

# Asile et Extradition

## Théorie et pratique de l'exclusion du statut de réfugié

**Recherche réalisée avec le soutien de la Mission de recherche Droit et Justice**

**18 mars 2013**

Dirigée par

**Caroline Laly-Chevalier**

Maître de conférences (HDR) à l'Université Lille 2  
(en détachement auprès du Haut Commissariat des Nations Unies pour les Réfugiés)

et

**Vincent Chetail**

Professeur à l'Institut des hautes études internationales et du développement  
de Genève  
Directeur du Programme pour l'étude des migrations globales

# Asile et Extradition

## Théorie et pratique

### de l'exclusion du statut de réfugié

Dirigée par

**Caroline Laly-Chevalier**

Maître de conférences (HDR) à l'Université Lille 2  
(en détachement auprès du Haut Commissariat des Nations Unies pour les Réfugiés)

et

**Vincent Chetail**

Professeur à l'Institut des hautes études internationales et du développement  
de Genève  
Directeur du Programme pour l'étude des migrations globales

**Le présent document constitue le rapport scientifique d'une recherche réalisée avec le soutien du GIP Mission de recherche Droit et Justice convention n°10.18.**

**Son contenu n'engage que la responsabilité de ses auteurs.  
Toute reproduction même partielle est subordonnée à l'accord de la Mission.**

## AUTEURS

- **Pierre d'Argent**, Professeur, Université catholique de Louvain
- **Céline Bauloz**, Doctorante, Assistante de Recherche, Institut des Hautes Etudes Internationales, Genève
- **Fatma Boggio-Cosadia**, Consultante, Assistante de Recherche, Juge assesseur UNHCR (Cour nationale du droit d'asile)
- **Jean-Yves Carlier**, Professeur à l'Université catholique de Louvain
- **Vincent Chetail**, Professeur à l'Institut des Hautes Etudes Internationales, Genève, Directeur du Programme pour l'étude des migrations globales
- **Mathias Forteau**, Professeur à l'Université Paris Ouest-La Défense
- **Pierre d'Huart**, doctorant, Université catholique de Louvain
- **Caroline Laly-Chevalier**, Maître de conférences (HDR), Université Lille 2, Juge assesseur UNHCR (Cour nationale du droit d'asile)
- **Jean Matringe**, Professeur, Université Versailles Saint Quentin
- **Valérie Mutelet**, Maître de conférences, Université d'Artois
- **Serge Slama**, Maître de conférences, à l'Université d'Evry-Val-d'Essonne, chercheur rattaché au CREDOF, visiting scholar au Boston college law

Avec la participation de

- **Galaye Diouf**, Doctorant, Université Lille 2

# SOMMAIRE

## INTRODUCTION

Objet, problématique et objectifs de la recherche	
Méthodologie de la Recherche	9

## PREMIERE PARTIE : LES RELATIONS ENTRE EXTRADITION ET EXCLUSION DU STATUT DE REFUGIE : ASPECTS MATERIELS

<i>L'exclusion du statut de réfugié: cadre général</i>	
Jean-Yves Carlier et Pierre d'Huart	21
<i>L'apport du droit international pénal au droit international des réfugiés : l'article 1F(a) de la Convention de Genève</i>	
Céline Bauloz	49
<i>Les relations entre droit international des réfugiés et droit international de l'extradition: apports et limites de la clause d'exclusion au titre de l'article 1er F b) de la Convention de Genève</i>	
Vincent Chetail	83
<i>Statut de réfugié et agissements contraires aux buts et aux principes des Nations Unies,</i>	
Pierre d'Argent et Pierre d'Huart	93
<i>L'application de la clause d'exclusion de la protection subsidiaire de l'article 17 1 d) de la Directive 2004/83/CE du Conseil de l'Union européenne</i>	
Fatma Boggio-Cosadia	127

## DEUXIEME PARTIE : LES RELATIONS ENTRE EXTRADITION ET EXCLUSION DU STATUT DE REFUGIE : ASPECTS INSTITUTIONNELS ET PROCEDURAUX

