui déclare explicitement à l'article III que la coopération « dans le domaine de la protection internationale et de l'assistance humanitaire en faveur des réfugiés et autres personnes relevant de la compétence du HCR se fera notamment sur la base » de l'article 35 de la *Convention de 1951*.

1. Rôle de protection du HCR

La protection internationale dénote « l'intercession d'une entité internationale soit à la demande de la ou des victime(s) concernée(s), soit par une personne en leur nom, soit par la volonté de l'agence internationale de protection elle-même pour mettre fin à une violation des droits de l'Homme » ou « pour protéger, défendre [ou] préserver » une personne ou une chose contre un danger ou un dommage²¹. La protection internationale des réfugiés est la fonction première du HCR²². Elle a évolué d'un substitut de protection consulaire et diplomatique, pour les réfugiés ne pouvant plus bénéficier de cette protection de la part de leur pays d'origine, vers un concept plus large qui inclut la protection non seulement des droits énoncés dans la *Convention de 1951* et dans le *Protocole de 1967*, mais aussi les droits de l'Homme liés aux réfugiés en général²³. Elle peut être définie comme l'ensemble des activités visant à « garantir le respect des droits fondamentaux des réfugiés ainsi que, de plus en plus, de leur sûreté et leur sécurité physique »²⁴, en commençant par « la garantie de l'admission, l'asile et le respect des droits fondamentaux de l'Homme, y compris le principe du non-refoulement, sans lequel la sécurité et même la survie du réfugié est en péril » et ne s'arrêtant qu'avec « la mise en oeuvre d'une solution durable, idéalement le rétablissement de la protection du propre pays du réfugié »²⁵. Comme l'a reconnu l'Assemblée générale des Nations Unies, la protection internationale est une fonction dynamique et orientée vers l'action²⁶.

Les activités de protection du HCR sont énumérées en détail au paragraphe 8 de son Statut²⁷. Concernant le sujet de cette étude, l'alinéa a) relatif à la tâche du HCR

21. B. G. Ramcharan, *The Concept and Present Status of the International Protection of Human Rights* (Martinus Nijhoff, Dordrecht, 1989), pp. 17 et 20-1 (traduction libre).

22. Paragraphe 8 du Statut du HCR, *supra* note 1. Voir *infra* note 27 pour le texte du paragraphe 8.

23. V. Türk, « UNHCR's Supervisory Responsibility », 14(1) *Revue Québécoise de Droit International*, 2001, p. 135 à p. 138.

24. HCR, *Note sur la protection internationale*, UN doc. A/AC.96/930, 7 juillet 2000, paragraphe 2. Voir aussi HCR, *Note sur la protection internationale*, UN doc. A/AC.96/830, 7 septembre 1994, paragraphe 12. Concernant la protection des réfugiés par le HCR en général, voir Türk, *supra* note 12, pp. 139-69 ; G.S Goodwin-Gill, *The Refugee in International Law* (2^e édition, Clarendon, Oxford, 1996), pp. 207-20 ; F. Schnyder, « Les aspects juridiques actuels du problème des réfugiés », *Académie du Droit International, Recueil des Cours*, 1965- I, pp. 346-7 et 406-23. Voir aussi J. Sztucki, « The Conclusions on the International Protection of Refugees Adopted by the Executive Committee of the UNHCR Programme », 1 *International Journal of Refugee Law*, 1989, pp. 291-4.

25. *Note sur la protection internationale* 1994, *supra* note 24, paragraphe 12. Voir aussi *Note sur la protection internationale* 2000, *supra* note 24, paragraphe 9.

26. Résolution de l'Assemblée Générale des Nations Unies A/RES/55/74, 12 février 2001, paragraphe 8. Voir aussi Comité exécutif, Conclusion No. 89 (LI), 2000, *Conclusion sur la protection internationale*, paragraphe 2.

27. Cette disposition prévoit que :

8. Le Haut Commissaire assurera la protection des réfugiés qui relèvent du Haut Commissariat :

a) En poursuivant la conclusion et la ratification de conventions internationales pour la protection des réfugiés, en surveillant leur application et en y proposant des modifications ;

consistant à « [poursuivre] la conclusion et la ratification de conventions internationales pour la protection des réfugiés [et à surveiller] leur application » est particulièrement significatif²⁸. Le HCR a noté que :

2....Dans l'accomplissement de son mandat au niveau national, le HCR s'efforce de parvenir à une meilleure compréhension et une interprétation plus uniforme des principes internationaux reconnus régissant le traitement des réfugiés. L'élaboration de structures et de procédures d'enregistrement, d'accueil, de détermination et d'intégration est donc non seulement dans l'intérêt national des pays concernés mais également dans celui de la communauté internationale dans la mesure où il contribue à stabiliser la population et où il donne un sens à la vie de ceux qui sont privés de protection effective. Lorsqu'elle a confié ce mandat au HCR, la communauté internationale a reconnu qu'une réponse multilatérale aux problèmes des réfugiés garantirait une approche coordonnée dans un esprit de coopération internationale.

3. Le mandat de protection internationale confère au HCR son caractère distinctif dans le système des Nations Unies. La protection internationale implique également la promotion, la sauvegarde et l'élaboration de principes de protection des réfugiés, le renforcement des engagements internationaux, notamment pour traiter les réfugiés conformément aux règles et normes internationales...²⁹

Enfin, la protection internationale a pour objectif ultime de trouver une solution durable pour les personnes protégées

que ce soit sous la forme de rapatriement librement consenti, d'intégration locale ou de réinstallation. En outre, une action préventive est nécessaire pour gérer les aspects économiques,

b) En poursuivant, par voie d'accords particuliers avec les gouvernements, la mise en œuvre de toutes mesures destinées à améliorer le sort des réfugiés et à diminuer le nombre de ceux qui ont besoin de protection ;

c) En secondant les initiatives des pouvoirs publics et les initiatives privées en ce qui concerne le rapatriement librement consenti des réfugiés ou leur assimilation dans de nouvelles communautés nationales ;

d) En encourageant l'admission des réfugiés sur le territoire des États, sans exclure les réfugiés qui appartiennent aux catégories les plus déshéritées ;

e) En s'efforçant d'obtenir que les réfugiés soient autorisés à transférer leurs avoirs, notamment ceux dont ils ont besoin pour leur réinstallation ;

f) En obtenant des gouvernements des renseignements sur le nombre et l'état des réfugiés dans leurs territoires et sur les lois et règlements qui les concernent ;

g) En se tenant en contact suivi avec les gouvernements et les organisations intergouvernementales intéressées ;

h) En entrant en rapport, de la manière qu'il juge la meilleure, avec les organisations privées qui s'occupent de questions concernant les réfugiés ;

i) En facilitant la coordination des efforts des organisations privées qui s'occupent de l'assistance aux réfugiés.

Cette liste d'activités n'est pas exhaustive, comme le montrent les nombreuses résolutions de l'Assemblée générale des Nations Unies qui ont étendu le mandat de protection du HCR (Türk, *supra* note 12, p. 148).

28. Sur l'application *ratione personae* et *ratione materiae* du paragraphe 8 du Statut du HCR, voir Türk, *supra* note 23, pp. 141-5.

29. Comité exécutif du Programme du Haut Commissaire, Comité permanent, *Aperçu des développements régionaux (octobre à décembre 1995)*, UN doc. EC/46/SC/CRP.11, 4 janvier 1996, paragraphes 2 et 3.

sociaux et politiques du problème des réfugiés. Le mandat de protection est donc intrinsèquement lié à la recherche active de solutions durables. Cela est nécessairement consacré dans un cadre juridique international qui garantit la prévisibilité ainsi qu'une approche concertée dans le cadre d'une responsabilité nationale accrue, de la coopération internationale, de la solidarité internationale et du partage de la charge³⁰.

Dans sa *Note sur la protection internationale* de 2000, le HCR a mentionné les activités suivantes comme étant des composantes particulièrement importantes de son travail de protection : i) accueillir les demandeurs d'asile et les réfugiés ; ii) intervenir auprès des autorités ; iii) garantir la sécurité physique ; iv) protéger les femmes, les enfants et les personnes âgées ; v) promouvoir les législations nationales et les procédures d'asile ; vi) participer aux procédures nationales de détermination du statut de réfugié ; vii) entreprendre la détermination du statut de réfugié et viii) fournir des conseils et élaborer une jurisprudence³¹. Dans nombre de ses Conclusions, le Comité exécutif a réaffirmé le mandat du HCR dans ces domaines d'activités, en particulier pour :

- contribuer au développement et au respect des normes de base pour le traitement des réfugiés « en maintenant un dialogue constant avec les gouvernements, les organisations non gouvernementales (ONG) et les institutions universitaires, et combler les lacunes du droit international des réfugiés »³², et fournir des avis sur l'application des instruments pertinents du droit des réfugiés³³ ;
- contrôler la détermination du statut de réfugié et le traitement des réfugiés en « étudiant les cas individuels, en vue d'identifier les grands problèmes de protection³⁴ » et en participant « sous diverses formes [...] aux procédures de détermination du statut de réfugié dans un grand nombre de pays³⁵ », par des interventions informelles dans des cas individuels, ou en jouant un rôle officiel, tel que défini par les normes nationales pertinentes, dans les procédures de prise de décision ;
- avoir un accès rapide et sans entrave aux demandeurs d'asile, aux réfugiés et aux rapatriés³⁶, y compris à ceux dans les centres d'accueil, les camps et

30. *Ibid.*, paragraphe 3.

31. *Note sur la protection internationale* 2000, *supra* note 24, paragraphes 10-29.

32. Comité exécutif, Conclusion No. 29 (XXXIV), 1983, paragraphes b) et j), qui mentionnent les questions de personnes en quête d'asile dont le statut n'a pas été déterminé ainsi que la protection physique des réfugiés et des personnes en quête d'asile.

33. Par exemple, dans les situations d'afflux massif (Comité exécutif, Conclusion No. 19 (XXXI), 1980, paragraphe d) ou concernant les clauses d'exclusion (Comité exécutif, Conclusion No. 69 (XLIII), 1992, deuxième paragraphe du préambule).

34. Comité exécutif, Conclusion No. 1 (XXVI), 1975, paragraphe g.

35. Comité exécutif, Conclusion No. 28 (XXXIII), 1982, paragraphe e.

36. Comité exécutif, Conclusions Nos. 22 (XXXII), 1981, paragraphe III ; 33 (XXXV), 1984, paragraphe h ; 72 (XLIV), 1993, paragraphe b ; 73 (XLV), 1994, paragraphe b.iii) ; 77 (XLVI), 1995, paragraphe q ; 79 (XLVII), 1996, paragraphe p.

les zones d'installation³⁷ ; les demandeurs d'asile et les réfugiés, y compris ceux se trouvant en détention, ayant le droit d'entrer en contact avec le HCR et devant être dûment informés de ce droit³⁸ ; et

- « veiller à la sécurité de la personne des réfugiés et des demandeurs d'asile et [pour] prendre les mesures appropriées en vue de prévenir ou de sanctionner toute violation en la matière »³⁹.

L'obligation de respecter et d'accepter les activités de protection internationale du HCR en vertu de l'article 35 § 1 est bien établie et profondément ancrée dans la pratique des États. Bien que le paragraphe 8 du Statut ne mentionne pas la protection internationale des réfugiés à titre individuel dans son énumération des éléments de la protection internationale, la pratique des États a immédiatement consacré le fait que le HCR puisse aussi prendre en charge les cas individuels⁴⁰. Contrairement à ce qui se passe, par exemple dans le domaine des droits de l'Homme, où les interventions d'une instance internationale en faveur de victimes individuelles ou les visites sur le territoire des États posent souvent problème, les États ne s'opposent pas à ce que le HCR s'occupe de cas individuels⁴¹ ou de questions générales ayant trait aux réfugiés, et ne considèrent pas ces activités comme une ingérence dans leurs affaires internes⁴². Cette acceptation générale du rôle de protection du HCR est notamment due au fait qu'en vertu de son Statut et de l'article 35 de la *Convention de 1951*, « le HCR intervient dans les questions de protection sans avoir à y être invité », ce qui confère au « mandat du HCR un caractère distinct, voire unique au sein du système international »⁴³.

Bien que cette énumération ne soit pas exhaustive, la pratique courante, qui a largement été acceptée par les États⁴⁴, peut être décrite comme suit⁴⁵ :

37. Comité exécutif, Conclusions Nos. 22 (XXXII), 1981, paragraphe III ; 48 (XXXVIII), 1987, paragraphe 4.d.

38. Comité exécutif, Conclusions Nos. 8 (XXVIII), 1977, paragraphe e.iv) ; 22 (XXXII), 1981, paragraphe III ; 44 (XXXVII), 1986, paragraphe g.

39. Comité exécutif, Conclusion No. 72 (XLIV), 1993, paragraphe e. Voir aussi Comité exécutif, Conclusion No. 29 (XXXIV), 1983, paragraphe b.

40. S. Aga Khan, « Legal Problems Relating to Refugees and Displaced Persons », Académie du Droit International, *Recueil des Cours*, 1976-I, p. 332 ; Grahl-Madsen, *supra* note 7, p. 254.

41. Goodwin-Gill, *supra* note 24, p. 213.

42. Voir Comité exécutif du Programme du Haut Commissaire, Comité permanent, *Rapport intérimaire sur les consultations informelles concernant la fourniture d'une protection internationale à tous ceux qui en ont besoin*, 8^e réunion, UN doc. EC/47/SC/CRP.27, 30 mai 1997, paragraphe 7. Voir aussi Türk, *supra* note 12, p. 158.

43. *Note sur la protection internationale* 2000, *supra* note 24, paragraphe 71.

44. Voir également Consultations mondiales du HCR sur la protection internationale, table ronde d'experts de Cambridge, *Relevé des conclusions — La responsabilité de surveillance*, 9 et 10 juillet 2001, paragraphes 4 et 5.

45. Voir Comité permanent, *Rapport intérimaire sur les consultations informelles*, *supra* note 42, paragraphe 7 ; *Note sur la protection internationale* 2000, *supra* note 24, paragraphes 10-29. Voir aussi Türk, *supra* note 23, pp. 149-54, avec des détails sur les pratiques étatiques.

- Le HCR a le droit de contrôler, relater et suivre ses interventions auprès des gouvernements concernant la situation des réfugiés (par exemple, l'admission, l'accueil et le traitement des demandeurs d'asile et des réfugiés). Les représentations auprès des gouvernements et d'autres acteurs concernés sur les questions de protection sont inhérentes à la fonction de surveillance du HCR.
- Le HCR a le droit de coopérer avec les États pour élaborer des réponses opérationnelles aux problèmes et situations spécifiques qui soient sensibles et qui répondent aux besoins de protection des demandeurs d'asile et des réfugiés, y compris des plus vulnérables.
- Le HCR se voit accorder en général, au minimum, un rôle de conseil et / ou un rôle consultatif dans les procédures nationales d'asile ou de détermination du statut de réfugié. Par exemple, il reçoit notification des demandes d'asile, est informé du déroulement des procédures, et a un accès garanti aux dossiers et décisions pouvant être discutées avec les autorités, le cas échéant. Le HCR a la possibilité d'intervenir et de présenter ses observations sur chaque cas et à chaque stade de la procédure.
- Le HCR a aussi le droit d'intervenir et de soumettre des observations à des institutions quasi-judiciaires ou à des tribunaux, sous la forme d'avis *amicus curiae*, de positions ou de lettres.
- L'accès du HCR aux demandeurs d'asile et aux réfugiés, et vice versa, est garanti, soit par la loi, soit en vertu de pratiques administratives.
- Afin d'assurer la conformité avec les réglementations et normes internationales en matière de réfugiés, le HCR a le droit de conseiller les gouvernements et les parlements concernant la législation et les décrets administratifs qui ont une incidence pour les demandeurs d'asile et les réfugiés à tous les stades du processus. Il est généralement attendu du HCR qu'il fournisse des commentaires et un apport technique à la rédaction des projets de loi sur les réfugiés et des décrets administratifs connexes.
- Le HCR joue aussi un rôle important dans le renforcement de la compétence des autorités concernées, des juges, des avocats et des ONG, par exemple, par des activités de promotion et de formation.
- Le rôle de défense de la cause des réfugiés du HCR, y compris sous la forme de déclarations publiques, est largement reconnu comme un outil essentiel de la protection internationale et en particulier de sa responsabilité de surveillance.
- Le HCR a le droit de recevoir des données et des informations sur les demandeurs d'asile et les réfugiés.

2. Informations demandées par le HCR

En s'appuyant sur l'article 35 de la *Convention de 1951* et sur l'article II du *Protocole de 1967*, et en particulier sur leurs alinéas 2, le HCR demande régulièrement des informations aux États parties, notamment dans le cadre de ses activités de protection

quotidiennes, informations que les États sont tenus de fournir. Celles-ci représentent une source importante pour les rapports annuels de protection du HCR portant sur l'état de la protection des réfugiés dans les différents États (qui restent confidentiels) ainsi que pour certaines de ses positions publiques. Les informations recueillies sur la législation, les décisions des tribunaux, les données statistiques et la situation dans les pays facilitent le travail du personnel du HCR. Jusqu'à une période récente, ces informations étaient accessibles aux États et à leurs autorités, aux réfugiés et à leurs représentants légaux, aux ONG, aux chercheurs et aux médias par l'intermédiaire du Centre de Documentation et de Recherche (CDR) et de ses bases de données. Cette collecte et cette diffusion d'informations revêtent une importance cruciale pour la protection des demandeurs d'asile et des réfugiés⁴⁶. Cela permet, par exemple, d'identifier la pratique des États en matière d'application de la *Convention de 1951* et du *Protocole de 1967* et de faire connaître les meilleures pratiques mises en œuvre pour répondre à des situations de réfugiés. Le HCR a donc une certaine obligation de veiller à ce que les informations pertinentes soient accessibles de façon adéquate.

La collecte d'informations sur la base de l'article 35 § 2 de la *Convention de 1951* et de l'article II § 2 du *Protocole de 1967* n'a jamais été régularisée, par exemple sous la forme d'une obligation faite aux États de présenter des rapports à intervalles réguliers. Toutefois, le HCR a envoyé de temps en temps des questionnaires aux États parties⁴⁷. Cette pratique a été rare au cours des dernières années et elle n'a pas remporté beaucoup de succès. À l'issue d'une discussion sur les problèmes liés à l'application de la *Convention de 1951* et du *Protocole de 1967* lors de la session de 1989 du Comité exécutif⁴⁸, le HCR a envoyé un questionnaire complet et détaillé le 9 mai 1990. Le résultat a été décevant puisqu'en juillet 1992, seuls vingt-trois États avaient répondu⁴⁹ ; un appel lancé par le Comité exécutif aux États qui n'avaient pas répondu n'a permis d'obtenir que cinq réponses supplémentaires⁵⁰.

46. Voir également Grahl-Madsen, *supra* note 7, pp. 254 et 255, qui souligne l'importance de l'article 35 § 2 de la *Convention de 1951* pour la surveillance de l'application de la Convention.

47. Weis, *supra* note 8, pp. 362-3.

48. Voir Comité exécutif, Conclusion No. 57 (XL), 1989, *Application de la Convention de 1951 et du Protocole de 1967 relatifs au statut des réfugiés*, paragraphe d) qui demande au « Haut Commissaire de préparer un rapport plus détaillé sur l'application de la *Convention de 1951* et du *Protocole de 1967* qui serait examiné par ce Sous-Comité à l'occasion des activités menées pour célébrer le quarantième anniversaire de la Convention et [qui] invite les États parties à faciliter cette tâche, y compris moyennant la fourniture opportune au Haut Commissaire, sur sa demande, d'une information détaillée concernant l'application de la Convention et/ou du Protocole dans leurs pays respectifs ». Voir aussi le document de référence, Comité exécutif du Programme du Haut Commissaire, Sous-Comité plénier sur la protection internationale, *Mise en œuvre de la Convention de 1951 et du Protocole de 1967 relatifs au statut des réfugiés*, UN doc. EC/SPC/54, 7 juillet 1989.

49. Comité exécutif du Programme du Haut Commissaire, Sous-Comité plénier sur la protection internationale, *Note d'information sur l'application de la Convention de 1951 et du Protocole de 1967 relatifs au statut des réfugiés*, UN doc. EC/SPC/66, 22 juillet 1991, paragraphe 3.

50. Comité exécutif du Programme du Haut Commissaire, Sous-Comité plénier sur la protection internationale, *Application de la Convention de 1951 et du Protocole de 1967 relatifs au statut des réfugiés — Quelques questions essentielles*, UN doc. EC/SPC/CRP.10, 15 juin 1992, paragraphe 6.

3. Le caractère d'autorité du Guide, des Principes directeurs et des positions du HCR

Ces dernières années, certains tribunaux ont invoqué l'article 35 de la *Convention de 1951* pour décider de la pertinence du *Guide* du HCR ou de ses positions sur des questions de droit, ou encore des conclusions du Comité exécutif du Programme du Haut Commissaire. Alors que les tribunaux britanniques ont longtemps insisté sur le caractère non contraignant de tels documents et sur leur absence de pertinence dans les procédures judiciaires⁵¹, leur attitude a récemment changé. Dans l'affaire *Khalif Mohamed Abdi*, la Cour d'appel d'Angleterre a conclu en substance qu'en vertu de l'article 35 de la *Convention de 1951*, le HCR devait être considéré comme « une source d'assistance et d'information »⁵². Dans la décision *Adimi* rendue par la Haute Cour d'Angleterre, le juge Simon Brown est allé encore plus loin en citant les *Principes directeurs du HCR relatifs à la détention des demandeurs d'asile*, puisqu'il a déclaré : « Si l'on se réfère à l'article 35 § 1 de la Convention, il me semble qu'une importance considérable devrait être accordée à ces Principes directeurs »⁵³. La Chambre des Lords a consulté à plusieurs reprises le *Guide*⁵⁴ ou les Conclusions du Comité exécutif⁵⁵, sans toutefois faire référence à l'article 35 de la *Convention de 1951*. Dans l'affaire *T. c. Secretary of State for the Home Department*, Lord Mustill a reconnu que « le *Guide* du HCR [...] bien que n'ayant pas force contraignante en droit national ou international [...] est un recours utile pour des questions qui posent

51. Voir, par exemple, Lord Bridge of Harwich dans *R. c. Secretary of State for the Home Department, ex parte Bugdaycay*, House of Lords, [1987] AC 514, [1987] 1 All ER 940, 19 février 1987, concernant le *Guide* et les Conclusions du Comité exécutif : « Il ne me semble ni nécessaire ni souhaitable que la présente Chambre cherche à interpréter un instrument de cette nature qui n'a aucune force contraignante, ni en droit interne ni en droit international » (traduction libre). Voir aussi Staughton LJ dans *Alsawaf c. Secretary of State for the Home Department*, Court of Appeal (Civil Division), [1988] Imm AR 410, 26 avril 1988 (qui cite l'article 35 de la *Convention de 1951* et fait référence à Lord Bridge dans *Musisi*) et *Thavathevathasan c. Secretary of State for the Home Department*, Court of Appeal (Civil Division), [1994] Imm AR 249, 22 décembre 1993. Dans l'affaire *R. c. Secretary of State for the Home Department, ex parte Mehari et al.*, High Court (Queen's Bench Division), [1994] QB 474, [1994] 2 All ER 494, 8 octobre 1993, le juge Laws a souligné le fait que le *Guide*, les Conclusions du Comité exécutif et les déclarations du HCR, n'avaient pas de pertinence particulière pour les décisions relatives à des cas individuels, parce que l'article 35 n'avait pas été incorporé dans le droit national.

52. *Secretary of State for the Home Department c. Khalif Mohamed Abdi*, English Court of Appeal (Civil Division), [1994] Imm AR 402, 20 avril 1994, Gibson LJ.

53. *R. c. Uxbridge Magistrates' Court and Another, ex parte Adimi*, English High Court (Divisional Court), juge Brown, 29 juillet 1999, [1999] Imm AR 560, [1999] 4 All ER 520 (traduction libre).

54. Voir, par exemple, Lord Lloyd of Berwick in *Horvath c. Secretary of State for the Home Department*, House of Lords, [2000] 3 All ER 577, [2000] 3 WLR 379, 6 juillet 2000, qui invoque le *Guide* pour étayer ses arguments mais qui ajoute aussi qu'« il est dangereux de considérer le *Guide* du HCR comme s'il avait la même force que la Convention elle-même » (traduction libre).

55. Voir, par exemple, Lord Hoffmann dans *R. c. Immigration Appeal Tribunal and Secretary of State for the Home Department ex parte Shah et Islam c. Secretary of State for the Home Department*, appels conjoints, House of Lords, [1999] 2 WLR 1015 ; [1999] 2 AC 629, qui cite et approuve la Conclusion No. 39 du Comité exécutif, de 1985 sur les femmes réfugiés et la protection internationale.

problème » et Lord Lloyd of Berwick, dans le même jugement, a qualifié le *Guide* de « source de droit importante (bien qu'il n'ait pas force de loi lui-même) »⁵⁶. De même, la Cour suprême des États-Unis a souligné en substance, dans l'affaire *Cardoza Fonseca*, que le *Guide* n'avait pas force de loi mais « apportait une aide précieuse dans l'interprétation du Protocole, que le Congrès cherchait à respecter. Il a largement été considéré comme utile pour donner un contenu aux obligations fixées par le Protocole »⁵⁷. Aux Pays-Bas, la Cour de District de La Haye a reconnu la pertinence d'une note d'information du HCR sur le fondement du rôle de surveillance du HCR en vertu de l'article 35 § 1 de la *Convention de 1951*⁵⁸. La *New Zealand Refugee Status Appeals Authority* (instance d'appel des réfugiés de Nouvelle-Zélande), après avoir invoqué l'article 35 § 1 de la *Convention de 1951*, a conclu que « les Conclusions du Comité exécutif du Programme du HCR [...] bien que n'ayant pas force contraignante pour elle, avaient néanmoins un pouvoir de persuasion considérable »⁵⁹.

Cette jurisprudence est importante dans la mesure où elle reconnaît que, dans le cadre de leur obligation de coopérer avec le HCR et d'accepter son rôle de surveillance en vertu des articles 35 de la *Convention de 1951* et II du *Protocole de 1967*, les États parties doivent tenir compte des Conclusions du Comité exécutif, du *Guide* du HCR, des Principes directeurs du HCR, et d'autres avis du HCR sur des questions de droit (par exemple, d'avis *amicus curiae* et d'avis similaires soumis aux tribunaux, ou de commentaires de projets de loi demandés ou régulièrement acceptés par les gouvernements) lors de l'application de la *Convention de 1951* et de son Protocole. « Tenir compte » ne signifie pas que ces documents sont juridiquement contraignants⁶⁰. Cela signifie plutôt qu'ils ne doivent pas être écartés au motif qu'ils ne sont pas pertinents mais doivent être considérés comme des positions faisant autorité et que l'on ne peut ignorer sans avoir à justifier une telle attitude.

C. Caractère hybride de la surveillance par le HCR

La notion de surveillance des instruments internationaux englobe toutes les activités et tous les mécanismes destinés à garantir la conformité avec les obligations auxquelles les États parties sont tenus⁶¹. Elle comprend trois éléments i) collecte

56. *T. c. Secretary of State for the Home Department*, House of Lords, 22 mai 1996, [1996] 2 All ER 865, [1996] 2 WLR 766.

57. *Immigration and Naturalization Service c. Cardoza-Fonseca*, Cour suprême des États-Unis, 480 US 421 ; 107 S.Ct. 1207 ; 1987 US Lexis 1059 ; 94 L. Ed.2d 434 ; 55 USLW 4313, 9 mars 1987 (les juges Powell, Rehnquist et White ont néanmoins émis une opinion dissidente par rapport à cette position). Réaffirmé dans l'affaire *Immigration and Naturalization Service c. Juan Anibal Aguirre-Aguirre*, Cour suprême des États-Unis, 526 US 415 ; 119 S.Ct. 1439 ; 3 mai 1999 où la Cour a, en même temps, rappelé le caractère non contraignant du *Guide*.

58. *Osman Egal c. State Secretary for justice*, Cour de District de La Haye (Secteur du droit administrative/Unité de la Division juridique pour les questions relatives aux étrangers), 27 août 1998, AWB 98/3068 VRWET (disponible en traduction partielle sur *Refworld*).

59. *Re S.A.*, Refugee Appeal No. 1/92, New Zealand Refugee Status Appeals Authority, 30 avril 1992, disponible sur <http://www.refugee.org.nz/rsaa/text/docs/1-92.htm>.

60. Voir Sztucki, *supra* note 24, pp. 309-11, qui énumère les raisons concernant ce qu'il appelle « le statut relativement faible des Conclusions » (traduction libre).

d'informations, ii) analyse et évaluation de ces informations et iii) exécution⁶². Les fonctions du HCR fondées sur les articles 35 de la *Convention de 1951* et II du *Protocole de 1967* incluent ces trois éléments⁶³. En particulier, les interventions du HCR en faveur de certains demandeurs d'asile et réfugiés et son dialogue avec les gouvernements au sujet de certaines lois ou politiques, contribuent à mettre en œuvre la Convention et le Protocole. Dans ce sens, le HCR est une institution investie d'un certain pouvoir de surveillance des États lorsqu'ils appliquent les dispositions pertinentes du droit international des réfugiés. Ce mécanisme est le reflet du développement du droit international avant et après la Seconde Guerre mondiale, quand la surveillance du respect des règles a cessé d'être confiée uniquement au système « horizontal » très décentralisé, laissant le contrôle du respect des mesures aux seuls États, pour être complétée par la création d'organisations internationales, possédant certains pouvoirs limités de surveillance⁶⁴. En même temps, il serait inadéquat de considérer que les fonctions du HCR se limitent à la surveillance. Le HCR est une organisation opérationnelle qui ne fournit pas seulement de l'aide mais qui effectue également un travail de protection quotidien sur le terrain. À ce titre, le HCR est un conseiller et un partenaire (souvent critique) des gouvernements, ainsi qu'un partisan ou un défenseur des réfugiés. Cela crée des relations horizontales qui se distinguent clairement de la relation verticale entre superviseur et subordonné. Comme l'a fait remarquer V. Türk, il est nécessaire de faire une distinction claire entre deux traits distincts de la fonction de protection internationale du HCR : « i) son « opérationnalité » et ii) sa fonction de surveillance »⁶⁵. Ces deux fonctions sont souvent complémentaires mais elles peuvent également entrer en conflit, par exemple, si une critique sévère du non respect par l'État de ses obligations compromet les opérations sur le terrain.

III. Une application plus efficace grâce à des mécanismes de suivi par un tiers

A. Nécessité d'aller de l'avant

1. Lutter pour une meilleure application

Le rôle de surveillance du HCR, avec ses effets positifs sur la protection des demandeurs d'asile et des réfugiés, est unique, notamment comparé aux mécanismes de suivi prévus par d'autres traités de défense des droits de l'Homme. Contraire-

61. N. M. Blokker and S. Muller, « Some Concluding Observations » dans *Towards More Effective Supervision by International Organizations : Essays in Honour of Henry G. Schermers* (eds. N. M. Blokker et S. Muller, Martinus Nijhoff, Dordrecht/Boston/Londres, 1994), vol. I, p. 275.

62. Voir Türk, *supra* note 23, p. 146.

63. *Ibid.*, pp. 147-9.

64. Sur ce développement, voir Blokker et Muller, *supra* note 61, pp. 275-80.

65. Türk, *supra* note 23, p. 138.

ment à la *Convention de 1951* et à son *Protocole de 1967*, ces traités ne possèdent pas d'agence opérationnelle et d'« officiers de protection » en poste dans un grand nombre de pays qui veillent à l'application de ces instruments.

Les mécanismes de défense des droits de l'Homme commencent cependant à jouer un rôle important dans la protection des droits des réfugiés et des demandeurs d'asile. Par exemple, l'article 3 de la *Convention de 1984 contre la torture*⁶⁶ dispose : « aucun État partie n'expulsera, ne refoulera, ni n'extradera une personne vers un autre État où il y a des motifs sérieux de croire qu'elle risque d'être soumise à la torture ». Il protège donc, entre autres, les demandeurs d'asile déboutés contre un retour forcé dans leur pays d'origine dans les cas de torture imminente⁶⁷. De même, le Comité des droits de l'Homme est arrivé à la conclusion que l'article 7 du *Pacte international relatif aux droits civils et politiques*⁶⁸ interdisait aux États parties d'exposer « des individus à un risque de torture ou de peines ou traitements cruels, inhumains ou dégradants en les renvoyant dans un autre pays en vertu d'une mesure d'extradition, d'expulsion ou de refoulement »⁶⁹. Le Comité des droits de l'Homme a aussi conclu à l'interdiction du retour forcé si l'individu concerné risquait de subir une violation de son droit à la vie dans le pays dans lequel il devait être renvoyé⁷⁰ et il a appliqué ce raisonnement au cas d'un demandeur d'asile débouté⁷¹. Au niveau régional, l'interdiction du renvoi vers des situations de torture et de traitements inhumains a abouti à une jurisprudence particulièrement riche en Europe depuis

66. *Convention contre la torture et les autres peines ou traitements cruels, inhumains ou dégradants*, UN doc. A/RES/39/46, 10 décembre 1984.

67. Voir, par exemple, *Balabou Mutombo c. Suisse*, Constatations du Comité contre la torture en vertu de l'article 22 concernant la Communication No. 13/1993, adoptée le 27 avril 1994 (Rapport annuel 1994, UN doc. A/49/44), paragraphe 9.3, p. 45 ; également dans *Human Rights Law Journal*, n° 15, 1994, p. 164 et *International Journal of Refugee Law*, n° 7, 1995, p. 322.

68. *Pacte international relatif aux droits civils et politiques (PIDCP)*, 16 décembre 1966, Nations Unies, *Recueil des Traités*, vol. 999, n° 171.

69. Comité des droits de l'Homme, Observation générale No. 20/44 du 3 avril 1992 (Compilation des Observations générales et des Recommandations générales adoptées par les organes de surveillance des traités de défense des droits de l'Homme, UN doc. HRI/GEN/1/Rev.5, 26 avril 2001, paragraphe 9, p. 140. Voir aussi *Charles Chitat Ng c. Canada*, Constatations du Comité des droits de l'Homme concernant la Communication No. 469/1991 adoptée le 5 novembre 1993, Rapport annuel 1994, vol. II, UN doc. A/49/40, paragraphe 14.2, p. 189, également dans *Human Rights Law Journal* n° 15, 1994, p. 149

70. *Joseph Kindler c. Canada*, Constatations du Comité des droits de l'Homme en vertu de l'article 5, paragraphe 4 du Protocole facultatif, concernant la Communication No. 470/1991 adoptée le 30 juillet 1993, Rapport annuel 1993, vol. II, UN doc. A/48/40, paragraphe 13.1, p. 138, également dans *Human Rights Law Journal*, n° 14, 1993, p. 307.

71. *Mme G.T. au nom de son époux T. c. Australie*, Constatations du Comité des droits de l'Homme concernant la Communication No. 706/1996 adoptée le 4 novembre 1997, Rapport annuel, vol. II, UN doc. A/53/40, paragraphe 8.2, p. 191 ; *A.R.J. c. Australie*, Constatations du Comité des droits de l'Homme concernant la Communication No. 692/1996 adoptée le 28 juillet 1997, Rapport annuel 1997, vol. II, UN doc. A/52/40, paragraphe 6.9, p. 205.

que la Cour européenne des Droits de l'Homme⁷² a commencé, en 1989, à faire découler cette interdiction de l'article 3 de la *Convention européenne des Droits de l'Homme*⁷³. Le Comité des droits de l'Homme et la Cour européenne des Droits de l'Homme se sont également penchés sur d'autres aspects de la protection des réfugiés, notamment sur des questions relatives à la détention des demandeurs d'asile⁷⁴.

Malgré le caractère unique du rôle de surveillance du HCR et l'impact positif des évolutions récentes dans le domaine des droits de l'Homme en matière de protection des réfugiés, les insuffisances du système actuel subsistent. Elles ont fait l'objet de débats à plusieurs occasions.

En 1986, le Comité exécutif a recommandé aux États d'adopter « des mesures législatives et/ou administratives appropriées pour garantir la mise en œuvre effective des instruments internationaux relatifs aux réfugiés⁷⁵ » et de reconnaître que l'« application effective des principes et dispositions de la *Convention de 1951* et du *Protocole de 1967*⁷⁶ » est de la plus haute importance. En 1989, le Comité exécutif a rappelé « l'importance fondamentale de l'application effective de la Convention et du Protocole », a souligné « une fois encore, la nécessité de l'application stricte et effective de ces instruments par les Parties contractantes », et relié ces recommandations à l'article 35 de la *Convention de 1951*. Il a notamment :

- a) *Souligné* la nécessité pour les États de continuer à adopter une approche positive et humanitaire dans la mise en œuvre des dispositions de la Convention et du Protocole, d'une façon tout à fait compatible avec le contenu et les objectifs de ces instruments ;
- b) *Demandé à nouveau* aux États d'étudier l'adoption de mesures législatives et/ou administratives appropriées pour mettre en œuvre de façon effective ces instruments internationaux relatifs aux réfugiés ;
- c) *Invité* les États à envisager, en outre, de prendre toutes les mesures nécessaires pour l'identification et l'élimination des obstacles juridiques ou administratifs éventuels à une stricte application⁷⁷.

Ces recommandations ont été adoptées dans un contexte où la mise en œuvre de la *Convention de 1951* et du *Protocole de 1967* rencontrait des difficultés considérables. Le HCR a identifié trois catégories d'obstacles : socio-économiques ; juridiques et politiques ; pratiques⁷⁸. Concernant les obstacles socio-économiques tout d'abord, le HCR a souligné que :

72. *Soering c. Royaume-Uni*, 1989, Cour européenne des droits de l'Homme, Série A, No. 161.

73. L'article 3 de la *Convention européenne de sauvegarde des droits de l'Homme et des libertés fondamentales* (CEDH) du 4 novembre 1950, STE 5, interdit la torture et les peines ou traitements inhumains et dégradants.

74. Voir, par exemple, *A. c. Australie*, Constatations du Comité des droits de l'Homme concernant la Communication No. 560/1993, adoptée le 3 avril 1997, Rapport annuel 1997, vol. II, UN doc. A/52/40, p. 225 ; *Amuur c. France*, 1996, Cour européenne des droits de l'Homme, Rapport annuel 1996-III, p. 826.

75. Comité exécutif, Conclusion No. 42 (XXXVII), 1986, paragraphe j.

76. Comité exécutif, Conclusion No. 43 (XXXVII), 1986, paragraphe 3.

77. Comité exécutif, Conclusion No. 57 (XL), 1989.

des tensions inévitables se font jour entre les obligations internationales et les responsabilités nationales, lorsque les pays amenés à accueillir d'importantes populations réfugiées, même temporairement, sont en butte à leurs propres difficultés économiques, à un taux de chômage élevé, à une baisse du niveau de vie, à une pénurie de logements et de terres et/ou à des catastrophes naturelles ou causées par l'homme⁷⁹.

Deuxièmement, parmi les obstacles juridiques à une mise en œuvre adéquate de la Convention et du Protocole, le HCR a mentionné :

le conflit, ou les divergences, entre les législations nationales existantes et certaines obligations au titre de la Convention ; l'absence de transposition de la Convention en droit interne moyennant des lois d'application spécifiques ou une législation d'application qui ne définit pas les droits des individus mais les pouvoirs conférés aux administrations chargées des réfugiés. Cela signifie que la protection des droits des réfugiés devient un élément d'un jeu de pouvoirs et reste à la discrétion des administrations, bien plus qu'elle ne consacre le respect des droits spécifiques, définis et garantis par la loi. Lorsque le pouvoir judiciaire a un rôle important à jouer dans la défense des droits des réfugiés, les interprétations restrictives peuvent également constituer un obstacle à la mise en œuvre intégrale. Enfin, le maintien de la réserve géographique par certains pays constitue un obstacle sérieux à une mise en œuvre effective⁸⁰.

Troisièmement, sur le plan pratique, le HCR a noté :

des obstacles bureaucratiques, notamment des structures lourdes, inefficaces ou inadéquates, chargées des questions de réfugiés, un personnel peu nombreux ou n'ayant pas toutes les qualifications requises ainsi que l'absence d'une assistance adéquate aux demandeurs d'asile. Enfin, on rencontre certains problèmes de perception au niveau gouvernemental, notamment le fait que l'octroi de l'asile représente une prise de position politique et peut provoquer des tensions interétatiques⁸¹.

Beaucoup de ces obstacles à l'application intégrale persistent et continuent à créer des problèmes à tous les niveaux — national, régional et mondial. En 2000, le Comité exécutif s'est montré :

profondément préoccupé par les violations des droits des réfugiés reconnus au plan international, dont le refoulement des réfugiés, la militarisation des camps de réfugiés, la participation des enfants réfugiés à des activités militaires, la violence liée à l'appartenance sexuelle et la discrimination à l'égard des réfugiés, particulièrement des femmes réfugiées, la détention arbitraire des demandeurs d'asile et des réfugiés ; également *préoccupé* par l'application imparfaite des instruments internationaux relatifs aux réfugiés par certains États parties⁸².

Les participants aux consultations informelles sur l'article 35 de la *Convention de 1951*, organisées sous les auspices du HCR en 1997, ont reconnu que l'amélioration

78. Comité exécutif du Programme du Haut Commissaire, Sous-Comité plénier sur la protection internationale, *Application de la Convention de 1951 et du Protocole de 1967 relatifs au statut des réfugiés*, UN doc. EC/SPC/54, 7 juillet 1989, paragraphes 8-22.

79. Comité exécutif du Programme du Haut Commissaire, Sous-Comité plénier sur la protection internationale, *Application de la Convention de 1951 et du Protocole de 1967 relatifs au statut des réfugiés* — *Quelques questions élémentaires*, UN doc. EC/SPC/CRP.10, 15 juin 1992, paragraphe 9.

80. *Ibid.*, paragraphe 9.

81. *Ibid.*, paragraphe 10.

82. Comité exécutif, Conclusion No. 89 sur la protection internationale, *supra* note 26.

de l'application restait problématique. Ils ont estimé que quatre aspects nécessitaient un examen plus approfondi : i) le problème des « interprétations divergentes quant au contenu et à l'application des dispositions, normes et principes des instruments internationaux relatifs aux réfugiés » ; ii) la question de savoir si et comment améliorer « la présentation de rapports par les États dans leur ensemble » ; iii) la question de « l'institutionnalisation d'un dialogue constructif à intervalles réguliers avec les États parties sur l'application des instruments internationaux relatifs aux réfugiés » et iv) le problème des « mesures de mise en oeuvre »⁸³.

2. Pourquoi renforcer le suivi de la Convention de 1951 et du Protocole de 1967 ?

Considérant que le degré de mise en œuvre de la *Convention de 1951* et du *Protocole de 1967* reste insatisfaisant, toutes les parties prenantes à la protection des réfugiés ont intérêt à ce que la surveillance de l'application de ces instruments soit renforcée⁸⁴ :

1. La non-application viole les intérêts légitimes des *réfugiés* ainsi que leurs droits et garanties prévus par le droit international.
2. La tolérance prolongée de la non-application par un État viole les droits des autres *États parties* à la Convention et aux autres instruments relatifs à la protection des réfugiés. Les obligations d'application de ces instruments sont des obligations *erga omnes partes*, c'est-à-dire des obligations envers les autres États parties considérés comme un tout⁸⁵. Cette interprétation est clairement attestée par l'article 38 de la *Convention de 1951* et l'article IV du *Protocole de 1967*, qui autorisent tout État Partie à la Convention ou au Protocole à soumettre tout différend avec un autre État « relatif à son interprétation ou à son application » à la Cour internationale de Justice, même s'il n'a pas subi de dommage matériel⁸⁶. La *Convention de l'OUA de 1969 sur les réfugiés* contient une clause similaire⁸⁷. La non-application porte préjudice aux intérêts matériels des États parties qui respectent scrupuleusement leurs obligations. L'absence de respect du droit international des réfugiés peut générer des

83. Comité permanent, « Rapport intérimaire », *supra* note 42, paragraphe 8.

84. Concernant les raisons d'améliorer le suivi de la *Convention de 1951* et du *Protocole de 1967*, voir aussi L. MacMillan et L. Olson, « Rights and Accountability », *Forced Migration Review*, n° 10, avril 2001, pp. 38 et 41.

85. Au sujet de ce concept, voir par exemple C. L. Rozakis, « The European Convention on Human Rights as an International Treaty », in *Mélanges en l'honneur de Nicolas Valticos — Droit et Justice* (édition Dupuy, Pedone, Paris, 1999), pp. 502-3 ; M. T. Kamminga, *Inter-State Accountability for Violations of Human Rights* (University of Pennsylvania Press, Philadelphie, PA, 1992), pp. 154-76.

86. Voir *infra* texte aux notes 100-1.

87. L'article IX de la *Convention de l'OUA sur les réfugiés*, *supra* note 14, dispose que tout différend entre les États signataires « qui porte sur l'interprétation ou l'application de cette Convention et qui ne peut être réglé par d'autres moyens sera soumis à la Commission de médiation, de conciliation et d'arbitrage de l'Organisation de l'Unité Africaine ».

mouvements secondaires de réfugiés et de demandeurs d'asile contraints de chercher un pays où leurs droits sont respectés. Elle oblige les États qui seraient prêts à traiter les réfugiés conformément aux obligations internationales à adopter une politique plus restrictive afin d'éviter l'apparition d'un phénomène d'attraction, se traduisant par une augmentation du nombre de réfugiés arrivant sur leur territoire en quête de protection⁸⁸. Au niveau régional, les interprétations divergentes de la définition du réfugié, ou le non-respect de cette notion, peuvent compliquer la coopération en matière de détermination du pays chargé d'examiner une demande d'asile.

3. La non-application empêche sérieusement le HCR de remplir son mandat de manière adéquate et réduit sa capacité d'aider les États à prendre en charge les réfugiés.

4. La tolérance prolongée de la non-application porte gravement préjudice au système de la protection internationale, tel qu'il a été instauré il y a cinquante ans, et menace un régime qui a souvent réussi à résoudre, d'une manière appropriée et souple, des cas de fuite pour des motifs conventionnels. La non-application nuit donc à une gestion adéquate des crises de réfugiés actuelles et futures au niveau global et porte ainsi atteinte aux intérêts des États parties à la *Convention de 1951* et au *Protocole de 1967*, voire de la *communauté internationale* tout entière.

5. À un niveau plus pratique, les États peuvent envisager un renforcement des mécanismes de surveillance au niveau mondial, pour contrebalancer les mécanismes régionaux émergents, qui risquent de répondre aux problèmes et aux attentes purement régionales plutôt que de préserver l'universalité de ces instruments. Dans ce contexte, les évolutions intervenues récemment en Europe sont particulièrement importantes, dans la mesure où la Cour européenne de Justice pourra bientôt décider de l'application adéquate du droit communautaire en matière de réfugiés et d'asile⁸⁹. Le fait de donner aux organisations régionales la possibilité de devenir parties à la *Convention de 1951* et

88. Voir par exemple Comité permanent, « Rapport intérimaire », *supra* note 42, paragraphe 9.

89. Avec le *Traité sur l'Union européenne (Traité d'Amsterdam)* du 10 novembre 1997, les politiques de visa, d'asile, d'immigration et les autres politiques relatives à la libre circulation des personnes sont passées du « troisième pilier » au « premier pilier » de l'Union européenne ; en d'autres termes, elles ont quitté le secteur intergouvernemental pour devenir partie intégrante du droit communautaire. L'article 63 de la version consolidée du Traité instituant la Communauté européenne dispose entre autres que :

Le Conseil, statuant conformément à la procédure visée à l'article 67, arrête, dans les cinq ans qui suivent l'entrée en vigueur du traité d'Amsterdam : 1) des mesures relatives à l'asile, conformes à la Convention de Genève du 28 juillet 1951 et au Protocole du 31 janvier 1967 relatifs au statut des réfugiés ainsi qu'aux autres traités pertinents, dans les domaines suivants : [...] b) normes minimales régissant l'accueil des demandeurs d'asile dans les États membres ; c) normes minimales concernant les conditions que doivent remplir les ressortissants des pays tiers pour pouvoir prétendre au statut

au *Protocole de 1967*⁹⁰ permettrait aussi de préserver l'application uniforme et la mise en œuvre intégrale de ces instruments.

3. Nécessité d'un suivi par un tiers

Pour toutes les raisons exposées ci-dessus, il est manifestement urgent et opportun de réexaminer la question de la surveillance sous un angle nouveau. Alors que la fonction de surveillance du HCR revêt la plus haute importance pour la protection des réfugiés, la persistance des problèmes de mise en œuvre décrits ci-dessus rend nécessaire d'aller au-delà des discours traditionnels sur l'article 35 de la *Convention de 1951* et de s'inspirer des différents mécanismes de surveillance et de suivi qui existent dans le droit international actuel. Le point commun de ces mécanismes est qu'ils reposent, bien qu'à des degrés variables, sur la surveillance par un tiers, qui n'est pas directement impliqué, d'un différend relatif à l'application des obligations conventionnelles dans un cas donné.

Compte tenu du caractère hybride de sa fonction de surveillance décrit plus haut⁹¹, l'indépendance du HCR doit nécessairement être limitée. Le « caractère opérationnel » du HCR, c'est-à-dire son travail de protection quotidien sur le terrain en tant que partenaire à la fois des gouvernements et des réfugiés, facilite souvent l'exercice de sa fonction de surveillance. En même temps, un conflit entre les deux fonctions surgira à chaque fois qu'un État ou qu'un groupe d'États n'admettra pas la surveillance que le HCR exerce dans un cas donné. La possibilité d'assurer une aide et une protection dépend dans une certaine mesure du degré de confiance qui existe entre le gouvernement concerné et le HCR, et cette confiance risque d'être atteinte si le HCR rend publiques ses critiques pour faire davantage pression sur cet État. Ce n'est pas un hasard si les rapports annuels de protection du HCR restent confidentiels⁹², dans la mesure où leur publication pourrait compromettre le succès de la protection et de l'aide dans le pays concerné voire même, dans certains cas, le maintien de la présence de l'Organisation sur place. De même, il existe une tension entre l'intérêt du HCR de faire pression sur les États qui ne respectent pas leurs obligations conventionnelles et sa dépendance par rapport aux contributions financières volontaires de ces mêmes États. Les opérations sur le terrain et la surveillance peuvent répondre à des logiques différentes et, dans ce cas, les conflits d'intérêts sont inévitables. Il est donc nécessaire d'étudier des formes de surveillance qui reposent

de réfugié ; d) normes minimales concernant la procédure d'octroi ou de retrait du statut de réfugié dans les États membres [...]

Lorsque ces domaines seront mis en œuvre dans la législation secondaire de la Communauté européenne, la Cour européenne de Justice, en tant que gardienne du droit communautaire, aura compétence, au moins indirectement, pour décider au niveau européen de l'application de la *Convention de 1951*, sans toutefois, être liée par cet instrument.

90. La ratification et l'adhésion à ces instruments sont uniquement ouvertes aux États (article 39 de la *Convention de 1951* et article V du *Protocole de 1967*).

91. Voir *supra*, partie II.C, « Caractère hybride de la surveillance par le HCR ».

92. Voir *supra*, partie II.B.2, « Informations demandées par le HCR ».

sur des organismes ou des experts indépendants, ou au moins sur des États qui ne sont pas directement impliqués dans le problème faisant l'objet de la surveillance, c'est-à-dire des tiers disposant au moins d'un minimum d'indépendance.

La prochaine section analyse en détail les mécanismes existants qui sont susceptibles de fournir des renseignements utiles pour l'élaboration de nouveaux modes de surveillance en matière de droit des réfugiés. Afin de les distinguer de la surveillance du HCR en vertu des articles 35 de la *Convention de 1951* et II du *Protocole de 1967*, la présente étude les mentionne indifféremment sous le nom de « surveillance par un tiers » ou « suivi par un tiers ».

