

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 réfugiés¹ 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-scc/en/rec/html/sureshenhtml>.

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'identité⁵² ». 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 discrimination⁵³ ». 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 complémentaire⁵⁴.

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 fondée⁵⁵. 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 entendues⁵⁶ ».

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 Gummton 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 constituaient 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.