<i>Les problèmes d'articulation des procédures d'asile, d'extradition et d'entraide judiciaire pénale : état des lieux</i>	
Mathias Forteau et Caroline Laly-Chevalier	153
<i>Accorder l'asile ou extrader ? Recherche sur la jurisprudence du Conseil d'Etat sur l'articulation entre le statut de réfugié et le droit de l'extradition</i>	
Serge Slama	221
<i>La situation de l'exclu au regard du droit de l'extradition</i>	
Jean Matringe	239
<i>Mandat d'arrêt européen et asile : une articulation sous le prisme des droits fondamentaux,</i>	
Valérie Mutelet	283
<b>Principales conclusions de la recherche et pistes de réflexion</b>	319
<b>Bibliographie</b>	324
<b>Table des matières</b>	328

## INTRODUCTION

### I - OBJET, PROBLEMATIQUE ET OBJECTIFS DE LA RECHERCHE

La Convention de Genève du 28 juillet 1951 et le Protocole de 1967 relatifs au statut des réfugiés, de même que le Statut du Haut Commissariat des Nations Unies pour les réfugiés de 1950 et une série d'instruments internationaux régissant les aspects propres aux problèmes des réfugiés dans certaines régions du monde<sup>1</sup>, contiennent des dispositions visant à exclure certaines personnes du bénéfice du statut de réfugié.

Au titre de l'article 1F :

« Les dispositions de cette convention ne seront pas applicables aux personnes dont on aura des raisons sérieuses de penser :

a) Qu'elles ont commis un crime contre la paix, un crime de guerre ou un crime contre l'humanité, au sens des instruments internationaux élaborés pour prévoir des dispositions relatives à ces crimes ;

b) Qu'elles ont commis un crime grave de droit commun en dehors du pays d'accueil avant d'y être admises comme réfugiées ;

c) Qu'elles se sont rendues coupables d'agissements contraires aux buts et aux principes des Nations Unies. »

On retrouve une disposition similaire à l'article 17 de la Directive 2004/83/CE du Conseil de l'Union européenne du 29 avril 2004 relatif à l'exclusion des personnes pouvant bénéficier de la protection subsidiaire, reprise par le CESEDA dont l'art. L. 711-1 prévoit la possible reconnaissance de la qualité de réfugié pour toute personne qui répond aux "définitions de l'article 1er de la convention de Genève du 28 juillet 1951" tandis que l'art. L. 712-2 indique que "La protection subsidiaire n'est pas accordée à une personne s'il existe des raisons sérieuses de penser :

a) Qu'elle a commis un crime contre la paix, un crime de guerre ou un crime contre l'humanité ;

b) Qu'elle a commis un crime grave de droit commun ;

c) Qu'elle s'est rendue coupable d'agissements contraires aux buts et aux principes des Nations unies ;

---

<sup>1</sup> Convention de l'OUA de 1969 régissant les aspects propres aux problèmes des réfugiés en Afrique ; Déclaration de Carthagène de 1984 sur les réfugiés

d) Que son activité sur le territoire constitue une menace grave pour l'ordre public, la sécurité publique ou la sûreté de l'Etat.

L'exclusion consiste ainsi à refuser la protection internationale accordée aux réfugiés aux auteurs d'actes considérés comme tellement graves qu'ils sont jugés indignes de bénéficier d'une protection alors qu'ils seraient pourtant susceptibles d'en être bénéficiaires.

L'extradition, quant à elle, est une procédure de caractère international relative à des faits susceptibles de constituer une infraction pénale ou ayant déjà donné lieu à une condamnation pénale, par laquelle un « Etat requérant » demande à un « Etat requis » de lui livrer un individu, soit pour le juger, soit aux fins de l'exécution d'une peine.