B. Mécanismes de surveillance par un tiers en droit international actuel

1. Cadre général

L'une des principales tâches des organisations internationales consiste à veiller au respect des règles engageant l'organisation et ses membres⁹³. Cette surveillance peut être interne ou externe. Dans le premier cas, il s'agit de veiller au « respect de ses propres actes par une organisation internationale », c'est-à-dire au comportement de ses organes et de ses collaborateurs⁹⁴. Dans le second cas, il s'agit d'évaluer l'« exécution par les membres » de l'organisation « auxquels [ses] actes sont destinés »⁹⁵. La surveillance externe est aussi en jeu lorsqu'un traité charge un organe indépendant de veiller au respect, par les États parties, de leurs obligations qui découlent dudit traité. Ces types de surveillance externe incluent « toutes les méthodes qui permettent d'appliquer concrètement les règles juridiques établies par les organisations internationales »⁹⁶ ou contenues dans des traités. La présente étude se limite aux formes de surveillance externe.

La surveillance externe est essentielle à l'application et à la mise en œuvre effectives du droit international car « des violations qui reçoivent une large audience sont plus difficiles à commettre que celles qui restent pratiquement ignorées »⁹⁷. Dans le droit international actuel, cette surveillance revêt différentes formes. En s'appuyant sur les catégories définies par Schermers et Blokker⁹⁸, on peut distinguer les formes suivantes de surveillance :

93. H. G. Schermers et N. M. Blokker, *International Institutional Law* (3^e édition révisée, Martinus Nijhoff, La Haye/Londres/Boston, 1995). I. Seidl-Hohenveldern, « Failure of Controls in the Sixth International Tin Agreement » in *Towards More Effective Supervision by International Organizations*, *supra* note 61, p. 255, considère même le rôle de surveillance des organisations internationales comme leur raison d'être.

94. Schermers et Blokker, *supra* note 93, p. 864 (traduction libre).

95. *Ibid.*, p. 865 (traduction libre).

96. *Ibid.* (traduction libre).

97. *Ibid.*, p. 867 (traduction libre).

98. *Ibid.*, pp. 867-97.

1. La surveillance exercée par d'autres États (membres de l'organisation ou autres parties au traité) agissant en leur propre nom :
 - le règlement des différends par la Cour internationale de Justice ;
 - les plaintes interétatiques adressées à des organes de surveillance des traités ou aux organes de l'organisation ;
2. La surveillance par, ou au nom de, l'organisation ou de l'organe de surveillance du traité :
 - la surveillance fondée sur les rapports des États ;
 - la surveillance fondée sur les informations recueillies par l'organisation ;
 - la surveillance fondée sur des demandes d'avis consultatif ;
3. La surveillance effectuée à l'initiative de personnes individuelles :
 - les pétitions individuelles ;
 - les procédures judiciaires.

2. Surveillance exercée par d'autres États

(a) Règlement des différends par la Cour internationale de Justice

Les traités qui octroient des garanties, voire des droits, à des personnes individuelles, tels que les traités de protection des droits de l'Homme, restent des traités entre États. Par conséquent, les obligations qui en découlent ne sont pas seulement dues aux personnes individuelles qui bénéficient de ces garanties, mais aussi aux autres États parties. Ceci donne à tous les États parties le droit de contrôler le respect, par les autres parties, de leurs obligations conventionnelles, même si leurs propres intérêts ne sont pas en jeu⁹⁹. Cela exprime le fait que le droit international constitue un ordre juridique hautement décentralisé, où la mise en œuvre et le respect des obligations ne peuvent attendre l'intervention d'une instance centralisée, mais dépend de la vigilance de tous les membres de la communauté internationale.

De nombreux traités de protection des droits de l'Homme officialisent ce droit des États parties à surveiller le comportement des autres États parties en disposant que les différends entre les États parties relatifs à l'interprétation et à l'application de leurs dispositions doivent être soumis à la Cour internationale de Justice. Il n'est pas nécessaire pour cela que l'État qui invoque une telle disposition ait subi un dommage matériel du fait d'une violation ; il suffit juste que persiste « une situation dans laquelle les points de vue des deux parties, quant à l'exécution ou à la non-exécution de certaines obligations découlant d'un traité, sont nettement opposés »¹⁰⁰. La possi-

99. Voir *ibid.*, p. 867 et également Rozakis, *supra* note 85, pp. 502-3.

100. *Application de la Convention pour la prévention et la répression du crime de génocide (Bosnie-Herzégovine c. Yougoslavie)*, Exceptions préliminaires, C.I.J. Recueil 1996, paragraphe 29, citant l'*Interprétation des traités de paix conclus avec la Bulgarie, la Hongrie et la Roumanie*, première phase, Avis consultatif, C.I.J. Recueil 1950, p. 74 et faisant référence au *Timor oriental (Portugal c. Australie)*, C.I.J. Recueil 1995, p. 100, §22.

bilité de saisir la Cour internationale de Justice est prévue non seulement dans de nombreuses conventions et traités universels relatifs à divers aspects de la protection des droits de l'Homme¹⁰¹, mais aussi à l'article 38 de la *Convention de 1951* et à l'article IV du *Protocole de 1967*.

(b) Plaintes interétatiques adressées aux organes de surveillance des traités

Dans le domaine des droits de l'Homme, les traités qui ont mis en place un organe spécialement chargé de veiller à leur application, ne comportent généralement pas de dispositions relatives au règlement des différends par la Cour internationale de Justice¹⁰². Quatre instruments universels de protection des droits de l'Homme et trois instruments régionaux instaurent à la place des procédures qui permettent de soumettre des plaintes interétatiques à l'organe de surveillance du traité¹⁰³. Les instruments universels habilite généralement cet organe à porter la question devant une commission de conciliation *ad hoc*, si l'affaire ne peut être réglée à l'amiable¹⁰⁴.

L'Organisation Internationale du Travail (OIT) dispose d'un système plus complexe¹⁰⁵. Chacun des États-membres peut déposer une plainte à l'OIT contre un autre État-membre qui, à son avis, n'assurerait pas de manière satisfaisante l'exécution

101. Voir article 8 de la *Convention de 1926 relative à l'esclavage*, Nations Unies, *Recueil des Traités*, Vol. 212, n° 17 ; article 9 de la *Convention de 1948 pour la prévention et la répression du crime du génocide*, Nations Unies, *Recueil des Traités*, Vol. 78, n° 277 ; article 9 de la *Convention de 1952 sur les droits politiques de la femme*, Nations Unies, *Recueil des Traités*, Vol. 193, n° 135 ; article 34 de la *Convention de 1954 relative au statut des apatrides*, Nations Unies, *Recueil des Traités*, Vol. 360, n° 117 ; article 22 de la *Convention internationale de 1965 sur l'élimination de toutes les formes de discrimination raciale*, Nations Unies, *Recueil des Traités*, Vol. 660, n° 195 ; article 29 de la *Convention de 1979 sur l'élimination de toutes les formes de discrimination à l'égard des femmes*, Nations Unies, *Recueil des Traités*, Vol. 1249, n° 13 et article 30 de la *Convention contre la torture*.

102. L'article 30 de la *Convention contre la torture* constitue une exception notable à cet égard.

103. Voir, au niveau universel, l'article 41 du *PIDCP* ; article 11 de la *Convention sur l'élimination de la discrimination raciale* ; article 13 de la *Convention de 1985 contre l'apartheid dans les sports*, Nations Unies, *Recueil des Traités*, vol. 1500, p. 161 ; article 21 de la *Convention contre la torture* et, au niveau régional, l'article 33 de la *CEDH* ; article 45 de la *Convention américaine de 1969 relative aux droits de l'Homme* (CADH), Organisation des États Américains (OEA) Série des traités No. 35 ; article 47 de la *Charte africaine (de Banjul) des droits de l'Homme et des peuples*, 21 ILM, 1982, p. 58. Voir, par exemple, Kamminga, *supra* note 85, p. 147 ; P. H. Kooijmans, « Inter-State Dispute Settlement in the Field of Human Rights », 3 *Leiden Journal of International Law*, 1990, p. 87 ; S. Leckie, « The Inter-State Complaint Procedure in International Law : Hopeful Prospects or Wishful Thinking ? », 10 *Human Rights Quarterly*, 1988, p. 249 ; W. Karl, « Besonderheiten der internationalen Kontrollverfahren zum Schutz der Menschenrechte » in *Aktuelle Probleme des Menschenrechtsschutzes* (eds. W. Kälin, E. Riedel, W. Karl, B.-O. Bryde, C. Von Bar et R. Geimer, *Berichte der Deutschen Gesellschaft für Völkerrecht* 33, C. F. Müller, Heidelberg, 1994), pp. 108 -10.

104. Article 42 du *PIDCP* ; article 21 de la *Convention contre la torture* ; article 12 de la *Convention sur l'élimination de toutes les formes de discrimination raciale*.

105. Articles 26-34 de la *Constitution de l'OIT*. Voir K. Weschke, *Internationale Instrumente zur Durchsetzung der Menschenrechte* (Arno Spitz, Berlin, 2001), pp. 326-7.

d'une convention de l'OIT, que l'un et l'autre auraient ratifiée. Le Conseil d'administration (organe exécutif de l'OIT), peut référer d'une telle plainte à une Commission d'enquête qui, sur la base des informations qui lui sont fournies par les États-membres concernés, rédigera un rapport contenant ses constatations sur les faits pertinents et ses recommandations quant aux mesures à prendre. Si l'État concerné refuse de mettre en œuvre les recommandations et ne soumet pas le différend à la CIJ, l'affaire sera transmise au Conseil d'administration et à la Conférence de l'OIT.

Un mécanisme moins fondé sur le système de plaintes interétatiques, que sur une procédure de conciliation institutionnalisée, a été mis en place dans le système de suivi de la *Convention de l'UNESCO de 1960 concernant la lutte contre la discrimination dans le domaine de l'enseignement*¹⁰⁶. Les articles 12 à 19 de son *Protocole (additionnel) de 1962*¹⁰⁷ instituent une Commission de conciliation et de bons offices chargée de rechercher la solution des différends qui naîtraient entre États parties à cette Convention¹⁰⁸.

La possibilité d'une plainte interétatique auprès d'un organe de surveillance des traités, ne dépend pas du fait que le requérant soit victime d'une violation qui porte directement préjudice à ses intérêts matériels. À cet égard, la Cour européenne des droits de l'Homme a reconnu que :

À la différence des traités internationaux de type classique, la Convention déborde le cadre de la simple réciprocité entre États contractants. En sus d'un réseau d'engagements synallagmatiques bilatéraux, elle crée des obligations objectives qui, aux termes de son préambule, bénéficient d'une « garantie collective » [...] [La Convention] permet aux États contractants d'exiger le respect de ces obligations sans avoir à justifier d'un intérêt dérivant, par exemple, de ce qu'une mesure qu'ils dénoncent a lésé un de leurs propres nationaux¹⁰⁹.

106. *Convention de l'Organisation des Nations Unies pour l'éducation, la science et la culture (UNESCO) concernant la lutte contre la discrimination dans le domaine de l'enseignement*, 14 décembre 1960, disponible sur <http://unesdoc.unesco.org/images/0013/001325/132598e.pdf>.

107. *Protocole du 10 décembre 1962 instituant une Commission de conciliation et de bons offices chargée de rechercher la solution des différends qui naîtraient entre États parties à la Convention concernant la lutte contre la discrimination dans le domaine de l'enseignement*, disponible sur : <http://unesdoc.unesco.org/images/0013/001303/130312eb.pdf>.

108. Selon ces dispositions, tout État-partie à ce protocole, qui estime qu'un autre État-partie, n'applique pas une de ses dispositions, peut appeler, par communication écrite, l'attention de cet État sur la question. Dans un délai de trois mois à compter de la réception de la communication, l'État destinataire fournira à l'État plaignant des explications sur la question. S'il s'avère impossible pour les États concernés de parvenir à une solution par voie de négociations bilatérales, l'un comme l'autre État peut soumettre une plainte à la Commission, qui établira un rapport sur les faits et indiquera ses recommandations en vue de la conciliation. Le rapport de la Commission sera finalement communiqué au Directeur général pour publication ainsi qu'à la Conférence générale qui, sur demande de la Commission, peut décider de demander à la Cour internationale de Justice de donner un avis consultatif sur la question.

109. *Irlande c. Royaume-Uni*, Cour européenne des droits de l'Homme, Série A, No. 25, pp. 89-91. Voir aussi Commission européenne des droits de l'Homme, *Autriche c. Italie*, 4 *Yearbook of the European Convention on Human Rights*, 11 janvier 1961, p. 140. Voir aussi Cour interaméricaine des droits de l'Homme, *Advisory Opinion on the Effect of Reservations on the Entry into Force of the American Convention*, 24 septembre 1982, paragraphe 29, reproduit dans 22 ILM, 1983, p. 47.

Les plaintes interétatiques n'ont, cependant, jamais été utilisées par les États parties aux instruments de défense des droits de l'Homme pertinents, au sein des Nations Unies. Quelques cas ont été relevés dans le cadre de l'OIT¹¹⁰ et quelques autres dans celui de la Convention européenne¹¹¹ mais ils restent malgré tout rares.

(c) Évaluation

Le fait de soumettre des différends relatifs à l'interprétation et à l'application d'une disposition d'un traité à la Cour internationale de Justice, ou de présenter une plainte interétatique à un organe de surveillance d'un traité peut répondre à différents objectifs. Tout d'abord, les procédures engagées par un État partie dont les intérêts ont été lésés par une violation du droit international, concernent des cas isolés de non-respect. Dans ce cas, l'État plaignant ne joue pas le rôle de gardien mais agit plutôt en victime qui cherche une protection contre l'auteur de la violation et espère obtenir réparation¹¹².

Deuxièmement, les procédures engagées par des non-victimes sont plus pertinentes aux fins de suivi. Elles sont appropriées dans des situations de violations massives¹¹³ ou pour éclaircir des problèmes fondamentaux qui hantent de nombreux États parties. Dans ce cas, le caractère *erga omnes* des droits de l'Homme¹¹⁴, et autres garanties similaires pour les personnes individuelles, devient très clair¹¹⁵. Toutefois, les États qui ne pâtissent pas directement du non-respect ont peu de raisons d'agir activement. En premier lieu, les plaintes interétatiques sont, comme le dit en substance Leckie, « l'une des mesures juridiques les plus draconiennes et les plus agressives dont disposent les États »¹¹⁶ et ont donc un coût politique élevé. En second lieu, elles obligent l'État à accomplir lui-même tout le travail d'établissement des faits pour présenter un dossier solide, travail qu'un État n'est pas prêt à faire lorsque des instances internationales (par exemple, la Commission des droits de l'Homme des Nations Unies) ont la possibilité d'enquêter elles-mêmes sur la situation¹¹⁷.

110. Leckie, *supra* note 103, p. 277.

111. J. Frowein et W. Peukert, *Europäische Menschenrechtskonvention — ERMK-Kommentar* (Engel, Kehl/Strasbourg/Arlington, 1996), p. 516.

112. Dans le cadre des traités touchant aux droits de l'Homme, ce cas de figure est typique d'affaires de protection diplomatique où un citoyen de l'État en question a vu ses droits fondamentaux violés par un autre État.

113. Karl, *supra* note 103, p. 108.

114. Voir texte *supra* note 85.

115. Karl, *supra* note 103, p. 108.

116. Leckie, *supra* note 103, p. 259.

117. Kälén, *supra* note 103, p. 17.

3. Surveillance par ou au nom de l'organisation ou de l'organe de surveillance du traité
 - (a) Surveillance fondée sur les rapports des États
 - aa) Établissement de rapports par les États en vertu des instruments de protection des droits de l'Homme des Nations Unies

Dans le domaine des droits de l'Homme, les rapports des États constituent l'instrument de suivi le plus répandu. Sept instruments universels¹¹⁸ de protection des droits de l'Homme et deux instruments régionaux¹¹⁹ obligent les États parties à présenter des rapports sur les mesures qu'ils ont prises pour mettre en œuvre leurs obligations conventionnelles et sur les difficultés rencontrées à cet égard. Le suivi de l'application des traités via l'examen de rapports étatiques a débuté en 1970, lorsque le Comité pour l'élimination de la discrimination raciale (CERD) a commencé ses travaux, et s'est progressivement étendu au Comité des droits de l'Homme, au Comité pour l'élimination de la discrimination à l'égard des femmes, au Comité contre la torture, au Comité des droits économiques, sociaux et culturels et, en 1991, au Comité des droits de l'enfant¹²⁰. Tous ces organes de surveillance des traités exigent un rapport des États tous les quatre ou cinq ans¹²¹.

Les Comités suivent tous une procédure similaire¹²² : une fois le rapport remis, le secrétariat, un rapporteur ou un groupe de travail du Comité identifie les thèmes et les questions clés à aborder. Cette étape est suivie de la phase la plus importante de toute la procédure — le dialogue avec la délégation de l'État partie concerné. Après une introduction faite par le chef de la délégation, une discussion s'engage, dans

118. Article 40 du *PIDCP* ; article 16 du *Pacte international relatif aux droits économiques, sociaux et culturels (PIDESC)*, Nations Unies, *Recueil des Traités*, Vol. 993, n° 3 ; article 19 de la *Convention contre la torture* ; article 9 de la *Convention sur l'élimination de la discrimination raciale* ; article 44 de la *Convention de 1989 relative aux droits de l'enfant (CDE)*, Résolution 44/25 de l'Assemblée générale des Nations Unies ; article 18 de la *Convention sur l'élimination de la discrimination à l'égard des femmes* ; article 73 de la *Convention internationale de 1990 sur la protection des droits de tous les travailleurs migrants et des membres de leur famille*, UN doc. A/RES/45/158.

119. Article 21 de la *Charte sociale européenne de 1961*, STE 35 ; article 62 de la *Charte africaine des droits de l'Homme et des peuples*.

120. H. Klein, « Towards a More Cohesive Human Rights Treaty System » in *The Monitoring System of Human Rights Treaty Obligations* (ed. E. Klein, Arno Spitz, Berlin, 1998), p. 89. La *Convention internationale sur la protection des droits de tous les travailleurs migrants et des membres de leur famille* n'étant pas encore entrée en vigueur, son Comité ne fonctionne pas encore.

121. Klein, *supra* note 120, p. 90.

122. Voir Klein, « The Reporting System under the International Covenant on Civil and Political Rights », in Klein, *supra* note 120, pp. 18-23 ; B. Simma, *The Examination of State Reports : International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights*, in Klein, *supra* note 120, pp. 35-40 ; R. Wolfrum, *International Convention on the Elimination of All Forms of Racial Discrimination* in Klein, *supra* note 120, pp. 55-62 ; H. B. Schöpp-Schilling, *The Convention on the Elimination of All Forms of Discrimination Against Women*, in Klein, *supra* note 120, pp. 71-88.

laquelle les membres du Comité posent des questions, et les membres de la délégation répondent ou promettent de fournir une réponse écrite ultérieurement. La discussion s'achève par des commentaires individuels des membres du Comité. L'examen des rapports prend fin avec l'adoption de Conclusions qui expriment l'opinion du Comité et portent à la fois sur les principaux progrès accomplis et sur les domaines qui posent encore problème. Il n'existe pas de procédures de suivi officielles, bien que certains Comités aient mis au point quelques éléments de telles procédures¹²³.

Les objectifs des systèmes s'appuyant sur des rapports ont été résumés par le Comité des droits économiques, sociaux et culturels en 1994¹²⁴, d'une manière qui peut être généralisée. Tout d'abord, l'obligation de rapport amène l'État partie à procéder à une étude d'ensemble de ses lois et pratiques « en vue de les rendre aussi conformes que possible » avec ses obligations conventionnelles. Le deuxième objectif est « de veiller à ce que chaque État partie apprécie de façon régulière la réalité de la situation en ce qui concerne chacun des droits en question, et puisse ainsi déterminer dans quelle mesure ces divers droits peuvent — ou ne peuvent pas — être exercés par tous les individus vivant sur son territoire ou relevant de son autorité ». Troisièmement, le processus d'élaboration des rapports doit permettre à l'État partie d'élaborer « un tableau détaillé de la situation réelle, qui servira à son tour de base à l'élaboration de politiques formulées et ciblées avec précision, avec définition de priorités correspondant aux dispositions » de l'instrument en question. Le quatrième objectif consiste à faciliter l'évaluation, par l'opinion publique, des politiques nationales. Cinquièmement, le processus d'établissement de rapports doit « dégager une base à partir de laquelle chaque État partie, ainsi que le Comité, peut effectivement évaluer l'importance des progrès réalisés vers l'exécution des obligations prévues » par l'instrument en question. « Le sixième objectif est de mettre les États parties en mesure de mieux comprendre les problèmes et les échecs rencontrés dans leurs efforts pour mettre progressivement en oeuvre tous » les droits de l'Homme en question et de repérer les principales difficultés pour pouvoir élaborer de nouvelles politiques, plus efficaces. Enfin, les rapports doivent « aider le Comité, ainsi que les États parties dans leur ensemble, à faciliter les échanges d'informations entre États, à mieux comprendre les problèmes communs à ces États et à se faire une meilleure idée des mesures que l'on pourrait prendre en vue de la réalisation effective de chacune des » garanties prévues.

bb) Rapports par les États en vertu du droit de l'OIT et de l'UNESCO

Les rapports représentent un élément important du système de suivi de l'OIT. Les États membres de cette organisation doivent — d'après les articles 19 et 22 de sa

123. Tel est le cas du Comité des droits économiques, sociaux et culturels : voir Simma, *supra* note 122, pp. 39-41.

124. Comité des droits économiques, sociaux et culturels, Observation générale No. 1, Rapports des États parties, troisième session, 1989, paragraphes 2-9, dans la Compilation des Observations générales, *supra* note 69, pp. 13-14.

Constitution — faire régulièrement rapport, sur la base de modèles de présentation des rapports¹²⁵, sur les mesures prises pour donner effet aux dispositions des Conventions qui les lient, sur l'application des recommandations non contraignantes, et aussi sur les raisons pour lesquelles ils ne deviennent pas parties à tous les instruments adoptés par l'OIT¹²⁶. Depuis 1926, les rapports sont examinés par deux organes différents. Premièrement, le Comité d'experts indépendants¹²⁷ — nommé par le Conseil d'administration de l'OIT — étudie les rapports de manière objective et technique. Les questions d'importance secondaire ou d'ordre technique concernant l'application d'une Convention de l'OIT ratifiée, sont directement envoyées au gouvernement concerné, sous forme d'un commentaire écrit appelé requête directe. Les cas plus graves ou les plus anciens de non-respect des obligations conventionnelles sont rapportés sous forme d'observations au Conseil d'administration et à la Conférence internationale du Travail annuelle. Elles constituent la base des discussions de cas individuels au sein du second organe de surveillance, le Comité tripartite de la Conférence¹²⁸. Cet organe tient chaque année des discussions publiques sur les principaux cas de non-respect, à la lumière des conclusions des experts¹²⁹. Le processus de soumission de rapports prend fin avec la présentation des rapports à la Session plénière de la Conférence internationale du Travail.

Le système de rapports fait aussi partie du système de suivi de l'UNESCO. L'article VII de son *Acte constitutif* dispose que « chaque État membre adresse à l'Organisation, aux dates et sous la forme que déterminera la Conférence générale, des rapports sur les lois, règlements et statistiques relatifs à ses institutions et à ses activités dans l'ordre de l'éducation, de la science et de la culture, ainsi que sur la suite donnée aux recommandations et conventions ». Le contenu de ces rapports est déterminé par des questionnaires élaborés par l'Organisation. Les rapports sont examinés par la Conférence générale de l'UNESCO. La Conférence publie ensuite ses conclusions dans un rapport qui est transmis entre autres aux États membres et aux Nations Unies¹³⁰.

125. L'OIT a publié des modèles de présentation des rapports pour toutes les Conventions essentielles ainsi qu'un modèle de présentation pour l'obligation de rapport concernant les traités non ratifiés.

126. La Constitution demande aux États membres de présenter un rapport annuel sur l'application des conventions ratifiées mais, compte tenu du grand nombre de conventions et de ratifications, l'organisation ne demande désormais de rapports détaillés sur une convention précise qu'à des intervalles moins fréquents. Voir K. Samson, « The Protection of Economic and Social Rights within the Framework of the International Labour Organisation », in *Die Durchsetzung wirtschaftlicher und sozialer Grundrechte* (ed. F. Matscher, Engel, Kehl/Strasbourg/Arlington, 1991), p. 128.

127. Le Comité est composé de vingt personnalités indépendantes de très haut rang, qui possèdent des qualifications élevées dans les domaines juridiques et sociaux, ainsi qu'une connaissance profonde des conditions de travail ou de l'administration.

128. Il s'agit d'un organe politique, composé de 200 membres qui sont des représentants soit des gouvernements, soit des employeurs, soit des organisations de travailleurs.

129. N. Valticos, *Once More About the ILO System of Supervision : In What Respect is it Still a Model ?* in Blokker et Muller, *supra* note 61, pp. 104-5 ; Samson, *supra* note 126, p. 128 ; Weschke, *supra* note 105, p. 325.

130. Adoptées par la Conférence générale à sa 5^e session et modifiées à ses 7^e, 17^e et 25^e sessions.

cc) Évaluation

Les mécanismes de présentation de rapports prévus par les traités des Nations Unies touchant aux droits de l'Homme remplissent des fonctions importantes¹³¹ et doivent être considérés comme positifs sur le plan conceptuel. Toutefois, un consensus semble reconnaître aujourd'hui que, dans la pratique, ces mécanismes se heurtent à de graves problèmes, pour trois raisons au moins.

Premièrement, de nombreux États ne remplissent pas leurs obligations de rapport à temps et un très grand nombre de rapports restent en souffrance¹³². Ainsi, au 1^{er} décembre 1998, 124 États parties (sur 151) totalisaient 390 rapports en souffrance dans le cadre de la *Convention sur l'élimination de toutes les formes de discrimination raciale*. Le Comité pour l'élimination de la discrimination à l'égard des femmes avait 245 rapports en retard, pour 134 États parties (sur 162). Les chiffres de 1998 pour les autres Comités étaient tout aussi mauvais¹³³. Ils s'expliquent par un manque de ressources, par la charge que représente la multitude d'obligations de rapports, par la crainte des critiques ou simplement par le fait que certains pays ont ratifié des traités « sans se soucier beaucoup des obligations nationales et internationales de procédures qui en découlaient »¹³⁴.

Deuxièmement, si tous les rapports arrivaient dans les délais, les Comités seraient dans l'incapacité de les étudier en temps voulu¹³⁵. Alston a estimé qu'en 1996, en fonction des divers Comités, il faudrait entre sept et vingt-quatre ans pour traiter tous les rapports encore en souffrance¹³⁶.

Troisièmement, quelques États ont tendance à ne pas faire rapport de la situation réelle mais à se concentrer plutôt sur le droit sans aborder son application, ou à

131. Voir texte *supra* note 124.

132. Pour les chiffres qui suivent, voir J. Crawford, « The UN Human Rights Treaty System : A System in Crisis », in *The Future of UN Human Rights Treaty Monitoring* (eds. P. Alston et J. Crawford, Cambridge University Press, 2000), p. 5.

133. Comité contre la torture : 105 rapports en souffrance de 72 États parties sur 110 ; Comité des droits de l'enfant : 141 rapports en souffrance de 124 États parties sur 191 ; Comité des droits économiques, sociaux et culturels : 134 rapports en souffrance de 97 États parties sur 138 ; Comité des droits de l'Homme : 145 rapports en retard de 97 États parties sur 140 (source, *ibid.*, p. 5).

134. Simma, *supra* note 122, p. 32. Voir également Wolfrum, *supra* note 122, p. 63 (traduction libre).

135. Instruments internationaux relatifs aux droits de l'Homme, Douzième réunion des présidents des organes créés en vertu d'instruments internationaux relatifs aux droits de l'Homme, *Plan d'action visant à renforcer l'application du Pacte international relatif aux droits civils et politiques, de la Convention internationale sur l'élimination de toutes les formes de discrimination raciale et de la Convention contre la torture et autres peines ou traitements cruels, inhumains ou dégradants, 2000-2004*, UN doc. HRI/MC/2000/4, 5 mai 2000, paragraphe 12.

136. *Bon fonctionnement des organes créés en application des instruments des Nations Unies relatifs aux droits de l'Homme, Rapport final sur les moyens d'améliorer l'efficacité à long terme du régime conventionnel mis en place par les Nations Unies dans le domaine des droits de l'Homme*, établi par P. Alston, UN doc. E/CN.4/1997/74, 27 mars 1996, paragraphe 48.

nier tout simplement les violations qui ont été commises¹³⁷. Dans ces cas en particulier, la discussion entre les Comités et les États parties ne se traduit pas toujours par un vrai dialogue mais prend plutôt la forme d'un échange de questions et de déclarations banales qui ne mettent pas vraiment l'accent sur les véritables problèmes¹³⁸.

(b) Surveillance fondée sur les informations recueillies par l'organisation

aa) Établissement des faits par des rapporteurs spéciaux ou par des commissions d'enquête indépendantes

Le suivi par ou au nom d'une organisation peut permettre d'éviter certaines des faiblesses et des pièges que comportent le mécanisme de présentation de rapports par les États. Le suivi fondé sur l'établissement des faits par des experts indépendants représente la forme la plus importante de surveillance par ou au nom d'une organisation dans le domaine des droits de l'Homme, en dehors des mécanismes prévus par les traités.

L'exemple majeur pour une recherche des faits par des experts indépendants est fourni par la Commission des droits de l'Homme des Nations Unies.¹³⁹ Pendant longtemps, la Commission s'est attachée à élaborer des normes et n'était guère disposée à se pencher sur les allégations de violations des droits de l'Homme dans un pays spécifique¹⁴⁰. Elle s'appuie sur la procédure d'établissement des faits par des rapporteurs spéciaux et des groupes de travail, depuis que le Conseil économique et social (ECOSOC) a adopté la résolution 1235 (XLII) en 1967 l'autorisant « à examiner les renseignements concernant les violations flagrantes des droits de l'Homme » dans une *procédure publique* et la résolution 1503 (XLVIII) en 1970 sur la *discussion confidentielle* de situations « qui semblent révéler l'existence d'un ensemble de violations flagrantes et systématiques, dont on a des preuves dignes de foi, des droits de l'Homme et des libertés fondamentales ».

À cet égard, la Commission a mis au point différentes techniques. Dans le cadre des procédures publiques¹⁴¹, elle établit une distinction entre une approche « par pays »

137. Committee on International Human Rights Law and Practice, *Report on the UN Human Rights Treaties : Facing the Implementation Crisis* (par A. Bayefsky), in International Law Association, *Hel-sinki Conference 1996* (International Law Association, Londres, 1996), p. 341.

138. Klein, *supra* note 120, pp. 26-7. Voir aussi Bayefsky, *supra* note 137, p. 341.

139. Ce qui suit est une adaptation de W. Kälin et L. Gabriel, « Human Rights in Times of Occupation : An Introduction », in *Human Rights in Times of Occupation : The Case of Kuwait* (ed. W. Kälin, Staempfli, Bern, 194), pp. 9-10.

140. Voir M. Nowak, « Country-Oriented Human Rights Protection by the UN Commission on Human Rights and its Sub-Commission », 22 *Netherlands Yearbook of International Law*, 1991, p. 39.

141. La procédure confidentielle exposée dans la résolution 1503 (XLVIII) ne sera pas développée ici. Pour de plus amples détails, voir P. Alston, « The Commission on Human Rights », in *The United Nations and Human Rights — A Critical Appraisal* (ed. P. Alston, Clarendon Press, Oxford, 1992), p. 145 ; A. Dormenvil, *Procédures onusiennes de mise en oeuvre des droits de l'Homme : Limites ou défauts* (Presses universitaires de France, Paris, 1991), p. 58.

et une approche « par thème ». Les *procédures thématiques*, qui ne sont pas limitées à la situation dans un pays particulier, traitent des garanties spécifiques relatives aux droits de l'Homme ; elles visent à renforcer la protection des personnes, tout en s'efforçant de s'attaquer aux causes profondes des violations¹⁴². Les *procédures par pays*¹⁴³ s'attachent aux questions relatives aux droits de l'Homme dans un État particulier. La Commission a élaboré diverses techniques en matière d'établissement des faits¹⁴⁴. Les rapports doivent fournir à la Commission les faits pertinents et lui permettre ainsi d'adopter une résolution. Ces résolutions peuvent non seulement condamner le pays concerné pour non-respect des droits de l'Homme mais aussi demander instamment à son gouvernement de prendre des mesures spécifiques pour améliorer la situation.

Dans toutes ces procédures, la Commission est compétente pour étudier des informations provenant de toutes les sources¹⁴⁵ concernant des violations de tout droit de l'Homme. En tant qu'organe politique, elle n'est pas habilitée à rendre une décision judiciaire¹⁴⁶, mais elle peut servir de catalyseur dans la recherche d'une

142. Nowak, *supra* note 140, p. 44. Les procédures thématiques incluent actuellement les activités des Groupes de travail sur les disparitions forcées ou involontaires (créé en 1980) et sur la détention arbitraire (1991). Elles comprennent aussi le travail des rapporteurs spéciaux ou des experts indépendants sur les exécutions extrajudiciaires, sommaires ou arbitraires (1982), la torture (1985), l'intolérance religieuse (1986), l'utilisation de mercenaires comme moyen de violer les droits de l'Homme (1987), la vente d'enfants (1990), le racisme et la xénophobie (1993), la liberté d'opinion et d'expression (1993), les droits de la femme (1994), l'indépendance des juges et des avocats (1994), les conséquences néfastes des mouvements et déversements illicites de produits et déchets toxiques et nocifs pour la jouissance des droits de l'Homme (1995), le droit au développement (1998), le droit à l'éducation (1998), les droits de l'Homme et l'extrême pauvreté (1998), les droits de l'Homme des migrants (1999), les politiques d'ajustement structurel et dette extérieure (2000), le droit à un logement convenable (2000), le droit à l'alimentation (2000), la situation des droits de l'Homme et des libertés fondamentales des populations autochtones (2001).

143. Pour de plus amples informations, voir Alston, *supra* note 141, pp. 159-73 et Nowak, *supra* note 140, pp. 56-76.

144. Alston, *supra* note 141, pp. 160-1, mentionne la nomination a) d'un rapporteur spécial, b) d'un représentant spécial, c) d'un expert (indépendant), d) d'un groupe de travail, e) d'une délégation de la Commission, f) d'un membre de la Sous-Commission pour étudier les informations disponibles ; en outre, la Commission demande parfois au Secrétaire général de maintenir des contacts directs avec un gouvernement particulier ou de faire rapport sur un pays spécifique.

145. B. G. Ramcharan, *The Concept and Present Status of the International Protection of Human Rights* (Martinus Nijhoff, Dordrecht/Boston/Londres, 1989), p. 65.

146. Voir la déclaration de la délégation d'observateurs de l'Irlande, Ambassadeur Michel Lillis, au nom de la Communauté européenne et de ses douze membres à la 46^e session de la Commission des droits de l'Homme, 21 février 1990 :

« La Commission n'est pas une Cour de justice. Nous ne mettons pas ici les gouvernements du monde sur le banc des accusés. Nous devons faire tout notre possible pour faire progresser les droits de l'Homme dans notre travail par une coopération multilatérale et dans un esprit de dialogue et de respect mutuel entre les gouvernements » (traduction libre).

Version anglaise citée dans J. A. Pastor Ridruejo, « Les procédures publiques spéciales de la Commission des droits de l'Homme des Nations Unies », Académie du Droit International, *Recueil des Cours*, 1991-III, p. 244.

solution politique conduisant à une amélioration de la situation des droits de l'Homme dans le pays concerné.

Quelle est la tâche des rapporteurs spéciaux et des groupes de travail ? Le plus souvent, les résolutions qui s'appliquent leur demandent d'« étudier », d'« enquêter sur », d'« ouvrir une enquête sur » ou d'« examiner » soit la situation d'un droit fondamental particulier dans tous les États, soit la situation de tous les droits de l'Homme dans un pays particulier. Le rôle du rapporteur spécial n'est ni celui d'un juge, ni celui d'un homme politique, ni celui d'un diplomate. En premier lieu, il doit *établir les faits* : il ou elle doit recueillir des informations, les analyser et à partir de ces éléments, décrire les événements pertinents pour permettre à la Commission des droits de l'Homme de tirer ses conclusions¹⁴⁷. Bien qu'il n'ait pas de fonctions judiciaires, le rapporteur spécial ne peut analyser correctement les faits que s'il dispose d'une étude sur les obligations juridiques qui s'appliquent. Ainsi, une conclusion de la Commission portant sur l'existence ou non, et sur la mesure dans laquelle il y a eu des violations flagrantes des droits de l'Homme dans un pays particulier, doit non seulement se fonder sur un travail minutieux d'établissement des faits mais aussi sur une analyse juridique solide ; celle-ci doit comporter la détermination du droit applicable dans la situation spécifique.

Outre ces exigences de base, les mandats des rapporteurs spéciaux et des groupes de travail laissent généralement à ces derniers la possibilité d'adopter des approches différentes, et donc de prendre en compte les spécificités de chaque cas. Alston distingue trois approches principales : i) la « fonction d'établissement des faits et de documentation », qui consiste à fournir « les matériaux bruts nécessaires à partir desquels les organes politiques peuvent déterminer la meilleure stratégie à adopter en fonction des circonstances » ; ii) la « fonction de poursuite/publicité », qui vise à « mobiliser l'opinion publique internationale » et iii) la « fonction de conciliation », où le rôle du rapporteur n'est pas d'instaurer une confrontation avec les auteurs des violations mais de chercher des solutions qui amélioreront [...] la situation¹⁴⁸. La fonction qui sera privilégiée dans un cas d'espèce dépendra du contenu du mandat, des personnes concernées et de la situation spécifique.

Le recours à des rapporteurs spéciaux et à des groupes de travail présente plusieurs avantages : il permet que les faits soient établis de manière indépendante et est devenu un instrument important de pression sur les États qui violent gravement et systématiquement les droits de l'Homme. Le nombre relativement limité de mandats portant sur un pays spécifique montre que, comme le dit en substance Van Dongen, « la nomination d'un rapporteur pour un pays particulier équivaut à sortir l'artillerie lourde, mesure qui n'est prise que lorsque la situation le justifie »¹⁴⁹. La

147. Voir également Pastor Ridruejo, *supra* note 146, p. 238.

148. Alston, *supra* note 141, pp. 167-8 (traduction libre).

149. T. Van Dongen, « Vanishing Point — The Problem of Disappearances », 90/1 *Bulletin of Human Rights*, 1991, p. 24.

pression peut aussi naître du fait que le rapport risque de déboucher sur l'adoption par la Commission d'une résolution qui condamne l'État et déclenche des résolutions similaires du Conseil économique et social et de l'Assemblée générale des Nations Unies. Une des faiblesses du recours aux rapporteurs spéciaux et aux groupes de travail est le fait que les résultats obtenus dépendent en grande partie des personnes choisies pour accomplir cette tâche. L'expérience à la Commission des droits de l'Homme montre que la qualité des rapports varie de manière considérable. Un autre problème tient au risque de voir la création d'un mandat de rapporteur spécial devenir une décision hautement politisée. Ce danger est réduit lorsqu'un mandat thématique est émis de préférence à un mandat spécifique à un pays. Enfin, les rapporteurs spéciaux et les groupes de travail manquent souvent de ressources et de personnel, de sorte que le nombre de ces mandats devrait être fixé en fonction des moyens disponibles. Le rapport coût-efficacité parle en faveur du déploiement de rapporteurs spéciaux individuels plutôt que de groupes de travail.

L'établissement des faits par des experts indépendants existe également dans le domaine du droit humanitaire. La Commission internationale d'établissement des faits, composée de quinze membres de haute moralité et d'une impartialité reconnue, est compétente pour « enquêter sur tout fait prétendu être une infraction grave [...] ou une autre violation grave » des *Conventions de Genève de 1949* et du *Protocole I* et pour « faciliter, en prêtant ses bons offices, le retour à l'observation » des dispositions pertinentes de droit humanitaire, sous réserve que les pays concernés aient reconnu cette compétence. Les rapports ne seront pas communiqués publiquement « à moins que toutes les Parties au conflit le lui aient demandé »¹⁵⁰.

bb) Examen des politiques

Certaines organisations internationales établissent les faits en se concentrant davantage sur une évaluation globale de la politique d'un pays que sur les violations. De tels rapports tentent de mettre à la fois en évidence les principaux points forts et les points faibles de la méthode utilisée par un État pour traiter des problèmes particuliers qui font l'objet de l'enquête.

L'un des nombreux exemples de cette procédure est fourni par l'Organe international de contrôle des stupéfiants¹⁵¹, instauré par la *Convention unique sur les stupéfiants*¹⁵². Cet Organe est un organe de contrôle indépendant et quasi-judiciaire chargé de l'application des conventions des Nations Unies sur les drogues. Il examine et analyse, entre autres, les informations communiquées par les États parties

150. Article 90 § 5.c) du *Protocole additionnel de 1977 aux Conventions de Genève du 12 août 1949 relatif à la protection des victimes des conflits armés internationaux*, Nations Unies, *Recueil des Traités*, Vol. 1125, n° 3. Pour les quatre *Conventions de Genève*, voir Nations Unies, *Recueil des Traités*, Vol. 75, n° 31, 85, 135 et 287.

151. De plus amples informations sur cet Organe sont disponibles sur <http://www.incb.org>.

152. Articles 9-15 de la *Convention unique sur les stupéfiants de 1961*, telle que modifiée par le *Protocole de 1972 modifiant la Convention unique sur les stupéfiants de 1961*.

aux conventions sur les drogues et suit ainsi la bonne application des traités dans le monde entier de manière aussi efficace que possible. Par cette évaluation continue des efforts des pays, l'Organe peut recommander des mesures adéquates et entretenir, en cas de nécessité, un dialogue avec les gouvernements intéressés. L'Organe publie un rapport annuel qui est soumis au Conseil économique et social et qui donne un tableau complet de la situation en matière de contrôle des drogues dans diverses parties du monde, ainsi qu'une identification des tendances inquiétantes et des mesures nécessaires.

L'Organisation de coopération et de développement économiques (OCDE) possède quant à elle une expérience particulièrement riche en matière de rapports sur l'examen des politiques. Ces rapports comprennent les Examens des performances environnementales, qui examinent les efforts déployés par les États membres de l'OCDE pour remplir leurs objectifs nationaux et leurs engagements internationaux dans le domaine de la protection de l'environnement. Ils contiennent également des Examens en matière de coopération pour le développement, élaborés par le Comité d'aide au développement (CAD)¹⁵³. Ces deux systèmes reposent sur le principe de l'examen par des pairs. Tout d'abord, une petite équipe composée de représentants du Secrétariat et de fonctionnaires de deux pays membres est désignée. Le gouvernement du pays qui doit être examiné prépare un mémorandum expliquant les principales évolutions de sa politique et les changements intervenus dans ses activités. L'équipe se rend ensuite dans le pays en question pour s'entretenir avec le gouvernement, les membres du Parlement et des représentants de la société civile et d'ONG, afin d'obtenir des informations de première main sur le contenu et le contexte de la politique environnementale ou de développement du pays. Le rapport est ensuite respectivement soumis au Groupe sur la performance environnementale de l'OCDE ou au CAD où, pendant une session du Groupe ou du Comité, des hauts responsables du pays concerné répondent aux questions posées par les membres de cet organe. En fonction du résultat de ces discussions, les conclusions du projet de rapport sont modifiées avant la publication du rapport. Selon l'OCDE, ce processus répond aux objectifs suivants :

aider les différents gouvernements à évaluer et accélérer les progrès accomplis en identifiant les conditions de référence, les tendances, les engagements pris, les dispositifs institutionnels et les capacités d'évaluation existants au plan national ; promouvoir un dialogue permanent entre les pays Membres, grâce à un mécanisme d'examen par les pairs et le transfert d'informations sur les politiques et pratiques des pays examinés et sur leurs résultats ; encourager une plus grande transparence, de la part des gouvernements des pays Membres, à l'égard de l'opinion publique [...] ¹⁵⁴

153. Pour une description, voir les *Examens des performances environnementales de l'OCDE, Une introduction pratique*, doc. OCDE/GD(97)35 et les Avant-propos des Examens du CAD en matière de coopération pour le développement (par exemple, Comité d'aide au développement (CAD), *Examen en matière de coopération pour le développement, Suisse, pré-impression des dossiers du CAD*, vol. 1, No. 4, OCDE, 2000, p. II-3.

154. Doc. OCDE/GD(97)35, *supra* note 153, p. 5.

L'Organe international de contrôle des stupéfiants et l'OCDE publient tous deux régulièrement des rapports d'examen de qualité. Ce modèle de rapports d'examen et d'évaluation des politiques est intéressant pour trois raisons : i) il repose sur une procédure indépendante d'établissement des faits par des experts ; ii) il ne se concentre pas seulement sur les violations mais il présente aussi les points positifs et iii) il allie un travail objectif d'établissement des faits à un processus politique visant à un apprentissage collectif. Sa faiblesse réside dans sa capacité limitée à « sanctionner » un État en cas de violations graves ou de refus réitéré de procéder à des améliorations.

cc) Conférences de révision

Les conférences de révision constituent un mécanisme de mise en œuvre qui a gagné du terrain au cours des dernières décennies¹⁵⁵. Leur but traditionnel était de donner une chance aux États de se réunir à intervalles réguliers et d'examiner si certaines lacunes avaient besoin d'être comblées par des amendements à un traité donné¹⁵⁶. Toutefois, elles peuvent également avoir pour mission de surveiller le respect et l'application d'un traité.

Par exemple, les conférences de révision organisées en vertu de l'article VIII.3) du *Traité de 1968 sur la non-prolifération des armes nucléaires (TNP)*¹⁵⁷, premier traité à utiliser cette méthode¹⁵⁸, ont pour but entre autres « d'évaluer les résultats obtenus au cours de la période examinée, y compris l'application des engagements des États parties en vertu du Traité, et d'identifier les domaines dans lesquels des progrès supplémentaires doivent être réalisés à l'avenir et les moyens d'y parvenir »¹⁵⁹.

Une approche similaire est suivie à l'article XII de la *Convention sur les armes biologiques*¹⁶⁰, à l'article 13 du *Protocole sur l'interdiction ou la limitation de l'emploi des mines, pièges et autres dispositifs*¹⁶¹ (tel que modifié le 3 mai 1996) et à l'article 12 de la *Convention d'Ottawa de 1997*¹⁶². L'article 8 § 2 de la *Convention de 1980 sur les armes*

155. Les premières conférences de révision visant à évaluer la mise en œuvre ont été réunies dans les années 1980. Voir B. M. Carnahan, « Treaty Review Conferences », 81 *American Journal of International Law*, 1987, p. 226

156. Un exemple récent est fourni par l'article 123 § 1 du *Statut de Rome pour la Cour pénale internationale* qui prévoit une conférence de révision sept ans après l'entrée en vigueur du Statut, afin d'examiner la nécessité d'inclure de nouveaux crimes dans le traité.

157. Cette Convention, ainsi que les autres conventions relatives au désarmement citées dans ce paragraphe, peuvent être trouvées sur <http://disarmament2.un.org/wmd/npt/index.html>

158. Carnahan, *supra* note 155, p. 226.

159. Décision 1, paragraphe 7, adoptée lors de la Conférence de révision de 1995, citée par R. Johnson, « Launching an Effective Review Process of the Non-Proliferation Treaty in April 1997 », 13 *Disarmament Diplomacy*, 1997, sur <http://www.acronym.org.uk/dd/dd13/13 launch.htm> (traduction libre).

160. *Convention de 1972 sur l'interdiction de la mise au point, de la fabrication et du stockage des armes bactériologiques (biologiques) ou à toxines et sur leur destruction*.

161. *Protocole II à la Convention de 1980 sur certaines armes classiques*, tel que modifié le 3 mai 1996.

162. *Convention sur l'interdiction de l'emploi, du stockage, de la production et du transfert des mines anti-personnel et sur leur destruction du 18 septembre 1997 (Convention d'Ottawa)*.

*classiques*¹⁶³ prévoit des conférences de révision à la fois comme procédure d'amendement et comme procédure d'application.

Les conférences de révision sont généralement organisées de manière *ad hoc*. Les règles de procédure ont tendance à suivre celles adoptées en 1975 pour réviser le TNP. La première étape consiste généralement à obtenir une résolution de l'Assemblée générale des Nations Unies autorisant le Secrétariat de l'ONU à apporter un soutien administratif¹⁶⁴. Puis commencent les préparatifs pour la réunion d'un comité d'organisation¹⁶⁵ chargé de fixer les dates de la conférence, l'ordre du jour et les projets de règles de procédure, de recommander une structure de comité et de nommer le Président et les autres membres de l'organe de la conférence¹⁶⁶. Aucune orientation n'est donnée quant à la prise de décision, mais les décisions sur les questions essentielles sont généralement adoptées par consensus¹⁶⁷ et incluses dans une déclaration finale.

dd) Systèmes d'inspection

L'organisation de visites ou d'inspections sur place par un organe de surveillance constitue un moyen particulièrement efficace pour suivre l'application des traités. De tels systèmes existent dans quatre domaines du droit international¹⁶⁸ : i) le contrôle des armes et le désarmement¹⁶⁹ ; ii) le droit de l'environnement¹⁷⁰ ; iii) les droits de l'Homme¹⁷¹ et iv) le droit humanitaire¹⁷². De telles visites et inspections

163. *Convention sur l'interdiction ou la limitation de l'emploi de certaines armes classiques qui peuvent être considérées comme produisant des effets traumatiques excessifs ou comme frappant sans discrimination du 10 octobre 1980*.

164. Par exemple, le 22 décembre 1993, les États parties à la *Convention sur certaines armes classiques* ont soumis une lettre au Secrétaire général, lui demandant de mettre en place un groupe d'experts pour faciliter la préparation de la conférence de révision, et de convoquer une telle conférence. Voir W. Hays Parks, « Memorandum of Law : Travaux Préparatoires and Legal Analysis of Blinding Laser Weapons Protocol », *Army Lawyer*, juin 1997, p. 33.

165. Sur le comité d'organisation du *Traité sur la non-prolifération des armes nucléaires*, voir Johnson, *supra* note 159.

166. Carnahan, *supra* note 155, p. 228.

167. *Ibid.* ; Johnson, *supra* note 159. Voir également J.H. Harrington, « Arms Control and Disarmament », 35 *International Lawyer*, 2001, p. 581.

168. Voir les contributions de l'Association pour la prévention de la torture, *Visits Under Public International Law, Theory and Practice* (Association pour la prévention de la torture, Genève, 2000).

169. Voir en particulier la *Convention de 1993 sur l'interdiction de la mise au point, de la fabrication, du stockage et de l'emploi des armes chimiques et sur leur destruction (Convention sur les armes chimiques)*, le *Traité d'interdiction complète des essais nucléaires de 1996* et la *Convention d'Ottawa de 1997*, *supra* note 162.

170. Par exemple, le *Protocole de Montréal sur les substances qui appauvrissent la couche d'ozone*, 16 septembre 1987, Nations Unies, *Recueil des Traités*, vol. 1522, n° 3.

171. *Convention européenne pour la prévention de la torture et des peines ou traitements inhumains ou dégradants*, 26 novembre 1987, STE 126.

172. Visites aux prisonniers de guerre et aux détenus civils par le Comité international de la Croix-Rouge (CICR) pendant un conflit armé international sur le fondement de la *Troisième et de la Quatrième Convention de Genève de 1949* ou aux prisonniers sur la base du droit du CICR d'offrir ses services pendant des conflits armés non internationaux et dans les situations de violence interne.

permettent d'établir directement les faits afin de vérifier si un État partie respecte ses obligations conventionnelles. Elles s'avèrent particulièrement utiles dans des situations où une activité est menée dans des endroits qui ne sont pas ouverts au public (par exemple, les prisons et autres lieux de détention, les installations militaires, les usines nucléaires, les usines chimiques, etc.). En raison de leur degré d'ingérence, les systèmes d'inspection reposent souvent sur la confidentialité du processus¹⁷³. Le HCR ayant déjà accès aux camps de réfugiés, centres de détention et autres installations similaires¹⁷⁴, un tel système serait moins significatif en matière de protection des réfugiés.

(c) Surveillance fondée sur une demande d'avis consultatif

Le Statut de la Cour internationale de Justice et la Charte des Nations Unies offrent une troisième forme possible de suivi au nom d'une organisation internationale. En vertu de l'article 65 de son *Statut*¹⁷⁵, la Cour peut donner un avis consultatif sur toute question juridique, à la demande de tout organe qui y aura été autorisé par, ou conformément à, l'article 96 de la *Charte des Nations Unies*. Au niveau régional, la Cour interaméricaine des droits de l'Homme a compétence pour donner des avis consultatifs à propos de l'interprétation de la *Convention américaine des droits de l'Homme* ou de tout autre traité relatif à la protection des droits de l'Homme dans les États américains, à la demande de tout État membre de l'Organisation des États américains ou d'organes de ladite Organisation¹⁷⁶. De plus, « sur la demande de tout État membre de l'Organisation, la Cour pourra émettre un avis sur la compatibilité de l'une quelconque des lois dudit État avec les instruments internationaux précités »¹⁷⁷. Comme cela a été exposé plus haut, au sein de l'Union européenne, le Conseil, la Commission ou un État membre, ont la faculté de demander à la Cour européenne de Justice de donner un avis consultatif sur l'interprétation des questions d'asile qui ont été mises en œuvre comme législation secondaire¹⁷⁸.

4. Surveillance effectuée à l'initiative de personnes individuelles

La possibilité pour des personnes individuelles de soumettre une pétition à une instance judiciaire ou quasi-judiciaire au niveau international, concernant des allégations de violations de leurs droits tels qu'ils sont garantis par une convention ou dans un traité international, est souvent considérée comme la forme de surveillance la plus efficace.

173. La confidentialité constitue la base des activités de visite du CICR. Voir aussi l'article 11 de la *Convention européenne pour la prévention de la torture*, *supra* note 171.

174. Voir texte *supra* notes 31-9.

175. *Statut de la Cour internationale de Justice*, annexé à la *Charte des Nations Unies*.

176. Article 64 §1 de la CADH.

177. Article 64 § 2 de la CADH.

178. *Traité instituant la Communauté européenne* (version consolidée), article 68 § 3 ; voir aussi le texte *supra* note 89.

Toutefois, le système de pétitions adressées à un organe judiciaire habilité à prendre des décisions contraignantes existe uniquement au niveau régional¹⁷⁹, tandis que les organes quasi-judiciaires constituent la règle au niveau universel. Cinq traités de protection des droits de l'Homme des Nations Unies¹⁸⁰ et quelques instruments régionaux¹⁸¹ prévoient la possibilité de soumettre des plaintes individuelles à un organe de surveillance d'un traité si le pays en question a reconnu la compétence de cet organe en matière d'examen de telles pétitions¹⁸². La procédure écrite s'achève avec l'adoption de « constatations » qui ne sont pas juridiquement contraignantes¹⁸³. Toutefois, leur style, qui s'apparente à un arrêt, mais aussi l'instauration de procédures de suivi par certains des organes de surveillance des traités¹⁸⁴ dans des situations de non-respect ont contribué au degré de respect¹⁸⁵ relativement élevé de ces constatations.

Bien qu'important, le nombre de pétitions individuelles adressées à des organes de surveillance des traités des Nations Unies reste limité¹⁸⁶. Néanmoins, la capa-

179. Voir l'article 25 de la *CEDH* et l'article 44 de la *CADH*.

180. *Premier Protocole facultatif au PIDCP*, article 22 de la *Convention contre la torture*, article 14 de la *Convention sur la discrimination raciale*, article 77 de la *Convention internationale sur la protection des droits de tous les travailleurs migrants et les membres de leur famille*, UN doc. A/RES/45/158, et *Protocole facultatif se rapportant à la Convention sur l'élimination de toutes les formes de discrimination à l'égard des femmes du 6 octobre 1999*, UN doc. A/RES/54/4.

181. *Le Protocole additionnel à la Charte sociale européenne prévoyant un système de réclamations collectives du 9 novembre 1995* autorise certaines ONG à présenter, au Comité d'experts indépendants, des réclamations contre un État partie au Protocole au motif d'une application non satisfaisante de la Charte. Le Comité rédige et adopte un rapport qui est soumis au Comité des ministres du Conseil de l'Europe. En Afrique, l'article 55 de la *Charte africaine des droits de l'Homme et des peuples* autorise les particuliers, les groupes de particuliers, les ONG et les États parties à présenter des communications à la Commission africaine des droits de l'Homme et des peuples, en leur propre nom ou au nom d'une autre personne.

182. Un avant-projet de Protocole facultatif se rapportant au *Pacte international relatif aux droits économiques, sociaux et culturels* a été élaboré. Voir en particulier UN doc. E/CN.4/1997/105, 18 décembre 1996 et E/CN.4/2001/62, 21 décembre 2000.

183. Article 5 § 4 du *Protocole facultatif se rapportant au PIDCP*, article 22 § 7 de la *Convention contre la torture*, article 14 § 7.b) de la *Convention sur l'élimination de la discrimination raciale* et article 7 § 3 du *Protocole facultatif se rapportant à la Convention sur l'élimination de toutes les formes de discrimination à l'égard des femmes du 6 octobre 1999*, UN doc. A/RES/54/4.

184. Voir en particulier le *PIDCP*, *Mesures adoptées à la trente-neuvième session du Comité des droits de l'Homme pour surveiller les suites données à ses constatations conformément à l'article 5*, UN doc. A/45/40, vol. 2, annexe XI, pp. 205-6.

185. Voir, par exemple, M. Nowak, *UN Covenant on Civil and Political Rights, CCPR Commentary* (Engel, Kehl/Strasbourg/Arlington, 1993), pp. 710-1. Toutefois, certains États ont critiqué récemment les constatations de certains organes de surveillance des traités, y compris dans des cas ayant trait à des demandeurs d'asile.

186. Par exemple, en 1999, le Comité des droits de l'Homme a reçu cinquante-neuf nouveaux cas et adopté cinquante-six décisions. Au cours de la même année, le Comité contre la torture a enregistré vingt-six nouveaux cas et adopté trente-neuf décisions. Voir le Plan d'action, *supra* note 135, Annexes II et III.

cité de ces organes de traiter ces pétitions a déjà atteint ses limites¹⁸⁷ et les procédures sont trop lentes¹⁸⁸. Au niveau régional, la surcharge de travail est particulièrement lourde en Europe¹⁸⁹.

C. Nouveau mécanisme de suivi de la Convention de 1951 et du Protocole de 1967 par un tiers

1. Objectifs

Avant de réfléchir aux moyens de renforcer le suivi de la *Convention de 1951* et du *Protocole de 1967*, il est nécessaire de définir clairement les objectifs à atteindre. Il va de soi que les nouveaux mécanismes de suivi doivent viser avant tout à renforcer la protection des réfugiés, c'est-à-dire à faire en sorte que leurs droits fondamentaux et leur sécurité physique soient mieux garantis¹⁹⁰. Ce but supérieur implique de s'assurer que les nouveaux mécanismes ne portent pas préjudice au rôle actuel de surveillance qui incombe au HCR en vertu des articles 35 de la *Convention de 1951* et II du *Protocole de 1967*, et notamment à sa mission qui consiste à surveiller quotidiennement la pratique des États, à formuler des commentaires sur leur législation ou à conseiller les tribunaux. À cet égard, il est crucial d'instaurer une séparation institutionnelle entre le rôle de protection internationale et de surveillance des États parties au titre des articles 35 de la *Convention de 1951* et II du *Protocole de 1967*, et la tâche éminemment visible de suivi par un tiers du comportement des États d'un point de vue universel. Le travail quotidien du HCR en matière de protection et de surveillance, voire sa présence dans un pays particulier, pourrait se trouver compromis s'il jouait un rôle trop actif dans les nouveaux mécanismes de suivi. Ces mécanismes doivent donc relever de la responsabilité des États parties à la Convention. En même temps, il est essentiel que ce suivi ne compromette pas le rôle de surveillance du HCR au titre des articles 35 de la *Convention de 1951* et II du *Protocole de 1967*.

L'objectif visant à renforcer la protection des réfugiés par un meilleur suivi peut être atteint si les mécanismes en question sont conçus de manière à ce que l'organe de surveillance puisse :

1. assurer le suivi des violations des instruments internationaux applicables en matière de droit des réfugiés afin de prendre les mesures nécessaires pour convaincre les États concernés d'honorer leurs obligations ou faire pression sur eux pour qu'ils agissent dans ce sens ;

187. Voir le Plan d'action, *supra* note 135, paragraphes 13-15.

188. Voir, par exemple, Crawford, *supra* note 132, p. 6, qui remarque en substance que « l'on peut avancer que la raison pour laquelle le Comité des droits de l'Homme ne viole pas en soi l'esprit de l'article 14 de son propre Pacte, en tardant à traiter les communications, réside précisément dans son caractère non-judiciaire » (traduction libre).

189. Par exemple, la Cour européenne des droits de l'Homme a reçu 10.486 nouvelles demandes en 2000 et rendu 695 arrêts (statistiques disponibles sur <http://www.echr.coe.int/ECHR/FR/Header/Reports+and+Statistics/Statistics/Statistical+information+by+year/>).

190. Sur la notion de protection, voir *supra* partie II.B.1) « Rôle de protection du HCR ».

2. promouvoir une harmonisation de l'interprétation de la *Convention de 1951* et de son *Protocole de 1967* afin de parvenir à une pratique plus uniforme en matière d'éligibilité ; et

3. tirer les enseignements de la pratique des États parties dans le cadre d'une évaluation des politiques afin d'identifier les obstacles qui s'opposent à une application adéquate, les solutions appropriées pour les problèmes actuels et les meilleures pratiques.

Pour atteindre ces objectifs, les nouveaux mécanismes de suivi doivent répondre à plusieurs exigences :

1. *Indépendance et expertise.* Il est important que le suivi repose sur des faits établis par des experts et des organes indépendants. L'indépendance et l'expertise sont toutes deux nécessaires pour rendre le suivi crédible et réduire le risque de politisation.

2. *Objectivité et transparence.* Les critères appliqués pour évaluer le comportement d'un État, et déterminer notamment s'il a violé ses obligations juridiques, doivent être objectifs et transparents, c'est-à-dire fondés sur des normes reconnues.

3. *Inclusion.* Il est important que les mécanismes de suivi incluent tous les acteurs concernés. Ce critère a deux conséquences. Premièrement, ces mécanismes ne doivent pas porter uniquement sur certains États ou certaines régions mais doivent étudier tous les États concernés par un problème particulier. Deuxièmement, il doit rendre possible la mise en place d'un processus qui permette non seulement aux États mais aussi aux ONG, à la société civile et aux réfugiés d'exprimer leurs préoccupations.

4. *Caractère opérationnel.* Les mécanismes de suivi doivent être conçus et dotés de ressources d'une manière qui leur permette de devenir opérationnels et de fonctionner correctement. Il convient d'éviter les mécanismes qui ne peuvent remplir leur rôle.

5. *Complémentarité.* Les mécanismes appropriés doivent venir en complément de la surveillance exercée par le HCR au titre des articles 35 de la *Convention de 1951* et II du *Protocole de 1967* et éviter d'affaiblir « la prééminence et l'autorité du Haut Commissariat »¹⁹¹.

2. Évaluation des modèles

Si l'on étudie divers modèles qui pourraient être utilisés pour améliorer le suivi en matière de droit des réfugiés, il est possible, en fonction des objectifs et des critères définis ci-dessus¹⁹², de donner l'évaluation qui suit.

191. Table ronde d'experts de Cambridge, Relevé des conclusions, *supra* note 44, paragraphe 1.

192. Voir *supra*, partie III.C.1) « Objectifs ».

(a) Règlement des différends par la Cour internationale de Justice

Le règlement des différends par la Cour internationale de Justice¹⁹³ répondrait aux exigences d'indépendance, d'objectivité et de transparence, et serait opérationnel. Toutefois, cette formule ne fournit pas un potentiel réel de renforcement du suivi dans le domaine du droit international des réfugiés. La possibilité qui existe actuellement de soumettre les différends relatifs à l'interprétation et à l'application de la *Convention de 1951* et/ou au *Protocole de 1967* à la Cour internationale de Justice¹⁹⁴ n'a jamais été utilisée, et il n'est guère probable que les choses changent dans un proche avenir.

Pour que cette possibilité devienne davantage applicable, il faudrait que les États parties à la *Convention de 1951* et/ou au *Protocole de 1967* qui ont des opinions divergentes, décident de soumettre leurs questions d'interprétation à la Cour internationale de Justice dans une optique qui ne soit pas de confrontation. En d'autres termes, les deux parties à un différend soumettraient leur cas à la Cour pour élucider un point important et non pas pour l'emporter sur un adversaire. Dans ce contexte, l'article 35 de la *Convention de 1951* semble impliquer la possibilité pour le HCR de

demander à un État contractant d'intervenir auprès d'un autre État contractant, dont l'application de la Convention ne satisfait pas le Haut Commissaire, et si cette intervention ne portait pas ses fruits, de demander à l'État contractant concerné de soumettre l'affaire à la Cour internationale de Justice, conformément à l'article 38¹⁹⁵.

Il n'est pas évident qu'une telle procédure soit possible dans un proche avenir. Quoi qu'il en soit, elle resterait exceptionnelle et ne pourrait remplacer un suivi régulier.

(b) Plaintes interétatiques

On ne saurait recommander de créer, dans le cadre de la *Convention de 1951* et du *Protocole de 1967*, un nouveau mécanisme de plaintes interétatiques adressées à un organe de surveillance des traités, même s'il répondait aux critères susmentionnés. De toute évidence, les États ne l'utiliseraient pas plus qu'ils n'utilisent les plaintes interétatiques existantes prévues par plusieurs traités actuels de protection des droits de l'Homme¹⁹⁶.

(c) Rapports des États

Certains arguments militent en faveur de la transformation des obligations de rapport énoncées aux articles 35 de la *Convention de 1951* et II du *Protocole de 1967* en mécanismes se rapprochant de ceux prévus par les instruments de protection des

193. Voir *supra*, Partie III.B.2.a) « Règlement des différends par la Cour internationale de Justice ».

194. Article 38 de la *Convention de 1951* et article IV du *Protocole de 1967*. Voir aussi l'article VIII de la *Convention de l'OUA de 1969 sur les réfugiés*.

195. Grahl-Madsen, *supra* note 7, p. 253 (traduction libre).

196. Voir *supra*, Partie III.B.2.b) « Plaintes interétatiques adressées aux organes de surveillance des traités ».

droits de l'Homme des Nations Unies¹⁹⁷. Ainsi, il est clair que l'application du droit international des réfugiés serait considérablement renforcée si les objectifs des systèmes de présentation de rapports exposés plus haut¹⁹⁸ pouvaient aussi être atteints dans ce domaine. De surcroît, avec un tel système, les rapports des États seraient sûrs d'être examinés par une instance indépendante alors qu'aujourd'hui, les rapports sont adressés au HCR, qui n'est même pas nominalement indépendant mais est régi par cinquante-six gouvernements qui forment le Comité exécutif, et est contraint de tenir compte des principaux pays donateurs¹⁹⁹. Enfin, contrairement à ce qui se passe aujourd'hui, où les rapports qui parviennent au HCR restent confidentiels, la création d'un mécanisme officiel de soumission de rapports à un organe indépendant rendrait les rapports publics²⁰⁰, permettant ainsi de faire davantage pression sur les gouvernements qui ne s'acquittent pas correctement de leurs obligations. Toutefois, comme nous l'avons souligné plus haut²⁰¹, dans le domaine des droits de l'Homme, les systèmes de présentation de rapports se heurtent à de graves problèmes (charge de travail pour les États qui se traduit par des rapports non-rendus²⁰², impossibilité de traiter tous les rapports à temps, tendance de certains rapports à ne pas décrire la situation de manière appropriée, etc.). Il faudrait s'attendre à rencontrer les mêmes problèmes dans le domaine du droit des réfugiés. Tant que ces problèmes persistent, il n'est pas conseillé d'exporter les mécanismes actuels de soumission de rapports vers de nouvelles branches du droit.

(d) Informations recueillies par l'organisation

Le HCR recueille d'ores et déjà des informations sur l'application de la *Convention de 1951* et du *Protocole de 1967*, et sur d'autres traités pertinents dans ses rap-

197. Concernant les obligations de rapport en vertu des instruments relatifs aux droits de l'Homme, voir *supra*, Partie III.B.3.a.aa) « Établissement de rapports par les États en vertu des instruments de protection des droits de l'Homme des Nations Unies ». La création d'un système de présentation de rapports essayant d'éviter certains des problèmes soulevés par les mécanismes existants est défendue dans le document de travail de A. Pyati *Overseeing the Refugee Convention, Working Paper No. 1 : « Reporting »*, faisant partie d'une collaboration intitulée « Overseeing the Refugee Convention » entre le Conseil international des agences volontaires (ICVA) et le Programme en droit des réfugiés et en droit d'asile à l'Université de Michigan, États-Unis, décembre 2001, paragraphes 23- 52.

198. Voir *supra*, Partie III.B.3.a.aa) « Établissement de rapports par les États en vertu des instruments de protection des droits de l'Homme des Nations Unies ».

199. Voir S. Takahashi, « Effective Monitoring of the Refugee Convention », document présenté à la conférence sur *The Refugee Convention 50 Years On : Critical Perspectives, Future Prospect*, Second International Studies Association Conference, février 2001 (notes manuscrites conservées par l'auteur), pp. 3-4.

200. *Ibid.*, p. 5. L'importance de la publicité des rapports est également soulignée par MacMillan et Olson, *supra* note 84, pp. 39-40.

201. Voir *supra*, Partie III.B.3.a.cc) « Evaluation ».

202. À ce sujet, il convient également de rappeler l'expérience peu encourageante du questionnaire adressé par le HCR aux pays au début des années 1990 (*supra*, Partie II.B.2) « Informations demandées par le HCR »).

ports annuels de protection. Toutefois, ces rapports servent exclusivement à des fins internes et ne sont pas rendus publics. Le fait de les publier et d'en débattre au sein d'un cadre institutionnel approprié permettrait, naturellement, de renforcer le rôle de surveillance du HCR en vertu de l'article 35 de la Convention. Cependant, des considérations importantes s'opposent à cette proposition. En effet, notamment dans des situations de tension entre le HCR et l'État concerné, les autorités de l'État en question refuseront de considérer le rapport comme un document indépendant, objectif et impartial, arguant au contraire que le HCR est partial, dans la mesure où il est partie au différend. Le HCR, quant à lui, pourrait être tenté de tempérer ses critiques pour ne pas compromettre l'efficacité de ses activités de protection, voire sa présence dans un pays particulier. Comme nous l'avons exposé ci-dessus²⁰³, au niveau opérationnel, il est préférable de séparer clairement la protection du suivi.

À l'opposé, les deux modèles des rapporteurs spéciaux²⁰⁴ et de l'examen des politiques par l'organisation²⁰⁵ présentent de nombreux avantages. Ils serviront de source d'inspiration pour les propositions faites ci-dessous²⁰⁶.

(e) Avis consultatifs

Dans certaines circonstances, le HCR pourrait demander à la Cour internationale de Justice un avis consultatif sur une question d'interprétation de la *Convention de 1951* et du *Protocole de 1967*²⁰⁷. Ce serait là un moyen efficace de régler des différends qui, du fait d'interprétations divergentes de notions clés de ces instruments, portent préjudice à un grand nombre de réfugiés et de demandeurs d'asile²⁰⁸. Toutefois, cette possibilité n'a jamais été utilisée.

Les États semblent hésiter à solliciter des avis consultatifs. En 1992, le Sous-Comité plénier sur la protection internationale a débattu de cette question. D'après le compte rendu des discussions, « une délégation estime que le recours à la CIJ pourrait s'avérer inacceptable pour les gouvernements, dans la mesure où cela remet en cause leur souveraineté ; deux autres délégations partagent ce point de vue et lan-

203. Voir *supra*, Partie III.A.3, « Nécessité d'un suivi par un tiers ».

204. Voir *supra*, partie III.B.3.b.aa), « Établissement des faits par des rapporteurs spéciaux ou par des commissions d'enquête indépendantes ».

205. Voir *supra*, Partie III.B.3.b.bb), « Examen des politiques ».

206. Voir *infra*, Partie III.C.3) « Propositions » et Partie III.D, « Suivi au-delà de la *Convention de 1951* et du *Protocole de 1967* ».

207. D'après l'article 96 de la *Charte des Nations Unies*, l'Assemblée générale ou le Conseil de sécurité peut demander un avis consultatif sur toute question juridique, et d'autres organes des Nations Unies qui peuvent à tout moment, recevoir de l'Assemblée générale une autorisation à cet effet, ont également le droit de demander à la CIJ des avis consultatifs sur des questions juridiques qui se poseraient dans le cadre de leur activité.

208. Par exemple, la question de savoir si l'article 1 A 2 de la *Convention de 1951* considère comme des réfugiés les personnes ayant subi des persécutions commises par des agents non étatiques lorsque l'État est incapable d'offrir une protection.

cent un appel à la prudence avant de préciser davantage cette question. Une autre délégation constate que les Nations Unies pourraient demander un avis consultatif mais cela ne constitue pas un moyen de régler les différends entre États »²⁰⁹. L'idée de présenter des demandes d'avis consultatifs à la CIJ n'a pas recueilli un soutien manifeste et aucun consensus n'a été atteint sur ce sujet²¹⁰. Même si cette attitude changeait à l'avenir, les demandes d'avis consultatifs seraient très exceptionnelles et elles ne pourraient pas remplacer, mais seulement compléter, les autres mécanismes de suivi.

(f) Pétitions individuelles

Dans le cadre de la *Convention de 1951* et du *Protocole de 1967*, l'introduction d'une procédure de pétitions individuelles qui seraient soumises à une nouvelle instance de surveillance des traités, serait conforme aux critères d'indépendance, d'expertise, d'objectivité et de transparence. Toutefois, elle présenterait deux faiblesses majeures²¹¹. Tout d'abord, les procédures de pétitions individuelles seraient non pas inclusives mais sélectives. L'organe de surveillance du traité n'étant pas une juridiction contraignante, sa compétence s'étendrait uniquement aux États parties qui auraient ratifié le protocole facultatif nécessaire à l'introduction d'un tel système. La ratification ne serait pas universelle. Les États qui suivraient des lignes d'interprétation plus restrictives que la majorité des États parties et qui seraient donc plus susceptibles de « perdre » hésiteraient probablement à accepter ce type de surveillance. En second lieu, si de nombreux États, y compris ceux qui accueillent beaucoup de demandeurs d'asile, ratifiaient ce protocole, le système ne fonctionnerait probablement pas correctement car l'organe de surveillance du traité se trouverait immédiatement confronté à une charge de travail atteignant des dizaines de milliers de dossiers, qu'il serait incapable de traiter. Les demandeurs d'asile déboutés, notamment en Europe et en Amérique du Nord, non seulement seraient informés de cette possibilité mais seraient aussi encouragés à soumettre des requêtes à l'organe de surveillance du traité pour échapper à l'expulsion immédiate. En outre, la simple existence de demandes individuelles risquerait d'affaiblir la possibilité qu'a actuellement le HCR de soumettre en tout temps à un gouvernement un problème de protection qui affecte tout demandeur d'asile ou réfugié.

On ne saurait en déduire qu'il n'est pas nécessaire d'assurer le suivi judiciaire ou quasi-judiciaire de l'application de la *Convention de 1951* et du *Protocole de 1967*. La question de la supervision judiciaire est à l'ordre du jour en Europe depuis un cer-

209. Comité exécutif du Programme du Haut Commissaire, Sous-Comité plénier sur la protection internationale, *Rapport de la réunion du 25 juin du Sous-Comité plénier sur la protection internationale*, UN doc. EC/SCP/76, 13 octobre 1992, paragraphe 12.

210. *Ibid.*, paragraphe 19.

211. Concernant les insuffisances d'un système de pétitions individuelles et une proposition destinée à les éviter, voir *Working Paper No. 2* : « *Complaints* » de V. Bedford, qui a fait partie de la collaboration intitulée « *Overseeing the Refugee Convention* », *supra* note 197, paragraphes 17-22 et 34-55.

tain temps²¹². La Cour européenne de Justice²¹³ exercera bientôt, dans une certaine mesure, une telle supervision au niveau de l'Union européenne. Cette Cour pourrait fournir un modèle pour résoudre le problème du traitement d'un grand nombre de requêtes individuelles. Les personnes individuelles n'ont pas accès à cette Cour, mais, outre la Commission européenne et les États membres de l'UE²¹⁴, toute juridiction nationale a la possibilité, ou même l'obligation de demander à la Cour de statuer à titre préjudiciel sur l'interprétation des dispositions du droit communautaire²¹⁵. Cette procédure permet de maintenir la charge de travail dans certaines limites, tout en s'assurant que le droit applicable est mis en oeuvre d'une manière harmonisée. Il est peut-être prématuré de proposer la création d'un organe juridictionnel au niveau universel qui soit compétent pour statuer à titre préjudiciel sur l'interprétation du droit international des réfugiés, à la demande des autorités ou juridictions nationales, ou du HCR. Toutefois, une telle possibilité remplirait tous les objectifs et critères énoncés plus haut et mériterait donc de faire l'objet de discussions approfondies, au moins dans une perspective à long terme.

3. Propositions

Il est proposé d'améliorer le suivi de la *Convention de 1951* et du *Protocole de 1967* en adoptant et en mettant en œuvre le modèle suivant qui s'inspire des mécanismes qui ont recours à des experts indépendants pour l'établissement des faits et à l'examen des politiques par les États membres d'une organisation²¹⁶.

1. Un Sous-Comité d'examen et de suivi composé des membres du Comité exécutif qui sont parties à la *Convention de 1951* ou au *Protocole de 1967* devrait être créé en tant que Sous-Comité permanent dans le cadre du Comité exécutif.²¹⁷

212. Voir, par exemple, la proposition de Protocole additionnel à la *Convention européenne des droits de l'Homme*, présentée lors d'un séminaire du Conseil Européen pour les Réfugiés et les Exilés (ECRE) sur l'asile en Europe en avril 1992 et reproduite dans Goodwin-Gill, *supra* note 24, pp. 527-33, qui, si elle avait été adoptée par les États membres du Conseil de l'Europe, aurait été appliquée par la Cour européenne des droits de l'Homme.

213. *Supra* note 89.

214. Articles 226 et 227 du *Traité instituant la Communauté européenne* (version consolidée).

215. *Ibid.*, article 234.

216. Pour une discussion critique de cette proposition, voir *Overseeing the Refugee Convention, Working Paper No.4* : « *Investigate Capacity* », par B. Miltner faisant partie de la collaboration intitulée « *Overseeing the Refugee Convention* », *supra* note 197, paragraphes 26-8 et 37-51 : et *Overseeing the Refugee Convention, Working Paper No.7* : « *Coordination with UNHCR and States* », par T. Glover and S. Russell, même série, paragraphes 41-6.

217. Une autre possibilité serait de reconstituer l'ancien Sous-Comité sur la protection. Cette proposition a été présentée à la réunion ministérielle des États parties les 12 et 13 décembre 2001 (voir *infra*, Partie III.E, « Version 'allégée' du nouveau mécanisme de suivi comme première étape ? »).

2. Ce Sous-Comité d'examen et de suivi serait chargé de procéder à des examens de la protection des réfugiés, en étudiant des situations spécifiques de flux de réfugiés ou des pays particuliers afin de :

- suivre l'application de la *Convention de 1951* et du *Protocole de 1967* ;
- repérer les obstacles qui s'opposent à l'application intégrale de ces instruments ; et
- tirer des enseignements de situations réelles afin de surmonter les obstacles et de parvenir à une mise en œuvre plus efficace de ces instruments.

Les situations ou les pays à examiner sont choisis en fonction de critères transparents et objectifs, prenant en compte, entre autres, une répartition géographique équitable, l'existence de problèmes ou d'obstacles particuliers à l'application intégrale, le nombre de réfugiés et de demandeurs d'asile concernés (nombre absolu ou par tête) ou le degré d'engagement de la communauté internationale.

Le système d'examen comprendrait les éléments suivants :

- Le HCR déterminerait la situation à examiner et désignerait une équipe d'examineurs choisis parmi un groupe d'experts indépendants, nommés par chacun des États parties à la *Convention de 1951* et au *Protocole de 1967*²¹⁸. Le Sous-Comité pourrait prendre lui-même l'initiative d'un examen.
- Les gouvernements des pays concernés par une situation de réfugiés particulière et devant faire l'objet d'un examen prépareraient un mémorandum qui expliquerait les principales lignes de leur politique et présenterait les principaux problèmes rencontrés, les obstacles à l'application intégrale de la *Convention de 1951* et du *Protocole de 1967* et les succès remportés.
- Les gouvernements concernés inviteraient l'équipe chargée de l'examen à étudier la situation sur le terrain et à s'entretenir avec les instances et agences gouvernementales, les membres du parlement, les représentants de la société civile, les ONG et les réfugiés, pour obtenir des informations de première main.
- L'équipe rédigerait un rapport, qu'elle présenterait au HCR qui le transmettrait, le cas échéant, au Sous-Comité d'examen et de suivi.
- Le rapport serait discuté lors d'une réunion publique du Sous-Comité d'examen et de suivi, en présence des représentants des pays concernés ; les ONG pourraient participer à ces discussions. Le Sous-Comité pourrait adopter des observations.
- Le rapport de l'équipe chargée de l'examen, assorti des éventuelles observations du Sous-Comité, serait transmis aux États parties en tant que document à distribution générale.

218. Chaque État Partie aurait la possibilité de désigner un expert indépendant. Ou bien, ces experts pourraient être élus par une réunion des États parties pour une période de cinq ans, formule qui nécessiterait peut-être un amendement à la *Convention de 1951* et au *Protocole de 1967*.

3. En outre, le Sous-Comité d'examen et de suivi entamerait une discussion, en consultation étroite avec tous les États parties à la *Convention de 1951* et au *Protocole de 1967*, pour décider s'il est souhaitable et faisable d'instaurer, dans une perspective à long terme et dans le cadre d'un nouveau Protocole à la *Convention de 1951*, un organe juridictionnel chargé de statuer à titre préjudiciel sur l'interprétation du droit international des réfugiés à la demande des autorités ou des juridictions nationales, ou du HCR.

Cette proposition répond à tous les objectifs et critères exposés ci-dessus²¹⁹ qui sont nécessaires à l'instauration d'un système de surveillance approprié et opérationnel. Les rapports d'examen de la protection des réfugiés permettraient de surveiller les violations, contribueraient fortement à harmoniser l'interprétation des normes applicables, et aideraient à identifier les obstacles à l'application intégrale et les mesures à prendre pour les surmonter, et d'autre part à repérer les meilleures pratiques. Le mécanisme d'examen de la protection des réfugiés permettrait la mise en place d'un processus d'apprentissage collectif, dans la mesure où il allie une procédure indépendante d'établissement des faits et d'expertise à des éléments d'examen par des pairs (discussion de rapports par d'autres États parties). La *Convention de 1951* et le *Protocole de 1967* fourniraient des normes objectives et transparentes pouvant être utilisées lors de l'évaluation du comportement et des activités des États parties. L'inclusion est garantie puisque tous les acteurs concernés (gouvernements, HCR, ONG, réfugiés) joueraient un rôle dans le processus. L'expérience dans d'autres domaines montre que les mécanismes d'examen des politiques fonctionnent bien dans la pratique²²⁰. Enfin, le système proposé complète la surveillance exercée par le HCR en vertu des articles 35 de la *Convention de 1951* et II du *Protocole de 1967* et ne porte pas atteinte à l'autorité du HCR parce que c'est le HCR lui-même qui déclenche le processus d'examen dans un cas particulier. En outre, l'Organisation pourrait décider s'il convient ou non de soumettre les conclusions de l'équipe chargée de l'examen au Sous-Comité, ou s'il faut les conserver à titre confidentiel parce que l'État concerné est prêt à modifier sa politique et à se conformer aux exigences de la *Convention de 1951* et du *Protocole de 1967*.

La base juridique de ces propositions figure à l'article 35 § 1 de la *Convention de 1951* et à l'article II du *Protocole de 1967*. Ces dispositions font obligation aux États parties de « coopérer avec le Haut Commissariat des Nations Unies pour les réfugiés [...] dans l'exercice de ses fonctions et en particulier à faciliter sa tâche de surveillance de l'application des dispositions » de la Convention et du Protocole²²¹. Le Comité exécutif étant fondé sur le paragraphe 4 du *Statut du HCR* et faisant ainsi partie intégrante du cadre institutionnel créé par ce Statut, aucun amendement à la

219. Voir *supra*, Partie III.C.1), « Objectifs ».

220. Voir *supra*, Partie III.B.3.b.bb), « Examen des politiques ».

221. Pour une explication de ces dispositions, voir *supra*, Partie IIA.1), « Obligations de coopération ».

Convention de 1951 ni au *Protocole de 1967* n'est nécessaire. Il suffit d'une résolution du Conseil économique et social habilitant le Comité exécutif à instaurer le nouveau modèle. On pourrait avancer que même cette mesure n'est pas nécessaire, mais cette procédure serait conforme à d'autres précédents de mise en place de mécanismes de suivi²²². En tout état de cause, elle conférerait une légitimité accrue au nouveau mécanisme de surveillance.

D. Suivi au-delà de la Convention de 1951 et du Protocole de 1967

Nombre des problèmes qui se posent actuellement en matière de protection internationale des réfugiés, telle qu'elle est définie par le *Statut du HCR*, vont au-delà des dispositions de la *Convention de 1951* et du *Protocole de 1967*, et touchent également les États qui ne sont pas parties à ces instruments. Ils risquent aussi de compromettre le système actuel de protection internationale des réfugiés. Il serait donc judicieux de créer un mécanisme qui permette aussi de savoir si les États, y compris ceux qui ne sont pas parties à la *Convention de 1951* et/ou au *Protocole de 1967*, respectent les obligations qui leur incombent en vertu du droit international coutumier et des instruments internationaux autres que la *Convention de 1951* ayant trait à la protection des réfugiés et des demandeurs d'asile. L'expérience acquise en matière de droits de l'Homme montre que la formule des rapporteurs thématiques est bien adaptée pour étudier des domaines spécifiques qui posent problème en dehors des mécanismes conventionnels. Ces rapporteurs thématiques pourraient également jouer un rôle important dans la protection internationale des réfugiés.

Le mécanisme des rapporteurs thématiques pourrait être géré par le Comité permanent, organe subsidiaire du Comité exécutif, qui se réunit plusieurs fois par an et qui compte aussi parmi ses membres des États non signataires de la *Convention de 1951* et du *Protocole de 1967*. Ce Comité a été instauré en 1995 pour remplacer deux sous-comités sur la protection internationale et sur les questions administratives et financières. La session du Comité permanent, qui a lieu chaque année au mois de juin, est généralement consacrée à des questions de protection internationale et se prêterait donc bien à l'examen de rapports présentés par des rapporteurs spéciaux.

Nous proposons le modèle suivant :

1. Le HCR nommerait, en cas de besoin, des rapporteurs spéciaux dotés de mandats thématiques afin d'étudier des questions d'intérêt particulier (par exemple, les femmes et les enfants réfugiés et demandeurs d'asile ; la sécurité physique des réfugiés ; l'accès aux procédures d'asile). Les mandats devraient être définis de manière à éviter le plus possible de recouper les sujets des rapports d'examen de la protection ainsi que les mandats thématiques des rapporteurs spéciaux et des groupes de travail de la Commission des droits de l'Homme des Nations Unies.

222. Voir les exemples des résolutions 1235 et 1503 du Conseil économique et social *supra* note 140.

2. Les rapports préparés par les rapporteurs spéciaux seraient éventuellement transmis par le HCR au Comité permanent²²³ et discutés au sein de ce Comité en présence des représentants des pays concernés ; les ONG pourraient participer à ces discussions. Les rapports, assortis des observations du Comité permanent, seraient diffusés en tant que documents à distribution générale.

3. Le Comité exécutif pourrait tenir compte de l'issue des discussions dans ses propres conclusions sur la protection.

Rien n'empêche le HCR de commander des études sur des sujets relevant de sa compétence et d'en débattre au niveau qui convient.

E. Version « allégée » du nouveau mécanisme de suivi comme première étape ?

Les propositions qui viennent d'être faites sont plutôt ambitieuses. Non seulement elles requièrent des États qu'ils aient la ferme volonté politique de procéder correctement aux examens proposés, mais elles représentent également une charge de travail supplémentaire pour le Comité exécutif, qui ne dispose actuellement que de capacités limitées. En outre, on ne saurait exclure entièrement le risque d'une politisation malsaine du processus de suivi qui pourrait porter préjudice à la position du HCR. La Déclaration de la réunion ministérielle des États parties à la *Convention de 1951* et/ou à son *Protocole de 1967* des 12 et 13 décembre 2001 prie instamment « tous les États d'identifier les moyens nécessaires pour renforcer la mise en œuvre de la *Convention de 1951* et/ou du *Protocole de 1967* »²²⁴. En même temps, les participants ont dit clairement qu'il était prématuré d'examiner des propositions comme celles présentées dans cette étude. Plusieurs États parties présents ont plutôt exprimé le souhait de « remettre en place un Sous-Comité sur la protection internationale réformé [qui] servirait de forum pour réunir les parties les plus intéressées par les questions de protection, pour que ces questions soient abordées de manière systématique, détaillée et malgré tout dynamique²²⁵ » et pour intégrer formellement cette proposition à l'Agenda pour la protection²²⁶.

Dans ces circonstances, il serait donc peut-être plus sage de commencer par une forme de suivi et d'examen moins complexe, afin d'acquérir l'expérience nécessaire. Cette version « allégée » comprendrait les éléments suivants : le Haut Commis-

223. Ou à un Sous-Comité sur la protection réformé, voir *infra*, Partie III.E, « Version 'allégée' du nouveau mécanisme de suivi comme première étape ? ».

224. Déclaration des États parties à la *Convention de 1951* et/ou au *Protocole de 1967* relative au statut des réfugiés, HCR/MMSP/2001/09, 13 décembre 2001, paragraphe 9 du dispositif. Pour le texte, voir Chapitre 3.1 de cette publication.

225. Réunion ministérielle des États parties à la *Convention de 1951* et/ou à son *Protocole de 1967 relatifs au statut des réfugiés*, Rapport du président de la table ronde 1, *Le cadre de la Convention de 1951 et du Protocole de 1967 : renforcer l'application*, 13 décembre 2001, p. 2.

226. *Ibid.*, p. 3.

saire pourrait demander à tout moment à un expert ou à un groupe d'experts indépendants de préparer un rapport sur des questions relatives à l'application de la *Convention de 1951* et au *Protocole de 1967*, ou d'autres instruments se rapportant à la protection des réfugiés. Le Haut Commissaire soumettrait alors, le cas échéant, ce rapport au Sous-Comité sur la protection internationale réformé, qui aurait la possibilité de l'étudier et d'en débattre. Le Comité exécutif pourrait tenir compte de ces discussions dans ses conclusions. L'avantage de ce modèle tient au fait qu'il pourrait être mis en place facilement et utilisé d'une manière très souple.

IV. Conclusions et recommandations

La première grande partie de cette étude s'est penchée sur la responsabilité de surveillance du HCR et sur les obligations qui en découlent pour les États en vertu du Statut du HCR, de l'article 35 de la *Convention de 1951* et de l'article II du *Protocole de 1967*. Les principales conclusions de cette première partie peuvent être résumées comme suit.

Tout d'abord, l'article 35 de la *Convention de 1951* et l'article II du *Protocole de 1967* imposent aux États parties l'obligation conventionnelle de respecter le pouvoir de surveillance du HCR, de ne pas entraver l'Organisation dans l'accomplissement de cette tâche, et de coopérer activement avec elle dans ce domaine afin de parvenir à une application optimale et harmonisée de la Convention et du Protocole. Des obligations similaires ont aussi été énoncées à l'article VIII de la *Convention de l'OUA de 1969 sur les réfugiés* et dans la Recommandation II.e) de la *Déclaration de Carthagène de 1984 sur les réfugiés*. Compte tenu du Statut du HCR et de son caractère d'organe subsidiaire de l'Assemblée générale des Nations Unies, on peut considérer qu'une certaine obligation de coopération, liant aussi les États non parties, découle de l'article 56 de la *Charte des Nations Unies*. Ces obligations ont un caractère éminemment dynamique et évolutif.

En second lieu, les articles 35 de la *Convention de 1951* et II du *Protocole de 1967* ont aujourd'hui trois fonctions majeures. Ils constituent le fondement juridique de l'obligation faite aux États d'accepter le travail de protection du HCR en faveur des réfugiés et de répondre aux demandes d'informations du HCR, et ils appuient le fait que certaines déclarations du HCR font autorité.

En troisième lieu, la pratique courante concernant l'article 35 de la *Convention de 1951* et l'article II du *Protocole de 1967*, qui a largement emporté l'adhésion des États, peut être décrite comme suit :

1. Le HCR a le droit de contrôler, relater et suivre ses interventions auprès des gouvernements concernant la situation des réfugiés (par exemple, l'admission, l'accueil et le traitement des demandeurs d'asile et des réfugiés). Les représentations auprès des gouvernements et d'autres acteurs concernés sur les questions de protection sont inhérentes à la fonction de surveillance du HCR.

2. Le HCR a le droit de contrôler, relater et suivre ses interventions auprès des gouvernements concernant la situation des réfugiés (par exemple, l'admission, l'accueil et le traitement des demandeurs d'asile et des réfugiés). Les représentations auprès des gouvernements et d'autres acteurs concernés sur les questions de protection sont inhérentes à la fonction de surveillance du HCR
3. Le HCR se voit accorder en général, au minimum, un rôle de conseil et / ou un rôle consultatif dans les procédures nationales d'asile ou de détermination du statut de réfugié. Par exemple, il reçoit notification des demandes d'asile, est informé du déroulement des procédures, et a un accès garanti aux dossiers et décisions pouvant être discutées avec les autorités, le cas échéant. Le HCR a la possibilité d'intervenir et de présenter ses observations sur chaque cas et à chaque stade de la procédure.
4. Le HCR a aussi le droit d'intervenir et de soumettre des observations à des institutions quasi-judiciaires ou à des tribunaux, sous la forme d'avis *amicus curiae*, de positions ou de lettres.
5. Le HCR a un accès garanti aux demandeurs d'asile et aux réfugiés et vice versa, soit par la loi, soit en vertu de pratiques administratives.
6. Afin d'assurer la conformité avec les réglementations et normes internationales en matière de réfugiés, le HCR a le droit de conseiller les gouvernements et les parlements concernant la législation et les décrets administratifs qui ont une incidence pour les demandeurs d'asile et les réfugiés à tous les stades du processus. Il est généralement attendu du HCR qu'il fournisse des commentaires et un apport technique à la rédaction des projets de loi sur les réfugiés et des décrets administratifs connexes.
7. Le HCR joue aussi un rôle important dans le renforcement de la compétence des autorités concernées, des juges, des avocats et des ONG, par exemple, par des activités de promotion et de formation.
8. Le rôle de défense de la cause des réfugiés du HCR, y compris sous la forme de déclarations publiques, est largement reconnu comme un outil essentiel de la protection internationale et en particulier de sa responsabilité de surveillance.
9. Le HCR a le droit de recevoir des données et des informations sur les demandeurs d'asile et les réfugiés.

La deuxième grande partie de cette étude, consacrée à une discussion sur la nécessité d'améliorer le suivi de l'application de la *Convention de 1951* et du *Protocole de 1967* et à une analyse des mécanismes de suivi existants en dehors du domaine du droit des réfugiés, peut être résumée en trois points principaux.

Tout d'abord, le degré de mise en oeuvre de la *Convention de 1951*, et des autres instruments pertinents en matière de protection des réfugiés, restant insatisfaisant, toutes les parties prenantes à la protection des réfugiés ont intérêt à ce que le suivi de l'application de ces instruments soit renforcé. La non-application viole les

intérêts légitimes des *réfugiés* ainsi que leurs droits et garanties prévus par le droit international. Elle viole également les droits des autres *États parties* à la *Convention de 1951* et aux autres instruments pertinents et porte préjudice à leurs intérêts, dans la mesure où le non-respect du droit international des réfugiés peut induire des mouvements secondaires de réfugiés. La non-application empêche sérieusement le HCR de remplir son mandat de manière adéquate et réduit sa capacité d'aider les États à prendre en charge les situations de réfugiés. Enfin, elle est préjudiciable à l'ensemble de la communauté internationale parce qu'elle compromet gravement le système actuel de la protection internationale des réfugiés, à savoir un régime qui a réussi dans le passé à résoudre d'une manière appropriée et souple peut-être pas tous les problèmes, mais beaucoup d'entre eux.

En second lieu, les mécanismes de surveillance existants comprennent la surveillance exercée par d'autres États (règlement des différends par la CIJ et plaintes interétatiques adressées à des organes de surveillance des traités), la surveillance par ou au nom de l'organisation (rapports des États, examens des politiques, conférences de révision, avis consultatifs de la CIJ) et la surveillance effectuée à l'initiative de personnes individuelles (pétitions individuelles adressées à un organe judiciaire ou quasi-judiciaire). Nombre des modèles existants n'ont pas suscité suffisamment d'adhésion de la part des États dans le domaine du droit des réfugiés. Des raisons importantes s'opposent notamment à ce que les mécanismes de rapports des États et les procédures relatives aux demandes individuelles soient transférés du domaine des droits de l'Homme à celui du droit et de la protection internationale des réfugiés. Les mécanismes les plus prometteurs sont les rapports d'examen des politiques et le recours à des rapporteurs spéciaux, mais ils doivent être adaptés aux besoins et aux situations spécifiques prévalant dans ce secteur.

En troisième lieu, un mécanisme renforcé de surveillance de la *Convention de 1951* et du *Protocole de 1967* doit suivre de près les violations des instruments internationaux applicables en matière de droit des réfugiés, harmoniser l'interprétation de la *Convention de 1951* et du *Protocole de 1967*, et susciter un processus d'apprentissage qui permette aux États et au HCR d'identifier les obstacles qui s'opposent à une application intégrale, les meilleures pratiques et les solutions appropriées à apporter aux problèmes actuels. Un tel système doit être indépendant et fondé sur l'expertise, garantir l'objectivité et la transparence, et être inclusif et opérationnel. Il importe également de s'assurer que les nouveaux mécanismes ne portent pas préjudice au rôle actuel de surveillance qui incombe au HCR en vertu des articles 35 de la *Convention de 1951* et II du *Protocole de 1967*, et notamment à sa mission qui consiste à surveiller quotidiennement la pratique des États, à formuler des commentaires sur leur législation ou à conseiller les tribunaux. D'où la nécessité d'instaurer une séparation institutionnelle entre les nouveaux mécanismes et le HCR mais, en même temps, de lui donner la possibilité de décider par lui-même du moment et de l'étendue de ces examens.

Sur la base de ces conclusions, nous recommandons d'améliorer le suivi de la *Convention de 1951* et du *Protocole de 1967* par l'adoption et la mise en œuvre du modèle suivant :

1. Un Sous-Comité d'examen et de suivi composé des membres du Comité exécutif qui sont parties à la *Convention de 1951* ou au *Protocole de 1967* devrait être créé en tant que Sous-Comité permanent dans le cadre du Comité exécutif.²²⁷
2. Ce Sous-Comité d'examen et de suivi serait chargé de procéder à des examens de la protection des réfugiés, en étudiant des situations spécifiques de flux de réfugiés ou des pays particuliers afin de :
 - suivre l'application de la *Convention de 1951* et du *Protocole de 1967* ;
 - repérer les obstacles qui s'opposent à l'application intégrale de ces instruments ; et
 - tirer des enseignements de situations réelles afin de surmonter les obstacles et de parvenir à une mise en œuvre plus efficace de ces instruments.

Les situations ou les pays à examiner sont choisis en fonction de critères transparents et objectifs, prenant en compte, entre autres, une répartition géographique équitable, l'existence de problèmes ou d'obstacles particuliers à l'application intégrale, le nombre de réfugiés et de demandeurs d'asile concernés (nombre absolu ou par tête) ou le degré d'engagement de la communauté internationale.

Le système d'examen comprendrait les éléments suivants :

- Le HCR déterminerait la situation à examiner et désignerait une équipe d'examineurs choisis parmi un groupe d'experts indépendants, nommés par chacun des États parties à la *Convention de 1951* et au *Protocole de 1967*²²⁸. Le Sous-Comité pourrait prendre lui-même l'initiative d'un examen.
- Les gouvernements des pays concernés par une situation de réfugiés particulière et devant faire l'objet d'un examen prépareraient un mémorandum qui expliquerait les principales lignes de leur politique et présenterait les principaux problèmes rencontrés, les obstacles à l'application intégrale de la *Convention de 1951* et du *Protocole de 1967* et les succès remportés.
- Les gouvernements concernés inviteraient l'équipe chargée de l'examen à étudier la situation sur le terrain et à s'entretenir avec les instances et agences gouvernementales, les membres du parlement, les représentants de la société civile, les ONG et les réfugiés, pour obtenir des informations de première main.

227. Une autre possibilité serait de reconstituer l'ancien Sous-Comité sur la protection. Cette proposition a été présentée à la Réunion ministérielle des États parties les 12 et 13 décembre 2001 (voir *infra*, Partie III.E, « Version « allégée » du nouveau mécanisme de suivi comme première étape ? »).

228. Chaque État Partie aurait la possibilité de désigner un expert indépendant ; ou bien, ces experts pourraient être élus par une réunion des États parties pour une période de cinq ans, formule qui nécessiterait peut-être un amendement à la *Convention de 1951* et au *Protocole de 1967*.

- L'équipe rédigerait un rapport, qu'elle présenterait au HCR qui le transmettrait, le cas échéant, au Sous-Comité d'examen et de suivi.
- Le rapport serait discuté lors d'une réunion publique du Sous-Comité d'examen et de suivi, en présence des représentants des pays concernés ; les ONG pourraient participer à ces discussions. Le Sous-Comité pourrait adopter des observations.
- Le rapport de l'équipe chargée de l'examen, assorti des éventuelles observations du Sous-Comité, serait transmis aux États parties en tant que document à distribution générale.

3. En outre, le Sous-Comité d'examen et de suivi entamerait une discussion, en consultation étroite avec tous les États parties à la *Convention de 1951* et au *Protocole de 1967*, pour décider s'il est souhaitable et faisable d'instaurer, dans une perspective à long terme et dans le cadre d'un nouveau Protocole à la *Convention de 1951*, un organe juridictionnel chargé de statuer à titre préjudiciel sur l'interprétation du droit international des réfugiés à la demande des autorités ou des juridictions nationales, ou du HCR.

Nombre des problèmes qui se posent actuellement en matière de protection internationale des réfugiés telle qu'elle est définie par le *Statut du HCR* vont au-delà des dispositions de la *Convention de 1951* et du *Protocole de 1967* et touchent également les États qui ne sont pas parties à ces instruments. Ils risquent aussi de compromettre le système actuel de protection internationale des réfugiés. Il serait donc judicieux de créer un mécanisme qui permette aussi de savoir si les États, y compris ceux qui ne sont pas parties à la *Convention de 1951* et/ou au *Protocole de 1967*, respectent les obligations qui leur incombent en vertu du droit international coutumier et des instruments internationaux autres que la *Convention de 1951* ayant trait à la protection des réfugiés et des demandeurs d'asile. Nous proposons le modèle suivant :

1. Le HCR nommerait, en cas de besoin, des rapporteurs spéciaux dotés de mandats thématiques afin d'étudier des questions d'intérêt particulier (par exemple, les femmes et les enfants réfugiés et demandeurs d'asile ; la sécurité physique des réfugiés ; l'accès aux procédures d'asile). Les mandats devraient être définis de manière à éviter le plus possible de recouper les sujets des rapports d'examen de la protection ainsi que les mandats thématiques des rapporteurs spéciaux et des groupes de travail de la Commission des droits de l'Homme des Nations Unies.