La procédure d'extradition peut être régie par des traités bilatéraux ou des conventions multilatérales d'extradition, comme la Convention européenne d'extradition du 13 décembre 1957 ou le *Commonwealth Scheme for the Rendition of Fugitive Offenders*<sup>2</sup>. Elle peut également l'être par des traités qui, sans être des conventions d'extradition à proprement parler, comportent des dispositions ayant trait au droit de l'extradition. C'est le cas en particulier des conventions portant répression de certains crimes lorsqu'ils contiennent une clause *aut dedere aut judicare* en vertu de laquelle les Etats parties s'engagent à poursuivre les personnes soupçonnées d'avoir commis ces crimes ou, à défaut, à les extraditer. Dans l'ordre juridique interne, à défaut de règle conventionnelle applicable, la procédure est généralement régie par la loi.

L'extradition constitue ainsi un outil essentiel de la lutte contre l'impunité.

L'exclusion au titre de l'article 1F de la Convention de Genève sur les réfugiés participe d'une même logique.

Ces deux corps de règles entretiennent donc des liens étroits, même s'ils poursuivent des buts différents et mettent en conflit les intérêts des différents acteurs, individu, Etat requis et Etat requérant. Les décisions en matière d'asile et d'extradition devraient former un tout cohérent. Or, les règles, les procédures, les institutions concernées sont différentes, l'extradition et l'asile ayant une essence différente et une dynamique propre.

---

<sup>2</sup> Commonwealth Scheme for the Rendition of Fugitive Offenders as Amended in 1990, Great Britain Home Office, London, HMSO, 1966, [http://www.thecommonwealth.org/shared\\_asp\\_files/uploadedfiles/%7B717FA6D4-0DDF-4D10-853E-D250F3AE65D0%7D\\_London\\_Amendments.pdf](http://www.thecommonwealth.org/shared_asp_files/uploadedfiles/%7B717FA6D4-0DDF-4D10-853E-D250F3AE65D0%7D_London_Amendments.pdf).

L'articulation du régime de l'entraide judiciaire internationale et celui du droit d'asile constitue un élément d'étude complémentaire, lorsqu'il s'agit d'examiner les interactions entre droit de l'extradition, entraide judiciaire internationale, droit des réfugiés et droits de l'homme, et la coordination entre les procédures d'asile et d'extradition.

En effet, la convention européenne d'entraide judiciaire pénale, de même que nombreuses conventions bilatérales mettent aux prises les Etats avec leurs obligations juridiques de coopération et leurs obligations de protection internationale. Il convenait donc de réfléchir au cadre juridique permettant de concilier ces différentes obligations, dont le principe de confidentialité constitue l'épicentre. Certaines transmissions d'informations, requises par les Etats parties à ces conventions, peuvent en effet nuire à la sécurité du demandeur d'asile, du réfugié ou de sa famille, et contrevenir au principe de non-mise en danger du demandeur d'asile et de sa famille.

La recherche se propose ainsi d'analyser, dans une approche comparatiste, l'articulation entre ces différents corps de règles à travers le prisme de l'exclusion fondée sur l'indignité du demandeur d'asile.

L'objectif ultime est de dessiner un cadre juridique qui permette de concilier les obligations parfois contradictoires dérivant du droit de l'extradition et du droit des réfugiés.

## **II – METHODOLOGIE DE LA RECHERCHE**

La recherche repose sur une équipe composée de chercheurs français (Université de Lille 2, Université d'Artois, Université Paris Ouest- La Défense et Université Versailles Saint Quentin), suisses (Institut de hautes études internationales et du développement, Genève) et belges (Université catholique de Louvain), spécialisés en droit des réfugiés, droit international public, droit public ou droit des étrangers.

Elle a été menée en étroite collaboration avec le Bureau de l'entraide judiciaire pénale internationale à la Direction des affaires criminelles et des grâces du Ministère de la Justice, la Cour nationale du droit d'asile (CNDA), l'Office Français de Protection des Réfugiés et des Apatrides (OFPRA) et le Haut Commissariat des Nations Unies pour les Réfugiés (HCR).

On notera que le Comité des Ministres du Conseil de l'Europe avait demandé en avril 2008 au Comité européen pour les problèmes criminels (CDPC) d'examiner les relations entre

les procédures d'asile et les procédures d'extradition, sur la base de la résolution n°1 sur l'accès des migrants et des demandeurs d'asile à la justice. Le Comité d'experts sur le fonctionnement des conventions européennes sur la coopération dans le domaine pénal (PC-OC) a été chargé de faire le bilan de la situation dans les différents Etats membres et de réfléchir à des réponses possibles aux problèmes communs. L'ensemble des réponses des vingt-sept Etats membres nous ont été transmises, ainsi que leur synthèse<sup>3</sup>.

Les travaux avaient pris fin en novembre 2008. Toutefois, lors de la dernière réunion du PC-OC en date du 23 novembre 2011, M J Pastuszek a établi un document de travail (PC-OC 2011 24) à l'attention de la Présidence du Comité relatif aux éventuelles conséquences, pour les procédures d'extradition, du projet de directive européenne sur les procédures communes pour l'octroi et le retrait du statut conféré par la protection internationale (refonte)<sup>4</sup>. Le PC-OC a convenu qu'il s'agissait là d'une question importante et a décidé de suivre de près les développements ultérieurs en la matière.

Les Etats qui ont été identifiés comme terrains d'étude sont la France, le Royaume-Uni, la Suisse, la Belgique, l'Allemagne, l'Australie, les Etats-Unis, le Canada et la Nouvelle-Zélande.

Ce choix est dicté par trois aspects essentiels dont l'équipe de recherche a tenu à rendre compte :

- Les systèmes de droit : civil law et common law
- Les systèmes européens (Union européenne et hors Union européenne) et systèmes non européens
- La pertinence des jurisprudences de ces Etats en matière d'asile et d'extradition.

Les jurisprudences étudiées sont issues des juridictions suprêmes et des organismes ou juridictions spécialisées de chacun des systèmes de droit étudiés.

---

<sup>3</sup> Comité européen pour les problèmes criminels (CDPC), Comité d'experts sur le fonctionnement des conventions européennes sur la coopération dans le domaine pénal (PC-OC), *Synthèse des réponses au questionnaire sur les relations entre les procédures d'asile et les procédures d'extradition*, PC-OC (2009) 04 rev., 13 février 2009 (ci-après « *Synthèse des réponses au questionnaire* »).

<sup>4</sup> La proposition modifiée de directive du Parlement européen et du Conseil relative à des procédures communes pour l'octroi et le retrait du statut conféré par la protection internationale (Refonte) en date du 1<sup>er</sup> juin 2011 restreint les possibilités pour les Etats membres d'extrader un demandeur d'asile en attente de l'examen de sa demande<sup>4</sup>, l'exclut notamment en ce qui concerne le pays d'origine de demandeur concerné, et ne l'admet en tous les cas que sous réserve que les autorités compétentes de l'Etat membre requis se soient assurées que la décision d'extradition n'entraînera pas de refoulement direct ou indirect en violation des obligations internationales de l'Etat membre, COM(2011) 319 final 2009/0165 (COD), 1<sup>er</sup> juin 2011.

La jurisprudence des juridictions internationales est également analysée. Dans la perspective de l'analyse du volet de la recherche relatif aux conséquences de la décision d'exclusion du statut de réfugié et au respect des droits fondamentaux, l'analyse de la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme, notamment sous l'angle de l'article 3 CEDH s'est révélée essentielle. De même, pour l'analyse de l'applicabilité de l'article 1F de la Convention de Genève de 1951, la jurisprudence de la Cour de Justice de l'Union européenne a fait également l'objet d'une attention particulière.

Dans un premier temps, la méthodologie utilisée pour effectuer ces recherches s'est tout d'abord appuyée sur les bases de données relevant du droit des réfugiés disponibles en ligne sur Internet<sup>5</sup>. De par leur accessibilité et leur maniabilité (notamment par la possibilité de recherches par mots clés), ces bases de données ont permis de constituer un premier tour d'horizon de l'état de la jurisprudence actuelle dans des pays divers et variés. Elles regroupent en effet les décisions nationales les plus importantes sur l'exclusion du statut de réfugié. Cependant, elles ne peuvent être considérées comme seules sources pour la recherche de par leur double portée limitée.