2. Les rapports préparés par les rapporteurs spéciaux seraient éventuellement transmis par le HCR au Comité permanent²²⁹ et discutés au sein de ce Comité en présence des représentants des pays concernés ; les ONG pourraient participer à ces discussions. Les rapports, assortis des observations du Comité permanent, seraient diffusés en tant que documents à distribution générale.

229. Ou à un Sous-Comité sur la protection réformé, voir *infra*, Partie III E, « Version 'allégée' du nouveau mécanisme de suivi comme première étape ? ».

3. Le Comité exécutif pourrait tenir compte de l'issue des discussions dans ses propres conclusions sur la protection.

Le modèle proposé étant plutôt ambitieux, il serait peut-être plus sage de commencer par une forme de suivi et d'examen moins complexe, afin d'acquérir l'expérience nécessaire. Cette version « allégée » comprendrait les éléments suivants : le Haut Commissaire pourrait demander à tout moment à un expert ou à un groupe d'experts indépendants de préparer un rapport sur des questions relatives à l'application de la *Convention de 1951* et au *Protocole de 1967* ou d'autres instruments se rapportant à la protection des réfugiés. Le Haut Commissaire soumettrait alors éventuellement ce rapport au Comité exécutif, qui pourrait ensuite tenir compte de ce document et des discussions dont il a fait l'objet dans ses Conclusions.

RELEVÉ DES CONCLUSIONS : LA RESPONSABILITÉ DE SURVEILLANCE

TABLE RONDE D'EXPERTS ORGANISÉE PAR LE HAUT COMMISSARIAT
DES NATIONS UNIES POUR LES RÉFUGIÉS ET LE CENTRE LAUTERPACHT
DE RECHERCHE EN DROIT INTERNATIONAL, UNIVERSITÉ DE CAMBRIDGE
(ROYAUME-UNI), DU 9 AU 10 JUILLET 2001



La seconde journée de la table ronde d'experts de Cambridge s'est penchée sur la question de la surveillance de l'application de la *Convention de 1951 relative au statut des réfugiés*. Les discussions se sont appuyées sur un document de travail rédigé par le professeur Walter Kälin de l'Université de Berne, intitulé « La surveillance de la *Convention de 1951* relative au statut des réfugiés : article 35 et autres mécanismes de suivi ». 35 experts, émanant de gouvernements, d'ONG, d'universités, d'instances judiciaires et des professions juridiques, et provenant d'une quinzaine de pays, y participaient. Ils ont reçu un certain nombre de commentaires écrits sur ce document de travail¹, ainsi que le rapport et les conclusions et recommandations de la Réunion régionale des Consultations mondiales qui s'est tenue à San José (Costa Rica) les 7 et 8 juin 2001. Ce rapport établit une comparaison entre le rôle de surveillance du HCR et celui des organes interaméricains de défense des droits de l'Homme. La séance du matin était présidée par le professeur Chaloka Beyani (Lon-

1. Des commentaires ont été reçus d'un groupe d'ONG africaines (ONG ouest africaines pour les réfugiés et les personnes déplacées à l'intérieur de leur propre pays – WARIPNET – Sénégal), de Africa Legal Aid (Ghana) et de Lawyers for Human Rights (Afrique du Sud), de Rachel Brett (Bureau des Quakers auprès des Nations Unies), de Chan-Un Park (juriste de la République de Corée), du juge Jacek Chlebny (Pologne), du Conseil international des agences volontaires (ICVA) et de la Fondation médicale pour l'assistance aux victimes de la torture (Londres).

don School of Economics), et celle de l'après-midi par le professeur Guy S. Goodwin-Gill (Université d'Oxford).

Compte tenu de l'ampleur des débats et du caractère préliminaire reconnu de l'étude, ce document ne présente qu'un bref résumé des discussions, ainsi qu'une liste des diverses suggestions qui ont été faites pour renforcer l'application de la Convention. Il ne représente pas nécessairement l'opinion individuelle de chaque participant ni celle du HCR, mais il reflète en grande partie les thèmes qui sont ressortis des débats.

Introduction

- 1 — Cette vaste discussion, qui s'est davantage apparentée à une séance de réflexion qu'à une analyse juridique, a mis l'accent sur les moyens de renforcer l'application effective de la *Convention de 1951*. D'une manière générale, les participants sont convenus que l'identification de mécanismes appropriés devait viser à préserver, voire à renforcer, la prééminence et l'autorité du Haut Commissariat. Toute mesure qui risquerait de porter préjudice à l'autorité de surveillance du HCR telle qu'elle est actuellement définie à l'article 35 doit être évitée.
- 2 — Les problèmes auxquels se heurte aujourd'hui la protection internationale des réfugiés constituent la toile de fond de tout examen du renforcement de la surveillance. On citera notamment les profonds dilemmes opérationnels qui font obstacle à une application satisfaisante, les divergences d'opinion sur l'interprétation des dispositions de la Convention et l'importance insuffisante accordée aux questions de protection internationale dans les forums intergouvernementaux.

Rôle de surveillance du HCR

- 3 — En vertu du paragraphe 8 de son *Statut*, le HCR a pour fonction de protéger les réfugiés, y compris en poursuivant la conclusion d'instruments internationaux relatifs aux réfugiés, en surveillant leur application et en y proposant des modifications. Cette fonction est reprise à l'article 35 de la *Convention de 1951* par lequel les États s'engagent à coopérer avec le HCR dans l'exercice de ses fonctions, en particulier en facilitant sa tâche de surveillance de l'application des dispositions de cette Convention.
- 4 — Le rôle de surveillance du HCR comprend les aspects suivants :
 - a) travailler avec les États à l'élaboration de réponses opérationnelles qui soient sensibles et répondent aux besoins de protection, y compris des plus vulnérables ;
 - b) intervenir auprès des gouvernements, et des autres acteurs concernés, concernant les questions de protection et contrôler, faire rapport et assurer le suivi de ces interventions auprès des gouvernements concernant la situation des réfugiés (par ex. sur l'admission, l'accueil, le traitement des demandeurs d'asile et des réfugiés) ;

- c) fournir des conseils et être consulté sur les procédures nationales d'asile ou de détermination du statut de réfugié ;
 - d) intervenir et soumettre des observations à des institutions quasi-judiciaires ou à des tribunaux sous la forme d'avis *amicus curiae*, de positions ou de lettres ;
 - e) avoir accès aux demandeurs d'asile et aux réfugiés, soit dans le cadre de la loi, soit en vertu de pratiques administratives ;
 - f) conseiller les gouvernements et les parlements concernant la législation et les décrets administratifs qui ont une incidence pour les demandeurs d'asile et les réfugiés à tous les stades de la procédure et fournir ses commentaires et son apport technique pour la rédaction de projets de loi sur les réfugiés et de décrets administratifs connexes ;
 - g) assurer un rôle de défense de la cause des réfugiés, y compris sous la forme de déclarations publiques, en tant qu'outil essentiel de la protection internationale et de la responsabilité de surveillance du HCR ;
 - h) renforcer les capacités, par ex. par des activités de formation et de promotion ;
 - i) recevoir et collecter des données et des informations sur les demandeurs d'asile et les réfugiés comme le prévoit l'article 35 § 2 de la *Convention de 1951*.
- 5 — Ce vaste éventail d'activités de surveillance du HCR est généralement accepté et en fait attendu par les États, bien que l'application de la Convention continue à se heurter à de multiples difficultés. Cette situation a suscité des demandes de renforcement des mécanismes de surveillance, y compris en augmentant les capacités dans le domaine de la protection.

Réflexions et approches possibles

- 6 — La surveillance ne consiste pas seulement à établir les violations, mais peut-être surtout, elle consiste en un engagement et un dialogue constructifs et en une coordination visant à assurer la résolution des problèmes.
- 7 — Il importe de veiller à ce que les ONG jouent un rôle suffisant dans le processus de surveillance. Il convient de promouvoir la création d'ONG spécialisées dans le domaine des droits des réfugiés ainsi que de la diffusion d'informations, la défense de la cause et l'assistance juridique.
- 8 — De manière générale, la collecte, la recherche et l'analyse d'informations doit être améliorée. Les participants ont suggéré que le Centre de documentation et de recherche du HCR soit maintenu et doté en soutien, fonds et personnel suffisants. Les demandes de rapports et d'informations de la part des États doivent être progressives et ciblées, vu les réponses limitées apportées aux requêtes antérieures. Une autre possibilité consisterait à instaurer un mécanisme prévoyant des obligations de

rapport différenciées. L'article 36 de la *Convention de 1951*, qui demande aux États de fournir des informations sur le texte des lois et des règlements promulgués pour assurer l'application de la Convention, constitue une obligation de rapport des États.

- 9 — Il n'existe pas de modèle unique qui soit utilisé par les organes de surveillance des traités et qui pourrait tout simplement être reproduit et appliqué à la surveillance de l'application de la *Convention de 1951*. L'expérience acquise en matière de suivi des droits de l'Homme, et dans d'autres domaines comme par l'Organe international de contrôle des stupéfiants, l'Organisation mondiale du commerce ou le Conseil de l'Europe, peut s'avérer utile. Il faut également assurer la complémentarité avec les systèmes de suivi des droits de l'Homme reposant sur des traités et éviter l'apparition d'interprétations conflictuelles qui risque de se produire lorsque plusieurs organes ont des compétences croisées. Le fait que la confidentialité soit nécessaire dans certaines circonstances ne doit pas exclure la nécessité de parler dans d'autres.
- 10 — Les approches et suggestions suivantes ont été avancées :
 - a) *Renforcer le rôle du HCR*. Le rôle du HCR, tel que décrit ci-dessus, pourrait être renforcé en augmentant de manière importante les effectifs chargés de la protection, en améliorant encore la coopération avec les instances régionales et en renforçant l'apport de conseils techniques, juridiques et autres par le HCR. une autre piste à creuser serait que le HCR puisse également préparer, à l'intention des gouvernements, des rapports sur l'application de la *Convention de 1951*, qui pourraient nourrir et soutenir le dialogue entre lui-même et les États, et être éventuellement publiés. De telles mesures ont naturellement des implications en termes de ressources.
 - b) *Comité exécutif*. Le Comité exécutif pourrait compléter le rôle de surveillance du HCR par un mécanisme spécial qui examinerait des problèmes particuliers d'application de la Convention. Toutefois, la politisation du débat doit être évitée. L'expérience de la Commission des droits de l'Homme est salutaire à cet égard. Un Sous-Comité du Comité exécutif, similaire à l'ancien Sous-Comité plénier sur la protection internationale, pourrait par exemple être créé, et le Haut Commissariat pourrait y soumettre les problèmes de mise en oeuvre. Cette formule garantirait un débat plus ciblé sur les questions de protection internationale en général et des Conclusions de meilleure qualité sur la protection. Ce Sous-Comité pourrait aussi repérer lui-même des obstacles à l'application de la Convention, y compris dans des situations spécifiques, et promouvoir des solutions, notamment par un partage du fardeau/de la responsabilité et par des approches globales.
 - c) *Réunions des États parties*. Les réunions des États parties, comme celles organisées dans le cadre du droit international humanitaire par le Comité international de la Croix-Rouge (CICR), pourraient être reproduites dans le contexte du droit des réfugiés bien que ces réunions n'aient pas toujours été très efficaces dans le domaine des droits de l'Homme. La réunion des États

parties de décembre 2001 pourrait réfléchir à l'utilité d'une conférence de suivi quelques années plus tard, le HCR proposant l'ordre du jour et faisant rapport sur l'état de l'application de la *Convention de 1951*.

d) *Mécanismes ad hoc et examen par les pairs*. Les mécanismes d'examen par les pairs entre États ont l'avantage de permettre une identification plus positive des « meilleures pratiques », ainsi qu'une discussion collective des problèmes. Les mécanismes d'examen des politiques commerciales peuvent servir de modèle à cet égard. Ils examinent l'application et les problèmes mais sans adopter une attitude antagoniste. Cette formule permet d'exercer une pression par les pairs afin d'améliorer la mise en œuvre. Des mécanismes *ad hoc*, qui ne reposent pas obligatoirement sur un traité, pourraient aussi s'avérer utiles. Par exemple, le Comité des ministres du Conseil de l'Europe a fait une *Déclaration sur le respect des engagements* qui a été acceptée par les États membres en 1994. En conséquence, des mécanismes d'examen par les pairs sont désormais en place. Des questions thématiques sont choisies pour que de « meilleures pratiques » puissent être identifiées, au lieu de se concentrer sur des pays particuliers. La confidentialité fait partie intégrante du système afin de permettre les critiques.

e) *Forums judiciaires*. Un système informel d'examen par des juges pourrait être instauré. Par exemple, l'Association internationale des juges du droit des réfugiés (IARLJ) pourrait constituer un forum au sein duquel les juges débatteraient de l'interprétation et de l'application de la Convention à titre consultatif et informel. L'instauration d'une instance juridictionnelle à part entière, qui serait utilisée pour statuer à titre préjudiciel sur certains sujets, comme le fait la Cour européenne de Justice, a été proposée comme possibilité à long terme.

f) *Experts-conseils et/ou missions d'établissement des faits*. Une autre possibilité consisterait à instaurer un système en vertu duquel le Haut Commissaire nommerait un ou plusieurs experts-conseils chargés d'évaluer la mise en œuvre concernant certains aspects ou certaines situations de réfugiés. Un rapport serait alors fait au Haut Commissaire, qui pourrait ensuite envisager de le porter à la connaissance du Comité exécutif. Une autre possibilité serait de créer un mécanisme qui permette au Haut Commissaire de demander l'organisation de missions d'établissement des faits, comprenant des représentants gouvernementaux et d'autres experts, qui pourraient recueillir des informations et/ou faire des recommandations sur des situations particulières. Il convient de se rappeler cependant que les missions d'établissement des faits telles qu'elles ont été instaurées par le CICR ont tendance à rencontrer des obstacles sérieux et que seul un nombre limité d'États reconnaissent leur compétence.

- 11 — Les participants ont reconnu que ces discussions n'étaient que le début d'un processus important visant à renforcer la mise en œuvre de la Convention, y compris par

une surveillance accrue. Ils ont estimé que ce processus devait se poursuivre, s'étendre à d'autres acteurs et intégrer de nouvelles perspectives. Ils ont eu le sentiment que la Réunion ministérielle de décembre 2001 serait une opportunité de cristalliser les appuis pour faire avancer les discussions.

LISTE DES PARTICIPANTS

Table ronde d'experts, Cambridge (Royaume-Uni), du 9 au 10 juillet 2001 (article 33, article 35)

Philip Alston, Institut universitaire européen, Florence, Italie

Evelyn Ankumah, Africa Legal Aid, Ghana et Pays-Bas

Daniel Bethlehem, Avocat, Cambridge et Londres, Royaume-Uni

Chaloka Beyani, London School of Economics, Londres, Royaume-Uni

Ricardo Camara, Gouvernement mexicain

Yoram Dinstein, Université de Tel Aviv, Israël ; Institut Max Planck, Heidelberg, Allemagne

Andrew Drzemczewski, Conseil de l'Europe, Strasbourg, France

Mohamed Nour Farahat, Organisation arabe pour les droits de l'Homme, Le Caire, Egypte

Guy S. Goodwin-Gill, Université d'Oxford, Royaume-Uni

Arthur Helton, Council on Foreign Relations, New York, États-Unis

Dame Rosalyn Higgins, Cour internationale de Justice, La Haye, Pays-Bas

G.M.H. Hoogvliet, Avocat, Pays-Bas

Ivor C. Jackson, Royaume-Uni (et Genève, Suisse)

Walter Kälin, Université de Berne, Suisse

Harold Koh, Faculté de droit de l'Université Yale, États-Unis

Sir Elihu Lauterpacht, Université de Cambridge, Royaume-Uni

Jean-Philippe Lavoyer, Comité international de la Croix Rouge, Genève, Suisse

Leanne Macmillan, Amnesty International, Secrétariat international, Londres, Royaume-Uni

Caroline Mchome, Gouvernement tanzanien

Sadikh Niass, ONG ouest africaines pour les réfugiés et les personnes déplacées à l'intérieur de leur propre pays (WARIPNET), Sénégal

Anne-Grethe Nielsen, Gouvernement suisse

Eugen Osmochescu, Université d'État de Moldavie, Chisinau, République de Moldavie

Bonaventure Rutinwa, Université de Dar-es-Salaam, Tanzanie

Jorge Santistevan, ancien médiateur ; Commission andine de juristes, Pérou

Sir Stephen Sedley, Royal Courts of Justice, Londres, Royaume-Uni

Andre Surena, Gouvernement américain

Vigdis Vevstad, Gouvernement norvégien

Iain Walsh, Gouvernement britannique

Pour le HCR : Erika Feller, Kate Jastram, Philippe Leclerc, Frances Nicholson et Volker Türk

L'affiliation institutionnelle n'est mentionnée que dans un objectif d'identification.

INDEX DES TRAITÉS ET DES AUTRES INSTRUMENTS INTERNATIONAUX

Un tableau des ratifications des instruments internationaux principaux qui inclut un élément de non-refoulement figure à l'annexe 2.1 au chapitre 2.1 de cette publication.

1907	Convention de La Haye V relative aux droits et obligations des puissances et des personnes neutres en cas de guerre terrestre, 2 <i>American Journal of International Law Supp.</i> , 1908, 117	495n
1919	Constitution de l'Organisation Internationale du Travail	709n, 714n
1922	Arrangements relatifs à la délivrance de certificats d'identité aux réfugiés russes, 5 juillet 1922, LNTS, vol. XIII, no. 355	131n
1922	Arrangements relatifs à la délivrance de certificats d'identité aux réfugiés russes et arméniens, modifiant les précédents arrangements, 5 juillet, 31 mai 1924, 12 mai 1926, LNTS, vol. LXXXIX, no. 2004	131n
1926	Convention relative à l'esclavage, Nations Unies, <i>Recueil des Traités</i> , vol. 212, n° 17	709n
1928	Arrangements relatifs au statut juridique des réfugiés russes et arméniens, 30 juin 1928, LNTS, vol. LXXXIX, no. 2005	131n
1933	Convention relative au statut international des réfugiés, 28 juin 1933, LNTS, vol. CLIX, no. 3663	131n
1936	Arrangement provisoire concernant le statut des réfugiés en provenance d'Allemagne, 4 juillet 1936, LNTS, vol. CLXXI, no. 3952	131n
1938	Convention concernant le statut des réfugiés en provenance d'Allemagne, 10 février 1938, LNTS, vol. CXCII, no. 4461	131n
1939	Protocole additionnel à l'arrangement provisoire de 1936 et à la Convention de 1938 concernant le statut des réfugiés en provenance d'Allemagne, 14 septembre 1939, LNTS, vol. CXCVIII, no. 4634	131n
1945	Statut du Tribunal militaire international, Accord pour le jugement et le châtement des grands criminels de guerre des pays européens de l'Axe (Accord de Londres), 8 août 1945, Nations Unies, <i>Recueil des Traités</i> , vol. 82, n° 280	126, 481n, 489
1945	Statut de la Cour internationale de Justice	723
1945	Charte des Nations Unies	132, 136, 185, 333, 365, 500, 513
	Article 1	365n, 513-514, 524n, 526n
	Article 2	174, 513-514
	Article 22	126

	Article 55	537n
	Article 56	537n, 691, 736
	Article 96	723, 729n
	Article 103	537n
1945	Acte constitutif de l'Organisation des Nations Unies pour l'éducation, la science et la culture (UNESCO), 16 novembre 1945	710n
1948	Convention pour la prévention et la répression du crime de génocide, Nations Unies, <i>Recueil des Traités</i> , vol. 78, n° 277	489n, 490, 501n, 503, 709n
1948	Déclaration universelle des droits de l'Homme, résolution 217 A (III) de l'Assemblée générale des Nations Unies, 10 décembre 1948	132, 138, 333, 365n, 372-374
	Article 2	390
	Article 5	184
	Article 7	365n
	Article 12	634n
	Article 13 § 2	590n
	Article 14	114, 126n, 147, 272, 481n, 513n, 525n, 623n,
	Article 16	634n
	Article 29 § 3	514n
1949	Première Convention de Genève pour l'amélioration du sort des blessés et des malades dans les forces armées sur terre, Nations Unies, <i>Recueil des Traités</i> , vol. 75, n° 31	382n, 486, 493, 497, 520n, 528, 636, 719
1949	Deuxième Convention de Genève pour l'amélioration du sort des blessés, des malades et des naufragés membres des forces armées en mer, Nations Unies, <i>Recueil des Traités</i> , vol. 75, n° 85	382n, 486, 493, 497, 520n, 528, 636, 719
1949	Troisième Convention de Genève relative au traitement des prisonniers de guerre, Nations Unies, <i>Recueil des Traités</i> , vol. 77, n° 135	382n, 486, 493, 497, 520n, 528, 636, 719
1949	Quatrième Convention de Genève relative à la protection des personnes civiles en temps de guerre, Nations Unies, <i>Recueil des Traités</i> , vol. 75, n° 287	382n, 485, 486, 493, 497, 519n, 520n, 528, 636, 645, 719
1950	Convention européenne de sauvegarde des Droits de l'Homme et des Libertés fondamentales, STE No. 5, Nations Unies, <i>Recueil des Traités</i> , vol. 213, n° 221	39, 137, 179, 191, 636, 710-711
	Article 1	142n, 143, 177, 226n
	Article 2	164n, 510
	Article 3	39, 82, 124, 143, 176-177, 184-185, 187-188, 190, 256, 446n, 483n, 510, 519n, 535-536, 581n, 644, 702
	Article 4 § 1	164n

	Article 5	41n, 244, 250, 263n
	Article 6	256, 483n, 519n
	Article 8	581n, 635n, 637n, 644-645, 678
	Article 12	635n
	Article 13	226n, 256, 519n, 536
	Article 15	164n, 188, 195n, 520n
	Article 17	195n
	Article 25	724n
	Article 33	709n
1950	Statut de l'Office de Haut Commissaire des Nations Unies pour les réfugiés, A/RES/428 (V), 14 décembre 1950	43n, 62, 99, 561, 599, 610, 687, 690
	Paragraphe 1	126
	Paragraphe 4	129, 738
	Paragraphe 6	100n, 126-127, 553, 579, 582n
	Paragraphe 7	126n, 127, 481n, 501-502
	Paragraphe 8	691, 692, 695, 744
	Paragraphe 9	127
1951	Convention relative au statut des réfugiés, Nations Unies, <i>Recueil des Traités</i> , vol. 189, n° 150 (les références générales ne sont pas incluses car elles sont trop nombreuses)	
	Travaux préparatoires	137, 151, 155, 162, 168, 227, 241, 306, 337, 423, 483, 504, 510
	Préambule	38, 64n, 74, 227, 333-334, 369, 378n, 390, 422, 434, 456, 457, 512, 638
	Article 1	51, 68, 225, 231, 255, 294, 410
	Article 1 ^{er} A	419n, 517, 521, 640, 687
	Article 1 ^{er} A 1	579, 581-82
	Article 1 ^{er} A 2	19, 42, 59, 66n, 68, 74, 79, 83-85, 90, 96, 105, 110, 132n, 134, 138, 147-149, 150, 155-159, 305, 308, 368, 370, 397, 412, 425n, 462, 509, 523-525, 581-582, 583n, 593, 614, 729n
	Article 1 ^{er} B 1	146
	Article 1 ^{er} C	19, 58, 74, 106, 369, 516, 609
	Article 1 ^{er} C 1	58, 426n, 554, 587-589, 605, 610, 612, 616
	Article 1 ^{er} C 2	58, 554, 587, 589-91, 605, 610, 612, 616
	Article 1 ^{er} C 3	58, 554, 587, 589, 591-92, 605-606, 610, 612, 616
	Article 1 ^{er} C 4	58, 554, 587, 592-593, 605, 606, 610, 612, 616

Article 1 ^{er} C 5	58, 106, 108, 430n, 553, 554-555, 560, 580, 598-601, 609, 610612-615
Article 1 ^{er} C 6	58, 106, 553, 555, 560, 580, 590, 598-601, 609-610, 612-615
Article 1 ^{er} D	369
Article 1 ^{er} E	369
Article 1 ^{er} F	19, 55-57, 74, 115, 132, 161, 168, 171, 369, 481-487, 507, 515-517, 522-533, 536, 538, 540, 544, 575, 637, 642
Article 1 ^{er} F a)	103, 481, 487, 488, 494, 504, 507, 511, 513, 525, 531, 540-541
Article 1 ^{er} F b)	56, 103, 162, 481, 488, 495-512, 515, 525, 531, 540-542
Article 1 ^{er} F c)	481, 504, 507, 513-515, 525, 541-542
Articles 2-33	53, 134, 138, 460-461, 462, 534n
Article 2	296
Article 3	256, 368
Article 4	460n, 638n
Article 5	637n
Article 8	261
Article 9	233-234, 261
Article 12	61n, 638, 651n
Article 15	459n
Article 16	459n
Article 17	460n
Article 18	460n
Article 19	460n
Article 20	460n
Article 21	460n
Article 22	460n, 638n
Article 23	460n
Article 24	61n, 460n, 638n
Article 26	234, 261, 460n
Article 28	235, 248, 462n, 588n
Article 31	19, 40, 132, 138, 148-149, 225-227, 229-234, 240-245, 248, 253, 254-259, 266, 270, 277, 293-295, 297, 637
Article 31 § 1	40, 155-157, 227-228, 231-234, 237, 241, 256-259, 262, 288-289, 294-296

	Article 31 § 2	40, 225, 234-235, 259, 260-262, 270-272, 294-297
	Article 32	36, 38, 133, 138, 188, 235n, 518-520, 522, 595-610, 643
	Article 33	19, 34-38, 122, 133, 138, 181, 188, 218, 255-256, 481, 520, 534, 542, 544, 595, 637, 687
	Article 33 § 1	139, 141, 144-147, 149, 150, 153, 159-166, 453
	Article 33 § 2	37, 38, 57, 115, 140, 144, 161-172, 218, 482, 515-522, 529, 537n, 575, 595, 642
	Article 34	58, 592, 609
	Article 35	19, 34, 62, 133, 267, 298, 555, 598, 687-691, 695-699, 702-703, 707, 725-728, 733, 736-738, 743-745
	Article 36	746
	Article 38	482n, 704, 709, 727n
	Article 39	706n
	Article 42	133-134, 139, 689
1951	Acte final de la Conférence de plénipotentiaires des Nations Unies sur le statut des réfugiés et des apatrides, 1951, UN doc. A/CONF.2/108/Rev.1, Nations Unies, <i>Recueil des Traités</i> , vol. 189, n° 137	19, 60, 131n, 624, 638n, 656, 678
1952	Convention sur les droits politiques de la femme, Nations Unies, <i>Recueil des Traités</i> , vol. 193, n° 135	709n
1952	Protocole No. 1 à la Convention européenne des Droits de l'Homme de 1950, 20 mars 1952, STE No. 9	188
1954	Convention de Caracas sur l'asile territorial, OEA Treaty Series No. 19	262
1954	Convention relative au statut des apatrides, Nations Unies, <i>Recueil des Traités</i> , vol. 360, n° 117	709n
1957	Convention européenne sur l'extradition, STE No. 24	125, 144, 504n
1958	Convention de Genève sur le Plateau continental	174
1960	Convention de l'UNESCO concernant la lutte contre la discrimination dans le domaine de l'enseignement, 14 décembre 1960	710
1961	Charte sociale européenne, STE No. 35	678, 712n
1961	Convention unique sur les stupéfiants, telle que modifiée par le Protocole de 1972 modifiant la Convention unique sur les stupéfiants	719n
1962	Protocole du 10 décembre 1962 instituant une Commission de conciliation et de bons offices chargée de rechercher la solution des différends qui naîtraient entre États parties à la Convention concernant la lutte contre la discrimination dans le domaine de l'enseignement	710

1963	Protocole No. 4 à la Convention européenne des Droits de l'Homme de 1950, 16 septembre 1963, STE No. 46	188, 263n
1963	Convention de Tokyo sur les infractions et certains autres actes commis à bord d'aéronefs, UKTS 126 (1969), Cmnd 4230	486n
1965	Convention internationale sur l'élimination de toutes les formes de discrimination raciale, Nations Unies, <i>Recueil des Traités</i> , vol. 660, n° 195	373, 635n, 709n, 712n, 724n
1966	Principes relatifs au traitement des réfugiés, adoptés par le Comité juridique consultatif Afrique/Asie	122, 145, 150, 154, 157, 159, 163, 172, 176, 179
1966	Pacte international relatif aux droits civils et politiques, Nations Unies, <i>Recueil des Traités</i> , vol. 999, n° 171, 6 ILM (1967) 368	38, 125, 179, 191-193, 365, 373-374, 379, 457-458, 494n, 635n, 666
	Article 2	142, 226n, 365n, 369
	Article 3	365n
	Article 4	164n, 195n, 520n
	Article 5 §1	195n
	Article 6 § 1	164n
	Article 7	124, 176-178, 184-185, 189-191, 535n, 536, 581n, 701
	Article 8	164n
	Article 9	247, 263n, 267
	Article 12	263, 420n, 590n
	Article 13	643
	Article 14	226n, 233
	Article 15 § 1	233
	Article 17	95n, 581n, 634n, 644, 678
	Article 23	634n, 678
	Article 26	365n, 369, 390
Article 40	712n	
Article 41	709n	
Article 42	709n	
1966	Pacte international relatif aux droits économiques, sociaux et culturels, Résolution 220 A (XXI) de l'Assemblée générale des Nations Unies, Nations Unies, <i>Recueil des Traités</i> , vol. 993, n° 3	373-374, 457, 634n, 635n, 636, 678, 712n
1966	Protocole facultatif se rapportant au Pacte international relatif aux droits civils et politiques, Résolution 2200 A (XXI) de l'Assemblée générale des Nations Unies, 16 décembre 1966	635n, 724n
	Article 1	142
	Article 5 § 4	724n
1967	Déclaration sur l'asile territorial, Résolution 2132A (XXII) de l'Assemblée générale des Nations Unies, 14 décembre 1967	123, 145, 150, 157, 159, 163, 172, 179, 197

1967	Protocole à la Convention de 1951 relatif au statut des réfugiés, Nations Unies, <i>Recueil des Traités</i> , vol. 606, n° 267	28, 31, 34, 62, 72-74, 79, 113, 127-128, 133-134, 160, 173, 179-180, 218, 227, 236, 246, 257, 371, 429, 481n, 678, 728-734, 739-741
	Article I	134-138, 140, 146, 147
	Article II	34, 62, 134, 687-691, 696-697, 699, 707, 725, 727, 733, 736-738
	Article IV	704, 709, 727n
	Article V	706n
	Article VII	134, 139
1968	Traité de non-prolifération des armes nucléaires	721
1969	Convention américaine des Droits de l'Homme ou « Pacte de San José », Organisation des États Américains (OEA) Treaty Series no. 35, Nations Unies, <i>Recueil des Traités</i> , vol. 1144, n° 123, 9 ILM 673	150, 157, 163, 176, 179, 192, 723
	Article 1 § 1	142n, 226n
	Article 4 § 1	164n
	Article 5	164n, 184-185, 190, 535n, 581n
	Article 7	41n, 263n
	Article 11	81n, 634n
	Article 17	634n, 678
	Article 22 § 8	124
	Article 25	226n
	Article 27	164n, 195n
	Article 32	655n
	Article 44	724n
	Article 45	709n
Article 64	723n	
1969	Convention de l'Organisation de l'Unité Africaine (OUA) régissant les aspects propres aux réfugiés en Afrique, Nations Unies, <i>Recueil des Traités</i> , vol. 1001, n° 45	49, 88, 113, 145, 150, 152, 155, 157, 159, 163-164, 176, 179, 535n, 585, 615, 656-657, 704
	Article I.2	49n, 404n
	Article I.4	481n, 554, 575, 581, 587, 589-595, 606-608, 611-616
	Article I.5	481n, 513n, 595
	Article II	123, 262, 515n
	Article III	262, 515n, 518n, 595
	Article VI	588
	Article VIII	690, 727n, 736
	Article IX	704n
1969	Convention de Vienne sur le droit des traités, Nations Unies, <i>Recueil des Traités</i> , vol. 1155, n° 331	227, 421, 426
	Article 27	482n

	Article 30	537n
	Article 31	135-136, 227, 233, 369n, 421n, 482n, 637n, 647n
	Article 32	135-137, 227, 233, 482n
	Article 33	228
	Article 44	512
	Article 62	512
	Article 64	512
1970	Convention pour la suppression de la capture illégale d'aéronefs, La Haye, 16 décembre 1970, 10 ILM 133, 1971	486n
1971	Convention pour la suppression d'actes illégaux contre la sécurité de l'aviation civile, Montreal, 23 septembre 1971, 10 ILM 1151, 1971	486n
1972	Convention sur l'interdiction de la mise au point, de la fabrication et du stockage des armes bactériologiques (biologiques) et à toxines et sur leur destruction	721
1973	Convention sur l'élimination et la répression du crime d'apartheid, 13 ILM 50, 1974	503
1974	Convention de New York sur la prévention et la répression des crimes contre les personnes internationalement protégées, y compris les agents diplomatiques, 13 ILM 42, 1974	486n
1977	Protocole additionnel I aux Conventions de Genève, Nations Unies, <i>Recueil des Traités</i> , vol. 1125, n° 3	382, 486, 493, 495n, 635n, 636, 646, 678, 719
1977	Protocole additionnel II aux Conventions de Genève, Nations Unies, <i>Recueil des Traités</i> , vol. 1125, n° 609	382n, 486, 494, 532n, 635n, 636, 663n
1977	Convention européenne pour la suppression du terrorisme, STE No. 90	487n, 498, 503, 503n
1979	Convention sur l'élimination de toutes les formes de discrimination à l'égard des femmes, <i>Recueil des Traités</i> , vol. 1249, n° 13	77, 365, 373, 376, 379, 635n, 709n, 712n
1979	Convention sur les otages, 18 ILM 1456, 1979	486n
1980	Convention sur la protection physique des matières nucléaires, <i>Recueil des Traités</i> , vol. 1456, n° 124	486n
1980	Convention sur l'interdiction ou la limitation de l'emploi de certaines armes classiques qui peuvent être considérées comme produisant des effets traumatiques excessifs ou comme frappant sans discrimination, 10 octobre 1980	721-722
1981	Charte africaine des Droits de l'Homme et des Peuples (Charte de Banjul), 21 ILM, 58, 1982	41n, 176, 179, 184-185, 190, 195n, 263n, 535n, 634n, 655-656n, 678, 709n, 712n, 724n
1981	Convention interaméricaine sur l'extradition, OEA Treaty Series No. 60	125, 144
1983	Protocole No. 6 de la Convention européenne des Droits de l'Homme de 1950 concernant l'abolition de la peine de mort, 28 avril, STE No. 114	39

1984	Déclaration de Carthagène sur les réfugiés, consacrant les conclusions adoptées par le Colloque sur la protection internationale des réfugiés en Amérique centrale, Mexique et Panama, tenu à Carthagène, 19-22 novembre 1984, <i>Recueil de Traités et autres textes de droit international concernant les réfugiés et les personnes déplacées</i> , HCR, Genève, 1995, vol. II, pp. 206-11	88, 113, 124, 152, 157, 159, 163, 173, 176, 180, 651n, 656, 690, 736
1984	Convention contre la torture et autres peines ou traitements cruels, inhumains ou dégradants, UN doc. A/RES/39/46, 10 décembre 1984	38, 124, 176, 179, 181, 184, 193, 510, 635n
	Article 1	535n
	Article 2	195n
	Article 3	124, 177, 187, 190-191, 194, 511, 535-536, 537n, 581n, 657, 701
	Article 16	184n, 536n
	Article 17	194n
	Article 19	712n
	Article 21	709, 710n
	Article 22	194n, 724n
	Article 30	709n
1985	Convention contre l'apartheid dans les sports, <i>Recueil des Traités</i> , vol. 1500, n° 161	709n
1987	Convention européenne pour la prévention de la torture et autres peines ou traitements inhumains ou dégradants, 26 novembre 1987, STE No. 126	722n
1987	Protocole de Montréal sur les substances qui appauvrissent la couche d'ozone, 16 septembre 1987, <i>Recueil des Traités</i> , vol. 1522, n° 3	722n
1988	Convention de Rome pour la suppression des actes illégaux contre la sécurité de la navigation maritime, IMO doc. SUA/CON/15, 10 mars, 27 ILM 668, 1988	486n
1989	Convention relative aux droits de l'enfant, 20 novembre 1989, Résolution 44/25 de l'Assemblée générale des Nations Unies	30, 77, 93, 263n, 274, 373, 636, 639, 666
	Article 2	656n
	Article 3	78, 634n, 659n
	Article 9	634n, 635n, 641n, 644, 647, 678
	Article 10	533n, 634n, 647-648, 649, 678
	Article 16	634n
	Article 18 § 1	635n
	Article 22	86, 108n, 533, 651n, 656n, 678
	Article 38	495n
	Article 39	105
	Article 40	104, 532n, 543
	Article 44	712n

1990	Charte africaine relative aux droits et à la protection de l'enfant, <i>Recueil de Traités et autres textes de droit international concernant les réfugiés et les personnes déplacées</i> , HCR, Genève, 1995, vol. II, pp. 65-83	634n, 651n, 655n-656n, 662, 678
1990	Convention établissant des critères pour déterminer l'État responsable du traitement des demandes d'asile déposées dans un des États membres de la Communauté européenne (Convention de Dublin), JO 1997 L254, 19 août 1997, p. 1	225, 249, 251, 661
1990	Convention internationale relative à la protection des droits de tous les travailleurs migrants et des membres de leur famille, UN doc. A/RES/45/158	635n, 646, 712n, 724n
1990	Convention de Schengen appliquant l'Accord de Schengen du 14 juin 1985 relatif à l'abolition progressive des contrôles à leurs frontières communes, 30 ILM 84, 1991	230n
1993	Convention de La Haye sur la protection des enfants et la coopération en matière d'adoption internationale, <i>Recueil de Traités et autres textes de droit international concernant les réfugiés et les personnes déplacées</i> , HCR, Genève, 1995, vol. I, pp. 356-69	659n
1993	Statut du Tribunal pénal international pour l'ex-Yougoslavie, Résolution 827 (1993) du Conseil de sécurité des Nations Unies	489-493, 540
1993	Convention sur l'interdiction de la mise au point, de la fabrication, du stockage et de l'emploi des armes chimiques et sur leur destruction (Convention sur les armes chimiques)	722n
1994	Statut du Tribunal pénal international pour le Rwanda, Résolutions 935 et 955 (1994) du Conseil de sécurité des Nations Unies	77, 489-493, 540
1995	Protocole additionnel à la Charte sociale européenne prévoyant un système de réclamations collectives du 9 novembre 1995	724n
1996	Traité sur l'interdiction globale des essais nucléaires	722n
1996	Charte sociale européenne, STE No. 163	634n
1996	Protocole II à la Convention de 1980 sur certaines armes classiques sur l'interdiction et les restrictions à l'utilisation de mines, objets piégés et autres moyens, tel que modifié le 3 mai 1996	721n
1997	Convention sur l'interdiction de l'emploi, du stockage, de la production et du transfert des mines antipersonnel et sur leur destruction, 18 septembre 1997 (Convention d'Ottawa)	721n

INDEX DE LA JURISPRUDENCE

La plupart des affaires citées dans cette publication sont disponibles sur le site Internet du HCR, www.unhcr.org, et sur le CD-Rom Refworld du HCR, disponible auprès de la Protection Information Section, Haut Commissariat des Nations Unies pour les Réfugiés, Case Postale 2500, CH-1211, Genève 2 Dépôt, Suisse, e-mail HQPR11@unhcr.org. D'autres sites Internet utiles, tous d'accès gratuit, sont indiqués ci-dessous et ont été vérifiés en juillet 2007

Cour permanente de Justice internationale

<i>Compatibilité de certains décrets-lois dantzikois avec la Constitution de la Ville libre</i> , Série A/B, No. 65, 1935	p. 494n
<i>Concessions Mavrommatis en Palestine</i> , Série A, No. 2, 30 août 1924	p. 424n

Cour internationale de Justice

Les décisions sont disponibles sur <http://www.icj-cij.org/docket/index.php?p1=3&p2=3>

<i>Application de la Convention pour la prévention et la répression du crime de génocide (Bosnie-Herzégovine c. Yougoslavie)</i> , Exceptions préliminaires, Recueil CIJ 1996, p. 595	p. 708n
<i>Affaire de la Barcelona Traction, Light and Power Company, Limited (Belgique c. Espagne)</i> , Recueil CIJ 1970, p. 4	p. 487n
<i>Timor oriental (Portugal c. Australie)</i> , Recueil CIJ 1995, p. 90	p. 708n
<i>Projet Gabcikovo-Nagymaros (Hongrie/Slovaquie)</i> , Arrêt, Recueil CIJ 1997, p. 7	p. 137
<i>Interprétation des traités de paix conclus avec la Bulgarie, la Hongrie et la Roumanie</i> , Première phase, Avis consultatif, Recueil CIJ 1950, p. 65	p. 708n
<i>Conséquences juridiques pour les États de la présence continue de l'Afrique du Sud en Namibie (Sud-Ouest africain) nonobstant la résolution 276 (1970) du Conseil de sécurité</i> , Avis consultatif, Recueil CIJ 1971, p. 16	p. 136n
<i>Activités militaires et paramilitaires au Nicaragua et contre celui-ci (Nicaragua c. États-Unis d'Amérique)</i> , Compétence et recevabilité, Arrêt, Recueil CIJ 1984, p. 329 ; Fond, Arrêt, Recueil CIJ 1986, p. 14	p. 174n
<i>Plateau continental de la mer du Nord</i> , Arrêt, Recueil CIJ 1969, p. 3	p. 174, 175, 180
<i>Réserves à la Convention pour la prévention et la répression du crime de génocide</i> , Avis consultatif, Recueil CIJ 1951, p. 15	p. 136n
<i>Sud-Ouest africain</i> , Deuxième phase, Arrêt, Recueil CIJ 1966, p. 6	p. 137
<i>Personnel diplomatique et consulaire à Téhéran (affaire des otages de Téhéran)</i> , Recueil CIJ 1980, p. 3 p. 184n, 263n.	

Tribunal pénal international pour l'ex-Yougoslavie

Les décisions sont disponibles sur <http://www.un.org/icty/cases-f/index-f.htm>

<i>Procureur c. Drazen Erdemovic</i> , Arrêt, Affaire No. IT-96-22-A, 7 octobre 1997	p. 533n
<i>Procureur c. Anto Furundzija</i> , TPIY, Affaire No. IT-95-17/1-T, 10 décembre 1998 (décision confirmée par la Chambre d'appel, 21 juillet 2000)	p. 81n
<i>Procureur c. Kunarac, Kovac et Vukovic</i> , Affaire No. IT-96-23 et IT-96-23/1, 22 février 2001 (décision confirmée par la Chambre d'appel, 12 juin 2002)	p. 77n, 81n, 382n
<i>Procureur c. Kupreskic</i> , Affaire No. IT-93-16-T, 14 janvier 2000	p. 489n
<i>Procureur c. Dusko Tadic</i> , Arrêt relatif à l'appel de la défense concernant l'exception préjudicielle d'incompétence devant la Chambre d'appel du TPIY, Affaire No. IT-94-1-AR72, 1995	p. 489n, 491n, 493n, 494n.

Tribunal pénal international pour le Rwanda

Les décisions sont disponibles sur <http://www.ict.r.org/>

<i>Procureur c. Jean-Paul Akayesu</i> , Affaire No. TPIR-96-4-T, 2 septembre 1998	p. 81n, 382n, 491n
---	--------------------

Comité des droits de l'Homme

Les décisions du Comité des droits de l'homme sont disponibles sur <http://www.unhchr.ch/tbs/doc.nsf/FramePage/Typejurisprudence?OpenDocument>

<i>A. c. Australie</i> , Communication No. 560/1993, Rapport annuel 1997, vol. II, UN doc. A/52/40, 3 avril 1997	p. 267, 702n
<i>A.R.J. c. Australie</i> , Communication No. 692/1996, Rapport annuel 1997, vol. II, UN doc. A/52/40, 28 juillet 1997	p. 701n
<i>De Casariego c. Uruguay</i> , Communication No. 56/1979, UN doc. CCPR/C/13/D/56/1979, 29 juillet 1981	p. 142n
<i>Cox c. Canada</i> , Communication No. 539/1993, UN doc. CCPR/C/52/D/539/1993, 9 décembre 1994	p. 189n
<i>G.T. c. Australie</i> , Communication No. 706/1996, UN doc. CCPR/C/61/D/706/1996, 4 décembre 1997	p. 189n, 701n
<i>Joseph Kindler c. Canada</i> , Communication No. 470/1991, Rapport annuel 1993, vol. II, UN doc. A/48/40, 30 juillet 1993	p. 701n
<i>Lopez Burgos c. Uruguay</i> , Communication No. 52/1979, UN doc. CCPR/C/13/D/52/1979, 29 juillet 1981	p. 142, 192
<i>Chitat Ng c. Canada</i> , Communication No. 469/1991, UN doc. CCPR/C/49/D/469/1991, 7 janvier 1994	p. 189, 190n, 193, 194n, 701n
<i>Toonen c. Australie</i> , Communication No. 488/1992, UN doc. CCPR/C/50/D/488/1992, 4 avril 1994	p. 95n
<i>Van Duzen c. Canada</i> , Communication No. 50/1979, UN doc. CCPR/C/15/D/50/1979, 7 avril 1982	p. 233n
<i>Winata et Li c. Canada</i> , Communication No. 930/2000, UN doc. CCPR/C/72/D/930/2000, 16 août 2001	p. 643n

Comité contre la torture

Les décisions du Comité contre la torture sont disponibles sur

<http://www.unhchr.ch/tbs/doc.nsf/FramePage/Typejurisprudence?OpenDocument>

<i>Alan c. Suisse</i> , Communication No. 21/1995, 6 mai 1996	p. 444n
<i>A.L.N. c. Suisse</i> , Communication No. 90/1997, 19 mai 1998	p. 194n
<i>Ayas c. Suède</i> , Communication No. 97/1997, 12 novembre 1998	p. 537n
<i>E.A. c. Suisse</i> , Communication No. 28/1995, 10 novembre 1997	p. 194n
<i>Elmi c. Australie</i> , Communication No. 120/1998, 14 mai 1999	p. 194n
<i>G.R.B. c. Suède</i> , Communication No. 83/1997, 15 mai 1998	p. 194n
<i>H.D. c. Suisse</i> , Communication No. 112/1998, 30 avril 1999	p. 194n
<i>I.A.O. c. Suède</i> , Communication No. 65/1997, 6 mai 1998	p. 194n
<i>Khan c. Canada</i> , Communication No. 15/1994, 15 novembre 1994	p. 194n, 535n, 537n
<i>K.N. c. Suisse</i> , Communication No. 94/1997, 19 mai 1998	p. 194n
<i>Korban c. Suède</i> , Communication No. 88/1997, 16 novembre 1998	p. 194n
<i>Mutombo c. Suisse</i> , Communication No. 13/1993, 27 avril 1994	p. 194n, 535n, 701n
<i>N.P. c. Australie</i> , Communication No. 106/1998, 6 mai 1999	p. 194n
<i>Paez c. Suède</i> , Communication No. 39/1996, 28 avril 1997	p. 194n, 537n
<i>S.M.R. et M.M.R. c. Suède</i> , Communication No. 103/1998, 5 mai 1999	p. 194n

Commission africaine des Droits de l'Homme et des Peuples

Voir <http://www1.umn.edu/humanrts/africa/comcases/comcases.html>

et http://www.achpr.org/francais/_info/index_decisions_fr.html

<i>John K. Modise c. Botswana</i> , Communication No. 97/1993, 23 octobre-6 novembre 2000	p. 178n, 190
--	--------------

Cour européenne des Droits de l'Homme

Les décisions de la Cour européenne des Droits de l'Homme sont disponibles sur

<http://www.echr.coe.int/>

<i>Abdulaziz, Cabales et Balkandali c. Royaume-Uni</i> , Requêtes Nos. 9214/80, 9473/81 et 9474/81, 28 mai 1985	p. 650n
<i>Ahmed c. Autriche</i> , Recueil des arrêts et décisions 1996-VI, 27 novembre 1996	p. 177, 188n
<i>Ahmut c. Pays-Bas</i> , Requête No. 73/1995/579/665, 28 novembre 1996	p. 650
<i>Amrollahi c. Danemark</i> , Requête No. 56811/00, 11 juillet 2002	p. 61
<i>Amuur c. France</i> , Recueil des arrêts et décisions 1996-III, 20 mai 1996	p. 244, 261n, 702n
<i>Aydın c. Turquie</i> , Requête No. 57/1996/676/866, 25 septembre 1997	p. 81n
<i>Berrehab c. Pays-Bas</i> , Requête No. 10730/84, 21 juin 1988	p. 645n
<i>Chahal c. Royaume-Uni</i> , Recueil des arrêts et décisions 1996-V, 25 octobre 1996	p. 125n, 167n, 177n, 187, 188n, 191, 193, 195n, 446n, 456, 510n, 519n, 521n, 535, 536n
<i>Cruz Varas c. Suède</i> , Série A, No. 201, 20 février 1991	p. 177n
<i>Gül c. Suisse</i> , Requête No. 53/1995/559/645, 19 février 1996	p. 650

<i>Hilal c. Royaume-Uni</i> , Décision No. 45276/99, 6 mars 2001	p. 446n
<i>Irlande c. Royaume-Uni</i> , Série A, No. 25, 13 décembre 1977	p. 185n, 710n
<i>Jabari c. Turquie</i> , Requête No.40035/98, 11 juillet 2000	p. 82, 535
<i>Labita c. Italie</i> , Requête No. 26772/95, 6 avril 2000	p. 535n
<i>Loizidou c. Turquie</i> (Exception préliminaire), Série A, No. 310, 23 février 1995	p. 143
<i>Maaouia c. France</i> , Requête No. 39652/98, 5 octobre 2000	p. 519n
<i>Marckx c. Belgique</i> , Série A, No. 31, 27 avril 1979	p. 645n
<i>Modinos c. Chypre</i> , Série A, No. 259, 25 mars 1993	p. 48n
<i>Moustaquim c. Belgique</i> , Requête No. 12313/86, 25 janvier 1991	p. 646n
<i>Selmouni c. France</i> , Requête No. 25803/94, 28 juillet 1999	p. 535n
<i>Sen c. Pays-Bas</i> , Requête No. 31465/96, 21 décembre 2001	p. 650
<i>Soering c. Royaume-Uni</i> , Série A, No. 161, 7 juillet 1989	p. 125n, 177, 187, 188, 193, 536n, 702n
<i>T.I c. Royaume-Uni</i> , Requête No. 43844/98, Décision sur la recevabilité, 7 mars 2000	p. 125n, 154n, 177, 188n, 192, 193, 194n
<i>Tyrrer c. Royaume-Uni</i> , Série A, No. 26, 25 avril 1978	p. 137n
<i>Vilvarajah c. Royaume-Uni</i> , Série A, No. 215, 26 septembre 1991	p. 177n

Commission européenne des Droits de l'Homme

Les décisions de la Commission européenne des Droits de l'Homme sont disponibles sur <http://www.echr.coe.int/>

<i>Agee c. Royaume-Uni</i> , Requête No. 7729/76, 17 décembre 1976 ; 7 DR 164, 1977	p. 535n
<i>Alla Raidl c. Autriche</i> , Requête No. 25342/94, 1995	p. 39n
<i>Autriche c. Italie</i> , 4 <i>Annuaire de la Convention européenne des Droits de l'Homme</i> , 11 janvier 1961	p. 710
<i>Aylor Davis c. France</i> , Requête No. 22742/93, 76 DR 164, 1994	p. 39n
<i>Leong Chong Meng c. Portugal</i> , Requête No. 25862/95, 1995	p. 39n
<i>X. et Y. c. Royaume-Uni</i> , Requête No. 9369/81, 3 mai 1983	p. 645n
<i>Y. c. Pays-Bas</i> , Requête No. 16531/90, 68 DR 299, 1991	p. 39n