Premièrement, seules les décisions de certains Etats anglophones et francophones y sont représentées (principalement l'Australie, le Canada, la Nouvelle-Zélande et le Royaume-Uni). Deuxièmement, même pour ces pays, ces bases de données ne recouvrent pas l'intégralité des décisions adoptées par leurs instances nationales en la matière. Ce premier axe de recherche a dès lors dû être complété par une recherche plus approfondie entreprise au niveau national.

Dans un second temps, les recherches se sont dès lors axées sur les sites spécifiques des cours nationales recouvrant aussi bien les organes nationaux en charge de la détermination du statut de réfugié que les instances supérieures telles que les cours d'appel ou cours suprêmes pour certains pays. Pour ce faire, l'accent a tout d'abord été placé sur les pays occidentaux, principaux Etats d'accueil des flux de réfugiés : l'Allemagne, l'Australie, la Belgique, le Canada, les Etats-Unis, la France, la Grande-Bretagne, l'Irlande, la Nouvelle-Zélande, et la Suisse.

Deux conclusions peuvent être tirées de cette recherche :

---

<sup>5</sup> Refugee Case Law : <http://www.refugeecaselaw.org/Home.aspx>; Refworld : <http://www.unhcr.org/cgi-bin/texis/vtx/refworld/rwmain>; Westlaw International : <http://www.westlawinternational.com/> ; et Juricaf: <http://www.juricaf.org/>

Premièrement, concernant la recherche de ces décisions nationales, son effectivité et sa rapidité ont été intimement liées à la qualité des sites internet nationaux et de leurs moteurs de recherche. En effet, cette recherche a requis la compréhension préalable du fonctionnement des instances décisionnelles en matière de détermination du statut de réfugié de chaque pays et, plus fondamentalement, la maîtrise des sites internet de ces instances nationales dont l'accessibilité et la maniabilité fluctuent de pays en pays.

Les sites des instances du Canada, de la Grande-Bretagne et de la Nouvelle-Zélande sont par exemple particulièrement accessibles et faciles d'utilisation. De plus, ces pays ont mis en place des bases de données regroupant l'intégralité des décisions de leurs différentes instances nationales, et permettant dès lors une recherche rapide et simplifiée<sup>6</sup>.

L'Allemagne a aussi mis en ligne des versions anglaises non-officielles de jurisprudence choisie de la Cour fédérale administrative en matière d'immigration et d'asile<sup>7</sup> ().

La recherche s'est cependant avérée plus difficile pour d'autres pays tels que la Belgique ou les Etats-Unis.

Deuxièmement, sur un plan plus substantiel, la quantité des décisions en matière d'exclusion et la qualité de leur raisonnement juridique contrastent de pays en pays.

Certaines cours nationales se sont clairement démarquées.

C'est notamment, et plus particulièrement, le cas des cours canadiennes et anglaises dont l'étendue des affaires concernant des cas d'exclusion au statut de réfugié est impressionnante. Leur raisonnement juridique respectif est aussi particulièrement détaillé et motivé. De plus, des directives claires ont été adoptées par ces pays afin de guider leurs organes nationaux dans le processus de détermination du statut de réfugié.

Ces directives s'avèrent d'une utilité certaine en retraçant non seulement la position de leur gouvernement en matière d'exclusion au statut de réfugié mais aussi en récapitulant la jurisprudence concernée. Ceci concerne particulièrement les *Asylum Policy Instructions* du

---

<sup>6</sup> pour le Canada : [www.canlii.org](http://www.canlii.org); pour la Grande-Bretagne : <http://www.ein.org.uk/>; pour la Nouvelle-Zélande : <http://www.refugee.org.nz/Caserearch/csearch.htm>

<sup>7</sup>

[http://www.bverwg.de/enid/Information\\_and\\_Decisions\\_\\_EN\\_/Decisions\\_in\\_Asylum\\_and\\_Immigration\\_Law\\_iu.html](http://www.bverwg.de/enid/Information_and_Decisions__EN_/Decisions_in_Asylum_and_Immigration_Law_iu.html)

*UK Border Agency* de la Grande-Bretagne<sup>8</sup> ainsi que certains documents de la Commission de l'Immigration et du Statut de Réfugié du Canada<sup>9</sup>.