Commission interaméricaine des Droits de l'Homme

Les décisions de la Commission interaméricaine des Droits de l'Homme sont disponibles sur <http://www.cidh.oas.org/DefaultE.htm> et <http://www.wcl.american.edu/pub/humright/digest/>

<i>Avis consultatif sur l'effet des réserves sur l'entrée en vigueur de la Convention américaine</i> , 24 septembre 1982, 22 ILM, 1983, p. 47	p. 710
<i>Raquel Martin de Mejía c. Pérou</i> , Affaire No. Rapport No. 5/96, 1 ^{er} mars 1996	p. 80n

Australie

Les décisions des cours australiennes sont disponibles sur : <http://www.austlii.edu.au>

Haute Cour d'Australie

<i>Applicant A. and Another c. Minister for Immigration and Ethnic Affairs and Another</i> , [1997] 190 CLR 225 ; 142 ALR 331, 24 février 1997	p. 44n, 70n, 305n, 312, 313, 322, 328, 329, 337n, 369n, 420n, 427n
<i>Chen Shi Hai c. Minister for Immigration and Multicultural Affairs</i> , (2000) 170 ALR 553 ; [2000] CLR 293, 13 avril 2000	p. 70n, 86n, 313, 350n, 421n
<i>Minister for Immigration and Multicultural Affairs c. Ibrahim</i> , [2000] HCA 55, 26 octobre 2000	p. 88n
<i>Minister for Immigration and Multicultural Affairs c. Khawar</i> , [2000] HCA 14, 11 avril 2002	p. 66n, 67n, 69n, 81n, 82n, 89, 101, 314n, 366n, 372n, 375n, 378n, 382n, 386n, 387n, 413n, 420n, 421n
<i>Minister for Immigration and Multicultural Affairs c. Daljit Singh</i> , [2002] HCA 7, 7 mars 2002	p. 57n

Cour fédérale d'Australie

<i>Al-Amidi c. Minister for Immigration and Multicultural Affairs</i> , (2000) 177 ALR 506	p. 383n, 427n, 440
<i>Applicant L.S.L.S. c. Minister for Immigration and Multicultural Affairs</i> , [2000] FCA 211, 6 mars 2000	p. 83n, 95, 96n
<i>Betkoshabeh c. Minister for Immigration and Multicultural Affairs</i> , (1998) 157 ALR 95	p. 507n
<i>Dhayakpa c. Minister for Immigration and Ethnic Affairs</i> , (1995) 62 FCR 556	p. 504n
<i>Islam c. Minister for Immigration and Multicultural Affairs</i> , (2000) 171 ALR 267	p. 427n
<i>Khawar c. Minister for Immigration and Multicultural Affairs</i> , (1999) 168 ALR 190, 5 novembre 1999	p. 346n, 347
<i>Lay Kon Tji c. Minister for Immigration and Ethnic Affairs</i> , (1998) 158 ALR 681	p. 422n, 425n, 459n
<i>Minister for Immigration and Multicultural Affairs c. Applicant Z.</i> , [2001] FCA 1823, 19 décembre 2001	p. 85n
<i>Minister for Immigration and Multicultural Affairs c. Jama</i> , (Full Court) [1999] FCA 1680, 3 décembre 1999	p. 431
<i>Minister for Immigration and Multicultural Affairs c. Jang</i> , (2000) 175 ALR 752	p. 446, 447n
<i>Minister for Immigration and Multicultural Affairs c. Khawar</i> , (Full Court) [2000] FCA 1130, 23 août 2000	p. 314n, 346n, 347n
<i>Minister for Immigration and Multicultural Affairs c. Sarrazola</i> , [1999] FCA 1134	p. 350n
<i>Minister for Immigration and Multicultural Affairs c. Vadarlis, Human Rights and Equal Opportunity Commission, and Amnesty International</i> , [2001] FCA 1329, 18 septembre 2001	p. 249n, 271
<i>Omar c. Minister for Immigration and Multicultural Affairs</i> , (Full Court) [2000] FCA 1430	p. 434n

<i>Perampalam c. Minister for Immigration and Multicultural Affairs</i> , (Full Court) (1999) 84 FCR 274	p. 440n, 450n, 463n
<i>Randhawa c. Minister for Immigration, Local Government and Ethnic Affairs</i> , (Full Court) (1994) 124 ALR 265, 19 mai 1994	p. 410n, 412, 413n, 427n, 440n, 450n
<i>Singh c. Minister for Immigration and Multicultural Affairs</i> , [2000] FCA 1125	p. 505n
<i>Syan c. Refugee Review Tribunal and Another</i> , (1995) 61 FCR 284	p. 418
<i>Wang c. Minister for Immigration and Multicultural Affairs</i> , (Full Court) [2000] FCA 1599	p. 434n
<i>Ye Hong c. Minister for Immigration and Multicultural Affairs</i> , [1998] 1356 FCA, 2 octobre 1998	p. 433n

Refugee Review Tribunal (Tribunal de contrôle des réfugiés)

Les décisions sont disponibles sur <http://www.rrt.gov.au/decisions.htm>

Décision No. N94/03786, 1995	p.439n
Décision No. V95/03188, 12 octobre 1995	p. 95n
Décision No. V96/04931, 25 novembre 1996	p. 444n
Décision No. V96/04189, 26 février 1997	p. 465n
Décision No. V96/05239, 11 mars 1997	p. 437n
Décision No. V98/08482, 31 mars 1999	p. 418n

Autriche

Les textes des décisions de la Cour constitutionnelle (*Verfassungsgerichtshof*) depuis 1980 et de la Cour administrative (*Verwaltungsgerichtshof*) depuis 1990 sont disponibles sur <http://www.ris.bka.gv.at/auswahl/>

Oberster Gerichtshof (Cour suprême)

<i>Affaire du déserteur hongrois (Autriche)</i> , ÖR 38 (1960) p. 96, 28 ILR 343, 1959	p. 508n, 528
<i>Affaire de la compétence universelle (Autriche)</i> , OGH Serie Strafsachen XXIX No. 32, 28 ILR 341, 1958	p. 508n, 528

Verwaltungsgerichtshof (Tribunal administratif)

Décision No. 95/20/0284, 12 septembre 1996	p. 443n
Décision No. 95/20/0295, 18 avril 1996	p. 467n
Décision No. 99/20/0497-6, 31 janvier 2002	p. 82n, 91n
<i>Georg K. c. Ministère de l'intérieur</i> , 71 ILR 284, 1969	p. 514

Sénat fédéral autrichien indépendant pour l'asile

Décision No. IFAS 220.268/0-XI/33/00, Vienne, 21 mars 2002	p. 82n
--	--------

Belgique

Cour d'assises de Bruxelles

<i>Procureur général c. Vincent Ntezimana, Alphonse Higaniro, Consolata Mukangango, Julienne Mukabutera</i> , disponible sur http://www.from-peacetojustice.nl/eCache/DEF/6/909.TD1GUg.html	p. 486n
--	---------

Tribunal civil (Réf.) de Bruxelles

<i>D.D. et D.N. c. État belge, Ministre de l'intérieur et Ministre de la santé publique, de l'environnement et de l'intégration sociale</i> , 25 novembre 1993, No. RDDE, No. 76, novembre-décembre 1993, p. 604	p. 263n
--	---------

Canada

Les décisions sont disponibles sur <http://www.canlii.org>

Judicial Committee of the Privy Council (Comité judiciaire du Conseil privé de la reine)

<i>Procureur général du Canada c. Cain</i> , [1906] AC 542	p. 262n
--	---------

Cour suprême du Canada

Les décisions sont disponibles sur <http://www.lexum.umontreal.ca/csc-scc/en/index.html>

<i>Canada (Procureur-général) c. Ward</i> , [1993] 2 SCR 689 ; (1993) 103 DLR (4th) 1	p. 66n, 88n, 89n, 92n, 98n, 100n, 309-313, 315n, 316, 317, 318n, 322, 328n, 332n, 335, 351, 372n, 377n, 378n, 382n, 390n, 391n, 392n, 393n, 405n, 413n, 420n, 428n, 434n, 502n
<i>Chan c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration)</i> , [1995] 3 SCR 593	311n, 335
<i>États-Unis c. Burns</i> , [2001] SCC 7, Dossier No. 26129, 15 février 2001	p. 509n, 536n
<i>Pushpanathan c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)</i> , [1998] 1 SCR 982	p. 507, 508, 509n, 513n, 514
<i>Suresh c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)</i> , 11 janvier 2002	p. 38n, 57n

Cour fédérale du Canada

Dans cette liste, (TD) correspond à Trial Division (Section de première instance) et (CA) à la Cour d'appel au sein de la Cour fédérale du Canada.

<i>Ahani c. Canada</i> , [1995] 3 FC 669 (TD)	p. 505n
<i>Ahmed c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration)</i> , (1993) FCJ 718 (CA)	p. 432n
<i>An Li c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)</i> , IMM-1023-95 (TD), 30 mars 2001	p. 91n
<i>Annan c. Canada (MCI)</i> , [1995] 3 FC 25 (TD), 6 juillet 1995	p. 82n
<i>Barrera c. Canada (MEI)</i> , [1993] 2 FC 3 (CA) ; (1992) 99 DLR (4th) 264 ; 18 Imm LR (2d) 81 ; 151 NR 28 (CA)	p. 520n

<i>Bhambri c. Canada (MCI)</i> , Décision No. IMM-649-96, [1996] FCJ No. 1661 (TD), 18 décembre 1996	p. 464
<i>Brzezinski c. Canada (MCI)</i> , [1998] 4 FC 525 (TD)	p. 506n
<i>Canada (MCI) c. Ranganathan</i> , Décision No. A-348-99, [2001] 2 FC 164 (CA), 21 décembre 2000	p. 438n
<i>Canada (MCI) c. Smith</i> , [1999] 1 FC 310 (TD), [1998] FCJ No. 1613, 29 octobre 1998	p. 93n
<i>Castellanos c. Canada (Avocat-général)</i> , 2 FC 190 (TD), 1995	p. 640
<i>Dhaliwal c. Canada (MCI)</i> , Décision No. IMM-1200-97 (1997) (TD) ; 1997 Fed. Ct. Trial Lexis 1408, 20 novembre 1997	p. 465n
<i>Dirshe c. Canada (MCI)</i> , Décision No. IMM-2124-96 (1997) (TD), 1997 Fed. Ct. Trial Lexis 521, 2 juillet 1997	p. 440
<i>Dykon c. Canada (MEI)</i> , (1994) 87 FTR 98 (TD), septembre 1994	p. 440
<i>Elmi c. Canada (MCI)</i> , Décision No. IMM-580-98 (TD), (1999) Fed. Ct. Trial Lexis 220, 12 mars 1999	p. 103n, 456n
<i>Gil c. Canada (MEI)</i> , [1995] 1 FC 508 (CA) ; (1994) 174 NR 292 ; (1994) 119 DLR (4 th) 497	p. 506n
<i>Gonzales-Cambana c. Canada (MCI)</i> , Décision No. IMM-933-96 (TD) (1997) ; 1997 Fed. Ct. Trial Lexis 689	p. 103n
<i>Gonzalez c. Canada (MEI)</i> , [1994] 3 FC 646 (CA) ; (1994) 115 DLR (4 th) 403	p. 509n
<i>Jayabalasingham c. Canada (MCI)</i> , Décision No. IMM-140-98 (TD) (1998) ; 1998 Fed. Ct. Trial Lexis 1283	p. 436
<i>Mirza c. Canada (MCI)</i> , Décision No. IMM-4618-98 (TD) (1999) ; 1999 Fed. Ct. Trial Lexis 842	p. 449
<i>Pathmakanthan c. Canada (MEI)</i> , [1993] FCJ 1158 (TD)	p. 465
<i>Penate c. Canada (MEI)</i> , [1994] 3 FC 79 (TD)	p. 430
<i>Periyathamby c. Canada (MCI)</i> , (1995) 26 Imm LR (2d) 179 (TD)	p. 436n
<i>Rabbani c. Canada (MCI)</i> , Décision No. IMM-236-96 (1997) (TD), 1997 Fed. Ct. Trial Lexis 681	p. 467n
<i>Ramanathan c. Canada (MCI)</i> , Décision No. IMM-5091-97 (1998) (TD) ; 1998 Fed. Ct. Trial Lexis 1017	p. 436n
<i>Ramirez c. Canada (MEI)</i> , [1992] 2 FC 306 (CA)	p. 523n
<i>Rasaratnam c. Canada (MEI)</i> , [1992] 1 FCJ 706 (CA), 1991	p. 49n, 410n
<i>Saidi c. Canada (MEI)</i> , [1993] FCJ 932 (TD)	p. 462n
<i>Sathanathan c. Canada (MCI)</i> , Décision No. IMM-5152-98 (1999) (TD) ; 1999 Fed. Ct. Trial Lexis 1149	p. 441
<i>Singh c. Canada (MEI)</i> , (1993) FCJ 630 (TD), 23 juin 1993	p. 436n
<i>Sivakumar c. Canada (MEI)</i> , [1994] 1 FC 433 (CA)	p. 523n
<i>Soosaipillai c. Canada (MCI)</i> , Décision No. IMM-4846-98 (1999) (TD) ; 1999 Fed. Ct. Trial Lexis 834	p. 460n
<i>Manickavasagam Suresh c. MCI et le Procureur général du Canada</i> , [2000] 2 FC 592 (CA), A-415-99, 18 janvier 2000	p. 511n
<i>Tawfik c. Canada (MEI)</i> , (1993) FCJ 835 (TD)	p. 461n
<i>Thirunavukkarasu c. Canada (MEI)</i> , [1994] 1 FC 589 (CA)	p. 49n, 412n, 439n, 467n

<i>Vidal c. Canada (MEI)</i> , Décision No. A-644-92 (1997) (TD) ; 1997 Fed. Ct. Trial Lexis 408	p. 442n
<i>Zalzali c. Canada (MEI)</i> , [1991] 3 FC 605 (CA)	p. 67n, 88n, 462n

Section du statut de réfugié (SSR)

La Commission de l'immigration et du statut de réfugié (CISR) du Canada tient à jour une base de données de décisions canadiennes récentes en matière d'immigration et de protection des réfugiés, connue sous le nom de RefLex, à l'adresse suivante : http://www.irb-cisr.gc.ca/fr/decisions/reflex/index_f.htm. Elle contient des condensés de décisions rendues par la Section de la protection des réfugiés (anciennement connue sous le nom de Section du statut de réfugié), la Section d'appel de l'immigration et la Section de l'immigration (anciennement connue sous le nom de Section d'arbitrage) de la Commission de l'immigration et du statut de réfugié (CISR). Les premiers numéros contiennent également des condensés de décisions rendues par la Cour fédérale du Canada.

<i>D.I.P. (Re)</i> , SSR No. 288, 1996	p. 93n
<i>G. (B.B.) (Re)</i> , SSR No. 397, 1994	p. 93n
<i>H.Z.G. (Re)</i> , 1999, SSR No. 226 (Quicklaw)	p. 640n
<i>I.P.A. (Re)</i> , 1999, SSR No. 286 (Quicklaw)	p. 640n
<i>M.V.J. (Re)</i> , 1998, SSR No. 114 (Quicklaw)	p. 640n
<i>R.O.I. (Re)</i> , SSR No. 235, 1996	p. 93n
<i>U.C.R. (Re)</i> , SSR No. 94, 2001	p. 93n
<i>W. (Z.D.) (Re)</i> , SSR No. 3, No. U92-06668, 19 février 1999	p. 86n
<i>Y.S.C. (Re)</i> , 1998, SSR No. 26 (Quicklaw)	p. 640n
Décision No. T-91-04459, <i>Jorge Alberto Inaudi</i> , 4 avril 1992	p. 99n
Décisions Nos. U95-00646, U95-00647, U95-00648, 15 janvier 1997, 67 <i>Reflex</i> , 26 mai 1997	p. 86n
Décision No. V95-02904, 26 novembre 1997	p. 91n
Décision No. V95-01655 <i>et al.</i> , <i>Lalonde</i> , 6 mai 1998	p. 640n
Décision No. A98-00594 <i>et al.</i> , <i>Kagedan, Showler</i> , 9 décembre 1998	p. 640n
Décision No. T98-06186, CRDD No. 298, 2 novembre 1999	p. 82n, 91n
Décision No. M99-04586 <i>et al.</i> , <i>Moss</i> , 21 décembre 1999	p. 640n
Décision No. TA0-05472, 30 mai 2001	p. 86n

France

Conseil d'État

Une sélection de décisions depuis 1999 est disponible sur

http://www.conseil-etat.fr/ce/jurisp/index_ju.shtml.

Le site gouvernemental légal français <http://legifrance.gouv.fr/> est également utile.

<i>Bereciartua-Echarri</i> , Décision No. 85234, 1 ^{er} avril 1988	p. 517
<i>Ourbih</i> , Conseil d'État SSR, Décision No. 171858, 23 juin 1997	p. 323-24, 339
<i>Pham</i> , Conseil d'État SSR, Décision No. 148997, 21 mai 1997	p. 517
<i>Rajkumar</i> , Conseil d'État SSR, 28 septembre 1998	p. 516n

Cour de Cassation

Fédération nationale des déportés et internés résistants et patriotes et al. C. Barbie, 78 ILR 125, 1985 p. 493n

Commission des recours des réfugiés (CRR)

Une sélection de jurisprudence peut être trouvée sur <http://www.commission-refugies.fr/>

Décision No. 369776, 7 décembre 2001	p. 325n
A., 18 septembre 1991	p. 82n
Ahmed, 30 novembre 2000	p. 82n, 103n
Albu, Décision No. 347330, 3 avril 2000	p. 324n
Aminata Diop, Décision No. 164078, 18 septembre 1991	p. 323n
Aourai, Décision No. 343157, 22 février 2000	p. 83n, 324n
Avetisan, Décision No. 303164, 4 avril 1997	p. 514n
Benarbia, Décision No. 364301, 1 ^{er} juin 2001	p. 324n
Benedir, Décision No. 364663, 18 avril 2001	p. 324n
Berang, Décision No. 334606, 6 mai 1999	p. 324n
Brahim, Décision No. 228601, 29 octobre 1993	p. 514n
Daghi, Décision No. 330627, 4 octobre 2000	p. 324n
Djellal, CRR sections réunies (SR), Décision No. 328310, 12 mai 1999	p. 83n, 324n
Elkebir, CRR (SR), Décision No. 237939, 22 juillet 1994	p. 323n
Elnov, Décision No. 318610, 23 juillet 1999	p. 324n
Kinda, Décision No. 366892, 19 mars 2001	p. 324n
Krouer, Décision No. 364839, 2 mai 2001	p. 324n
Kulik, Décision No. 367645, 29 juin 2001	p. 324n
Meguenine, 12 juillet 2001	p. 83n
Muntumusi Mpemba, Décision No. 238444, 29 octobre 1993	p. 514n
Ourbih, CRR SR, Décision No. 269875, 15 mai 1998	p. 83n, 324
Sahraoui, 8 février 1995	p. 82n
Sissoko, CRR SR, Décisions Nos. 361050 et 373077, 7 décembre 2001	p. 325n
Soumah, 7 décembre 2001	p. 82n
Soumahoro, 17 juillet 1995	p. 82n
Tsypouchkine, Décision No. 318611, 23 juillet 1999	p. 324n
Wu, CRR SR, Décision No. 218361, 19 avril 1994	p. 323n
Zhang, CRR SR, Décision No. 228044, 8 juin 1993	p. 323n

Allemagne

Une sélection de jurisprudence allemande est disponible en allemand sur http://www.oefre.unibe.ch/law/dfr/dfr_auswahl.html et <http://www.dejure.org/>

Bundesverfassungsgericht (Cour constitutionnelle fédérale)

Les décisions rendues depuis le 1^{er} janvier 1998 sont disponibles sur <http://www.bverfg.de/cgi-bin/link.pl?entscheidungen>

Décision du 10 novembre 1989, 2 BvR 403/84, 2 BvR 1501/84, <i>Entscheidungssammlung zum Ausländer-und Asylrecht</i> (EZAR) 203 No. 5	p. 409n
--	---------

Décision du 14 mai 1996, 2 BvR 1938/93 et 2 BvR 2315/93	p. 250n
Décision du 24 mars 1997, 2 BvR 1024/95, NVwZ 97, 65	p. 103n, 456n

Bundesverwaltungsgericht (Tribunal administratif fédéral)

Décision du 15 mars 1988, 9 C 378.86, 79 BVerwGE 143	p. 325n
Décision du 14 décembre 1993, BVerwG C 45.92	p. 452n
Décision du 18 janvier 1994, 9 C 48.92, 95 BVerwGE 42	p. 325n
Décision du 8 décembre 1998, BVerwG 9 C 17.98	p. 461n
Décision du 30 mars 1999, BVerwG 9 C 22.98, 23.98, 31.98	p. 516n

Bundesgerichtshof Strafsenat (Cour pénale fédérale)

Décision du 3 novembre 1992, Affaire No. 5 StR 370/92, Affaire <i>Border Guards Prosecution</i> , publiée en anglais dans 100 ILR 364, disponible en allemand sur http://www.hrr-strafrecht.de/hrr/5/92/5-370-92.php .	p. 494n
---	---------

Oberverwaltungsgericht/Verwaltungsgerichtshof (Haute Cour administrative / Tribunal administratif)

Tribunal administratif du Baden-Württemberg (VGH Ba-Wü), Décision du 17 mai 1990, A 12 S 533/89	p. 454n
Haute Cour administrative de Bavière (BayVGH), décision du 7 juin 1979, <i>Antonin L. c. République fédérale d'Allemagne</i> , Affaire No. 72 XII 77, publiée en anglais dans 80 ILR 673, 1989, et en allemand dans BayVwBl, 1979, 691f	p. 496n
Haute Cour administrative de Bavière (BayVGH), Décision du 15 novembre 1991, Az. 24 BZ 87.30943	p. 436n
Haute Cour administrative de Bavière (BayVGH), Décision du 23 mars 2000, 23 B 99.32990	p. 441
Haute Cour administrative de Hesse (HessVGH), Décision du 14 novembre 1988, 13 TH 1094/87, InfAuslR 1998, 17	p. 326n
Haute Cour administrative de Hesse (HessVGH), Décision du 2 mai 1990, UE 1568/84	p. 442n
Haute Cour administrative du Schleswig-Holstein (NiedersOVG), Décisions du 18 février 1998, 2 L 166/96 et 2 L 41/96	p. 461n

Verwaltungsgerichte (Tribunaux administratifs)

Tribunal administratif de Bavière (VG Ansbach), Décision du 30 mai 1990, An 12 K 89.39598	p. 436n
Tribunal administratif de Francfort (VG Frankfurt/M), Décision du 23 octobre 1996, 5 E 33532/94.A(3), NVwZ-Beilage 6/1997, p. 46	p. 326n
Tribunal administratif de Francfort (VG Frankfurt/M), Décision du 7 septembre 2001, 1 E 31666/97.A(1)	p. 80n
Tribunal administratif de Wiesbaden (VG Wiesbaden), Décision du 26 avril 1983, IV/1 E 06244/81	p. 95n, 325n

Oberstes Landesgericht (Cours suprêmes régionales)

L'adresse Internet de la Cour suprême de Bavière est <http://www.justiz.bayern.de/>.

Décision No. 1 Ss 545/86, Oberlandesgericht Celle, NvwZ 1987, 533 (ZaöRV) 48 [1988], 741, 13 janvier 1987	p. 240n
Décision No. 20/96, <i>Procureur public c. Djajic</i> , Bayerisches Oberstes Landesgericht, 23 mai 1997, extraits dans la <i>Neue Deutsche Wochenschrift</i> 392 de 1998	p. 486n
Décision No. 230/99, Bayerisches Oberstes Landesgericht, 14 janvier 2000	p. 241n

Landesgericht (Tribunaux régionaux)

Décision No. 39 Js 688/86 (108/88), Landesgericht Münster, 20 décembre 1988 (appel interjeté par le Procureur public, rejeté par la Cour d'appel (Oberlandesgericht) de Hamm, 3 mai 1989)	p. 240n
---	---------

Grèce

Tribunal de première instance (affaires pénales)

Décision No. 585/1993, <i>Shimon Akram et autres</i> , Tribunal de première instance (affaires pénales), Mytilini (<i>Aftoforo Trimeles Plimeliodykeio Mytilinis</i>), 1993	p. 241
Décision No. 233/1993, Tribunal de première instance (affaires pénales), Chios (<i>Aftoforo Trimeles Plimeliodykeio Chiou</i>), 1993	p. 241n

Pays-Bas

Hoge Raad der Nederlanden (Cour suprême des Pays-Bas)

Décision du 11 novembre 1997, (Section pénale), No. 3717 AB	p. 485n
Décision du 9 décembre 1988, <i>Shokuh c. Pays-Bas</i> , <i>Revue du droit des étrangers</i> (RDDE), No. 52, janvier-février 1989, p. 16	p. 260n

Raad van Staat (Conseil d'État)

Décision No. A-2.0273, 1980	p. 435n
A.R.R. c. S., 1982, et A.R.R. c. S., 1988	p. 444n
R.V., 1982, et R.V., 1994	p. 444n
Décision No. 6 GV 18d-21, Afdeling Bestuursrechtspraak van de Raad van Staat (Section du droit administratif du Conseil d'État), 7 novembre 1996, RV 1996, (China)	p. 326n

Rechtseenheidskamer (REK, Chambre d'unification du droit)

AWB 98/3068 VRWET, <i>Osman Egal c. Secrétaire d'État à la Justice</i> , Cour de district de La Haye (Secteur du droit administratif / Section de l'unification du droit dans le domaine des étrangers), 27 août 1998	p. 699n
AWB 99/73, 3 juin 1999	p. 462n
AWB 99/104, 3 juin 1999	p. 462n
AWB 99/3380, 13 septembre 1999	p. 464n

Nouvelle-Zélande

La *Refugee Status Appeals Authority* (Instance d'appel des réfugiés) a un site Internet dont l'adresse est <http://www.nzrefugeeappeals.govt.nz/srchres.aspx>. Les principales décisions de cette instance et une sélection de décisions rendues par la Haute Cour et la Cour d'appel en matière de réfugiés sont également disponibles sur <http://www.refugee.org.nz>

High Court of New Zealand (Haute Cour de Nouvelle-Zélande)

<i>Refugee Council of New Zealand Inc. and the Human Rights Foundation of Aotearoa New Zealand Inc. and D. v. Attorney-General</i> , Affaire No. M1881-AS01, jugement provisoire 31 mai 2002, jugement supplémentaire 27 juin 2002	p. 270n
--	---------

Cour d'appel

Les décisions rendues depuis 1999 sont disponibles sur <http://www.austlii.edu.au/nz/cases/NZCA/>

<i>Butler v. Attorney-General</i> , [1999] NZAR 205	p. 383n, 427n, 438
<i>King-Ansell v. Police</i> , [1979] 2 NZLR 531	p. 388n

Refugee Status Appeals Authority (Instance d'appel des réfugiés)

<i>Re C.</i> , Refugee Appeal No. 70366/96, [1997] 4 HKC 236	p. 384n
<i>Re G.J.</i> , Refugee Appeal No. 1312/93, 1 NLR 387, 1995	p. 83n, 318n, 322, 328n, 333n, 334n, 348n
<i>Re M.N.</i> , Refugee Appeal No. 2039/93, 12 février 1996	p. 81n, 97n, 322n, 392n
<i>Re R.S.</i> , Décision No. 135/92, 18 juin 1993	p. 432n,
<i>Re S.</i> , Décision No. 11/91, 5 septembre 1991	p. 412n
<i>Re S.A.</i> , Refugee Appeal No. 1/92, 30 avril 1992	p. 699n
<i>Re S.K.</i> , Refugee Appeal No. 29/91, 17 février 1992	p. 525n
<i>Re S.Y.</i> , Refugee Appeal No. 915/92, 29 août 1994	p. 81n
Décision No. 1613/93	p. 442n
Refugee Appeal No. 2223/94, 30 juillet 1996	p. 81n
Décision No. 70951/98, 5 août 1998	p. 419n, 464n
Refugee Appeal No. 71462/99, 27 septembre 1999	p. 65n
Refugee Appeal No. 71684/99, 29 octobre 1999, [2000] INLR 165	p. 383n, 408, 412n
Décision No. 71729/99, 22 juin 2000, [2001] NZAR 183	p. 455n, 466n
Refugee Appeal No. 71427/99, 16 août 2000	p. 81n, 322n, 346, 366n, 372n, 373n, 375n, 376n, 378n, 386n, 387n, 389n, 391n, 392n

Fédération de Russie

Tribunal municipal du district administratif central Zamoskvoretsky de Moscou

<i>S.A.K c. Moscou et le Département du contrôle de l'immigration de la région de Moscou</i> , Affaire civile No. 2-3688, 10 mai 2001	p.653n
---	--------

Suisse

Tribunal fédéral / Schweizerisches Bundesgericht / Tribunale federale

Les décisions sont disponibles en allemand, français et italien sur <http://www.bger.ch>.

<i>Re Kavic, Bjelanovic et Arsenijevic</i> , 19 ILR 371, 1952	p. 503n
<i>Ktir c. Ministère public fédéral</i> , 34 ILR 143, 1961	p. 505n
<i>Re Pavan</i> , [1927-8] Ann. Dig. 347	p. 505n
<i>Watin c. Ministère public fédéral</i> , 72 ILR 614, 1964	p. 505n

Cour de Cassation fédérale / Bundesgericht, Kassationshof

Décision du 17 mars 1999, reproduite dans *Asyl* 2/99, 21-3p. 241n

Commission suisse de recours en matière d'asile / Asylrekurskommission / Commissione Svizzera di ricorso in materia d'asilo

Les décisions principales de la Commission suisse de recours en matière d'asile depuis 1993 sont disponibles en tant que jurisprudence et informations de la CRA (JIRCA) sur <http://www.ark-cra.ch/>

Décision du 27 novembre 1992, <i>S.A.M. c. B.F.F.</i>	p508n
Décision du 21 avril 1993, (section francophone), 4 ^e Chambre, No. 138 356	p. 444n
Décision du 6 décembre 1994, (section francophone), 2 ^e Chambre, No. 175 287	p. 436n

Royaume-Uni

Les textes de certaines décisions britanniques sont disponibles auprès du *British and Irish Legal Information Institute* (Institut d'informations juridiques britannique et irlandais) sur <http://www.bailii.org/> et sur le site <http://www.courtservice.gov.uk/>.

Chambre des Lords

Les décisions de la Chambre des Lords rendues depuis le 14 novembre 1996 sont disponibles sur <http://www.parliament.the-stationery-office.co.uk/pa/ld199697/ldjudgmt/ldjudgmt.htm>

<i>Adan c. Secretary of State for the Home Department</i> , [1999] 1 AC 293	
<i>Horvath c. Secretary of State for the Home Department</i> , [2000] 3 WLR 381 ; [2000] 3 All ER 577, 6 juillet 2000	p. 65n, 67n, 88n, 89n, 378n, 427n, 450n, 482n, 512n
<i>Islam c. Secretary of State for the Home Department</i> , voir <i>R. c. Immigration Appeal Tribunal and Secretary of State for the Home Department, ex parte Shah</i>	
<i>Mandla c. Dowell Lee</i> , [1983] 2 AC 548	p. 388n
<i>R. c. Bartle and the Commissioner of Police for the Metropolis and Others, ex parte Pinochet</i> ; <i>R. c. Evans and Another and the Commissioner of Police for the Metropolis and Others, ex parte Pinochet (en appel d'une Divisional Court of the Queen's Bench Division)</i> , Opinions des Lords du jugement en appel (<i>Pinochet I</i>), 25 novembre 1998 ; Opinions des Lords du jugement en appel, jugement oral (<i>Pinochet II</i>), 17 décembre 1998 (Motifs, 15 janvier 1999)	p. 485n, 495n

<i>R. c. Bartle and the Commissioner of Police for the Metropolis and Others, ex parte Pinochet ; R. c. Evans and Another and the Commissioner of Police for the Metropolis and Others, ex parte Pinochet (en appel d'une Divisional Court of the Queen's Bench Division),</i> Décision définitive, 24 mars 1999, [1999] 2 WLR 827	p. 485n, 495n, 532n
<i>R. c. Immigration Appeal Tribunal and Secretary of State for the Home Department, ex parte Shah, et Islam c. Secretary of State for the Home Department, appels joints,</i> [1999] 2 WLR 1015 ; [1999] INLR 144 ; [1999] 2 AC 629	p. 66n, 81n, 91, 305n, 308, 309n, 313n, 314, 315n, 316, 317, 318n, 320n, 328n, 329, 330n, 333, 334n, 337, 340, 347n, 348n, 352, 354, 366n, 375n, 378n, 386n, 387n, 390n, 391n, 392n, 413, 534n, 698n
<i>R. c. Secretary of State for the Home Department, ex parte Adan ; R. c. Secretary of State for the Home Department, ex parte Aitseguer (appels joints),</i> [2001] 2 WLR 143 ; [2001] 1 All ER 593	p. 65n, 378n, 482n, 512n
<i>R. c. Secretary of State for the Home Department, ex parte Bugdaycay,</i> [1987] AC 514, [1987] 1 All ER 940, 19 février 1987	p. 698n
<i>R. c. Secretary of State for the Home Department, ex parte Sivakumaran,</i> [1988] 1 All ER 193	p. 426n
<i>Secretary of State for the Home Department c. Rehman,</i> [2001] UKHL 47, 11 octobre 2001	p. 518n
<i>T. c. Secretary of State for the Home Department,</i> [1996] 2 All ER 865, 22 mai 1996	p. 699

Cour d'appel

(Section civile, sauf mention contraire)

<i>Abdulaziz Faraj c. Secretary of State for the Home Department,</i> [1999] INLR 451	p. 375n
<i>Adan c. Secretary of State for the Home Department,</i> [1997] 2 All ER 723	p. 427, 450
<i>Alsawaf c. Secretary of State for the Home Department,</i> [1988] Imm AR 410, 26 avril 1988	
<i>Canaj c. Secretary of State for the Home Department,</i> [2001] INLR 342	p. 698n
<i>Abdul Hussain,</i> 17 décembre 1998, (non publiée),	p. 496n, 506n, 509n, 531n
<i>Karanakaran c. Secretary of State for the Home Department,</i> [2000] 3 All ER 449	p. 415, 417n, 427n, 450
<i>Alimas Khaboka c. Secretary of State for the Home Department,</i> [1993] Imm AR 484	p. 240
<i>R. c. Immigration Appeal Tribunal, ex parte Mahendran,</i> non publiée, 13 juillet 1999	p. 418n
<i>R. c. Immigration Appeal Tribunal, ex parte Sivanentheran,</i> [1997] Imm AR 504	p. 457n
<i>R. c. Immigration Appeal Tribunal and Secretary of State for the Home Department, ex parte Shah,</i> [1997] Imm AR 145	p. 354n

<i>R. c. Moussa Membar et al.</i> , Cour d'appel (Section criminelle), [1983] <i>Criminal Law Review</i> 618	p. 511n
<i>R. c. Secretary of State for the Home Department, ex parte Adan et ex parte Aitseguer</i> , [1999] 3 WLR 1274	p. 512n
<i>R. c. Secretary of State for the Home Department and another, ex parte Robinson</i> [1997] 4 All ER 210, 11 juillet 1997	p. 54n, 450n
<i>Secretary of State for the Home Department c. Khalif Mohamed Abdi</i> , [1994] Imm AR 402, 20 avril 1994	p. 698n
<i>Secretary of State for the Home Department c. Rehman</i> , [2000] 3 All ER 778	p. 498n
<i>Secretary of State for the Home Department c. Z. ; A. c. Secretary of State for the Home Department, M. c. Secretary of State for the Home Department</i> , appel joint des affaires Nos. C/2001/2766, C/2001/2520 et C/2001/2325, [2002] ECWA Civ 952, 5 juillet 2002	p. 48n
<i>Thavathevathasan c. Secretary of State for the Home Department</i> , [1994] Imm AR 249, 22 décembre 1993	p. 698n

High Court of Justice (Haute Cour de justice) (Queen's Bench Division)

<i>Mehmet Brahimi c. Immigration Appeal Tribunal and Secretary of State for the Home Department</i> , Affaire No. CO/2238/2001	p. 108n
<i>R. c. Governor of Brixton Prison, ex parte Kolczynski et al.</i> , [1955] 1 QB 540, [1955] 1 All ER 31	p. 503n
<i>R. c. Governor of Pentonville Prison, ex parte Tzu-Tsai Cheng</i> , [1973] AC 931, 24 janvier 1973	p. 505n
<i>R. c. Immigration Appeal Tribunal, ex parte Guang</i> , Décision No. CO/3029/98, 1 ^{er} septembre 1999	p. 433n
<i>R. c. Immigration Appeal Tribunal, ex parte Jonath</i> , [1985] Imm AR 7	p. 409n
<i>R. c. Immigration Appeal Tribunal, ex parte Probakaran</i> , [1996] Imm AR 603	p. 418n
<i>R. c. Immigration Appeal Tribunal, ex parte Sui Rong Suen</i> , [1997] Imm AR 355	p. 433n
<i>R. c. Secretary of State for the Home Department, ex parte Akar</i> , Décision No. CO/1789/99, 17 septembre 1999 (non publiée)	p. 419n
<i>R. c. Secretary of State for the Home Department, ex parte Binbasi</i> , [1989] Imm AR 595, 20 juillet 1989	p. 95n
<i>R. c. Secretary of State for the Home Department, ex parte Gunes</i> , [1991] Imm AR 278	p. 410n
<i>R. c. Secretary of State for the Home Department, ex parte Makoyi</i> , Décision No. CO/2372/91, 21 novembre 1991	p. 233n
<i>R. c. Secretary of State for the Home Department, ex parte Mehari et al.</i> , [1994] QB 474, [1994] 2 All ER 494, 8 octobre 1993	p. 698n
<i>R. c. Secretary of State for the Home Department, ex parte Sasitharan</i> , [1998] Imm AR 487	p. 375n
<i>R. c. Secretary of State for the Home Department, ex parte Singh</i> , Décision No. CO/2696/98, 3 mars 1999 (non publiée)	p. 418n
<i>R. c. Secretary of State for the Home Department, ex parte Virk</i> , [1995] EWJ 707, 18 août 1995	p. 243n

High Court of Justice (Haute Cour de justice) (Divisional Court)

<i>R. c. Special Adjudicator, ex parte B.</i> , 17 septembre 1997	p. 267n
<i>R. c. Uxbridge Magistrates' Court and Another, ex parte Adimi</i> , [1999] Imm AR 560, 29 juillet 1999 ; [1999] 4 All ER 520	p. 698n

Immigration Appeal Tribunal (Tribunal d'appel en matière d'immigration)

<i>Ashokanathan</i> , Décision No. 13294	p. 438n
<i>Baglan</i> , Décision No. 12620	p. 439n
<i>Dupovac</i> , Décision No. R11846, 8 février 1995	p. 416n
<i>Dzhygun</i> , Appel No. CC-50627-99 (00TH00728), 17 mai 2000	p. 82n
<i>Gashi et Nikshiqi</i> , Appel No. HX/75677/95, (13695), 22 juillet 1996, [1997] INLR 96	p. 504n
<i>Montoya</i> , Appel No. CC/15806/2000, 27 avril 2001	p. 44n, 316n
<i>Yang</i> , Décision No. 13952, 1996	p. 441n

Social Security Commissioner (Commissariat à la Sécurité Sociale)

Affaire No. CIS 4439/98, 25 novembre 1999	p. 243n
---	---------

États-Unis

Les décisions de la Cour suprême des États-Unis, des tribunaux fédéraux, de la Cour d'appel de New York et d'autres tribunaux des États sont disponibles sur <http://www.law.cornell.edu/>.

Cour suprême des États-Unis

Les décisions sont disponibles sur <http://www.supremecourtus.gov/>

<i>Immigration and Naturalization Service c. Aguirre-Aguirre</i> , 526 US 415, 119 S.Ct 1439, 143 L. Ed. (2d) 590 (1999)	p. 508n, 699n
<i>Immigration and Naturalization Service c. Cardoza-Fonseca</i> , 480 US 421 ; 107 S.Ct 1207 ; 1987 US Lexis 1059 ; 94 L. Ed. (2d) 434 ; 55 USLW 4313, 9 mars 1987	p. 699n
<i>Shaughnessy c. United States ex rel. Mezei</i> , 345 US 206 (1953)	p. 262n
<i>Zadvydas c. Immigration and Naturalization Service</i> , Affaire No. 99-7791, 28 juin 2001	p. 270n

Cour d'appel (First Circuit)

<i>Ananeh-Firempong c. Immigration and Naturalization Service</i> , 766 F. 2d 621 (1 st Circuit), 1985	p. 320n
<i>Gebremichael c. Immigration and Naturalization Service</i> , 10 F. 3d 28 (1 st Circuit), 1993	p. 318n

Cour d'appel (Second Circuit)

<i>Azzouka c. Meese</i> , 820 F. 2d 585 (2 nd Circuit)	p. 519n
<i>Filartiga c. Pena Irala</i> , 630 F. 2d 876 (2 nd Circuit), 1980	p. 183n

<i>Azzouka c. Meese</i> , 820 F. 2d 585 (2 nd Circuit)	p. 519n
<i>Gomez c. Immigration and Naturalization Service</i> , 947 F. 2d 660 (2 nd Circuit), 1991	p. 319n, 322n

Cour d'appel (Third Circuit)

<i>Étugh c. Immigration and Naturalization Service</i> , 921 F. 2d 36 (3 rd Circuit), 1990	p. 409n
<i>Fatin c. Immigration and Naturalization Service</i> , 12 F. 3d 1233 (3 rd Circuit), 1993	p. 81n, 318n

Cour d'appel (Fifth Circuit)

<i>Abdel-Masieh c. Immigration and Naturalization Service</i> , 73 F. 3d 579 (5 th Circuit), 1996	p. 448n
--	---------

Cour d'appel (Seventh Circuit)

<i>Grajo c. Immigration and Naturalization Service</i> , 124 F.3d 203 (7 th Circuit), 1997	p. 80n
<i>Iliev c. Immigration and Naturalization Service</i> , 127 F.3d 638 (7 th Circuit), 1997	p. 318n
<i>Lwin c. Immigration and Naturalization Service</i> , 144 F.3d 505 (7 th Circuit), 1998	p. 318n

Cour d'appel (Ninth Circuit)

<i>Aguirre-Cervantes c. Immigration and Naturalization Service</i> , 2001 US App. Lexis 26170 (9 th Circuit), 21 mars 2001, 242 F.3d 1169 (9 th Circuit), 2001	p. 81n, 319n, 380n
<i>Chanchavac c. Immigration and Naturalization Service</i> , 2000 US App. Lexis 5066 (9 th Circuit), 27 mars 2000	p. 445n
<i>Damaize-Job c. Immigration and Naturalization Service</i> , 787 F.2d 1332 (9 th Circuit), 1986	p. 446n
<i>Fisher c. Immigration and Naturalization Service</i> , 79 F.3d 955 (9 th Circuit), 1996	p. 81n
<i>Fuentes c. Immigration and Naturalization Service</i> , 217 F.3d 1105 (9 th Circuit), 1997	p. 80n
<i>Hernandez-Montiel c. Immigration and Naturalization Service</i> , 225 F.3d 1084 (9 th Circuit), 2000	p. 83n, 320n
<i>Olympia Lazo-Majano c. Immigration and Naturalization Service</i> , 813 F.2d 1432 (9 th Circuit), 9 juin 1987	p. 80n
<i>Rakesh Maini c. Immigration and Naturalization Service</i> , 212 F.3d 1167 (9 th Circuit), 2000	p. 448n
<i>Sanchez-Trujillo c. Immigration and Naturalization Service</i> , 801 F.2d 1571 (9 th Circuit), 1986	p. 312n, 320n, 322n
<i>Singh c. Moschorak</i> , 53 F.3d 1031 (9 th Circuit), 1995	p. 445n

District Courts (Tribunaux de district)

<i>Ali c. Reno</i> , District Court for the Southern District of New York, 829 F.Supp. 1415 (1993)	p. 519n
<i>Avila c. Rivkind</i> , District Court for the Southern District of Florida, 724 F.Supp. 945 (1989)	p. 519n
<i>Beharry c. Reno</i> , Eastern District of New York, 8 janvier 2002, 2002 US Dist. Lexis 757	p. 636

*Board of Immigration Appeals
(BIA, Commission de recours en matière d'immigration)*

Les décisions du Procureur général et du BIA sont disponibles sur <http://www.usdoj.gov/eoir/biainfo.htm>. Les décisions du BIA par volume et par numéro de décision provisoire sont disponibles sur http://www.usdoj.gov/eoir/vll/intdec/lib_indecitnet.html

<i>In Re A.E.M.</i> , Décision provisoire No. 3338, 20 février 1998	p. 416n
<i>In Re C.A.L.</i> , Décision No. A70-684-022, 21 février 1997	p. 416n
<i>In Re H.</i> , Décision provisoire No. 3276, 1996	p. 318n, 440n
<i>In Re Kasinga</i> , Décision provisoire No. 3278, 1996, 21 I. & N. Décisions 357, 1996	p. 305n, 366n
<i>In Re Q.T.M.T.</i> , Décision provisoire No. 3300, 23 décembre 1996	p. 507n
<i>Matter of Acosta</i> , Décision provisoire No. 2986, 19 I. & N. Décisions 211, 1 ^{er} mars 1985	p. 317n
<i>Matter of Chang</i> , 20 I. & N. Décisions 38, 1989	p. 318n, 329n, 350n
<i>Matter of D.V.</i> , Décision provisoire No. 3252, 25 mai 1993	p. 80n
<i>Matter of Fuentes</i> , 19 I. & N. Décisions 658, 1988	p. 318n
<i>Matter of R.</i> , Décision provisoire No. 3195, 15 décembre 1992	p. 416n
<i>Matter of R.A.</i> , Décision provisoire No. 3403, 11 juin 1999	p. 81n, 91n, 309n
<i>Matter of S.A.</i> , Décision provisoire No. 3433, 27 juin 2000	p. 81n, 389n
<i>Matter of Tenorio</i> , Dossier No.A72-093-558, 1999	p. 83n
<i>Matter of Toboso-Alfonso</i> , 20 I. & N. Décisions 819 (BIA), 1990	p. 318n

Tribunaux d'immigration

<i>Matter of D.</i> , Immigration Court, San Francisco, Californie, 3 juillet 1996	p. 81n
<i>Matter of J.M.</i> , Immigration Court, San Pedro, Californie, 3 décembre 1996	p. 91n

Voir en outre les audiences successives en matière d'extradition devant les tribunaux américains, depuis le BIA jusqu'à la Cour suprême, dans l'affaire *In the Matter of Artukovic*, 140 F.Supp 245 (1956) ; 247 F.2d 198 (1957) ; 355 US 393 (1958) ; 170 F.Supp 383 (1959). Artukovic a finalement été extradé trente ans plus tard — 628 F.Supp 1370 (1985) ; 784 F.2d 1354 (9th Circuit 1986).

INDEX

A

- Abram, E., F. 644, 648
- absence de protection étatique
- agents non étatiques 89, 92, 102, 349, 449
 - analyse en deux branches 347
 - demandes liées à l'âge 92-93
 - discrimination 333
 - droits de l'Homme 66
 - ensemble du pays 416, 417, 429
 - exigence du lien causal 344, 355
 - ineffectivité établie 378
 - mise en œuvre du droit 89, 347
 - persécution liée au genre 89, 92, 314, 323, 347, 349, 376-377
 - possibilité de protection interne / fuite interne / réinstallation interne 449
 - situations 376
 - violence domestique 89, 352
 - voir aussi* persécution étatique ; protection étatique
- Accords d'Helsinki (1975) 646
- accords de paix
- conflit armé interne 568,
 - différends interétatiques 514
 - en dehors d'une intervention 602
 - évaluation 558, 600-601
 - Mozambique 568, 569, 602
 - Soudan 568, 602
- accords de réadmission 29
- acquisition d'une nouvelle nationalité
- caractère volontaire 591, 607
 - circonstances personnelles 58, 590
 - Convention de l'OUA sur les réfugiés (1969) 606, 607
 - discrimination 607
 - « distorsion de l'exil » 592
 - enquêtes 607
 - États successeurs 591, 607
 - femmes mariées 591
 - liens effectifs 607
 - naturalisation 590, 607
 - protection effective 607
 - refus 591
 - voir aussi* cessation
- action positive
- réunification familiale 647
 - possibilité de protection interne / fuite interne / réinstallation interne 456
- admission, massive
- voir* afflux massif
- afflux massif
- admission 151
 - cessation 58-59, 599, 603, 615
 - Conclusions du Comité exécutif 151, 163, 254, 659
 - Convention de l'OUA sur les réfugiés (1969) 151, 152, 656
 - Déclaration de Carthagène sur les réfugiés (1984) 152, 657
 - détention 234, 270
 - détermination du statut 526
 - exclusion 526, 544
 - expulsion 586
 - HCR 153, 526
 - non-refoulement 151, 163,
 - protection d'urgence 525
 - protection temporaire 553, 585, 659
 - Résolutions de l'Assemblée générale des Nations Unies 152
 - restrictions à la circulation 235, 261, 262, 272
 - sécurité nationale 163, 168
 - solutions durables 151
 - travaux préparatoires 151
 - unité de la famille 658, 680
- Afghanistan
- cessation 572-573, 598
 - persécution liée au genre 324, 326
 - personnes déplacées à l'intérieur de leur propre pays 28
 - rapatriement librement consenti 572
 - Taliban 572, 573
- Afrique
- Convention de 1969 *voir* Convention de l'OUA sur les réfugiés
 - droits de l'Homme 656
 - OUA *voir* Organisation de l'Unité Africaine
 - Principes afro-asiatiques *voir* Principes relatifs au traitement des réfugiés
- Afrique du Sud
- cessation 561
 - Commission de recours des réfugiés 71
 - statut de réfugié 84
- âge
- absence de protection étatique 92-93
 - âgé *voir* personnes âgées

- caractéristiques immuables 100
- certain groupe social 96, 100
- crainte fondée 94
- définition du réfugié 85, 88, 96
- demandes potentielles 85
- développement récent 85
- épreuve indue 103
- groupes vulnérables 103, 108, 630
- jeunes *voir* enfants ; mineurs
- Agenda pour la protection 31
- agents non étatiques
 - absence de protection étatique 89, 92, 102, 349, 449
 - analyse en deux branches 347
 - approche fondée sur la protection 89
 - but et principes des Nations Unies 515
 - common law* 88
 - définition de la Convention 29, 68, 70, 88,
 - droit civil 89
 - enfants 92
 - exigence du lien causal 317, 344, 355
 - Guide* du HCR 88
 - persécution liée au genre 46, 89, 314
 - possibilité de protection interne/fuite interne/
réinstallation interne 50, 54, 101, 449
 - sensibilité à l'âge 92
 - syndicats du crime 349
 - traite des êtres humains 89, 90
- agents de persécution
 - non étatiques *voir* agents non étatiques
 - États *voir* persécution étatique
- Albanie
 - cessation 561, 571,
 - droits de l'Homme 561
 - réfugiés du Kosovo 60
- Algérie
 - Front islamique du Salut (FIS) 506
 - persécution liée au genre 323
 - transsexuels 323
- Allemagne
 - caractéristiques protégées 325
 - certain groupe social 325
 - crainte fondée 69
 - détention 250
 - exclusion 502
 - immunité de sanctions 240, 250
 - menace pour la communauté 516
 - mutilations génitales féminines (FGM) 326
 - non-refoulement 84
 - opinions politiques 325
 - orientation sexuelle 96, 325
 - possibilité de protection interne/fuite interne/
réinstallation interne 409, 435, 441, 453, 454
 - poursuites pénales 485
 - présentation sans délais 240
 - procédures accélérées 250
 - sécurité nationale 516
 - unité de la famille 667
 - zones de transit 250
- Alston, P. 715, 718
- amnisties, extradition 532
- analyse du caractère raisonnable
 - autre lieu 52
 - caractère non raisonnable 450, 457
 - clarté 51, 55
 - conditions, inégalités 54
 - droit international humanitaire 436, 437, 438
 - droits 456
 - droits de l'Homme 54, 55, 102
 - enfants 456
 - examen ouvert 451
 - Guide* du HCR 54, 408, 409, 411, 434
 - incohérent/arbitraire 436, 451
 - jurisprudence nationale
 - obligation de se cacher 52
 - protection suffisante 53
 - refoulement 453
 - réinstallation durable 53, 54
 - rejet 429, 432
 - résultats positifs 460
 - retour 102
 - risque 452
 - voir aussi* possibilité de protection interne/fuite
interne/réinstallation interne
- analyse globale
 - définition du réfugié 52, 68, 70
 - exclusion 58
 - sensibilité au genre 75
- Anderfuhren-Wayne, C. S. 647, 649
- Angola
 - enfants 662
 - indépendance 563
 - personnes déplacées à l'intérieur de leur propre
pays 662
 - UNITA 526
- anti-discrimination *voir* non-discrimination
- apatrides
 - Aspects juridiques de l'asile territorial, des réfu-
giés et des apatrides 34, 44
 - Comité spécial 130, 138, 228, 422
 - protection diplomatique 422
 - recouvrement de la nationalité 589, 590
 - traite des êtres humains 90
- appartenance à un groupe
 - crimes de droit commun 501
 - exclusion 501, 530
 - groupe social *voir* certain groupe social
 - responsabilité directe 531
- appartenance aux Nations Unies 179
- approche basée sur la protection, agents non étati-
ques 89

- arrestation arbitraire, droits de l'Homme 262
- Articles sur la responsabilité de l'État
- attributions du comportement 140
 - voir aussi* responsabilité étatique
- Association internationale des juges du droit des réfugiés 407, 747
- association volontaire
- analyse rejetée 333
 - association antérieure 310, 315
 - certain groupe social 310, 311, 315, 319, 320, 333, 336
 - dignité humaine fondamentale 310, 311, 315, 319, 335, 391
 - normes conflictuelles 320
- Australie
- approche fondée sur la protection 69, 89
 - certain groupe social 100, 312, 349
 - changement fondamental 559
 - Convention relative aux droits de l'enfant (CDE) (1989) 666, 674
 - définition du réfugié 70
 - détention 247, 263, 271, 674
 - droit de retour 248
 - expulsion 643
 - habeas corpus* 271, 272
 - illégalité de fond 91
 - immunité de sanctions 247
 - orientation sexuelle 95, 96
 - perception sociale 43, 312, 316, 336, 339
 - persécution 66
 - persécution religieuse 434, 447
 - PIDCP (1966) 247, 666
 - politique de planning familial 313, 329, 336, 433
 - possibilité de protection interne/fuite interne/réinstallation interne 417, 427, 433, 436, 440, 444, 447
 - réunification familiale 648, 663, 666, 672
 - trafic de personnes 666
 - Tribunal de recours des réfugiés 95
 - unité de la famille 248, 663, 674
 - visas de protection temporaire 248
- autodétermination
- conflit armé 514
 - droits des peuples 496
- Autriche
- détention 226
 - immunité de sanctions 277
 - procédure d'asile 277
 - poursuites pénales 528
 - viol 85
- avis consultatif 723, 729
- B**
- Beijing Plus 5 77
- Belgique
- détention 226, 249-250
 - immunité de sanctions 249
 - menace pour la communauté 249-250
 - poursuites pénales 486
 - recevabilité des demandes 249
 - refus d'admission à la frontière 145
 - sécurité nationale 250
- Bélarus, unité de la famille 665
- Belize, immunité de sanctions 237, 278-279
- Bhabha, Jacqueline 78, 94
- Blokker, N. M. 707
- bonne foi
- interprétation 135, 227
 - mise en œuvre 255, 257
- Bolivie, cessation 562
- Bosnie-Herzégovine
- cessation 106, 571, 572, 598
 - unité de la famille 664
 - procédures allemandes 486
- Bulgarie, cessation 561
- but et principes des Nations Unies
- agents non étatiques 514
 - Charte des Nations Unies 513
 - dispositions conventionnelles 132, 161, 483, 513
 - droits de l'Homme 513
 - exclusion 513, 532, 541
 - Principes directeurs du HCR 514
 - responsabilité individuelle 513
 - terrorisme 513
 - Résolutions de l'Assemblée générale des Nations Unies 497
 - Résolutions du Conseil de sécurité des Nations Unies 515
- C**
- CAHAR, certain groupe social 34, 44
- Cambodge
- cessation 598, 599
 - Khmers rouges 323
 - rapatriement librement consenti 573
- camps de réfugiés
- éléments armés 71, 608
 - enfants non accompagnés/séparés 632, 659
 - unité de la famille 659
- Canada
- arrestation 279
 - caractéristiques protégées 43, 309, 316
 - certain groupe social 309, 640
 - contrôle de la détention 280
 - crimes de droit commun 508, 509
 - détention 279
 - enfants 280
 - enfants non accompagnés/séparés 87, 627
 - exclusion 502, 514, 516, 523, 530, 642
 - exécution 281
 - faux documents 280

- incorporation par renvoi 283
- libération 280
- mauvaise représentation 282
- non-refoulement 516
- possibilité de protection interne/fuite interne/
réinstallation interne 103, 435, 436, 439, 440,
442, 448, 461, 464, 467
- recevabilité 516
- renvoi 283
- réunification familiale 652, 672
- Section du statut de réfugié 93
- sécurité nationale 57
- torture 38
- trafic de personnes 281
- traites des êtres humains 281
- unité de la famille 640
- Cap Vert 563
- caractéristiques immuables *voir* caractéristiques in-
nées/immuables
- caractéristiques innées/immuables
 - âge 100
 - analyse de l'immuabilité 310, 311, 317
 - caractéristiques fondamentales 318, 320, 337, 343
 - caractéristiques offensantes 343, 354
 - crainte fondée 345,
 - définition du réfugié 337
 - discrimination 311, 335
 - États-Unis 318, 321
 - interprétation 307, 308, 318
 - ordre de naissance 313
 - perception sociale particulière 311
 - principe fondamental 391
 - voir aussi* caractéristiques protégées
- casier judiciaire, retour 37
- Caucase, personnes déplacées à l'intérieur de leur
propre pays 28
- caractéristiques
 - accent de l'examen 337, 370
 - association *voir* association volontaire
 - immuables *voir* caractéristiques innées/immuables
 - perception *voir* perception sociale
 - protégées *voir* caractéristiques protégées
- caractéristiques protégées
 - Allemagne 325
 - Canada 43, 310, 316
 - common law* 43, 325
 - droits de l'Homme 308, 337
 - enfants 100
 - États-Unis 43
 - examen principal 336
 - innées/immuables *voir* caractéristiques innées/
immuables
 - Nouvelle-Zélande 322, 335
 - orientation sexuelle 101, 313, 320, 325, 348
 - perception sociale
 - analyse fondamentale 343, 354
 - groupes reconnus 340, 345
 - particulière 340, 311, 313, 341, 343
 - preuve 341
 - protection refusée 338
 - Royaume-Uni 43, 315
 - signification 43
 - voir aussi* certain groupe social
- Centre de Documentation et de Recherche (CDR) 697
- certain groupe social
 - âge 96, 100
 - Allemagne 325,
 - application 347
 - Australie 101, 312, 349
 - brèches dans la protection 43
 - CAHAR 34, 44
 - Canada 310, 640
- caractéristiques
 - association *voir* association volontaire
 - immuables *voir* caractéristiques innées/immua-
bles
 - perception *voir* perception sociale
 - protégées *voir* caractéristiques protégées
- catégorie non exhaustive 390
- codes vestimentaires 326, 341
- cohésion 44, 315, 319, 320, 329, 334, 348, 351, 354, 391
- common law* 44, 309, 315, 322
- comparaison avec les autres motifs 96
- conclusions 354
- Conclusions du Comité exécutif 308
- coutumes sociales transgressées *voir* coutumes
sociales
- crainte fondée 330, 354
- criminels 351
- dispositions conventionnelles 132, 147, 305
- dissociation 392
- droit civil 43
- droits de l'Homme 306, 313, 316, 327, 330, 335, 336
- ejusdem generis* 318, 331, 355
- enfants 100
- États-Unis 309, 312, 316, 317
- étudiants 339
- existence 101
- familles 43, 348, 392, 639
- femmes 43, 100, 323, 325, 329, 348, 352
- France 322, 339
- groupes professionnels 43
- Guide* du HCR 307
- homosexuels *voir* orientation sexuelle
- interprétation 42, 305
- jurisprudence nationale 308, 309
- liberté de pensée 311
- menace à la vie ou à la liberté 158, 309,
- militants des droits de l'Homme 310, 391
- mutilations génitales féminines 305, 323, 324, 331,

- 341
 non-discrimination 333, 355
 normes internationales 306
 Nouvelle-Zélande 335
 objecteurs de conscience 43
 Pays-Bas 326
 perception *voir* perception sociale
 persécution
 crainte commune 313, 328
 définition du réfugié 328, 330
 filet de sécurité 99, 312, 327, 332
 groupe préexistant 313, 330, 332
 liée au genre *voir* persécution liée au genre
 lien causal *voir* exigence de lien causal
 religieuse 99
 risque spécifique 324
 personnes âgées 100
 personnes handicapées 305
 planning familial *voir* politiques de planning familial
 Principes directeurs du HCR 43
 propriété foncière 314, 338, 341
 questions 327
 Royaume-Uni 43, 314
 spécifique à un pays 354
 statut anciennement volontaire 316, 391
 taille du groupe 100
 torture 335
 tout membre du groupe 330, 345, 349, 352, 354
 traite des êtres humains 90
 transsexuels 323
 travaux préparatoires 306
 violence domestique 81, 305, 329, 352
 violence politique 319
 visibilité 44
- cessation
 afflux massif 59, 599, 604, 615
 Afghanistan 572-573, 598
 âge, prise en compte de 105
 Bosnie-Herzégovine 106, 571, 572, 598
 Cambodge 598, 599
 cessation individuelle 599
 charge de la preuve 578, 596, 605, 606
 checklist 600
 Chili 563, 565, 598
 circonstances *voir* changements de circonstances
 circonstances individuelles *voir* circonstances personnelles
 concepts 595
 conclusions 608
 Conclusions du Comité exécutif 554, 556, 576
 conflit armé 559, 563
 Convention de l'OUA sur les réfugiés (1969) 553, 575, 581, 587, 594
 démocratisation 553, 563, 600
- détermination du statut 595, 604, 616
 dispositions conventionnelles 369, 448
 exceptions, raisons impérieuses *voir* exception pour raisons impérieuses
 États d'origine *voir* changement fondamental
 Éthiopie 563, 567, 599, 602
 exigences d'information 576, 577, 599
 expulsion 579
 formalités administratives 59
 genre, prise en compte de 105
 groupes spécifiques 599
 HCR
 déclarations 563, 565
 Principes directeurs 60, 554, 556, 576, 600
 Guide 106, 554, 556, 600, 606
 pratique 561, 597, 612
 interprétation 58, 551
 nouvel établissement *voir* nouvel établissement dans le pays d'origine
 nouvelle nationalité *voir* acquisition d'une nouvelle nationalité
 pays d'origine sûr 597
 permis de séjour 606
 persécution liée au genre 591
 pratique étatique 596, 603, 612
 procédure 554
 procédures accélérées 595, 605
 procès équitable 577, 603
 protection nationale *voir* réclamation de la protection étatique
 recommandations 597
 recouvrement de la nationalité *voir* recouvrement de la nationalité
 responsabilité de surveillance 555
 retour 58
 révision du statut 599, 600
 Roumanie 561, 563, 598
 solutions durables 615
 statut de réfugié limité dans le temps 592
 Suisse 582
 Union européenne 559, 578, 584
 Viet Nam 571
 violence sexuelle 106
- changement de conditions
 voir changement de circonstances, changement fondamental
- changements de circonstances
 application 612
 application ciblée/partielle 614
 cessation individuelle 553, 614
 charge de la preuve 578,
 consultation 566
 contextes 553
 Convention de l'OUA sur les réfugiés (1969) 554, 575

- critères et procédure 613
- déclarations 563, 565
- dispositions conventionnelles 554
- dossiers résiduels 580, 581, 599
- droits de l'Homme 581
- évaluation 565
- évaluation des conditions 576
- exceptions 580
- groupes vulnérables 581, 604
- interprétation 556
- pratique étatique 574
- pratique du HCR 561
- procédure équitable 577, 603
- procédure en trois étapes 563
- protection étatique 553
- protection du HCR 553, 555, 579
- protection subsidiaire 58, 583
- protection temporaire 553, 579, 585
- reconnaissance collective 553, 579
- réfugiés reconnus 576
- souplesse 612
- charge de la preuve
 - cessation 577, 578, 595, 604, 605
 - changements de circonstances 577, 578
 - changement fondamental 60
 - crainte fondée 596, 604
 - exclusion 529
 - Guide du HCR 416
 - possibilité de protection interne/fuite interne/
réinstallation interne 417, 447, 466
 - protection temporaire 585
- changement fondamental
 - améliorations significatives 557
 - Australie 560
 - charge de la preuve 60
 - demande initiale rejetée 553
 - démocratie *voir* démocratisation
 - droits de l'Homme 556
 - État indépendant 563
 - évaluation 556
 - normes de l'UE 559
 - Pays-Bas 558, 560
 - « période d'attente » 558, 601
 - persécution
 - risque nouveau 580, 603
 - risque personnel 580
 - pratique étatique 557
 - preuve 556
 - rapatriement librement consenti 558, 600, 601
 - solutions durables 558
 - stable et durable 59
 - transformation politique 556
 - violence sexuelle 106
 - voir aussi* changements de circonstances
- Charte africaine des Droits de l'Homme et des Peuples (1981)
 - non-refoulement 176, 179
 - torture 184, 185, 190
 - traitements inhumains et dégradants 184, 185, 190
- Charte africaine des droits et de la protection de l'enfant (1990) 662, 678
- Charte de Banjul *voir* Charte africaine des Droits de l'Homme et des Peuples
- Charte des Nations Unies
 - avis consultatifs de la CIJ 723
 - buts et principes des Nations Unies 514
 - coopération 690
 - droits et libertés 131
 - emploi de la force 174
 - non-discrimination 365
- Chili
 - bannissement 587
 - cessation 563, 564, 598
 - démocratisation 564, 601
- Chine
 - émigration 350
 - persécution religieuse 446
 - planning familial *voir* politiques de planning familial
- circonstances personnelles
 - acquisition d'une nouvelle nationalité 58, 590
 - caractère volontaire 587, 588, 589, 590, 593, 605, 606
 - cessation 587, 616
 - Convention de l'OUA sur les réfugiés (1969) 587, 605
 - intention 587, 588, 593, 605, 606
 - protection effective 587, 605, 606
 - réclamation de la protection étatique 58, 587
 - nouvel établissement dans l'État d'origine 58, 592
 - recouvrement de la nationalité 58, 589
- clandestins
 - entrée clandestine 235
 - non-refoulement 146
- clause de protection
 - dispositions conventionnelles 132, 147
 - droits de l'Homme 67
 - « ne peut pas/ne veut pas » 67, 132, 147, 412
 - protection diplomatique 421
- clauses de sauvegarde 576, 594
- Colombie, propriétaires terriens 338, 341
- Colloque sur les aspects juridiques des problèmes de réfugiés, Bellagio (1965) 133
- Comité consultatif juridique afro-asiatique *voir* Principes relatifs au traitement des réfugiés (1966)
- Comité contre la torture 194, 712
- Comité des droits économiques, sociaux et culturels 712, 713
- Comité des droits de l'enfant 636, 648, 663, 712
- Comité des droits de l'Homme (CDH)
 - détention 266

- expulsion 643
 non-refoulement 124, 701
 responsabilité de l'État 141
 réunification familiale 646
 sanctions 233
 torture 177, 185, 189, 193, 701
 traitement inhumain ou dégradant 177, 185, 189, 193
 unité de la famille 636, 637
- Comité exécutif (du HCR)**
 afflux massif 151, 163, 254
 appartenance 129, 130, 728
 Comité permanent 130, 598
 création 129
 demandes manifestement infondées 169
 détention 41, 264, 274, 296
 « droits acquis » 59
 enfants 86
 exceptions au non-refoulement 163
 expulsion 643
 mise en œuvre 702
 non-discrimination 365
 non-refoulement 139, 143, 146, 149, 157, 158, 163, 174, 176, 180
 participation 130
 persécution liée au genre 79, 81, 83
 refus d'admission à la frontière 146
 Sous-Comité sur la protection internationale 64, 559, 729, 746
 termes de référence 129
 unité de la famille 623
- Comité pour l'élimination de la discrimination à l'égard des femmes** 377, 712
- Comité pour l'élimination de la discrimination raciale** 712
- Comité international de la Croix Rouge (CICR)** 665, 673, 746, 747
- Comité spécial sur l'apatridie et les problèmes connexes** 131, 138, 228, 422, 638
- commerce des armes, armes légères 71
- Commission africaine des Droits de l'Homme et des Peuples** 178, 190
- Commission des droits de l'Homme des Nations Unies**
 discussion confidentielle 716
 établissement des faits 716, 747
 Groupe de travail sur la détention arbitraire 268
 procédure publique 716
 procédures spécifiques à un pays 717, 718
 procédures thématiques 717, 718
 Rapporteurs Spéciaux/groupes de travail 716, 718
- Commission du droit international, responsabilité étatique** 140
- Commission internationale de contrôle des drogues, responsabilité de surveillance** 63, 719, 721
- Commission internationale d'établissement des faits** 719
- common law*
 agents non étatiques 88
 caractéristiques protégées 43, 325
 certain groupe social 43, 44, 309, 314, 322
 droits de l'Homme 68
 persécution liée au genre 47
 possibilité de protection interne/fuite interne/réinstallation interne 409
 protection diplomatique 426
- Commonwealth of Independent States, conférence régionale* 114
- Communauté européenne** voir Union européenne
- communauté internationale, sécurité** 167
- compétence**
 CEDH (1950) 143,
 compétence universelle 57, 485, 505, 528
 contrôle migratoire 259
 Cour pénale internationale (CPI) 485, 510, 527
 droit international pénal 485, 57
 responsabilité étatique 141, 142, 146
- Conclusions**
 Comité exécutif voir Conclusions du Comité exécutif
 deuxième volet voir relevé des conclusions du deuxième volet
- Conclusions du Comité exécutif**
 afflux massif 151, 163, 254, 659
 certain groupe social 308
 cessation 555, 556, 577
 détention 264, 274, 296
 exception pour raisons impérieuses 581
 extradition 163
 immunité de sanctions pénales 255, 294
 interprétation 130
 migrations irrégulières 254
 non-refoulement 139, 143, 146, 149, 151, 157, 158, 163, 174, 176, 180
 normes internationales 264
 pays tiers sûrs 155
 refus de protection 150
 responsabilité de l'État 139
 unité de la famille 582, 638, 659
- conditions changées voir changements de circonstances ; changement fondamental
- conditions de détention**
 centres spéciaux/installations 226, 234
 difficultés 260
 normes d'accueil 226, 244
 normes internationales 263, 268, 297
 Principes directeurs du HCR 266
 société civile 274, 297
 traitement inhumain ou dégradant 263
 unité de la famille 41, 275, 297

- Conférence diplomatique *voir* Conférence de plénipotentiaires (1951)
- Conférence internationale sur les réfugiés d'Amérique centrale (CIREFCA) 571
- Conférence de plénipotentiaires (1951)
Convention adoptée 131
discussions 229
unité de la famille 60, 623, 637
- Conférence des Nations Unies sur la Population et le Développement (1994) 649
- Conférence sur la Sécurité et la Coopération en Europe (OSCE) 646
- conflit armé
accords de paix *voir* règlements de paix
autodétermination 514
cessation 559, 563
commandement *voir* responsabilité de commandement
crimes contre l'humanité 490
emploi de la force 174
ethnicité *voir* conflit ethnique
femmes 380
groupes vulnérables 380
menaces régionalisées 407
persécution 602
persécution liée au genre 380
possibilité de protection interne/fuite interne/
réinstallation interne 450
viol 30, 80
violence sexuelle 381
- conflit ethnique
ère post-guerre froide 28
menaces régionalisées 448
populisme 28
viol 97
- conscription, enfants *voir* service militaire avant l'âge
- Conseil économique et social des Nations Unies (ECOSOC)
Comité consultatif sur les réfugiés 129
Comité exécutif du Programme du Haut Commissaire 130
Comité spécial sur l'apatridie et les problèmes connexes 131, 138, 228, 422
contrôle des drogues 719
droits de l'Homme 716, 718
UNREF Comité exécutif 129
- Conseil de l'Europe
Aspects juridiques de l'asile territorial, des réfugiés et des apatrides, Comité d'experts (CAHAR) 34, 44
CEDH *voir* Convention européenne des Droits de l'Homme
Convention européenne sur l'élimination du terrorisme (1977) 503
non-refoulement 176, 510
unité de la famille 657, 661
- Conseil européen sur les réfugiés et les exilés (CE-RE/ECRE) 407, 662
- conseil juridique, procédure d'asile
- consultation
changements de circonstances 565
protection internationale *voir* premier volet ; deuxième volet ; troisième volet
- Consultations mondiales sur la protection internationale *voir* premier volet ; deuxième volet ; troisième volet ; Réunion ministérielle, Genève (2001)
- contrôles de l'immigration
documents falsifiés *voir* faux documents
États industrialisés 29, 55
intégration sur place 667
juridiction 259
réunification familiale 626, 666
- Convention américaine des Droits de l'Homme (1969)
avis consultatifs 723
menace à la vie ou à la liberté 157
non-refoulement 123, 150, 163, 176, 179
torture 184, 185, 190
traitement inhumain ou dégradant 184, 185, 190
voir aussi droits de l'Homme
- Convention contre la discrimination dans l'enseignement (1960) 92
- Convention contre la torture (1984)
Comité contre la torture 194, 712
États contractants 179, 187
interdiction absolue 39, 176
limite de la menace redoutée 193
non-refoulement 124, 125, 176, 187, 190, 191, 194, 509, 510, 534, 537, 701
portée 184
protection complémentaire 657, 658
voir aussi torture
- Convention européenne des Droits de l'Homme (1950)
compétence 143
détention 244, 250
États contractants 190
expulsion 177, 187, 644
extradition 177
immunité de sanctions 244
interprétation 137
non-refoulement 124, 176, 179, 187, 510, 512, 534, 537, 701
peine de mort 39, 82
plaintes interétatiques 710
possibilité de protection interne/fuite interne/
réinstallation interne 455
refoulement 177

- responsabilité de l'État 257
- « risque réel » 193,
- seuil de la menace 193
- torture 176, 184, 185, 192, 701
- traitement inhumain ou dégradant 176, 184, 185, 192
- unité de la famille 635, 644, 650
- Convention européenne sur l'élimination du terrorisme (1977) 503
- Convention européenne sur l'extradition (1957) 125, 144
- Convention pour l'élimination de toutes les formes de discrimination à l'égard des femmes (1979)
 - discrimination définie 376
 - droits de l'Homme 77, 365, 373, 715
 - relativisme culturel 379
- Convention pour l'élimination de toutes les formes de discrimination raciale (1965) 373, 715
- Conventions de Genève (1949)
 - autodétermination 497
 - établissement des faits 719
 - responsabilité individuelle 493
 - violations 486, 489, 493, 528
- Convention de Genève IV (1949)
 - crimes de guerre 485
 - unité de la famille 645
- Convention interaméricaine relative à l'extradition (1981), non-refoulement 125, 144
- Convention des Nations Unies contre la criminalité transnationale organisée (2000)
 - Protocole sur le trafic de migrants 241, 245, 294
- Convention d'Ottawa (1997) 721
- Convention de l'OUA sur les réfugiés (1969)
 - absence de mise en œuvre 704
 - acquisition d'une nouvelle nationalité 606, 607
 - activités subversives 594, 608
 - afflux massif 151, 656
 - agents non étatiques 88
 - cessation 553, 576, 581, 587, 594
 - changements de circonstances 555, 574
 - circonstances personnelles 587, 605
 - crimes de droit commun 594, 607
 - expulsion 594, 595, 607
 - importance 113
 - menace à la vie ou à la liberté 157, 159
 - non-refoulement 123, 150, 151, 155, 163, 164, 176, 179, 595
 - possibilité de protection interne/fuite interne/réinstallation interne 49
 - protection complémentaire 657
 - protection temporaire 585
 - recouvrement de la nationalité 589, 605
 - règle de conduite 594
 - réserves 262
 - responsabilité de surveillance 690
 - réunification familiale 657,
 - unité de la famille 656
- Convention pour la prévention et la punition du crime de génocide (1948)
 - crimes internationaux 489, 502
 - définition 490
 - réserves 136
 - voir aussi* génocide
- Convention relative aux droits de l'enfant (CDE) (1989)
 - Australie 666, 674
 - droits de l'Homme 93, 274, 373
 - intérêt supérieur de l'enfant 78, 644
 - procédure d'asile 30
 - Protocoles additionnels 77, 86, 104
 - réserves 648
 - responsabilité pénale 104, 532
 - unité de la famille 636, 638, 644, 646, 647, 649
- Convention relative au statut des réfugiés (1951)
 - adaptabilité 28
 - adoption 131
 - application intégrale et globale 30
 - cessation *voir* cessation
 - définition du réfugié *voir* définition du réfugié
 - droit humanitaire 137, 144, 151, 155, 157
 - droits de l'Homme 74
 - entrée en vigueur 131
 - États contractants 134, 138, 140, 179
 - États non contractants 173, 206, 690
 - exclusion *voir* exclusion
 - garanties 132
 - genre *voir* persécution liée au genre
 - groupes sociaux *voir* certain groupe social
 - immigrants illégaux *voir* entrée irrégulière
 - interprétation 29, 65, 66, 70, 74, 135
 - limites
 - date limite 74, 132, 134, 371
 - exclusions *voir* exclusion
 - géographique 74, 146, 371
 - ratione personae* 133
 - non-refoulement *voir* non-refoulement
 - objet 132
 - origines 131
 - possibilité de protection interne/fuite interne/réinstallation interne 49
 - préambule 37, 74, 132, 138, 226, 369, 390, 422, 434, 456, 457, 512, 638
 - principes fondamentaux 31, 39
 - protection effective de l'État 53
 - Protocole *voir* Protocole (1967)
 - réserves *voir* réserves
 - surveillance *voir* responsabilité de surveillance
 - travaux préparatoires *voir* travaux préparatoires
- Convention sur l'élimination et la répression du crime d'apartheid (1973) 503

- Convention sur l'élimination des attaques terroristes (1998) 487, 498, 503
- Convention sur l'élimination du financement du terrorisme (2000) 487, 498, 503
- Convention sur les armes conventionnelles (1980) 721
- Convention de Caracas sur l'asile territorial (1954) 262
- Convention de Dublin (1990)
- propositions modifiées 661
 - responsabilité de l'État 225, 249, 251
 - unité de la famille 661
- Convention sur les armes biologiques (1972) 721
- Convention de Vienne sur le droit des traités (1969)
- accord ultérieur 136, 426
 - bonne foi 227
 - crimes de droit commun 512
 - droit international coutumier 135
 - moyens supplémentaires 135
 - refoulement 512
 - règle générale 135
 - signification spéciale 421
 - versions linguistiques 227, 233
- Cour européenne de Justice (CEJ) 705, 723, 731, 747
- Cour internationale de Justice (CIJ)
- avis consultatifs 723, 729
 - évaluation 727
 - résolution des différends 704, 708, 727,
- Cour pénale internationale (CPI)
- compétence 485, 510, 527
 - création 55
 - greffier 527
 - Procureur 527
 - Résolutions du Conseil de sécurité des Nations Unies 527
 - Statut *voir* Statut de la CPI (1998)
- coutumes sociales
- certain groupe social 308, 309, 314
 - orientation sexuelle 83
 - persécution liée au genre 79, 81, 83, 314, 329, 392
- coûts
- détention 225, 264
 - unité de la famille 672
- crainte fondée
- âge 94
 - Allemagne 69
 - caractéristiques innées/immuables 346
 - certain groupe social 330, 354
 - chaque membre du groupe 330
 - charge de la preuve 596, 605
 - dispositions conventionnelles 132, 138, 147, 148
 - droits de l'Homme 94, 96
 - États d'asile 254
 - examen 384, 393
 - examen du statut de réfugié 378
 - exclusion 510
 - extradition 144
- France 69
- Guide* du HCR 384, 393
- interprétation 384
- lien causal *voir* exigence du lien causal
- mariage 94
- menace à la vie ou à la liberté 155
- mutilations génitales féminines (FGM) 46, 94
- niveau de preuve 157, 384, 416
- opinions politiques 392
- orientation sexuelle 95
- persécution liée au genre 48, 94, 368
- personnes âgées 95
- politiques de planning familial 350
- possibilité de protection interne/fuite interne/réinstallation interne 49, 51, 52, 95, 382, 406, 411, 412, 441, 452
- protection diplomatique 425
- raison reconnue valable 236, 258, 296
- refus d'admission à la frontière 145
- Suisse 69
- transit 235
- Crawley, Heaven 97, 370, 381
- crime d'agression
- Statut de la CPI (1998) 489
 - responsabilité individuelle 490
- crimes de guerre
- dispositions conventionnelles 489
 - exclusion 103, 132, 161, 168
 - impunité 72
 - interprétation dynamique 490
 - ordres des supérieurs 531
 - Pays-Bas 485
 - responsabilité de commandement 495
 - responsabilité individuelle 493
 - Seconde guerre mondiale 483
 - service militaire avant l'âge 104, 105, 533
 - Statut de la CPI 494
 - TPIR 493
 - TPIY 493
 - voir aussi* droit pénal
- crimes contre l'humanité
- conflits armés 491
 - définition 490
 - droit international coutumier 493
 - exclusion 103, 132, 161, 168
 - exonérations impossibles 531
 - génocide *voir* génocide
 - impunité 55, 72
 - persécution 493
 - Statut de la CPI (1998) 103, 367, 489, 490
 - terrorisme 493
 - TPIR 81, 103, 491
 - TPIY 81, 103, 491
- crimes contre la paix
- exclusion 132, 161, 168

- Projet de Code 489
 - responsabilité individuelle 490
 - crimes de droit commun
 - appartenance au groupe 501
 - Canada 508, 509
 - connaissance 501, 502
 - Convention de l'OUA sur les réfugiés (1969) 595, 608
 - dispositions conventionnelles 132, 495
 - États-Unis 508
 - exclusion 55, 103, 132, 161, 168
 - Guide* du HCR 508
 - impunité 510, 537
 - infractions incomplètes 501
 - interprétation 56, 495, 540
 - niveau de preuve 501
 - non-refoulement 509
 - persécution 508, 510
 - persécution liée au genre 103
 - présomption d'innocence 495, 525
 - proportionnalité 56, 507
 - terrorisme 496, 497
 - test de prédominance 57
 - trafic de drogue 508, 514
 - travaux préparatoires 510
 - viol *voir* viol
 - voir aussi* droit pénal ; crimes graves
 - crimes graves
 - absence de repaire 56
 - antérieur à l'admission 162, 171
 - condamnation, jugement définitif 172
 - crime particulièrement grave 171, 520, 529
 - définition 56
 - État de refuge 516
 - exceptions au non-refoulement 133, 161, 170
 - extradition 163, 506, 608
 - Guide* du HCR 506, 521
 - interprétation 171, 540
 - législation nationale 507
 - menace pour la communauté 520, 516
 - octroi du statut de réfugié 516
 - peine de mort 506
 - postérieur à l'admission 162, 171
 - poursuites judiciaires 508
 - sécurité publique *voir* menace pour la communauté
 - voir aussi* droit pénal ; crimes de droit commun
 - culture, familles
- D**
- Danemark
 - détention 225
 - possibilité de protection interne/fuite interne/
réinstallation interne 435
 - unité de la famille 61
 - Déclaration de Carthagène sur les réfugiés (1984)
 - afflux massif 152, 657
 - agents non étatiques 88
 - importance 113
 - menace à la vie ou à la liberté 157, 159
 - non-refoulement 163, 173, 176, 179
 - protection complémentaire 657
 - responsabilité de surveillance 690
 - réunification familiale 657
 - Déclaration sur l'élimination de la violence à l'égard
des femmes (1993) 77, 379
 - Déclaration sur l'asile territorial (1967)
 - demandeurs d'asile 150
 - menace à la vie ou à la liberté 157, 159
 - menace pour la communauté 172
 - non-refoulement 123, 163, 176, 179
 - sécurité nationale 163
 - Déclaration universelle des droits de l'Homme (1948)
 - crimes 126
 - déclaration internationale des droits 372
 - demandeurs d'asile 147
 - dérogations 373
 - détention 268
 - droits et libertés 131, 138
 - droits non codifiés 374
 - droits/obligations absolus 373
 - non-discrimination 365, 390
 - non-refoulement 272
 - réalisation progressive 373
 - réfugiés 114
 - torture 184
 - traitement inhumain ou dégradant 184
 - définition du réfugié
 - âge 85, 88, 96
 - agents non étatiques 69
 - caractéristiques innées/immuables 337
 - Constitution de l'OIR 132
 - Convention de 1951 29, 42, 65, 70, 85, 96, 132, 139,
147, 368
 - crainte de persécution *voir* crainte fondée
 - définition opérationnelle 134
 - demande 42
 - demandeurs d'asile 148
 - droit international humanitaire 139
 - élément fondamental 65
 - exclusion *voir* exclusion
 - genre 371
 - groupe social *voir* certain groupe social
 - Guide* du HCR 148
 - holisme *voir* analyse holistique
 - immunité de sanctions 149, 225, 232
 - inclusion 88
 - lien causal *voir* exigence du lien causal
 - menace à la vie ou à la liberté 159
 - persécution liée au genre 29, 88, 96
 - réunification familiale 628
 - sexe 370

- tournée vers l'avenir 597
- Union européenne 70, 89
- demandes de statut de réfugié
 - cadres régionaux 31
 - demandes 347
 - demandes fondées sur la famille 348, 623
 - holisme *voir* analyse holistique
 - infondées *voir* demandes manifestement infondées
 - norme de l'adulte de sexe masculin 75, 110
 - recevabilité *voir* recevabilité des demandes
 - suspicion politique 266
- demandeurs d'asile
 - afflux massif *voir* afflux massif
 - asile de long terme 28
 - choix 242
 - définition du réfugié 148,
 - détention *voir* détention
 - dissuasion *voir* dissuasion
 - entrée irrégulière 40
 - garanties, étude du HCR 245
 - missions diplomatiques 154
 - non-refoulement 144, 147, 150
 - réunification familiale 660, 680
 - sécurité sociale 243
 - statut temporaire 59
- demandes infondées *voir* demandes manifestement infondées
- demandes manifestement infondées
 - Comité exécutif 169
 - entretiens 169
 - examen individuel 169
 - faux documents 245
 - France 566
 - possibilité de protection interne/fuite interne/
réinstallation interne 50
 - procédures accélérées 29, 50
 - Résolution de Londres (1992) 50, 523
- démocratisation
 - cessation 553, 563, 600
 - Chili 563, 602
 - Roumanie 567
- de Moffarts, G. 436
- dérogations
 - DUDH (1948) 373
 - PIDCP (1966) 373
 - seuil 519
- détention
 - administrative 259, 273, 297
 - afflux massif 234, 270
 - aide juridictionnelle 247
 - Allemagne 226, 250-251
 - arbitraire 263, 267, 273, 274, 296, 297
 - Australie 247 264 271, 674
 - Autriche 226
 - Belgique 209, 226, 249
 - Canada 279
 - CEDH (1950) 244, 251
 - Comité exécutif 41, 264, 274
 - contrôle judiciaire/administratif
 - automatique/périodique 266
 - Canada 279
 - Conclusions du Comité exécutif 264
 - effectivité 267, 295
 - impartialité 268
 - inexistant 226, 234, 260
 - légalité/nécessité 262, 269, 274, 297
 - pouvoirs 266
 - coûts/dépenses 227, 263
 - Danemark 226
 - disparition, risque 266, 269, 270, 274, 296
 - dissuasion *voir* dissuasion
 - droits de l'Homme 41, 244, 245, 250, 262, 266, 267, 295
 - DUDH (1948) 267
 - entrée irrégulière 247
 - Espagne 226, 251
 - États-Unis 226, 252, 263, 270
 - faux documents 226, 265
 - Finlande 226
 - France 226, 249
 - garanties 265, 297
 - Grèce 226
 - indéfinie 247, 260
 - « installations » 260, 261
 - interprétation 260
 - Italie 251
 - justification 260, 266, 296
 - justification conditionnelle 264
 - Lawyers Committee for Human Rights* 245, 247
 - Luxembourg 251
 - menace pour la communauté 266
 - mesure exceptionnelle 41, 273, 296
 - motifs 226
 - nécessité 264, 265, 268, 270, 274
 - Nouvelle-Zélande 271
 - ordre public 265, 274, 296
 - Pays-Bas 226, 251
 - pré-admission, phase de 226
 - Principes directeurs du HCR 41, 243, 265, 266, 275, 297
 - prison 226
 - procédure prévue par la loi 42, 297
 - provisoire 259
 - registres 298
 - recevabilité des demandes 247
 - résolutions de l'Assemblée générale des Nations Unies 265
 - restrictions à la circulation 260, 273, 297
 - Royaume-Uni 226, 252
 - sécurité nationale 41, 234, 364, 266, 274, 296

- solutions de remplacement 42, 260, 264, 266, 268, 273, 297
- Suède 226, 253
- unité de la famille 42, 275, 297, 673
- voir aussi* restrictions à la circulation
- détention d'enfants
- interdiction 42, 275
 - intérêt supérieur de l'enfant 272
 - normes internationales 275, 297
 - voir aussi* enfants
- détermination du statut
- afflux massif 525
 - cessation 595, 604, 616
 - exclusion 523
 - HCR 525, 561
 - reconnaissance formelle 148, 166, 523
 - voir aussi* statut de réfugié
- deuxième volet (tables rondes d'experts)
- Cambridge (2001) 34, 63, 217, 219, 749
 - Genève (2001) 40, 61, 62, 293, 299, 677, 681
 - Lisbonne (2001) 56, 546, 617
 - Participants 32, 219, 299, 358, 475, 546, 617, 681, 749
 - San Remo (2001) 43, 45, 85, 99, 102, 357, 397, 399, 471
- difficultés
- âge 103
 - conditions de détention 260
 - enfants 103
 - enfants non accompagnés/séparés 660
 - épreuve indue 52, 53, 103, 461
 - possibilité de protection interne/fuite interne/
 - réinstallation interne 52, 53, 103, 450, 461
 - protection subsidiaire 597
 - réinstallation 633
- discrimination
- caractéristiques innées/immuables 311, 335
 - causalité 335
 - CERD (1965) 373, 715
 - cumulative 66, 94
 - droits de l'Homme 317, 334
 - femmes
 - acquisition d'une nouvelle nationalité 607
 - Convention de 1979
 - voir* Convention sur l'élimination de toutes les formes de discrimination à l'égard des femmes
 - discrimination définie 376
 - effet cumulatif 376
 - femmes non accompagnées 102, 382
 - normes sociales 334
 - voir aussi* persécution liée au genre ; non-discrimination
 - intention/effet 344
 - législation nationale 335
 - persécution 376
 - personnes âgées 94
 - race *voir* persécution raciale
 - Roumanie 566
 - victimes de la traite des êtres humains 47, 90
- dissuasion
- détention 42, 264, 268, 270, 274, 296
 - dissuasion à dimension humaine 268
 - entrée irrégulière 42
 - objectifs 268, 270
- documents
- exigences 664
 - faux *voir* faux documents
 - souplesse 664
 - voyage *voir* documents de voyage
- documents de voyage
- documents falsifiés *voir* faux documents
 - droits de la Convention 248
 - exigence de visa 29, 242
 - femmes 664
 - réclamation de la protection étatique 587, 605
 - transporteurs 141, 242, 245, 259, 296, 587
- droit civil
- agents non étatiques 89
 - certain groupe social 43
 - persécution liée au genre 47
- droit international
- coutume *voir* droit international coutumier
 - droits de l'Homme *voir* droits de l'Homme
 - familles 633, 645
 - normes *voir* normes internationales
 - surveillance par un tiers 707
 - termes neutres en matière de genre 75
- droit international des droits de l'Homme *voir* droits de l'Homme
- droit international humanitaire
- analyse du caractère raisonnable 436, 437, 438
 - Convention de 1951 137, 145, 151, 155, 157
 - droit des réfugiés 29
 - établissement des faits 719
 - navires en détresse 146
 - non-refoulement 139, 145, 150, 151, 165, 168, 176, 180
 - unité de la famille 61, 622, 633, 645
- droits à la réunification *voir* réunification familiale
- droits de l'Homme
- Afrique 656
 - Albanie 561
 - analyse du caractère raisonnable 52, 53, 54, 102
 - arrestation arbitraire 262
 - buts et principes des Nations Unies 513
 - CADH *voir* Convention américaine des Droits de l'Homme
 - CADHP *voir* Charte africaine des Droits de l'Homme et des Peuples
 - caractéristiques protégées 308, 337
 - CEDH *voir* Convention européenne des Droits de l'Homme
 - certain groupe social 306, 313, 315, 327, 335, 336

changement fondamental 59, 556
changements de circonstances 581
common law 68
conformité 62, 365, 556
convictions 53
crainte fondée 94, 96
culture juridique 623
détention 41, 244, 245, 250, 262, 266, 295
dignité humaine fondamentale 310, 311, 315, 319, 336, 390, 434
discrimination 317, 334
droit international coutumier 35, 183, 195
droits inhérents 64
droits/obligations absolus 373, 458
DUDH *voir* Déclaration universelle des droits de l'Homme
enfants 87, 94
entrée irrégulière 226
États défaillants/faibles 70
examen 556
exceptions au non-refoulement 195
expulsion 57, 177, 187, 189, 608
faux documents 256
femmes 77
immunité de sanctions 245
indicateurs spécifiques 557
instruments internationaux 29, 53, 54, 137
interprétation 137
liberté de circulation 263
menace sur la vie ou la liberté 157, 158
non-discrimination 365, 372
non-refoulement 34, 120, 124, 147, 150, 154, 157, 158, 163, 182, 351, 483, 520, 533
opinions politiques 98, 335
persécution 78, 110, 376
persécution étatique 444
personnes déplacées à l'intérieur de leur propre pays (IDPs) 54
PIDCP *voir* Pacte international relatif aux droits civils et politiques
politiques de planning familial 351
possibilité de protection interne/fuite interne/réinstallation interne 382, 457, 460
protection complémentaire 657
protection étatique 66, 110
Protocole (1967) 371
rapatriement librement consenti 557
rapports des États 712, 727
réalisation imparfaite 53
refus d'admission à la frontière 147
relativisme culturel 379
responsabilité de surveillance 63
restrictions à la circulation 40, 262, 295
retour 59, 590
réunification familiale 646

Roumanie 567
service militaire avant l'âge 104
sujet protégé 190
traitement inhumain *voir* traitement inhumain ou dégradant
unité de la famille 61, 622, 633, 637
viol 78
violation systématique 65
droit international coutumier
caractère fondamentalement normatif 176
crimes contre l'humanité 493
détermination des règles 186
droits de l'Homme 35, 183, 195
emploi de la force 174
États contractants 174
général 174
interprétation 135, 137
jus cogens 174, 184
non-refoulement 35, 113, 129, 174, 196
normes impératives 139, 176, 186, 512
pratique cohérente/reconnaissance générale 179
pratique des États 174
responsabilité individuelle 494
rôle 172
sources 176-179
soutien répandu et représentatif 178
torture 183
traitement inhumain ou dégradant 183
traités multilatéraux 174
unité de la famille 636
voir aussi droit international
droit interne *voir* législation nationale
droit pénal
aut dedere, aut judicare 486, 510, 528, 537
capacité mentale 104
compétence universelle 57, 485, 505, 528
condamnation définitive 171
contrainte 532
crime grave *voir* crimes graves
crimes de droit commun *voir* crimes de droit commun
crimes de guerre *voir* crimes de guerre
ensemble de crimes 56
États d'accueil 36
exclusion *voir* exclusion
extradition *voir* extradition
faux documents 253, 255, 256
mens rea 485, 532, 543
motifs d'exonération 532, 543
nécessité 532
proportionnalité 57
refoulement *voir* exceptions au non-refoulement
responsabilité pénale, âge 104
test de prédominance 57, 506
droits/obligations absolus

droits de l'Homme 373, 458
 menace de persécution 35, 164, 165
 non-refoulement 139, 182

E

ECOSOC *voir* Comité économique et social des Nations Unies (ECOSOC)

éducation

Convention de 1960 710
 enfants 103, 456

égalité de traitement

protection internationale 74
voir aussi non-discrimination

ejusdem generis

certain groupe social 318, 331, 354
 principe 331

El Salvador, cessation 571

emploi de la force 173

enfants

âge, prise en compte de 85
 agents non étatiques 92
 analyse du caractère raisonnable 455
 Angola 662
 « après l'âge » 640, 653, 671
 bénéfice du doute 105
 Canada 281
 caractéristiques protégées 99
 certain groupe social 99
 codification des droits 635
 Convention de 1989 *voir* Convention relative aux droits de l'enfant (1989)
 demandes potentielles 85, 87
 détention *voir* détention d'enfants
 difficultés excessives
 droits de l'Homme 87, 94, 556
 droits sociaux 77
 éducation 103, 455
 enlèvement, menace 93
 épreuve induite 103
 exclusion 103–105
 exploitation sexuelle 85, 89
 intérêt supérieur *voir* intérêt supérieur de l'enfant
 mariage forcé *voir* mariage (forcé/avant l'âge)
 moyens de subsistance 103, 436
 mutilations génitales féminines (FGM) 85, 92
 orphelins 653
 perception sociale 100
 pornographie 77, 85, 87
 possibilité de protection interne/fuite interne/
 réinstallation interne 382
 procédure d'asile
 besoins spécifiques 30, 87
 non accompagnés *voir* enfants non accompagnés/séparés
 prostitution 85, 87, 89

recrutement militaire *voir* service militaire avant l'âge

responsabilité pénale 104, 532
 réunification familiale 627, 630

travail des enfants 85

unité de la famille 61

victimes traumatisées 107, 532

voir aussi familles ; mineurs

enfants non accompagnés/séparés

besoins spécifiques 87

camps de réfugiés 631, 658

Canada 87, 627

complexités 627

délais de traitement

difficultés 660

enfants d'ancrage 627

États-Unis 87

exigences minimales 108

Finlande 87

intérêt supérieur de l'enfant 627, 631

Pologne 627

possibilité de protection interne/fuite interne/
 réinstallation interne 103

Principes directeurs inter-agences 88

principes directeurs nationaux 87

procédure d'asile 660

réinstallation 661

réunification familiale 627, 631, 647, 658

Union européenne 661

voir aussi procédure d'asile ; enfants

enfants séparés *voir* enfants non accompagnés/séparés

entrée irrégulière

aide 236

« arrivant directement » 40, 229, 233, 256, 257, 294

asile déjà trouvé 229

détention 247

dispositions conventionnelles 40, 132, 148, 225–
 226, 231

dispositions relatives à l'exclusion 233

dissuasion *voir* dissuasion

documents falsifiés *voir* faux documents

droits 40

droits de l'Homme 226

droits moindres 227

États tiers sûrs 226

exécution 231

expulsion 234

Finlande 283

garanties, étude du HCR 245

Ghana 283

interception 36, 627, 643

interprétation 234

Lesotho 284

liberté de circulation 234

- obligations internationales 226, 294
- origines des textes 226
- passeurs *voir* trafic de personnes
- Principes directeurs en matière de législation nationale relative aux réfugiés 292
- procédure prévue par la loi 295
- protection temporaire 230, 231
- « raison reconnue valable » *voir* raison reconnue valable
- refoulement 149
- réfugiés présumés 231, 240, 242, 259, 296
- restrictions à la circulation 202
- restrictions *voir* restrictions à la circulation
- réunification familiale 666
- sanctions
 - administratives 233, 234
 - coûts 227
 - immunités *voir* immunité de sanctions
 - sanctions appliquées 245
 - sanctions pénales 228, 233, 234
 - signification 40, 228, 233, 259, 296
 - traitement moins favorable 243, 248
 - « sans délai » *voir* présentation sans délais
 - signification des termes 227
 - traite des êtres humains 234
 - transit nécessaire 230, 257, 295, 625
 - travaux préparatoires 228, 241
 - tromperie 234
 - voir aussi* migrations irrégulières
- entretiens
 - demandes manifestement infondées 169
 - sensibilité au genre 108, 395
- épouses, battues *voir* violence domestique
- Equateur, réunification familiale 668
- Erythrée 568
- esclavage sexuel
 - crimes relevant de l'exclusion 103
 - statut de réfugié 89
- Espagne
 - détention 226, 251
 - immunité de sanctions 251
 - possibilité de protection interne/fuite interne/réinstallation interne 462
- établissement des faits
 - Commission internationale d'établissement des faits 719
 - Conventions de Genève (1949) 719
 - droit international humanitaire 719
 - HCR 717, 747
 - surveillance par un tiers 717, 747
- États
 - d'accueil *voir* États d'accueil
 - défaillants *voir* États défaillants/faibles
 - indépendance 563
 - industrialisés *voir* États industrialisés
 - sécurité *voir* sécurité nationale
- États d'accueil
 - asile à long terme 28
 - droit pénal 36
 - entrée irrégulière *voir* entrée irrégulière
 - obligations des réfugiés 36
- États contractants
 - absence de mise en œuvre 704
 - CEDH (1950) 190
 - Convention contre la torture (CCT) — (1984) 179, 187
 - Convention de 1951 134, 137, 140, 179
 - Droit coutumier international 174
 - PIDCP (1966) 179, 190
 - Protocole de 1967 134, 137, 140
 - responsabilité de l'État 141, 254
 - signification 140
 - sous-divisions 140
- États défaillants/faibles
 - droits de l'Homme 69
 - instabilité endémique 28
- États industrialisés, politiques d'immigration 29, 54
- États d'origine
 - bannissement 587
 - changement *voir* changement fondamental
 - nationalité *voir* recouvrement de la nationalité
 - nouvel établissement *voir* nouvel établissement dans l'État d'origine
 - pays démocratiques 93
 - possibilité de protection interne/fuite interne/réinstallation interne 48
 - protection à l'intérieur 154
 - protection nationale *voir* protection étatique
 - réclamation *voir* réclamation de la protection nationale
 - sûr *voir* pays d'origine sûr
 - traite des êtres humains 90
 - violence généralisée 158, 159
- États successeurs, acquisition d'une nouvelle nationalité 591, 607
- États tiers
 - non-refoulement 154
 - renvoi ultérieur 154, 155, 182
 - sûrs *voir* États tiers sûrs
- États tiers sûrs
 - entrée irrégulière 226
 - évaluation 154
 - exceptions au non-refoulement 163, 166, 182
 - migrations irrégulières 155
 - politiques des pays sûrs 155
 - régions 30
 - réinstallation 30
 - renvoi 145
- États-Unis
 - appels 317

- assignation, délivrance
- attaques du 11 septembre 2001
 - exclusion 28-29, 36, 487, 501, 514
 - sécurité nationale 28, 36, 629
- avis d'intention d'infliger une amende 290
- caractéristiques innées/immuables 318, 321
- caractéristiques protégées 43
- certain groupe social 309, 312, 317
- citation à comparaître, délivrance 290
- crainte crédible de persécution 253
- crime aggravé 522
- crimes de droit commun 507
- demande d'audition 291
- désignation p-3 (priorité trois) 653
- détention 226, 253, 262, 270
- droit administratif 317
- enfants non accompagnés/séparés 87
- enquêtes 290
- exclusion 501, 642
- exécution 290
- expulsion 522
- familles au sens large 653
- faux documents 253, 291
- immunité de sanctions 237
- infractions politiques 505
- « intérêt de la liberté » 270
- ordre final
 - délivrance 291
 - service 292
 - service à l'étranger 292
- peine de mort 189
- perception sociale 321, 322
- persécution antérieure 596, 597
- plaintes 290
- possibilité de protection interne/fuite interne/
 - réinstallation interne 415, 446, 449
- priorités de traitement 653
- protection temporaire 660
- règles de l'INS 320, 339, 345, 354
- réinstallation 665
- renvoi 270
- réunification familiale 349, 653, 658, 665, 670, 672
- Ethiopie
 - cessation 563, 567, 599, 602
 - conflit de l'Ogaden 560
 - rapatriement librement consenti 567
- évaluation individuelle
 - demandes manifestement infondées 169
 - examen du statut 368
 - exclusion 529
 - HCR 126
 - non-refoulement 150, 168
 - possibilité de protection interne/fuite interne/
 - réinstallation interne 463
 - refus de protection 150, 168
 - sécurité nationale 168
 - voir aussi* circonstances personnelles
- exceptions
 - cessation *voir* cessation
 - changements de circonstances 579
 - exclusion 161
 - HCR 126
 - non-refoulement *voir* exceptions au non-refoulement
 - raisons impérieuses *voir* exception pour raisons impérieuses
- exceptions au non-refoulement
 - Comité exécutif 163
 - crimes
 - casier judiciaire 38
 - crimes graves 133, 161, 170
 - État d'accueil 36
 - lieu de commission 161
 - dispositions conventionnelles 133, 160, 481
 - droits de l'Homme 195, 483
 - États tiers sûrs 163, 166, 182
 - extradition évitée 38
 - interprétation 160
 - limites 165
 - menace future 161
 - menace pour la communauté 133, 161, 165, 170, 182, 516, 519
 - niveau de preuve 161, 168, 171
 - observations générales 161
 - observations spécifiques 166
 - procédure prévue par la loi 166, 182, 523
 - ratione personae* 166
 - sécurité nationale 35, 38, 57, 133, 161, 165, 166, 182, 516, 517
 - Suède 162
 - tendance contre 162
 - travaux préparatoires 162, 168
- exception pour raisons impérieuses
 - application 614
 - Conclusions du Comité exécutif 581
 - enfants 107
 - Guide* du HCR 556, 582
 - persécution antérieure 59, 60, 105, 108, 581, 582, 583, 596, 597, 04
 - persécution raciale
 - pratique des États 59, 579, 604
 - Principes directeurs du HCR 582
 - réfugiés statutaires 579
 - unité de la famille 581, 582
 - victimes traumatisées 107, 582
 - voir aussi* cessation
- exclusion
 - afflux massif 526, 544
 - Allemagne 502
 - analyse globale 58

- appartenance au groupe 502, 531
 - autres mécanismes de protection 533
 - but et principes des Nations Unies 513, 533, 541
 - Canada 502, 514, 516, 523, 531, 642
 - considérations générales 539
 - contexte actuel 484
 - crainte fondée 510
 - crimes
 - charge de la preuve 531
 - contre l'humanité *voir* crimes contre l'humanité
 - contre la paix *voir* crimes contre la paix
 - droit commun *voir* crimes de droit commun
 - écoulement du temps 532
 - génocidaires 55, 532
 - graves *voir* crimes graves
 - guerre *voir* crimes de guerre
 - motifs d'exonération 532, 543
 - niveau de preuve 529, 530, 542
 - poursuites judiciaires 485, 486, 510, 527
 - présomption d'innocence 495, 525
 - preuve 531
 - terroristes *voir* terrorisme
 - détermination du statut 523
 - dispositions du traité 132, 161, 481, 488
 - double test de prédominance 510, 520, 522
 - États-Unis 502, 642
 - exceptions 161
 - femmes 105
 - Guide* du HCR 524, 532
 - inclusion avant exclusion 523, 542
 - intérêt supérieur de l'enfant 105
 - interprétation 55, 481
 - mineurs 532, 543
 - nature et fonction de la clause 483
 - nature exceptionnelle 56
 - non-refoulement 481, 515
 - organisations interdites 526
 - persécution liée au genre 103
 - possibilité de protection interne/fuite interne/
réinstallation interne 409, 417, 430
 - Principes directeurs du HCR 57, 502, 507, 524
 - prise en compte du genre 533
 - procédure d'asile 57, 523
 - procédure prévue par la loi 59
 - procédures accélérées 57, 523, 524
 - questions procédurales 523
 - raisons sérieuses 529
 - recevabilité des demandes 57, 524
 - service militaire avant l'âge 103, 532
 - travaux préparatoires 483
 - unité de la famille 533, 543, 642
 - exemptions
 - politiques *voir* infractions politiques
 - réfugiés statutaires 579
 - exigence du lien causal
 - absence de protection étatique 345, 355
 - action/affiliation 310
 - agents non étatiques 317, 344, 355
 - causalité
 - nature 385
 - norme 386
 - preuve 386
 - « du fait de » 385
 - indirecte 454
 - interprétation 344, 385
 - Nouvelle-Zélande 385
 - orientation sexuelle 348
 - perception sociale 343
 - persécution liée au genre 329, 331
 - possibilité de protection interne/fuite interne/
transfert interne 450, 451, 452
 - préjudice grave 345
 - Recommandations de Michigan (2001) 385
 - violence domestique 329, 344, 347, 349, 352, 354
- exigence de visa 29, 242
 - exploitation sexuelle
 - enfants 85, 89
 - persécution étatique 90
 - persécution liée au genre 47, 89
 - pornographie 77, 85, 87
 - service militaire avant l'âge 105
 - voir aussi* prostitution ; esclavage sexuel
 - expulsion
 - afflux massif 586
 - Australie 643
 - CEDH (1950) 177, 187, 644
 - cessation 579
 - Comité des droits de l'Homme (CDE) 643
 - Comité exécutif 643
 - Convention de l'OUA sur les réfugiés (1969) 594, 595, 607
 - dispositions conventionnelles 133, 522
 - droits de l'Homme 57, 177, 187, 189, 608
 - entrée irrégulière 234
 - États-Unis 522
 - Grèce 250
 - interdiction 133, 191
 - normes impératives 520
 - ordre public 133
 - PIDCP (1966) 189, 643
 - procédure prévue par la loi 38, 133, 166
 - Royaume-Uni 187
 - sécurité nationale 133, 522
 - Suède 253
 - torture 38, 187, 191
 - traitement inhumain ou dégradant 187, 190, 191
 - unité de la famille 61, 643, 644
 - voir aussi* extradition
 - extradition
 - amnisties 532

- CEDH (1950) 176
 Conclusions du Comité exécutif 163
 conventions multilatérales 143
 crainte fondée 143
 crimes graves 163, 506, 517, 608
 crimes internationaux 486
 double criminalité 505
 garanties 486
 infractions politiques 143, 503, 505, 509
locus delicti 484, 537
 non-refoulement 36, 38, 65, 126, 143
 peine de mort 38, 189
 persécution 36, 510
 PIDCP (1966) 189
 retour 40
 Royaume-Uni 485
 terrorisme 497
 travaux préparatoires 504
- F**
- familles
 affection/soutien mutuel 654
 certain groupe social 43, 348, 392, 639
 choix/circonstance 354
 degrés de liens 652
 demandes fondées sur la famille 348, 622
 distribution de ressources 630
 droit international 633, 645
 famille nucléaire 652, 654, 665
 familles au sens large 630, 652
 familles séparées 625
 interprétation pragmatique 653
 liberté de circulation 648
 mariage de bonne foi 652
 partenaires non mariés 652, 660
 persécution liée au genre 29, 46, 349
 personnes à charge 630, 653, 654
 possibilité de protection interne/fuite interne/
 réinstallation interne 435, 640
 société humaine 622, 633
 source de protection 629
 statut dérivé 61, 533, 639, 653
 voir aussi violence domestique
- faux documents
 Canada 281
 demandes manifestement infondées 245
 détention 226, 264
 droits de l'Homme 256
 entrée irrégulière 234
 États-Unis 253, 291
 Finlande 283
 immunité de sanctions 240, 241, 242, 245
 inévitabilité 242, 259
 poursuites judiciaires 253, 255, 256, 259, 266
 raisons reconnues valables 240, 241, 243
 responsabilité de l'État 255
 Royaume-Uni 253, 288
 unité de la famille 643
 voir aussi documents de voyage
- Fédération de Russie, réunification familiale 652
- femmes
 certain groupe social 43, 99, 100, 323, 325, 329, 349, 352
 conflit armé 380
 Convention de 1979 *voir* Convention sur l'élimination de toutes les formes de discrimination à l'égard des femmes
 discrimination *voir* discrimination
 documents de voyage 664
 droits de l'Homme 77
 exclusion 105
 FGM *voir* mutilations génitales féminines
 marginalisation 75, 371
 mariage *voir* femmes mariées
 non accompagnées *voir* femmes non accompagnées
 opinions politiques 393
 statut dérivé 395
 stéréotypes liés au genre 77
 voir aussi persécution liée au genre
- femmes battues *voir* violence domestique
- femmes mariées
 acquisition d'une nouvelle nationalité 591
 certain groupe social 352, 354
 sérvices *voir* violence domestique
- femmes non accompagnées
 discrimination 102, 383
 possibilité de protection interne/fuite interne/
 réinstallation interne 382
 retour 102
- Finlande
 détention 226
 enfants non accompagnés/séparés 87
 entrée irrégulière 283
 faux documents 283
 immunité de sanctions 238
 possibilité de protection interne/fuite interne/
 réinstallation interne 435
 unité de la famille 662
- Fonds des Nations Unies pour les réfugiés (UNREF),
 Comité exécutif 129
- forces armées, enfants soldats *voir* service militaire
 avant l'âge
- forces de maintien de la paix
 États protecteurs 154
 Résolutions du Conseil de sécurité des Nations
 Unies 525
- force majeure, victimes 262
- Fortin, Antonio 421, 422, 424
- France

certain groupe social 322, 339
Commission des recours des réfugiés (CRR) 323, 324
crainte fondée 69
demandes manifestement infondées 566
détention 226, 249
immunité de sanctions 249
mutilations génitales féminines (FGM) 324
réfugiés roumains 566
refus d'admission à la frontière 145

Frelick, B. 434

frontières

non-admission *voir* refus d'admission à la frontière
territoires 153

fuite interne *voir* possibilité de protection interne/
fuite interne/réinstallation interne

Fullerton, M. 325

G

Gallagher, Michael S. 105, 106

garanties

détention 264, 297

dispositions conventionnelles 132

étude du HCR 245

persécution liée au genre 48

possibilité de protection interne/fuite interne/
réinstallation interne 462, 463

génocide

Convention de 1948 *voir* Convention pour la pré-
vention et la répression du crime de génocide
motifs d'exonération impossibles 532

Rwanda 54–55

genre

définition du réfugié 371

développements récents 79

relations sociales 45, 75, 370

voir aussi sexe ; femmes

Ghana

entrée irrégulière 283, 284

immunité de sanctions 238

Goodwin-Gill, Guy S. 40, 42, 98, 341, 342, 509, 581, 744

Grahl-Madsen, Atle 157, 162, 168, 425, 592–593

Grands lacs, personnes déplacées à l'intérieur de
leur propre pays (IDPs) 28

Grèce

détention 226

expulsion 250

immunité de sanctions 240–241

groupe de travail 127

voir aussi troisième volet (dans le cadre du Comi-
té exécutif)

groupes sociaux *voir* certain groupe social

groupes vulnérables

âge 103, 108, 630–631

âgées *voir* personnes âgées

changements de circonstances 581 604

conflit armé 380–381

enfants *voir* enfants ; mineurs

normes internationales 266, 275–277

protection étatique 94

Guatemala, persécution liée au genre 84

Guerre froide 28, 58, 563, 646

Guide du HCR

agents non étatiques 88

caractère faisant autorité 697

caractère raisonnable 54–55, 407–408, 409, 411, 434

certain groupe social 307

cessation 105–106, 554, 556, 600

charge de la preuve 416–417

crainte fondée 383–384, 393

crimes de droit commun 509

crimes graves 506, 520–521

définition du réfugié 148

exception pour raisons impérieuses 556, 580–582

exclusion 524, 532

menace à la vie ou à la liberté 159

nouvel établissement dans l'État d'origine 592–593

opinions politiques 393

persécution 66–67

possibilité de protection interne/fuite interne/
réinstallation interne 407–408, 409

réclamation de la protection étatique 587

recouvrement de la nationalité 589, 605–606

Guinée-Bissau 563

H

Haïti, cessation 561–562, 570

Hathaway, James C. 51–54, 102, 339, 342, 400

Haut Commissariat des Nations Unies pour les réfu-
giés (HCR)

afflux massif 153, 525–526

Bureau régional pour l'Europe 410

bureaux sur le terrain 32, 266, 282–283, 670

certain groupe social 307

confiance 707

contact 42, 297

création 126

Département de la protection internationale 32

détermination du statut 525, 561–562

entrée irrégulière 245

examen individuel 126

exceptions 126

Exécutif *voir* Comité exécutif

fonctions

activités supplémentaires 127

compétence 126, 157

gardien de la Convention 30

mandat 115, 158, 694

opérationnelles 707

protection 691

Statut 126

- surveillance *voir* responsabilité de surveillance
Guide voir Guide du HCR
 interprétation de l'article 1 66-67, 68
 non-refoulement 126
 Note sur la protection internationale (1994) 428
 Note sur la protection internationale (2000) 693
 Principes directeurs *voir* Principes directeurs du HCR
 rapports confidentiels 707, 728
 recueil d'informations 697, 716-717, 728
 Résolutions de l'Assemblée générale des Nations Unies 99-100, 126, 127, 129, 157
 site Internet 32
 Statut (1950) 99-100, 126, 129, 134, 553, 554, 560-561, 580-582, 688, 692
voir aussi Comité exécutif (du HCR)
- haute mer
 naufrage 262
 navires en détresse 146, 270-271
 responsabilité de l'État 146
- homosexualité *voir* orientation sexuelle
- Hussein, Saddam *voir* Saddam Hussein
- ## I
- immunité de sanctions
 Allemagne 240, 250
 Australie 247
 Autriche 275-277
 Belgique 248
 Belize 237, 278-279
 CEDH (1950) 244
 conclusions 257
 Conclusions du Comité exécutif 254, 294
 définition du réfugié 149, 226, 231
 dispositions conventionnelles 40, 148, 226
 droits de l'Homme 245
 Espagne 251
 États tiers 240-241
 États-Unis 237
 faux documents 240-241, 242, 245
 Finlande 238
 France 249
 Ghana 238
 Grèce 240-241
 interprétation 256, 294, 295
 jurisprudence nationale 240
 législation 236, 266, 275-277
 législation nationale 236, 266, 275-277, 295
 Lesotho 239
 Liberia 285
 Malawi 239, 285
 menace sur la vie ou la liberté 40
 Mozambique 240, 286
 Nigeria 287
 poursuites pénales 243
 pratique étatique 245
 Royaume-Uni 236, 240, 242, 287-288
 Suisse 236, 240-241, 287
 trafic de personnes 240-241
 Turkménistan 287-288
 Zimbabwe 291-292
voir aussi entrée irrégulière
- impunité
 crimes contre l'humanité 56, 72
 crimes de droit commun 510-511, 537
 crimes de guerre 72
 éviter 527, 532
 refoulement 528
- Inde
 opinions politiques 448-449, 455-456, 463-464
 torture 448, 463-464
- infanticide 85
- infractions politiques
 clauses attentat 503
 États-Unis 505
 extradition 143, 503, 505, 509-510
 Royaume-Uni 505
 soulèvement politique 505
 Suisse 505
- intégration sur place
 contrôles migratoires 667
 solutions durables 30
 unité de la famille 631-632
- interception
 entrée irrégulière 36, 627, 643
 refoulement 35
 responsabilité de l'État 35
- intérêt supérieur de l'enfant
 Convention de 1989 78, 644
 détention 272-273
 enfants non accompagnés/séparés 627, 631-632
voir aussi enfants
 exclusion 105-106
 interprétation 78
 promotion 87
- interprétation
 bonne foi 135, 226-227
 caractéristiques innées/immuables 307, 308, 318
 CEDH (1950) 137
 certain groupe social 42, 304-305, 389-390
 cessation 58, 551
 changements de circonstances 556
 Conclusions du Comité exécutif 130
 contexte 135
 Convention de 1951 29, 65, 66-67, 68, 69-70, 74, 135, 140
 Convention de Vienne *voir* Convention de Vienne sur le droit des traités
 crainte fondée 383-384
 crime grave 171, 540

crimes de droit commun 56, 494–495, 540
délibéré 136, 509
détention 260
développements ultérieurs 136
droit international coutumier 135, 137
droits de l'Homme 137
ejusdem generis 318, 331, 354
éléments principaux 135
entrée irrégulière 233–234
exceptions au non-refoulement 160
exclusion 54–55
exigence du lien causal 344, 385
immunité de sanctions 256, 294, 295
intérêt supérieur de l'enfant 78
menace à la vie ou à la liberté 155, 158
menace pour la communauté 170
moyens supplémentaires 135
nationalité 389–390
non-refoulement 140
opinions politiques 392
perception sociale 43, 343
persécution liée au genre 45, 371
persécution spécifique au genre 371
possibilité de protection interne/fuite interne/
réinstallation interne 48, 403
présentation sans délais 256, 294, 296
protection complémentaire 657
raison reconnue valable 233–234, 240–241, 256
règle générale 135
responsabilité de surveillance 62, 686
restrictions à la circulation 233–234, 260, 296
retour 145
sanctions 40, 227–228, 233, 259, 296
sécurité nationale 166, 529
travaux préparatoires 151, 227–228
unité de la famille 60–61
versions linguistiques 227–228, 233
violence sexuelle 375–376
Irlande, statut de réfugié 84
Irlande du Nord, Armée de libération nationale irlandaise (INLA) 309
Irak, Kurdes 432, 440, 462
Iran
peine de mort 82
persécution liée au genre 325
réfugiés afghans 572
unité de la famille 61
Islam
code vestimentaire 326
fondamentalisme 323
persécution religieuse 99
Italie
détention 251
prostitution 90–91

J

jurisprudence, États *voir* jurisprudence nationale
jurisprudence nationale
certain groupe social 308–309
contrôles des naissances *voir* politiques de planning familial
immunité de sanctions 240
possibilité de protection interne/fuite interne/
réinstallation interne 409
jus cogens *voir* droit international coutumier
non-refoulement

K

Kelley, Ninette 55
Kenya, unité de la famille 663

L

langues
possibilité de protection interne/fuite interne/
réinstallation interne 436
traités, interprétation 227–228, 233
Lawyers Committee for Human Rights 245, 247
législation nationale
crimes graves 507–508
discrimination 335
immunité de sanctions 236, 275–277, 295
intégration du traité 180
mutilations génitales féminines (FGM) 48
neutralité en termes de genre 75
non-refoulement 180, 206
normes internationales 270
orientation sexuelle 100, 324, 348
persécution liée au genre 46, 48, 380–381
possibilité de protection interne/fuite interne/
réinstallation interne 447
statut de réfugié 148
unité de la famille 664–665
violence domestique 347
Lesotho
entrée irrégulière 284
immunité de sanctions 239
Liban, contrôle syrien 441
Liberia
immunité de sanctions 285
possibilité de protection interne/fuite interne/
réinstallation interne 462
liberté de circulation
droits de l'Homme 262–263
entrée irrégulière 233–234
familles 648
restriction *voir* restrictions à la circulation
limites
Convention de 1951 *voir* Convention relative au statut des réfugiés

- exceptions au non-refoulement 165
renvoi *voir* Protocole (1967)
- lois, internes *voir* législation nationale
- Luxembourg, détention 251
- M**
- Machel, Graça 103
- Malawi
cessation 582–583
immunité de sanctions 239, 285
- Mali, mutilations génitales féminines (FGM) 325
- marge d'appréciation
sécurité nationale 167
unité de la famille 61
- mariage (forcé/avant l'âge)
agents non étatiques 92
crainte fondée 94
demandes potentielles 85
relativisme culturel 379–380
- menace pour la communauté
Allemagne 516
Belgique 249
communauté 172
comparaison avec la sécurité nationale 172, 522, 519
crimes graves 516, 520–521
Déclaration sur l'asile territorial (1967) 172
détention 266
dispositions conventionnelles 133 161 170
évaluation 172
exceptions au non-refoulement 133, 161, 165, 170, 182, 516, 519
interprétation 170
marge d'appréciation 170
menace 172
Principes relatifs au traitement des réfugiés (1966) 172
récidive 172
- menaces à la vie *voir* menace à la vie ou à la liberté
- menace à la vie ou à la liberté
causes spécifiques 158
certain groupe social 158, 309
Convention américaine (1969) 157
Convention de l'OUA sur les réfugiés (1969) 157, 159
crainte fondée 155
Déclaration de Carthagène sur les réfugiés (1984) 157, 159
définition du réfugié 158
dispositions conventionnelles 120
droits de l'Homme 157, 158
Guide du HCR 159
immunité de sanctions 40
interprétation 155, 158
nature de la menace 158
niveau de preuve 157
non-refoulement 157
persécution liée au genre 47, 90–91
Principes (Afrique/Asie) relatifs au traitement des réfugiés (1966) 157
Torture 157, 164
traitement inhumain ou dégradant 157, 164
travaux préparatoires 155
violence 157
- menace de persécution
droits/obligations absolus 35, 164, 165
enlèvement d'enfants 93
nature 158
tolérance *voir* absence de protection étatique
vie/liberté *voir* menace à la vie ou à la liberté
- mesures provisoires, sécurité nationale 233–234, 261
- Mexique, violence domestique
- migrants économiques 29
- migrations
irrégulières *voir* migrations irrégulières
personnes entrées irrégulièrement *voir* entrée irrégulière
- migrations irrégulières
Conclusions du Comité exécutif 254
États tiers sûrs 155
migrants économiques 29
mondialisation 29
non-refoulement 164
voir aussi entrée irrégulière
- mineurs
exclusion 532, 543
Principes directeurs du HCR 266
réclamation de la protection étatique 631–32
responsabilité pénale 532
traite des êtres humains 47
voir aussi enfants
- mise en œuvre
bonne foi 255–256, 257
évaluation
accords de paix 558, 601–602
effectivité 701
renforcement 704
tiers 705
lutte pour l'amélioration 701
responsabilité étatique 255–256
réunification familiale 60–61, 62, 645, 668
sensibilité au genre 108
tolérance à l'absence de mise en œuvre 704
- missions diplomatiques
délais de traitement 671–672
États protecteurs 154
réunification familiale 670
- mondialisation, migrations irrégulières 29
- motifs d'exonération, exclusion 532, 543
- motifs professionnels, certain groupe social 43
- mouvements de population *voir* afflux massif

- Mozambique
accords de paix 568, 569, 601–602
cessation 569, 582–583
immunité de sanctions 240, 286
indépendance 563
- mutilations génitales féminines
Allemagne 326
certain groupe social 305, 323, 324, 331, 341
crainte fondée 46, 94
demandes potentielles 80, 82, 85
enfants 85, 92
France 324
infibulation forcée 324
législation nationale 48
Mali 324
Parlement européen 82
refus 97
relativisme culturel 379–380
Somalie 324
- N**
- Namibie
cessation 563
- nationalité
interprétation 389–390
mesures exceptionnelles 261
nouvelle nationalité *voir* acquisition d'une nouvelle nationalité
nouvelle *voir* acquisition d'une nationalité
recouvrement *voir* recouvrement de la nationalité
- naturalisation
acquisition d'une nouvelle nationalité 590, 607
préférence 58–59
- nature de la menace, interprétation 158
- Nauru, demandeurs d'asile australiens 270–271
- navires *voir* haute mer
- navires en détresse *voir* haute mer
- Nicaragua, cessation 571, 572
- Nigeria
cessation 561–562
immunité de sanctions 287
traite des êtres humains 90–91
- niveau de preuve
crainte fondée 157, 383–384, 416–417
crimes de droit commun 501
exceptions au non-refoulement 161, 168, 171
statut de réfugié 157
voir aussi norme de preuve
- non-discrimination
certain groupe social 333, 354
Comité exécutif 365
Convention de 1979 *voir* Convention sur l'élimination de toutes les formes de discrimination à l'égard des femmes
droits de l'Homme 365, 372
- DUDH (1948) 365, 389–390
personnes déplacées à l'intérieur de leur propre pays 458
PIDCP (1966) 365, 369, 389–390
principe 254, 315–316, 322, 333–334
sensibilité à l'âge 74, 110
sensibilité au genre 74, 110
voir aussi discrimination
- non-refoulement
afflux massif 151, 163
Allemagne 84, 516
Canada 516
CEDH (1950) 124, 176, 179, 187, 510–511, 512, 535, 536, 702
Charte africaine (1981) 176, 179
clandestins 146
Comité des droits de l'Homme (CDH) 124, 701
Comité exécutif 139, 143, 146, 149, 187, 158, 163, 173–174, 176, 180
comportement interdit 143
Conseil de l'Europe 176, 510–511
- contextes
pertinents 120
réfugiés 181
- Convention américaine (1969) 123, 150, 163, 176, 179
Convention contre la torture (1984) 124, 126, 176, 187, 190, 191, 194, 509–510, 511, 535, 536, 701
Convention de l'OUA sur les réfugiés (1969) 123, 150, 155, 163, 164, 176, 179, 595
Convention interaméricaine sur l'extradition (1981) 126, 143
crimes de droit commun 509–510
Déclaration de Carthagène sur les réfugiés (1984) 163, 173–174, 176, 179
Déclaration sur l'asile territorial (1967) 123, 162, 176, 179
demandeurs d'asile 143, 147, 150
dimension territoriale 191
droit de séjour 536
droit international coutumier 34, 113, 129, 172, 195–196
droit international humanitaire 139, 145, 150, 151, 165, 168, 176, 180
droits de l'Homme 34, 120, 124, 147, 150, 154, 157, 158, 163, 182, 351, 483, 250–521, 533–534
droits/obligations absolus 139, 182
DUDH (1948) 272
éléments essentiels 181–182
engagements privés 141
États tiers 154
examen individuel 150, 168
exclusion 481, 515
existence 148, 166
extradition 36, 38, 126, 143
HCR 126

- interprétation 140
jus cogens 173–174
 législation nationale 180, 206
 menace à la vie ou à la liberté 157
 migrations irrégulières 164
 normes impératives 139, 176, 512, 520–521
 obligations 124, 137–138, 139
 observations préliminaires 137–138
 PIDCP (1966) 124, 126, 176, 179, 701
 portée et contenu 34, 181
 possibilité de protection interne/fuite interne/
 réinstallation interne 453
 pratique étatique 516
 principe 65, 115, 119, 139, 179, 180
 Principes directeurs relatifs à la législation nationale en matière de réfugiés 164
 Principes relatifs au traitement des réfugiés (1966)
 120, 150, 155, 176, 179
 protection temporaire 145, 151–152, 585
 qui est lié 140, 181
 qui est protégé 147
ratione loci (limites territoriales) 140, 191
 refoulement postérieur 154, 182
 refus d'admission à la frontière 143, 145, 157, 181
 Résolutions de l'Assemblée générale des Nations
 Unies 139, 147, 149
 risque, nature 192
 service militaire avant l'âge 532
 signification 119
 Suisse 173
 terrorisme 516
 torture 35, 124, 145, 150, 157, 163, 164, 165, 169,
 183, 187, 486, 509–510, 701
 traitement inhumain ou dégradant 35, 124, 145,
 150, 163, 164, 165, 169, 183, 187
 traités
 dispositions 120, 129, 140, 515
 États contractants 178
 rôle 173–174
 Union européenne
 voir aussi refoulement ; retour
 normes impératives
 expulsion 520–521
 non-refoulement 139, 176, 512, 520–521
 torture 186, 486
 normes internationales
 anti-discrimination *voir* non-discrimination
 certain groupe social 306
 Conclusions du Comité exécutif 264
 conditions de détention 262–263, 268, 297
 conformité 255–256, 257, 262–263
 considérations générales 294
 considérations supplémentaires 297
 considérations spécifiques 295
 détention d'enfants 275–277, 297
 développements ultérieurs 266
 groupes vulnérables 266, 275–277
 législation nationale 270
 pouvoir discrétionnaire de l'exécutif 256, 259
 règlement administratif 255–256, 257
 responsabilité étatique 254
 violation d'une obligation 255–256
 norme de preuve
 exclusion 529, 530–531, 542
 menace à la vie ou à la liberté 157
 voir aussi niveau de preuve
 Norvège
 unité de la famille 662–663
 statut de réfugié 83
 nouvel établissement dans l'État d'origine
 caractère volontaire 594, 607
 cessation inappropriée 594
 circonstances personnelles 58, 592–593
 clauses de sauvegarde 594
 conditions volatiles 594
 Guide du HCR 592–593
 intention 594, 607
 procédure équitable 607
 visites exploratoires 594, 607
 voir aussi cessation
 Nouvelle-Zélande
 appels 51–52, 322, 335, 346, 385, 432, 464–465
 caractéristiques protégées 322, 335
 certain groupe social 335
 demandeurs d'asile australiens 270–271
 détention 270–271
 exigence du lien causal 385
 perception sociale 322
 possibilité de protection interne/fuite interne/
 réinstallation interne 51–52, 407–408, 432, 435,
 436, 437, 448, 464–465
 statut de réfugié 52
 Nowak, Manfred 233, 263
- ## O
- objecteurs de conscience 43
 obligations
 non-refoulement 124, 137–138, 139
 réfugiés 36
 types 373–374
 unité de la famille 61, 624–625, 637–638
 officiers de l'immigration, postés à l'étranger
 opinions politiques
 activité politique/non politique 97–98, 393
 Allemagne 325
 crainte fondée 393
 définition 97
 dispositions conventionnelles 132, 147
 droits de l'Homme 98, 335
 femmes 393

Guide du HCR 393
Inde 448–449, 455–456, 463–464
interprétation 392
menace à la vie ou à la liberté 158
obligation de réserve 434
orientation sexuelle 98
Pakistan 448–449
persécution évitée 52–53, 95–96
persécution liée au genre 97, 108, 327, 372, 388–389
persécution religieuse 388–389
possibilité de protection interne/fuite interne/
réinstallation interne 448
sensibilité à l'âge 87
ordre public
détention 264, 274, 296
expulsion 133
restrictions à la circulation 261, 262–263
voir aussi menace pour la communauté
Organisation pour la coopération et le développe-
ment économiques (OCDE)
Rapports de coopération dans le domaine du dé-
veloppement 720
Rapports de performance environnementale 720
responsabilité de surveillance 63, 720
réunification familiale 624–625
Organisation des États Américains (OEA) 723
Organisation de l'Unité Africaine (OUA)
Convention de 1969 *voir* Convention de l'OUA sur
les réfugiés
Groupe de travail OUA/HCR 164, 292
organisations internationales
partage des expériences 137–138
Organisation internationale pour les migrations
(OIM) 673–674
Organisation internationale des réfugiés (OIR) 126,
132
Organisation internationale du travail (OIT)
rapports des États 713
responsabilité de surveillance 63, 710, 713
organisations non gouvernementales (ONG)
persécution liée au genre 46
réinstallation 633
orientation sexuelle
Allemagne 95–96, 325
Australie 95–96
caractéristiques protégées 100, 313, 320, 325, 348
coutumes sociales 83
crainte fondée 95–96
demandes 348
éviter la persécution 96
exigence du lien causal 348
expression 330
législation nationale 100, 324, 348
opinions politiques 98

perception sociale 100, 348
persécution liée au genre 47
persécution religieuse 98
Principes directeurs du HCR 47
reconnaissance 43, 303–305, 329, 330
Sri Lanka 95–96
Suède 83
voir aussi certain groupe social
ostracisme 47, 90–91, 101–102, 106

P

Pacte international relatif aux droits civils et politi-
ques (1966)
Australie 247, 666
déclaration internationale des droits 372
dérogations 373
droits individuels 191
droits minimaux 457
droits/obligations absolus 373
États contractants 179, 190
expulsion 189, 643
extradition 189
non-discrimination 365, 369, 390
non-refoulement 124, 126, 176, 179, 701
Protocole facultatif 142
relativisme culturel 379
réserves 185
responsabilité étatique 142
restrictions à la circulation 263
réunification familiale 646
sanctions 233
seuil du préjudice 194
torture 38, 176, 177, 184, 185, 189, 194, 701
traitement inhumain ou dégradant 176, 177, 184,
185, 189, 194
unité de la famille 637, 644
Pacte international relatif aux droits économiques,
sociaux et culturels (1966)
déclaration internationale des droits 372
droits minimaux 458
privation 374
réalisation progressive 374
unité de la famille 637
paix, crimes *voir* crimes contre la paix
Pakistan
mandats d'arrêt 449
opinions politiques 449
peine de mort 91
violence domestique 89, 314, 329
Panama, statut de réfugié 84
Parlement européen, mutilations génitales fémini-
nes (FGM) 82
pays *voir* États
Pays-Bas
certain groupe social 326

- changement fondamental 557, 560
 crimes de guerre 485
 détention 226, 251
 persécution liée au genre 326
 possibilité de protection interne/fuite interne/
 réinstallation interne 432, 435
- pays démocratiques, protection étatique 93
 pays d'origine sûr
 cessation 597
 régions 30
voir aussi États d'origine
- peine capitale *voir* peine de mort
 peine de mort
 CEDH (1950) 39, 82
 crimes graves 506
 extradition 39, 41
 Iran 82
 Pakistan 90
- perception sociale
 Australie 43, 312, 316, 336, 339
 caractéristiques partagées banales 343
 caractéristiques protégées
 analyse fondamentale 343, 354
 distinctes 311, 313, 340, 341, 343
 globales 340, 344
 comportement prévisible 343
 difficultés de l'approche 341
 enfants 100
 États-Unis 321, 322
 examen fondamental 340
 exigence du lien causal 343
 facteurs externes 43, 321, 322
 interprétation 43, 343
 Nouvelle-Zélande 322
 observateur objectif 322
 orientation sexuelle 100, 348
 politiques de planning familial 336, 351
 preuve 341
 Royaume-Uni 340
- Pérou, Sentier Lumineux (*Sendero Luminoso*) 443
- persécution
 agents non étatiques *voir* agents non étatiques
 crainte continue présumée 596, 597, 604
 crainte *voir* crainte fondée
 crimes contre l'humanité 493
 crimes de droit commun 509, 510
 définition/signification 65, 78, 372, 378
 discrimination *voir* discrimination
 droits de l'Homme 78, 110, 376
 États *voir* persécution étatique
 Évitée 52, 95–96
 extradition 36, 510
 genre *voir* persécution liée au genre
 groupes sociaux *voir* certain groupe social
 menace *voir* menace de persécution
 persécution antérieure 58, 59, 106, 108, 581, 582,
 583, 596, 597, 604
 politique *voir* opinions politiques
 préjudice grave 375
 relativisme culturel 379
 « risque réel » 158
 Statut de la CPI (1998) 65 493
 viol 78, 80, 84, 90, 106
 violence domestique 46, 379
- persécution étatique
 directe/indirecte 92, 447, 448
 droits de l'Homme 444
 exploitation sexuelle 90
 gouvernement local 448
 liens indirects 92
 possibilité de protection interne/fuite interne/
 réinstallation interne 50, 100, 444
 répression soutenue par l'État 602
voir aussi absence de protection étatique
- persécution liée au genre
 absence de protection étatique 323, 347, 349, 378
 abus domestiques *voir* violence domestique
 acteurs non étatiques 46, 89, 314
 Afghanistan 324, 326
 Algérie 323
 certain groupe social
 acteurs non étatiques 90
 coutumes sociales 79, 81, 83, 314, 329, 392
 définition du réfugié 29, 96
 discrétion 79
 garanties 48
 interprétation 329
 législation nationale 46
 vie privée 394
- cessation 591
 codes vestimentaires 326, 341, 394
common law 47
 confidentialité 48, 61
 conflit armé 380, 381
 crainte fondée 48, 94, 368
 crimes de droit commun 103
 définition du réfugié 29, 88, 96
 droit civil 47
 exclusion 103
 exigence de lien causal 329, 331
 exploitation sexuelle 47, 89
 familles 29, 46, 349
 Guatemala 84
 Interprétation 45, 371
 Iran 325
 législation nationale 46, 48, 380
 menace à la vie ou à la liberté 47, 91
 mise en œuvre 380
 motifs de la Convention 387
 normes sociales 323, 349, 354

- opinion politique 97, 108, 327, 372, 392
- organisations non gouvernementales (ONG) 46
- orientation sexuelle 47
- ostracisme 47, 90, 102, 106
- Pays-Bas 326
- persécution dérivée 77
- persécution évitée 95
- persécution raciale 388
- persécution religieuse 97, 388
- pratique étatique 69
- Principes directeurs du HCR 45, 46, 47, 78, 79, 108
- prise de décision judiciaire 96
- procédure d'asile 48, 61, 79
- prostitution 47, 89
- protection internationale 370
- relativisme culturel 379
- Suisse 84
- traite des êtres humains 46, 47, 82, 85, 366
- Union européenne 89
- viol *voir* viol
- voir aussi* femmes
- persécution liée à la nationalité
 - dispositions conventionnelles 132, 147
 - menace à la vie ou à la liberté 158
- persécution raciale
 - Convention de 1965 373, 715
 - dispositions conventionnelles 132, 147
 - menace à la vie ou à la liberté 158
 - persécution liée au genre 387, 388
- persécution religieuse
 - Australie 434
 - certain groupe social 98
 - Chine 447
 - dispositions conventionnelles 132, 147
 - évitée 52-53, 95
 - Islam 98
 - menace à la vie ou à la liberté 158
 - opinions politiques 389
 - orientation sexuelle 98
 - persécution liée au genre 97, 388
 - possibilité de protection interne/fuite interne/
réinstallation interne 444, 447
 - Principes directeurs relatifs à l'asile 388
 - sensibilité à l'âge 87
- persécution spécifiquement liée au genre, interprétation 371
- personnes âgées
 - certain groupe social 100
 - crainte fondée 94
 - discrimination 94
 - prise en compte de l'âge 85
 - réunification familiale 630
 - victimes traumatisées 110
- personnes déplacées *voir* personnes déplacées à l'intérieur de leur propre pays
- personnes déplacées à l'intérieur de leur propre pays
 - Afghanistan 28
 - Angola 662
 - Caucase 28
 - déplacement forcé 30
 - droits de l'Homme 53
 - Grands Lacs 28
 - non-discrimination 458
 - Principes directeurs des Nations Unies (1998) 54, 72, 458, 459, 461
 - réponses discrétionnaires 28
 - réunification familiale 662
 - Yougoslavie (ex) 28
- personnes entrées de manière irrégulière *voir* entrée irrégulière
- personnes handicapées, certain groupe social 305
- plaintes
 - CEDH (1950) 710
 - États-Unis 290
 - individuelles 708, 724, 729
 - interétatiques 708, 727
- plaintes interétatiques
 - CEDH (1950) 710
 - suivi par un tiers 708, 727
- Plénipotentiaires *voir* Conférence de Plénipotentiaires (1951)
- politiques de planning familial
 - cas au Canada 311
 - cas au Royaume-Uni 433
 - cas aux États-Unis 318
 - cas aux Pays-Bas 326
 - cas en Australie 313, 329, 336, 433
 - cas en France 323
 - Chine 312, 313, 318, 323, 326, 335, 336, 349, 433
 - crainte fondée 349
 - demande commune 311, 329
 - droits de l'Homme 351
 - enfants nés en dehors des règles 85, 313
 - groupe disparate 313
 - perception sociale 336, 351
 - personnes mises à part 329, 339
 - politiques sociales permissives 349
 - punition 351
 - reconnaissance 305, 311
 - stérilisation/avortement 311, 312, 313, 323, 335, 349
- Pologne
 - enfants non accompagnés/séparés 627
 - réunification familiale 671
- pornographie, enfants 77, 85, 87
- possibilité de protection interne/fuite interne/
réinstallation interne
 - absence de nouveau risque 450
 - absence de protection étatique 448
 - accessibilité 382, 438, 439

- accessibilité juridique 440
 agents non étatiques 51, 53, 101, 449
 Allemagne 409, 435, 441, 452, 454
 analyse prospective 411, 430, 432
 analyse rétrospective 409, 410, 429
 antidote 441, 463
 caractère raisonnable *voir* analyse du caractère raisonnable
 cas américains 415, 446, 448
 cas australiens 418, 426, 433, 436, 440, 444, 447
 cas britanniques 418, 435, 438, 457
 cas canadiens 103, 435, 436, 439, 440, 442, 449, 460, 464, 467
 cas néo-zélandais 52, 407, 432, 435, 436, 437, 448, 463
 CEDH (1950) 456
 charge de la preuve 416, 417, 448, 466
 circonstances factuelles 49
common law 409
 concept
 analyse des autres possibilités 412
 évolution 407
 origine conceptuelle 50, 52
 conclusion 467
 conditions minimales 382
 conflit armé 450
 crainte fondée 48, 50, 52, 95, 383, 406, 411, 412, 441, 452
 Danemark 435
 demandes manifestement infondées 49, 50
 difficultés 52, 54, 103, 450, 460
 discrétion 404
 disponibilité 52
 droits 456
 droits de l'Homme 383, 457, 459
 enfants non accompagnés/séparés 103
 équité 466
 Espagne 462
 États intermédiaires 440
 Evaluation 438
 évaluation individuelle 464
 examen de la possibilité de fuite interne 406, 408, 441
 exclusion 409, 417, 430
 exigence du lien causal 450, 451, 452, 453
 familles 435, 640
 femmes non accompagnées 383
 Finlande 435
 garanties procédurales 463
 gouvernement local 448
 HCR
 Guide 408, 409
 Note d'information 410
 Position (1999) 411
 Principes directeurs 54
 interprétation 48, 382, 403
 jurisprudence nationale 409
 langues 436
 législation nationale 447
 Liberia 462
 menaces régionalisées 407, 448
 non-refoulement 453
 obligation de réserve 434
 obligation de se cacher 52, 433, 444, 448
 opinions politiques 449
 Pays-Bas 432, 435
 persécution étatique 51, 100, 444
 persécution religieuse 444
 pratique étatique 405, 439
 préjudice grave 383
 présomption 101, 446, 447, 448, 449
 protection étatique effective 53, 455
 protection suffisante 52, 457
 qualité de la protection 441
 recevabilité des demandes 49
 Recommandations de Michigan (1999) 52, 53, 407, 460, 461
 règle du « *thin skull* » 454
 responsabilité étatique 54, 462
 scepticisme 405–406
 sécurité 432, 434
 Somalie 462
 statut socio-économique 435
 Suisse 435, 436
 unité de la famille 435, 640
 voyage, risque physique 439
 poursuites *voir* poursuites pénales
 poursuites pénales
 Allemagne 485
 Autriche 528
 Belgique 486
 crimes graves 509
 crimes internationaux 485, 486, 510, 527
 entrée irrégulière 243
 faux documents 253, 256, 259, 266
 retour 36
 pratique étatique
 cessation 596, 603, 612
 changement fondamental 557
 changements de circonstances 575
 communisme, réfugiés 406
 droit international coutumier 174
 exception pour raisons impérieuses 59, 579, 604
 immunité de sanctions 245
 non-refoulement 516
 persécution liée au genre 69
 possibilité de protection interne/fuite interne/
 réinstallation interne 405, 439
 protection temporaire 585
 réunification familiale 651, 662

- unité de la famille 662
- préjudice
 - crainte *voir* crainte fondée
 - généralisée 450, 451
 - grave *voir* préjudice grave
 - seuil *voir* seuil du préjudice
- préjudice grave
 - exigence de lien causal 346
 - persécution 375
 - possibilité de protection interne/fuite interne/
réinstallation interne 382
 - rapatriement forcé 59
 - violence domestique 380
 - violence sexuelle 376
- premier volet (Réunion ministérielle — 2001), Dé-
claration 32
- présence irrégulière, interprétation 235
- présentation sans délais
 - acte d'exonération volontaire 243
 - Allemagne 240
 - dispositions conventionnelles 40, 132, 227
 - interprétation 256, 294, 296
 - limites temporelles 240
 - voir aussi* entrée irrégulière
- preuve
 - caractéristiques protégées 341
 - changement fondamental 556
 - exclusion 522, 523, 530
 - exigence du lien causal 386
 - perception sociale 341
 - voir aussi* niveau de preuve
- Principes directeurs du HCR
 - buts et principes des Nations Unies 514
 - caractère faisant autorité 697
 - certain groupe social 43
 - cessation 60, 554, 556, 576, 600
 - consolidation 63
 - crimes de droit commun 57
 - détention 41, 243, 264, 266, 275, 297
 - enfants non accompagnés/séparés 87
 - exception pour raisons impérieuses 580
 - exclusion 57, 501, 507, 524
 - mineurs 266
 - orientation sexuelle 47
 - persécution liée au genre 45, 46, 47, 78, 79, 108, 366
 - possibilité de protection interne/fuite interne/
réinstallation interne 54
 - publication 32
 - réclamation de la protection étatique 587
 - recouvrement de la nationalité 589
 - responsabilité de surveillance 63
- Principes directeurs en matière de législation natio-
nale relative aux réfugiés
 - entrée irrégulière 292
 - non-refoulement 164
- Principes directeurs relatifs aux déplacements in-
ternes (1998) 54, 72, 458, 460, 461
- Principes relatifs au traitement des réfugiés (1966)
 - menace pour la communauté 172
 - menace pour la vie ou la liberté 157
 - non-refoulement 120, 150, 155, 176, 179
 - refus d'admission à la frontière 145
 - sécurité nationale 162
- prise en compte du genre, pratique étatique 367
- procédures accélérées
 - Allemagne 250
 - Cessation 596, 604
 - demandes manifestement infondées 29, 49, 50
 - exclusion 57, 523, 524
 - voir aussi* procédure d'asile
- procédure d'asile
 - accélérée *voir* procédures accélérées
 - âge 108
 - attente de la décision définitive 40
 - Autriche 275
 - conseil juridique 48, 263, 266, 297
 - considérations additionnelles 297
 - considérations générales 294
 - considérations spécifiques 295
 - contrainte physique inutile 260
 - enfants
 - besoins spécifiques 30, 87
 - non accompagnés *voir* enfants non accompa-
gnés/séparés
 - enfants non accompagnés/séparés 660
 - équité/efficacité 29, 42, 660
 - entretiens *voir* entretiens
 - exclusion 57, 523
 - instructions administratives 297
 - normes minimales 42
 - persécution liée au genre 48, 61, 79
 - prise en compte
 - âge *voir* âge
 - genre *voir* genre
 - protection temporaire 59
 - recevabilité *voir* recevabilité des demandes
 - Suède 83
 - Union européenne 49, 523, 524, 577, 705
- procédure prévue par la loi
 - conformité 35, 166
 - détention 42, 297
 - entrée irrégulière 295
 - exceptions au non-refoulement 166, 182, 523
 - exclusion 58
 - expulsion 38, 133, 166
- Programme des Nations Unies pour le développe-
ment (PNUD) 569
- proportionnalité
 - crimes de droit commun 56, 507, 541
 - critères 170

- restrictions au déplacement 40, 263, 269, 272-273, 296
- sécurité nationale 170
- prostitution
- enfants 86-87, 89-90
 - Italie 90-91
 - persécution liée au genre 47, 89-90
 - Ukraine 91
 - voir aussi* exploitation sexuelle ; esclavage sexuel
- protection
- à l'intérieur de l'État d'origine 154
 - afflux massif 153
 - analyse du caractère raisonnable 53
 - brèches dans la protection 43
 - complémentaire *voir* protection complémentaire
 - consulaire *voir* protection consulaire
 - de substitution 64, 68, 406, 407, 420, 426, 429, 452
 - définition endogène 459
 - diplomatique *voir* protection diplomatique
 - internationale *voir* protection internationale
 - interne *voir* possibilité de protection interne/fuite interne/réinstallation interne
 - nationale *voir* protection étatique
 - réclamation *voir* réclamation de la protection étatique
 - signification ordinaire 428
 - temporaire *voir* protection temporaire
 - travaux préparatoires 423
- protection complémentaire
- changements de circonstances 583
 - difficultés 597
 - droits de l'Homme 627
 - interprétation 627
 - protection moindre 29
 - réunification familiale 627
 - traite des êtres humains 48
 - voir aussi* protection subsidiaire
- protection consulaire
- crainte des autorités consulaires 587
 - existence 68
 - intervention 64
 - réclamation de la protection étatique 587, 589
 - signification changée 68
 - voir aussi* protection diplomatique, missions diplomatiques
- protection diplomatique
- clause de protection 421
 - common law* 426
 - crainte fondée 427
 - défaillance 68
 - discrétion 424
 - existence 68
 - intervention 64
 - paramètres 424
 - personnes apatrides 422
 - signification changée 68
 - signification établie 423
 - voir aussi* protection consulaire
- protection étatique
- absence *voir* absence de protection étatique
 - changements de circonstances 553
 - droits de l'Homme 66, 110
 - épuisement des recours 93, 94, 405
 - groupes vulnérables 94
 - norme 377
 - pays démocratiques 93
 - possibilité de protection interne/fuite interne/réinstallation interne 53
 - présomption irréfutable 92
 - protection effective 53
 - réclamation *voir* réclamation de la protection étatique
 - reconnaissance collective 553
 - signification de la protection 66
 - voir aussi* possibilité de protection interne/fuite interne/réinstallation interne
- protection internationale
- accès universel 369
 - Agenda pour la Protection 31
 - cœur de l'examen 370
 - égalité de traitement 74
 - évaluation *voir* évaluation individuelle
 - évolution logique 429
 - filet de sécurité/soutien 382, 404
 - fonction principale 691
 - persécution liée au genre 370
 - Principes directeurs *voir* Principes directeurs du HCR
 - protection de substitution 64, 68, 405, 406, 419, 426, 429, 452
 - Réunion ministérielle, Genève (2001) 72
 - sources du droit 64
 - vingt et unième siècle 64
 - violence domestique 29
 - voir aussi* protection étatique
- Protection interne *voir* possibilité de protection interne/fuite interne/réinstallation interne
- protection subsidiaire
- changements de circonstances 59, 582
 - difficultés 597
 - Union européenne 66, 584
 - voir aussi* protection complémentaire
- protection de substitution 64, 68, 405, 406, 419, 426, 429, 452
- protection temporaire
- afflux massif 553, 585, 659
 - Australie 248
 - changement de circonstances 553, 579, 585
 - charge de la preuve 585
 - Convention de l'OUA sur les réfugiés (1969) 585

- entrée irrégulière 230, 231
 - États-Unis 660
 - non-refoulement 145, 152, 585
 - pratique étatique 585
 - réunification familiale 659
 - terme 58, 153, 557, 585
 - Union européenne 59, 152, 585, 659
 - Protocole (1967)
 - adaptabilité 27
 - droits de l'Homme 371
 - États contractants 134, 138, 140, 179
 - États non contractants 172, 206, 690
 - limites
 - absence de limite territoriale 146
 - renvoi 74, 134, 371
 - non-refoulement 139
 - objet 133
 - Préambule 134
 - principes fondamentaux 30
 - Protocole additionnel I (1977) 485, 646, 719
 - Protocole additionnel II (1977) 662
 - Protocoles additionnels (1977) 488, 493
 - Protocole sur les mines, objets piégés et autres engins (1996) 721
- Q**
- Quatrième Conférence mondiale sur les femmes (1995)
 - Plateforme d'action de Pékin 77
- R**
- raison reconnue valable
 - adéquate 229
 - crainte fondée 234, 257, 295
 - dispositions conventionnelles 40, 132, 227
 - faux documents 240, 241, 243
 - flexibilité 257
 - interprétation 234, 241, 256, 294
 - menaces 231
 - transit 257
 - travaux préparatoires 227
 - unité de la famille 257, 295
 - voir aussi* entrée irrégulière
 - rapatriement
 - unité de la famille 631
 - forcé *voir* rapatriement forcé
 - volontaire *voir* rapatriement librement consenti
 - rapatriement forcé
 - recouvrement de la nationalité 590
 - préjudice économique grave 59
 - rapatriement librement consenti
 - Afghanistan 572
 - Assisté 60
 - Cambodge 573
 - changement fondamental 557, 600
 - clauses de sauvegarde 576, 594
 - déplacement forcé 30
 - droits de l'Homme 557
 - Ethiopie 567
 - évolution des normes 58
 - normes 553, 579, 600
 - possibilité de cessation 563
 - réunification familiale 631, 680
 - Soudan 569
 - Rapporteurs Spéciaux
 - avantages 719
 - Commission des droits de l'Homme de l'ONU 716, 718
 - lacunes 719
 - missions 718
 - rapports des États
 - dispositions conventionnelles 690
 - droits de l'Homme 712, 727
 - évaluation 714, 727
 - Organisation internationale du travail (OIT) 713
 - rapports présentés en retard 715
 - UNESCO 714
 - ratification
 - traités
 - non-refoulement 197
 - traités internationaux 255
 - recevabilité des demandes
 - Belgique 249
 - détention 247
 - exclusion 57, 523
 - possibilité de protection interne/fuite interne/
réinstallation interne 49, 50, 53
 - recueil d'informations, HCR 697, 716, 728
 - réclamation de la protection nationale
 - caractère volontaire/intention 587
 - circonstances personnelles 58, 586
 - documents de voyage 586, 587, 605
 - Guide* du HCR 587, 605
 - mineurs 631
 - preuve contraire 587
 - Principes directeurs du HCR 587
 - protection consulaire 587, 589
 - statut de réfugié refusé 426
 - voir aussi* cessation
 - Recommandations de Michigan (1999), alternative de protection interne 52, 53, 406, 459, 460
 - Recommandations de Michigan (2001), exigence du lien causal 385, 386
 - recouvrement de la nationalité
 - à l'initiative de l'État 589, 605
 - apatrides 589, 590
 - caractère volontaire 589, 590, 605
 - circonstances personnelles 58, 589
 - Convention de l'OUA sur les réfugiés 589, 605

- Guide* du HCR 589, 605
 Principes directeurs du HCR 589
 rapatriement forcé 590
 refus 589, 590
voir aussi cessation
- refoulement
 analyse du caractère raisonnable 453
 CEDH (1950) 177
 comportement interdit 143
 « de quelque manière que ce soit » 143, 453
 dernier recours 38
 dispositions conventionnelles 133
 entrée irrégulière 149
 « frontières des territoires » 133, 153
 impunité 528
 indirect 35, 36, 453, 454
 interprétation 145
 lieux interdits 153
 non-admission *voir* refus d'admission à la frontière
 pré-admission 146
 responsabilité de l'État 35, 141
 territoires pas États 152
 transporteurs 141
 voir aussi non-refoulement ; retour
- Refugee Women's Legal Group (RWLG)
 identité raciale 388
 opinions politiques 394
 questions procédurales 395
 relations de genre 370
 religion 389
- réfugiés du Kosovo 60, 660
- refus
 acquisition d'une nouvelle nationalité 591
 mutilations génitales féminines (FGM) 97
 recouvrement de la nationalité 590, 605
- refus d'admission à la frontière
 Belgique 145
 crainte fondée 145
 dispositions conventionnelles 145
 droits de l'Homme 147
 France 145
 non-refoulement 143, 145, 157, 181
 responsabilité étatique 35
- refus de protection, examen individuel 150, 168
- régions
 États tiers sûrs 30
 menaces régionalisées 406, 449
 pays d'origine sûr 30
- réinstallation interne *voir* possibilité de protection
 interne/fuite interne/réinstallation interne
- réinstallation
 Consultations annuelles tripartites (2001) 633
 difficultés 633
 enfants non accompagnés/séparés 661
 États tiers sûrs 30
- États-Unis 665
 mariage de bonne foi 653
 organisations non gouvernementales (ONG) 633
 unité de la famille 61, 625, 631
- relativisme culturel
 droits de l'Homme 379
 familles élargies 653
 jeunes 654
 mariage 380, 653
 mutilations génitales féminines 380
 persécution 379
 persécution liée au genre 379
- relevé des conclusions du deuxième volet
 article 31 58, 293
 certain groupe social 43, 44, 99, 357
 cessation 575, 582, 395, 602, 612
 changement fondamental 59
 détention 41, 293
 exclusion 539
 non-refoulement 217
 persécution liée au genre 61, 397
 possibilité de protection interne/fuite interne/
 réinstallation interne 49, 102, 471
 prise de décision 32, 34
 responsabilité de surveillance 63
 thèmes 34
 unité de la famille 62, 677
- religion
 Islam *voir* Islam
 liberté religieuse 388
- renvoi
 États tiers sûrs 145
 États-Unis 270
 expulsion *voir* expulsion
 extradition *voir* extradition
 renvoi ultérieur 154, 155, 182
 retour *voir* retour
- réponses discrétionnaires, personnes déplacées à
 l'intérieur de leur propre pays 28
- réserves
 Convention de 1951 115, 133, 134, 139
 Convention de Caracas sur l'asile territorial
 (1954) 262
 Convention de l'OUA sur les réfugiés (1969) 262
 Convention sur le génocide (1948) 136
 Convention relative aux droits de l'enfant (CDE)
 (1989) 648
 PIDCP (1966) 185
 restrictions à la circulation 261
- Résolutions de l'Assemblée générale des Nations
 Unies
 afflux massif 152
 agression 490
 asile territorial *voir* Déclaration sur l'asile territorial
 conférences de révision 721

- détention 264
- droits de l'Homme 719
- HCR 99, 126, 127, 129, 157
- non-refoulement 139, 147, 149
- Organisation internationale pour les réfugiés (OIR) 126
- terrorisme 497, 498, 501, 510
- traitement inhumain ou dégradant 186
- Résolution de Londres sur les demandes manifestement infondées (1992),
 - possibilité de protection interne/fuite interne/réinstallation interne 50, 523
- Résolutions du Conseil de sécurité des Nations Unies
 - buts et principes des Nations Unies 515
 - Cour pénale internationale (CPI) 527
 - forces de maintien de la paix 526
 - organisations interdites 526
 - procès équitable 538
- respect
 - droits de l'Homme 62, 365
 - normes internationales 255, 256, 257, 263
 - procédure prévue par la loi 35, 166
 - responsabilité de surveillance 62, 129
- responsabilités
 - États *voir* responsabilité étatique
 - surveillance *voir* responsabilité de surveillance
- responsabilité de commandement
 - connaissance 501, 502
 - crimes de guerre 495
 - Statut de la CPI 501
- responsabilité étatique
 - absence de limites territoriales 146
 - attribution 142, 146, 192
 - CDI 140
 - CEDH (1950) 256
 - choix des moyens 255, 257
 - compétence 142, 143, 146
 - Convention de Dublin (1990) 226, 249, 251
 - dimension territoriale 192
 - en dehors du territoire 142
 - États contractants 141, 254
 - extradition 36
 - faux documents 255
 - haute mer 146
 - interception 35
 - mise en œuvre 255
 - non-refoulement *voir* non-refoulement
 - normes internationales 254
 - PIDCP (1966) 142
 - possibilité de protection interne/fuite interne/réinstallation interne 53, 463
 - refoulement 35 141
 - refus d'admission à la frontière 35
 - transit 146, 256, 274
- responsabilité de surveillance
 - caractère hybride 699
 - cessation 556
 - Commission internationale de contrôle des drogues 63, 720, 721
 - conformité 62, 129
 - contenu principal 688
 - contrôle par les pairs 746
 - Convention de l'OUA sur les réfugiés (1969) 690
 - Déclaration de Carthagène sur les réfugiés (1984) 690
 - dispositions conventionnelles 688
 - États non contractants 690
 - interprétation 62, 686, 744
 - nécessité d'avancer 701
 - obligations de coopération 688
 - obligations de présenter des rapports 689
 - OCDE 63, 720
 - Organisation internationale du travail (OIT) 63, 710, 713
 - pratique actuelle 691
 - procédures des comités 712
 - renforcement 63, 746
 - réunions des États parties 746
 - suivi 701
 - tiers *voir* surveillance par un tiers
 - voir aussi* mise en œuvre
- restrictions, circulation *voir* restrictions à la circulation
- restrictions à la circulation
 - administratives 273, 296
 - afflux massif 234, 261, 262, 273
 - conclusions 272
 - détention particulière 260, 273, 297
 - dispositions conventionnelles 261
 - droits de l'Homme 40, 263, 295
 - entrée irrégulière 262
 - étendue de la protection 261
 - incursions subversives 261
 - interprétation 234, 260, 296
 - « nécessaire » 40, 132, 262, 263
 - ordre public 261, 263
 - PIDCP (1966) 263
 - proportionnalité 41, 263, 268, 273, 296
 - rapports/statistiques 298
 - règlements 260, 261
 - réserves 261
 - santé publique 263
 - sécurité nationale 261, 262, 263
 - voir aussi* détention
- retour
 - analyse du caractère raisonnable 101
 - casier judiciaire 38
 - cessation 59
 - droits de l'Homme 59, 590
 - extradition 40

- femmes non accompagnées 101
interdiction 133
interprétation 145
poursuites judiciaires 36
sécurité et dignité 153
voir aussi non-refoulement ; refoulement
- réunification familiale
absence de dispositions nationales 667
action positive 647
allocation de ressources 628
Australie 648, 662, 666, 672
cadre juridique 662
Canada 672
Comité des droits de l'Homme (CDH) 646
Conseil de l'Europe 657, 661
contexte des réfugiés 651
contrôle migratoire 624, 666
contrôles de fond 629
Convention de l'OUA sur les réfugiés (1969) 657
Coûts 671
Déclaration de Carthage sur les réfugiés (1984)
657
définition du réfugié 628
délais de traitement 671
demandeurs d'asile 660, 680
dépendance
affective 653, 654
critères 630
définition 654
facteurs limitatifs 654
versements 654
droit international 645, 679
droits de l'Homme 646
écoulement du temps 625
efforts de recherche 658, 659
enfants 627, 630
enfants non accompagnés/séparés 627, 631, 647,
658
entrée irrégulière 666
Equateur 668
établissement de normes 62
États-Unis 349, 653, 658, 664, 670, 671
exigences de revenu 627, 628, 667, 671
Fédération de Russie 653
intégrité familiale 622
liens économiques/affectifs 656
lois nationales 664
mise en œuvre 60, 62, 645, 668
missions diplomatiques 670
OCDE 624
personnes âgées 630
personnes déplacées à l'intérieur de leur propre
pays 662
PIDCP (1966) 646
Pologne 671
pratique étatique 651, 62
procédures de demande 670
programmes d'assistance 630
protection complémentaire 657
protection temporaire 659
rapatriement librement consenti 631, 680
réfugiés conventionnels 656
réintégration 631
Roumanie 628
santé 628, 671, 672
test ADN 672
travailleurs migrants 646
Union européenne 652, 661, 663, 672
- Réunion ministérielle, Genève (2001)
Déclaration 31, 34, 72, 113
protection internationale 72
responsabilité de surveillance 63
- risque
analyse du caractère raisonnable 452
disparition 266, 268, 271, 274, 296
possibilité de protection interne/fuite interne/
réinstallation interne 439, 450, 452
« risque réel » 158, 194
torture
nature du risque 192
sécurité nationale 38, 39, 169, 536
- Roumanie
cessation 561, 563, 598
démocratisation 567
discrimination 566
droits de l'Homme
réunification familiale 628
- Royaume-Uni
autorisation exceptionnelle de rester (ELR) 665
caractéristiques protégées 43, 315
certain groupe social 43, 314, 315
détention 226, 253
documents du HCR 697
expulsion 187
extradition 485
faux documents 253, 288
immunité de sanctions 236, 240, 242, 288
infractions politiques 505
perception sociale 340
possibilité de protection interne/fuite interne/
réinstallation interne 418, 435, 438, 457
Principes directeurs relatifs à l'asile 83, 389
sécurité sociale 340
sensibilité au genre 83
- Rwanda
génocide 55
procédures belges 486
TPIR *voir* Tribunal pénal international pour le
Rwanda

S

- Saddam, Hussein 432
- Sao Tomé et Príncipe 563
- sanctions
 - immunités *voir* immunité de sanctions
 - interprétation 40, 119, 126, 259, 296
 - peine capitale *voir* peine de mort
 - personnes entrées irrégulièrement *voir* entrée irrégulière
- santé
 - restrictions à la circulation 263
 - réunification familiale 628, 671, 673
- sati 380
- Schermers, H.G. 707
- Seconde guerre mondiale
 - crimes de guerre 483
 - nationalité, restrictions 261
 - réfugiés européens 28, 72
- sécurité nationale
 - afflux massif 163, 168
 - Allemagne 516
 - attaques du 11 septembre 2001 28, 36, 629
 - Belgique 249
 - Canada 57
 - comparaison à la menace pour la communauté 172, 522, 519
 - Déclaration sur l'asile territorial (1967) 162
 - Détention 41, 233, 264, 266, 274, 296
 - dispositions conventionnelles 133, 160, 166, 522
 - examen individuel 168
 - exceptions au non-refoulement 35, 38, 57, 133, 161, 165, 166, 182, 516, 517
 - expulsion 133, 522
 - interprétation 166, 529
 - marge d'appréciation 167
 - menace
 - État de refuge 167
 - motifs raisonnables 167, 169
 - nature grave 168
 - nature prospective 166
 - mesures provisoires 233, 261
 - Principes (Afrique/Asie) relatifs au traitement des réfugiés (1966) 162
 - proportionnalité 169
 - restrictions à la circulation 261, 262, 263
 - risque de torture 38, 39, 169, 536
 - terrorisme 28, 3, 6 516
 - travaux préparatoires 168
- sécurité sociale, Royaume-Uni 243
- sensibilité à l'âge
 - agents non étatiques 92
 - certain groupe social 96
 - cessation 105
 - enfants 85
 - non-discrimination 74, 110
 - opinions politiques 87
 - persécution religieuse 87
 - personnes âgées 85
 - procédure d'asile 108
 - statut de réfugié 74, 85
- sensibilité au genre
 - analyse holistique 75
 - cessation 105
 - entretiens 108, 395
 - exclusion 533
 - mise en œuvre 108
 - non-discrimination 74, 110
 - pratique étatique 368
 - questions de procédure 395–396
 - Royaume-Uni 83
 - statut de réfugié 46, 74, 80, 82, 85
- service militaire avant l'âge
 - crimes de guerre 104, 105, 532
 - demandes potentielles 85, 87
 - droits de l'Homme 104
 - exclusion 103, 105, 532–533
 - exploitation sexuelle 105
 - mens rea* 104
 - non-refoulement 532
 - Protocole facultatif de la CDE 104
 - victimes 104, 105
- seuil du préjudice
 - CEDH (1950) 194
 - Convention contre la torture (1984) 194
 - PIDCP (1966) 194
 - traitement inhumain ou dégradant 194
- sexe
 - à distinguer du genre 45, 75, 370
 - définition du réfugié 371
 - femmes *voir* femmes
 - persécution *voir* persécution liée au genre
- Slovaquie, cessation 561
- société civile
 - alternatives à la détention 297
 - conditions de détention 275, 297
- Société des Nations
 - Pacte relatif à l'Afrique du Sud-Ouest 136
 - réfugiés 131
- solutions durables
 - afflux massif 151
 - cessation 615
 - changement fondamental 557
 - déplacement forcé 30
 - effectivité 70
 - promotion 115
 - rapatriement *voir* rapatriement librement consenti
 - situations prolongées 58
 - unité de la famille 62, 624, 631
 - victimes traumatisées 106

- Somalie
 conflit de l'Ogaden 561
 mutilations génitales féminines (FGM) 324
 possibilité de protection interne/fuite interne/
 réinstallation interne 461-462
- Soudan
 accords de paix 568, 602
 aide d'urgence 569
 Programme de développement de l'ONU (PNUD)
 569
 rapatriement librement consenti 569
 réconciliation nationale 569
 réfugiés éthiopiens 568
- Spijkerboer, Thomas 76, 326
- Sri Lanka
 orientation sexuelle 95-96
 persécution des Tamouls 436, 441, 457, 460
- statut de réfugié
 Afrique du Sud 84
 cessation *voir* cessation
 Convention de 1951 *voir* Convention relative au
 statut des réfugiés
 détermination *voir* détermination du statut
 esclavage sexuel 89
Guide voir Guide du HCR
 Irlande 84
 législation nationale 148
 nature déclaratoire 231
 niveau de preuve 157
 Norvège 83
 Nouvelle-Zélande 2
 obtention frauduleuse 575, 625
 Panama 84
 réfugiés le méritant 484
 sensibilité à l'âge 74, 85
 sensibilité au genre 46, 74, 80, 82, 85
 Venezuela 84
- statut dérivé
 familles 61, 534, 639, 653
 femmes 395
 persécution dérivée 76
- Statuts de la CPI (1998)
 capacité officielle 494
 crime d'agression 489
 crimes contre l'humanité 101, 367, 489, 490
 crimes de guerre 494
 droits de l'Homme 77
 mineurs 532
 persécution 65, 493
 ratification 527
 responsabilité de commandement 501
 service militaire avant l'âge 104
 violence sexuelle 367
voir aussi Cour pénale internationale (CPI)
- Storey, Hugo 435, 458
- Suède
 détention 226, 253
 exceptions au non-refoulement 162
 expulsion 253
 orientation sexuelle 83
 procédure d'asile 83
- Suisse
 Cessation 580
 changement fondamental 557
 crainte fondée 69
 immunité de sanctions 235, 240, 287
 infractions politiques 505
 non-refoulement 173
 persécution liée au genre 84
 possibilité de protection interne/fuite interne/
 réinstallation interne 435, 436
- surveillance par un tiers
 à l'initiative d'autres États 708
 à l'initiative des personnes 708, 724, 729
 au nom de l'organisation/organe conventionnel
 708, 712
 au-delà de la Convention 733
 avis consultatifs 723, 729
 buts 725
 cadre général 707
 caractère inclusif 727
 caractère opérationnel 727
 catégorisation 707
 complémentarité 727
 conférences de révision 721
 droit international 707
 établissement des faits 716, 747
 évaluation 711, 714, 727
 examen des politiques 720
 externe 708
 indépendance/expertise 727
 interne 708
 nouveau mécanisme 725, 734
 objectivité/transparence 727
 plaintes interétatiques 708, 709, 727
 proposition 731
 proposition de Sous-Comité 731
 rapports des États *voir* rapports des États
 recommandations 735
 recueil d'informations 697, 716, 728
 surveillance par les tribunaux 731, 747
 systèmes d'inspection 721
voir aussi responsabilité de surveillance
- T**
- Tchad, conflit armé interne 561
- Terrorisme
 à distinguer des combattants de la liberté 496
 attaques du 11 septembre 2001 28, 29, 36, 488, 501,
 514, 629

- attentats 486, 497, 503
- autodétermination 496
- but et principes des Nations Unies 514, 515
- Convention européenne (1977) 514
- conventions multilatérales 486, 506, 510, 511, 528
- crimes contre l'humanité 493
- crimes de droit commun 495, 497
- définition 197
- extradition 497
- financement 486, 498, 503
- non-refoulement 516
- organisations interdites 526
- organisations terroristes 530
- Résolutions de l'Assemblée générale des Nations Unies 497, 498, 501, 509
- sécurité nationale 28, 36, 516
- soi-disant crimes 504
- test de prédominance, droit pénal 57, 506
- Thaïlande, réfugiés cambodgiens 573
- torture
 - CCT *voir* Convention contre la torture (1984)
 - CEDH (1950) 176, 184, 185, 192, 702
 - certain groupe social 335
 - Charte africaine (1981) 184, 185, 190
 - Comité des droits de l'Homme (CDH) 177, 185, 189, 701
 - Convention américaine (1969) 184, 185, 190
 - Déclaration (1975) 185
 - droit international coutumier 183
 - DUDH (1948) 184
 - expulsion 187, 191, 38
 - Inde 448, 464
 - interdiction 184
 - interdiction implicite 190
 - ius cogens* 184
 - menace sur la vie ou la liberté 157, 164
 - non-refoulement 35, 124, 145, 150, 157, 163, 164, 165, 169, 183, 187, 486, 509, 701
 - normes impératives 186, 486
 - PIDCP (1966) 38, 176, 177, 184, 185, 189, 194, 701
 - risque, sécurité nationale 38, 39, 169, 536
 - seuil du préjudice 194
 - viol 80
- voir aussi* traitement inhumain ou dégradant
- trafic de personnes
 - à distinguer de la traite 246
 - Australie 666
 - Canada 280–281
 - définition de l'entrée irrégulière 234
 - immunité de sanctions 240
 - migrations irrégulières 29
 - Protocole sur le trafic de migrants (2000) 241, 245, 294
 - travaux préparatoires 241
 - voir aussi* traite des êtres humains
- traite des êtres humains
 - agents non étatiques 90, 91
 - apatrides 90
 - Canada 280
 - certain groupe social 90–91
 - discrimination 47, 90
 - entrée irrégulière 234
 - États d'origine 90
 - fuite, représailles 47, 90
 - migration irrégulière 29
 - mineurs 47
 - Nigeria 90–91
 - persécution liée au genre 46, 47, 82, 85
 - protection complémentaire 48
 - trafic *voir* trafic de personnes
 - victimes, discrimination 47, 90
 - violence sexuelle 90
 - voir aussi* prostitution, exploitation sexuelle
- traités
 - influence mutuelle 137
 - interprétation *voir* interprétation
- traitement inhumain ou dégradant
 - CEDH (1950) 176, 185, 192
 - Charte africaine (1981) 184, 185, 190
 - Comité des droits de l'Homme (CDH) 177, 185, 189, 194
 - Convention américaine (1969) 184, 185, 190
 - détention 262
 - droit international coutumier 183
 - droits socio-économiques 374
 - DUDH (1948) 184
 - exploitation sexuelle 47
 - expulsion 190, 187, 191
 - interdiction 184, 274
 - interdiction implicite 190
 - menace à la vie ou à la liberté 157, 164
 - non-refoulement 35, 124, 145, 150, 163, 164, 165, 169, 183, 187
 - PIDCP (1966) 176, 177, 184, 185, 189, 194
 - PIDESC (1966) 374
 - Résolutions de l'Assemblée générale des Nations Unies 186
 - seuil de la menace 194
- transporteurs
 - refoulement 141
 - sanctions 29, 587
 - documents de voyage 141, 242, 245, 259, 296, 587
- transit
 - crainte fondée 234–235
 - entrée irrégulière, transit nécessaire 230, 258, 295, 626
 - raison reconnue valable 257
 - responsabilité étatique 146, 256
 - zones de transit 146, 250, 274
- transsexuels

- Algérie 323
 certain groupe social 323
 persécution liée au genre 47
- travaux préparatoires
 afflux massif 151
 caractéristiques innées/immuables 337
 certain groupe social 306
 crimes de droit commun 509
 entrée irrégulière 227, 240
 exceptions au non-refoulement 162, 168
 exclusion 483
 extradition 504
 interprétation 151, 227
 menace sur la vie ou la liberté 155
 protection 423
 raison reconnue valable 227
 sécurité nationale 168
 trafic de personnes 241
- « Tribunal international des réfugiés » 483
- Tribunal militaire international, Accord de Londres
 126, 488
- Tribunal pénal international pour le Rwanda
 création 56, 527
 crime de persécution 493
 crimes contre l'humanité 81, 103, 491
 crimes de guerre 493
 jurisprudence 77, 367, 489
locus delicti 485
voir aussi Rwanda
- Tribunal pénal international pour l'ex-Yougoslavie
 création 56 527
 crime de persécution 493
 crimes contre l'humanité 81, 103, 490
 crimes de guerre 494
 jurisprudence 77, 367, 489
locus delicti 485
voir aussi Yougoslavie (ex)
- troisième volet (dans le cadre du Comité exécutif)
 persécution liée au genre 84
 portée 31
voir aussi Comité exécutif
- Turkménistan, immunité de sanctions 287-288
- U**
- Ukraine, prostitution 91
- UNESCO
 Convention contre la discrimination dans l'enseignement (1960) 710
 rapports des États 713-714
- Union européenne
 cessation 559, 578, 584
 Conseil européen, Tampere (1999) 113,152
 Convention de Dublin *voir* Convention de Dublin (1990)
 Cour européenne de Justice (CEJ) 705, 723, 731, 747
- définition du réfugié 69, 89
 demandes manifestement infondées 50, 523
 enfants non accompagnés/séparés 661
 non-refoulement 152
 persécution 66
 persécution liée au genre 89
 procédure d'asile 49, 523, 524, 577, 705
 protection subsidiaire 66, 584
 protection temporaire 59, 152, 585, 659
 réunification familiale 652, 661, 663, 664, 672
- Unité africaine *voir* Organisation de l'Unité Africaine
- unité de la famille
 absence de dispositions nationales 667
 Accords d'Helsinki 646
 afflux massif 658, 680
 Allemagne 667
 assistance mutuelle 624
 Australie 248, 663, 673
 Bélarus 665
 cadre juridique 663
 camps de réfugiés 658
 Canada 640
 CEDH (1950) 61, 635, 644, 649
 Comité des droits de l'Homme (CDH) 636, 637
 Comité exécutif 582, 624, 639, 659
 conclusions 674
 Conférence de plénipotentiaires (1951) 60, 624, 637, 656
 considérations générales 677
 Convention de Dublin (1990) 661
 Convention de Genève IV (1949) 645
 Convention de l'OUA sur les réfugiés (1969) 656
 Danemark 61
 détention 42, 275, 297, 673
 droit fondamental 637
 droit international 633
 droit international coutumier 636
 droit international humanitaire 60, 623, 633, 645
 droits à la réunification *voir* réunification familiale
 droits de l'Homme 60, 623, 633, 645
 exception pour raisons impérieuses 581, 582
 exclusion 533, 543, 642
 expulsion 61, 644
 expulsion 61, 643
 faux documents 643
 Finlande 663
 intégration sur place 631
 interprétation 60
 Kenya 663
 législation nationale 664
 marge d'appréciation 61
 migrations en chaîne 636
 mise en œuvre 68
 Norvège 663
 obligations 61, 624, 637

PIDCP (1966) 636, 644
PIDESC (1966) 636
pratique étatique 663
raison reconnue valable 258, 295
rapatriement 631
réfugiés conventionnels 656
réinstallation 61, 626, 631
solutions durables 62, 625, 631
unités spécialisées dans l'exclusion 57
Uruguay, responsabilité étatique 142

V

van Dongen, T. 718
van Krieken, P. 506, 514, 648
Venezuela, statut de réfugié 84
Vietnam, cessation 571
Vike-Freiberga, Vaira 72
victimes
force majeure 262
service militaire avant l'âge 104, 105
traite, discrimination 47, 90
traumatisées *voir* victimes traumatisées
victimes traumatisées
enfants 106, 532
exception pour raisons impérieuses 107, 582
personnes âgées 110
réfugiés statutaires 579
solutions durables 106
stress post-traumatique 582
viol
Autriche 84
conflit armé 29, 80, 90
conflit ethnique 97
crimes relevant de l'exclusion 103
droits de l'Homme 78
effets psychologiques 106
génocide 81
persécution 47, 78
torture 80
voir aussi violence sexuelle
violence
Déclaration sur l'élimination de la violence à l'égard des femmes (1993) 77, 379
domestique *voir* violence domestique
généralisée 158, 159, 450
menace à la vie ou à la liberté 157
persécution *voir* persécution sexuelle *voir* violence sexuelle
violence liée à la dot 46
violence politique 319

voir aussi conflit armé
violence domestique
absence de protection étatique 89, 352
certain groupe social 81, 305, 329, 352
demandes potentielles 85, 352
exigence du lien causal 329, 344, 347, 349, 352, 354
législation nationale 347
Mexique 349
Pakistan 89, 314, 329
persécution 46, 379
protection internationale 29
sérvices graves 379
voir aussi persécution liée au genre
violence liée à la dot 46
violence sexuelle
catégories 375
cessation 106
changement fondamental 106
conflit armé 381
crimes relevant de l'exclusion 103
interprétation 375
préjudice grave 375
Statut de la CPI (1998) 367
traite des êtres humains 90
viol *voir* viol

W

Weis, Paul 155, 169

X

xénophobie
exploitation 28
instructions administratives 298
tendances restrictives 260

Y

Yougoslavie (ex)
Bosnie *voir* Bosnie-Herzégovine
crise humanitaire 151
personnes déplacées à l'intérieur de leur propre pays (IDP) 28
Kosovo 60, 660
TPIY *voir* Tribunal pénal international pour l'ex-Yougoslavie
Young, Wendy 78, 94

Z

Zimbabwe
immunité de sanctions 291–292
indépendance 563

TABLE DES MATIÈRES

Notes sur les auteurs et les directeurs de la publication	5
Avant-propos	11
Préface	13
Remerciements	17
Tables rondes d'experts et sujets abordés au cours du « deuxième volet » des Consultations mondiales	19
Abréviations	21

Première partie

INTRODUCTION	25
---------------------------	----

1.1

La protection des réfugiés en droit international : perspective globale

Volker TÜRK et Frances NICHOLSON	27
I. Contexte	28
II. Structure de l'ouvrage et objectif de cette présentation générale	31
III. Les neuf thèmes abordés dans les documents de travail et dans les Relevés des conclusions des tables rondes	34
A. <i>La portée et le contenu du principe du non-refoulement</i>	34
B. <i>L'article 31 de la Convention de 1951 relative au statut des réfugiés : l'entrée irrégulière</i>	39
C. <i>L'appartenance à un certain groupe social</i>	42
D. <i>La persécution liée au genre</i>	45
E. <i>La possibilité de fuite, de réinstallation ou de protection internes</i>	49
F. <i>L'exclusion</i>	55
G. <i>La cessation</i>	58

H. <i>L'unité de la famille et la protection des réfugiés</i>	60
I. <i>La responsabilité de surveillance du HCR</i>	62
IV. <i>La protection contre la persécution au XXI^e siècle</i>	64
V. <i>Conclusion</i>	70

1.2

Les dimensions de l'âge et du genre en droit international des réfugiés

Alice EDWARDS	73
I. <i>Contexte</i>	74
A. <i>Le contexte des droits de l'Homme</i>	75
B. <i>Les développements récents</i>	79
1. <i>Le genre</i>	79
2. <i>L'âge</i>	85
II. <i>L'âge et le genre dans la définition du réfugié</i>	88
A. <i>L'inclusion</i>	88
1. <i>Les agents de persécution non étatiques</i>	88
2. <i>L'évaluation de la nature fondée de la crainte</i>	94
3. <i>Éviter la persécution</i>	95
4. <i>« L'appartenance à un certain groupe social » par rapport aux autres motifs</i>	96
5. <i>Les possibilités de refuge interne</i>	101
B. <i>L'exclusion</i>	103
C. <i>La cessation</i>	105
III. <i>L'âge et le genre dans les procédures d'asile</i>	107
IV. <i>Conclusion</i>	109

1.3

<i>Déclaration des États parties à la Convention de 1951 et/ou à son Protocole de 1967 relatifs au statut des réfugiés</i>	113
--	-----

Deuxième partie
LE NON-REFOULEMENT
(ARTICLE 33 DE LA CONVENTION DE 1951) 117

2.1

Avis sur la portée et le contenu du principe du non-refoulement

Sir Elihu LAUTERPACHT et Daniel BETHLEHEM	119
I. Introduction	122
A. Contextes dans lesquels le non-refoulement est applicable	122
B. Intérêt du HCR	125
1. Mise en place du HCR et mandat	125
2. Le Comité exécutif du Programme du Haut Commissaire	129
II. La Convention de 1951 (telle qu'amendée par le Protocole de 1967)	131
A. Les origines de la Convention de 1951	131
B. La Convention de 1951	132
C. Le Protocole de 1967	133
D. L'approche de l'interprétation	135
E. Observations préliminaires	138
F. L'interprétation de l'article 33 § 1 de la Convention de 1951	139
1. Qui est lié ?	140
(a) Signification de l'expression « État contractant »	140
(b) La responsabilité de l'État contractant est-elle limitée à ce qui se passe sur son territoire ?	141
2. Comportement interdit	143
(a) Applicabilité à l'extradition	144
(b) Refus d'admission à la frontière	145
3. Qui est protégé ?	147
(a) Le non-refoulement n'est pas limité à ceux qui ont été officiellement reconnus comme réfugiés	148
(b) Nécessité d'examiner chaque cas individuellement	150
(c) Afflux massif	151
4. Le lieu vers lequel le refoulement est interdit	153
(a) « Territoires » et non « États »	153
(b) « Pays tiers »	154
5. La menace pour la vie ou la liberté	155
6. La nature de la menace	158
7. Conclusions relatives à cette section	160
G. Article 33 § 2 : les exceptions	161
1. Observations générales	161

(a) Lien avec l'article 1 F	161
(b) Evolution à l'encontre des dérogations à l'interdiction du refoulement	163
(c) Restrictions à l'interprétation et à l'application des dérogations de l'article 33 § 2	165
2. Observations spécifiques	166
(a) Le champ d'application rationae personae de l'article 33 § 2	166
(b) Interprétation et application de la dérogation relative à la sécurité nationale	167
aa) Nature future du danger	167
bb) Le danger doit peser sur le pays d'accueil	167
cc) La marge d'appréciation d'un État et gravité du risque	168
dd) L'évaluation du risque nécessite de prendre en considération la situation individuelle	169
ee) L'exigence de proportionnalité	169
(c) Interprétation et application de la dérogation relative à la « menace pour la communauté »	170
aa) Liens avec l'article 1 F	171
bb) « Crime ou délit particulièrement grave »	171
cc) « Condamnation définitive »	172
dd) « Menace pour la communauté »	172
III. Le rôle et le contenu du droit international coutumier	173
A. Le rôle du droit international coutumier	173
B. Les sources du droit international coutumier relatif au non-refoulement : le rôle des traités	174
1. Généralités	174
(a) Caractère fondamentalement normatif	176
(b) Soutien très large et représentatif des États, y compris de ceux dont les intérêts sont particulièrement touchés	178
(c) Pratique constante et reconnaissance générale de la règle	179
(d) Conclusions relatives à cette section	181
C. Contenu du principe du non-refoulement en droit international coutumier	181
1. Dans le contexte des réfugiés	181
2. Dans le contexte plus général des droits de l'Homme	183
(a) Portée de l'interdiction coutumière de la torture ou des peines ou traitements cruels, inhumains ou dégradants	183
(b) Le non-refoulement en tant qu'élément fondamental de l'interdiction coutumière de la torture et des peines ou traitements cruels, inhumains ou dégradants	187
(c) Le contenu du non-refoulement en tant qu'élément de l'interdiction coutumière de la torture ou des peines ou traitements cruels, inhumains ou dégradants	190
aa) Le sujet à protéger	191
bb) L'acte interdit	191
cc) La dimension territoriale du non-refoulement	191

dd) La nature du risque	193
ee) La limite de la menace redoutée	193
ff) Les exceptions	195
(d) <i>Conclusions relatives à cette section</i>	195
3. Le non-refoulement en droit coutumier	196
Annexe 2.1	
Ratifications des instruments internationaux principaux incluant un élément de non-refoulement	197
Annexe 2.2	
Dispositions constitutionnelles et législatives transposant le principe du non-refoulement en droit interne.	207
2.2	
Relevé des conclusions : le principe du non-refoulement	217
2.3	
Liste des participants.	219
Troisième partie	
L'ENTRÉE IRRÉGULIÈRE (ARTICLE 31)	
221	
3.1	
L'article 31 de la Convention de 1951 relative au statut des réfugiés : l'absence de sanctions pénales, la détention et la protection	
Guy S. GOODWIN-GILL	223
I. Article 31 : les réfugiés en situation irrégulière dans le pays de refuge . . .	225
A. <i>Introduction</i>	225
B. <i>Problèmes soulevés et portée du document</i>	227
II. Article 31 : les origines du texte	227
A. <i>Le Comité spécial</i>	228
B. <i>Discussions lors de la Conférence de 1951</i>	229
C. <i>La signification des termes de l'article 31 : considérations préliminaires</i>	232
III. Transposition du principe en droit interne	236
A. <i>Législation nationale</i>	236
1. La Suisse	236
2. Le Royaume-Uni	236

3. Les États-Unis	237
4. Le Belize	237
5. La Finlande	238
6. Le Ghana	238
7. Le Lesotho	238
8. Le Malawi	239
9. Le Mozambique	239
B. Jurisprudence nationale	240
1. La décision Adimi	242
C. La Cour européenne des droits de l'Homme	244
D. Pratique des États	245
1. L'Australie	247
2. La Belgique	249
3. La France	250
4. L'Allemagne	250
5. Autres États européens (l'Espagne, la Grèce, l'Italie, le Luxembourg, les Pays-Bas, le Royaume-Uni et la Suède)	251
6. Les États-Unis	253
E. Décisions et recommandations du Comité exécutif du HCR	254
IV. Les normes internationales et la responsabilité des États	255
V. Conclusions relatives à l'article 31 § 1	257
VI. Les restrictions à la liberté de circulation en vertu de l'article 31 § 2, y compris la détention	260
A. Portée de la protection prévue par la Convention de 1951 et de manière générale	261
B. Normes internationales	264
1. Comité exécutif/HCR	264
2. Autres développements des normes internationales	267
C. Transposition ou adoption de normes en droit interne	270
VII. Conclusions relatives à l'article 31 § 2	272
Annexe 3.1	
Transposition de l'article 31 de la Convention de 1951 en droit interne : sélection de législation.	277
3.2	
Relevé des conclusions : l'article 31 de la Convention de 1951	293
3.3	
Liste des participants	299

Quatrième partie
L'APPARTENANCE À UN CERTAIN GROUPE SOCIAL
(ARTICLE 1 A 2) 301

4.1

Caractéristiques protégées et perceptions sociales : analyse de la signification de l'expression « appartenance à un certain groupe social »

T. Alexander ALEINIKOFF	303
I. Introduction	305
II. Les normes internationales	306
A. <i>La Convention de 1951 et travaux préparatoires</i>	306
B. <i>Les Interprétations du HCR</i>	307
1. Le Guide	307
2. La position défendue devant les tribunaux	308
3. Autres orientations	308
III. La jurisprudence nationale	309
A. <i>Le Canada</i>	309
B. <i>L'Australie</i>	312
C. <i>Le Royaume-Uni</i>	314
D. <i>Les États-Unis</i>	317
E. <i>La Nouvelle-Zélande</i>	322
F. <i>La France</i>	322
G. <i>L'Allemagne</i>	325
H. <i>Les Pays-Bas</i>	326
IV. Les questions d'interprétation	327
A. <i>Considérations générales</i>	327
B. <i>Le rôle de la « persécution » dans la définition d'un certain groupe social</i> ...	328
C. <i>Ejusdem generis</i>	331
D. <i>Non-discrimination et définition d'un « certain groupe social »</i>	333
E. <i>Groupes sociaux et violations des droits de l'Homme</i>	335
V. Le cœur de l'analyse : les caractéristiques protégées et la perception sociale	336
VI. L'exigence du « lien causal » et les acteurs non étatiques	344
VII. Applications pratiques	347
A. <i>L'orientation sexuelle</i>	348

B.	<i>Les demandes fondées sur la famille</i>	348
1.	La persécution par un membre de la famille fondée sur l'appartenance de la victime à la famille	348
2.	La persécution par un acteur non étatique qui s'en prend aux membres de la famille du demandeur	349
C.	<i>Les pratiques coercitives de planning familial chinoises</i>	350
D.	<i>Les violences conjugales</i>	352
VIII.	Conclusion	354

4.2

Relevé des conclusions : l'appartenance à un certain groupe social .	357
--	-----

4.3

Liste des participants	359
----------------------------------	-----

Cinquième partie

LA PERSÉCUTION LIÉE AU GENRE

(ARTICLE 1 A 2)	361
---------------------------	-----

5.1

La persécution liée au genre

Rodger HAINES QC	363
----------------------------	-----

I. Introduction	365
----------------------------------	-----

II. L'interprétation de l'article 1 A 2	368
--	-----

A. <i>L'accès universel au régime de protection des réfugiés</i>	369
---	-----

B. <i>L'examen se concentre sur les caractéristiques et les circonstances propres au demandeur d'asile</i>	370
---	-----

C. <i>Le sexe et le genre font partie intégrante de la détermination de la qualité de réfugié</i>	370
--	-----

D. <i>L'importance du Protocole de 1967</i>	371
--	-----

E. <i>Le sexe et le genre sont d'ores et déjà inclus dans la Convention de 1951</i>	371
--	-----

III. Comprendre la signification du terme « persécution »	372
--	-----

A. <i>La persécution = un préjudice grave + l'absence de protection de l'État</i>	375
--	-----

B. <i>Un préjudice grave</i>	375
---	-----

C. <i>La discrimination</i>	376
--	-----

D. <i>L'absence de protection de l'État</i>	377
--	-----

E. <i>La norme de protection de l'État</i>	378
---	-----

F.	<i>Le relativisme culturel</i>	379
G.	<i>La violence domestique</i>	380
H.	<i>La discrimination liée au genre imposée par la loi</i>	380
I.	<i>Guerre, guerre civile et troubles civils</i>	381
J.	<i>La protection interne</i>	382
IV.	Comprendre la signification des termes « avec raison »	384
V.	Comprendre la signification de l'expression « du fait de »	385
VI.	Les cinq motifs de la Convention	387
A.	<i>La race</i>	388
B.	<i>La religion</i>	388
C.	<i>La nationalité</i>	389
D.	<i>L'appartenance à un certain groupe social</i>	390
E.	<i>Les opinions politiques</i>	392
VII.	Questions de procédure	395
VIII.	Conclusion	396
5.2	Relevé des conclusions : la persécution liée au genre	397
5.3	Liste des participants	399

Sixième partie

LA POSSIBILITÉ DE PROTECTION INTERNE/ RÉINSTALLATION INTERNE/ FUITE INTERNE	401
--	-----

6.1	La possibilité de protection interne/réinstallation interne/ fuite interne comme aspect de la procédure de détermination du statut de réfugié	
	James C. HATHAWAY et Michelle FOSTER	403
I.	Introduction	404
II.	Évolution conceptuelle de l'examen de la possibilité de fuite interne	408

III.	Fondement conceptuel de l'analyse de possibilités de refuge interne comme alternative à l'asile	412
IV.	La logique du passage à une « possibilité de protection interne »	429
V.	Étapes de l'évaluation d'une possibilité de protection interne	438
A.	<i>Première étape : accessibilité</i>	439
B.	<i>Deuxième étape : antidote</i>	441
C.	<i>Troisième étape : absence de nouveau risque de persécution ou de refoulement dans la région d'origine</i>	450
D.	<i>Quatrième étape : existence d'une protection étatique effective minimale</i>	455
VI.	Garanties procédurales	463
VII.	Conclusion	467
6.2	Relevé des conclusions : la possibilité de protection interne/ réinstallation interne/fuite interne	471
6.3	Liste des participants	475

Septième partie

L'EXCLUSION (ARTICLE 1F) 477

7.1	Questions d'actualité relatives à l'application des clauses d'exclusion	
	Geoff GILBERT	479
I.	Introduction	481
II.	Nature et fonction de l'article 1 F	483
III.	Contexte actuel de l'article 1 F	484
IV.	Article 1 F	488
A.	<i>Article 1 Fa)</i>	488
B.	<i>Article 1 Fb)</i>	495
C.	<i>Article 1 Fc)</i>	513
D.	<i>Liens entre l'article 1 F et l'article 33 § 2</i>	515
V.	Questions procédurales et autres domaines d'intérêt	523
A.	<i>Inclusion avant exclusion ?</i>	523
B.	<i>Situations d'afflux massif</i>	525

C.	<i>Poursuites relatives aux crimes relevant de l'article 1 F</i>	527
D.	<i>Niveau de preuve pour l'article 1 F et appartenance au groupe</i>	529
E.	<i>Motifs d'exonération de l'exclusion</i>	531
F.	<i>Passage du temps et exclusion</i>	532
G.	<i>Exclusion et mineurs</i>	532
H.	<i>Implications de l'exclusion pour les membres de la famille</i>	533
VI.	Autres mécanismes de protection	534
VII.	Conclusion	537
7.2	Relevé des conclusions : l'exclusion du statut de réfugié	539
7.3	Liste des participants	547
Huitième partie		
	LA CESSATION (ARTICLE 1 C)	549
8.1	La cessation de la protection de réfugié	
	Joan FITZPATRICK et Rafael BONOAN	551
I.	Introduction	553
II.	La cessation pour changements de circonstances	555
A.	<i>Interprétation des clauses relatives aux changements de circonstances</i>	556
B.	<i>Pratique du HCR en vertu de son Statut, 1973-1999</i>	561
C.	<i>Pratique des États en matière de cessation pour changements de circonstances</i>	574
1.	<i>Evaluation de la situation dans l'État de persécution</i>	576
2.	<i>Procédure équitable</i>	577
3.	<i>Exceptions</i>	580
D.	<i>Retrait de la protection temporaire</i>	585
III.	La cessation fondée sur des circonstances personnelles	587
A.	<i>Restauration de la protection nationale</i>	587
B.	<i>Recouvrement de la nationalité</i>	589
C.	<i>Acquisition d'une nouvelle nationalité</i>	590
D.	<i>Rétablissement dans le pays d'origine</i>	592
E.	<i>Questions de cessation spécifiques à la Convention de l'OUA sur les réfugiés</i>	594

IV.	Les concepts de cessation et la détermination initiale du statut de réfugié . . .	595
V.	Recommandations relatives à la pratique du HCR et des États	597
A.	<i>Pratique du HCR</i>	597
B.	<i>Pratique des États</i>	603
VI.	Conclusions	608
8.2	Relevé des conclusions : la cessation du statut de réfugié	611
8.3	Liste des participants	617

Neuvième partie
L'UNITÉ DE LA FAMILLE
(ACTE FINAL,
CONFÉRENCE DES NATIONS UNIES DE 1951) 619

9.1	L'unité de la famille et la protection des réfugiés	
	Kate JASTRAM et Kathleen NEWLAND	621
I.	Introduction	623
II.	Le contexte de l'unité de la famille du réfugié	623
III.	La famille comme source de protection	629
A.	<i>Le rôle de la famille dans la protection et l'assistance</i>	629
B.	<i>Les solutions durables</i>	631
IV.	La famille du réfugié en droit international	633
A.	<i>L'unité de la famille</i>	633
B.	<i>Le « droit fondamental » à l'unité de la famille dans le contexte des réfugiés</i>	637
1.	Unité de la famille et statut dérivé ou autre	639
2.	Unité de la famille et « possibilité de fuite interne »	641
3.	Unité de la famille et exclusion	642
4.	Unité de la famille et expulsion	643
C.	<i>La réunification familiale</i>	645
1.	La réunification familiale en droit international	645
2.	La réunification familiale en droit international des droits de l'Homme	646
3.	La réunification familiale et la Cour européenne des droits de l'Homme	650

D.	<i>Le droit à la réunification familiale dans le contexte des réfugiés</i>	650
E.	<i>Membres de la famille proche et famille au sens large : l'étendue du droit</i>	652
1.	Degrés de liens	652
2.	Personnes à charge	654
3.	Liens d'affection ou soutien mutuel	655
F.	<i>Unité et réunification familiales pour les réfugiés reconnus au titre de la Convention de 1951 et pour les autres personnes ayant des besoins de protection : où et quand ?</i>	656
1.	Réfugiés au sens de la Convention de 1951	656
2.	Réfugiés au sens de l'Organisation de l'Unité Africaine et de la Déclaration de Carthagène	656
3.	Formes complémentaires de protection	657
4.	Réponses aux afflux massifs	658
5.	Demandeurs d'asile	660
6.	Personnes déplacées à l'intérieur de leur propre pays	662
V.	<i>Le cadre juridique de la pratique des États</i>	663
A.	<i>Le cadre juridique du droit à l'unité et à la réunification familiales</i>	663
1.	États ayant adopté des dispositions relatives à l'unité et à la réunification familiales des réfugiés	664
2.	États ayant adopté des dispositions générales sur l'immigration relatives à l'unité et à la réunification familiales	666
3.	États n'ayant adopté aucune législation interne	668
VI.	<i>Les procédures administratives et de mise en œuvre dans la pratique des États</i>	669
A.	<i>Procédures de demande</i>	670
B.	<i>Délais de traitement</i>	671
C.	<i>Coûts élevés</i>	672
D.	<i>Détention</i>	674
VII.	<i>Conclusion</i>	674
9.2	Relevé des conclusions : l'unité de la famille	677
9.3	Liste des participants	681

Dixième partie
LA RESPONSABILITÉ DE SURVEILLANCE
(ARTICLE 35) 683

10.1

La surveillance de la Convention de 1951 relative au statut des réfugiés : article 35 et autres mécanismes de suivi

Walter KÄLIN	685
I. Introduction	687
II. Le rôle de surveillance du HCR aux termes de l'article 35 de la Convention de 1951	688
A. <i>Contenu principal</i>	688
1. Obligations de coopération	688
2. Obligations de rapport	690
3. États non parties à la Convention de 1951 ou au Protocole de 1967	690
B. <i>Pratique courante</i>	691
1. Rôle de protection du HCR	692
2. Informations demandées par le HCR	696
3. Le caractère d'autorité du Guide, des Principes directeurs et des positions du HCR	698
C. <i>Caractère hybride de la surveillance par le HCR</i>	699
III. Une application plus efficace grâce à des mécanismes de suivi par un tiers	700
A. <i>Nécessité d'aller de l'avant</i>	700
1. Lutter pour une meilleure application	700
2. Pourquoi renforcer le suivi de la Convention de 1951 et du Protocole de 1967 ?	704
B. <i>Mécanismes de surveillance par un tiers en droit international actuel</i>	707
1. Cadre général	707
2. Surveillance exercée par d'autres États	708
(a) <i>Règlement des différends par la Cour internationale de Justice</i>	708
(b) <i>Plaintes interétatiques adressées aux organes de surveillance des traités</i>	709
(c) <i>Évaluation</i>	711
3. Surveillance par ou au nom de l'organisation ou de l'organe de surveillance du traité	712
(a) <i>Surveillance fondée sur les rapports des États</i>	712
aa) <i>Établissement de rapports par les États en vertu des instruments de protection des droits de l'Homme des Nations Unies</i>	712
bb) <i>Rapports par les États en vertu du droit de l'OIT et de l'UNESCO</i>	713
cc) <i>Évaluation</i>	715

(b) <i>Surveillance fondée sur les informations recueillies par l'organisation</i>	716
aa) Établissement des faits par des rapporteurs spéciaux ou par des commissions d'enquête indépendantes	716
bb) Examen des politiques	719
cc) Systèmes d'inspection	722
(c) <i>Surveillance fondée sur une demande d'avis consultatif</i>	723
4. Surveillance effectuée à l'initiative de personnes individuelles	723
C. <i>Nouveau mécanisme de suivi de la Convention de 1951 et du Protocole de 1967 par un tiers</i>	725
1. Objectifs	725
2. Évaluation des modèles	726
(a) <i>Règlement des différends par la Cour internationale de Justice</i>	727
(b) <i>Plaintes interétatiques</i>	727
(c) <i>Rapports des États</i>	727
(d) <i>Informations recueillies par l'organisation</i>	728
(e) <i>Avis consultatifs</i>	729
(f) <i>Pétitions individuelles</i>	730
3. Propositions	731
D. <i>Suivi au-delà de la Convention de 1951 et du Protocole de 1967</i>	734
E. <i>Version « allégée » du nouveau mécanisme de suivi comme première étape ?</i>	735
IV. Conclusions et recommandations	736
10.2	
Relevé des conclusions : la responsabilité de surveillance	743
10.3	
Liste des participants	749
Index des traités et des autres instruments internationaux	751
Index de la jurisprudence	761
Index	781