Finalement, la présente recherche ne pouvait prétendre à l'exhaustivité sans aussi tenir compte des décisions nationales de multitude d'autres pays anglophones et francophones non-occidentaux, destinations régionales importantes pour bon nombre de réfugiés. Malheureusement, la plupart de ces pays ne disposent pas de site Internet gratuit permettant d'accéder à la jurisprudence des cours nationales dans le domaine des réfugiés. Certains pays disposant de telles bases de données en ligne ont ainsi été identifiés.

S'agissant plus particulièrement de la recherche concernant le deuxième axe de recherche, l'on partait de deux constats :

- Il n'existe à l'heure actuelle aucune disposition explicite concernant l'extradition de demandeurs d'asile ou d'exclus du droit d'asile ou de la protection subsidiaire, tant en droit des réfugiés qu'en droit français de l'extradition, les seules dispositions existantes se limitant au non refoulement de personnes reconnues réfugiées ou bénéficiaires de la protection subsidiaire n'ayant pas perdu cette qualité. Or ce vide juridique peut conduire à des difficultés de mise en œuvre de l'une ou l'autre des procédures.

- La France a fait le choix de traiter les deux procédures séparément, et sous deux ordres distincts : l'ordre administratif et l'ordre judiciaire. Cette dissociation est néanmoins susceptible d'engendrer des incohérences. Il importe par conséquent de favoriser une coordination entre ces deux procédures et les instances qui en sont en charge.

Aussi, le travail de recherche s'est concentré sur :

- les principes du droit procédural des réfugiés et ceux du droit procédural de l'extradition et de la coopération internationale en matière pénale ;
- l'existence dans des systèmes étrangers de dispositions législatives ou de pratiques judiciaires ou administratives relatives à l'extradition des demandeurs d'asile et des exclus du statut de réfugié ou de la protection subsidiaire ;

<sup>8</sup> <http://www.ukba.homeoffice.gov.uk/sitecontent/documents/policvandlaw/asvlumpolicyinstructions/>

<sup>9</sup> <http://www.irb-cisr.gc.ca/Eng/brdcom/references/legjur/rpdspr/del/Pages/index.aspx>

- l'existence en droit étranger de mécanismes de coordination entre les deux procédures ainsi que les travaux et recommandations des institutions internationales visant à favoriser cette coordination.

La recherche bibliographique s'est concentrée sur la doctrine, les textes normatifs, la jurisprudence et les travaux, rapports, *guidelines* et recommandations d'instances nationales et d'organisations internationales. Elle a été conduite au travers des supports suivants :

Bibliographie	Supports
Doctrine - Ouvrages - Thèses - Articles	- Bases de données de bibliothèques universitaires, de centres de recherche spécialisés tels que par exemple le <i>Refugee Studies Centre</i> de l'université d'Oxford - Périodiques spécialisés, notamment : l' <i>International Journal of Refugee Law</i> , l' <i>European Journal of Migration and Law</i> , le <i>Journal of International Criminal Justice</i> , l' <i>actualité juridique Droit administratif (AJDA)</i> , la <i>Revue de science criminelle et de droit pénal comparé (RSC)</i>
Normes - Traités internationaux dont traités d'extradition - Lois internes, projets et propositions de lois	- Moteurs de recherche Internet - Site Internet <i>Refworld</i> (base de données internationales mise en ligne par l'UNHCR concernant le droit des réfugiés) - Bases de données juridiques électroniques : <i>Westlaw</i> , <i>Vlex</i> - Sites Internet des institutions des Etats concernés (en particulier des instances en charge de l'immigration et de l'asile)
Jurisprudence	- Site Internet <i>Refworld</i> - Bases de données <i>Westlaw</i> , <i>Vlex</i> - Sites Internet des juridictions ( <i>Cour nationale du droit d'asile</i> , <i>Commission permanente de recours des réfugiés belge</i> , <i>Migration Review Tribunal australien</i> , <i>New Zealand</i> , <i>Refugee Status Appeals Authority</i> , <i>England and Wales Court of Appeal</i> , <i>Canada Federal Court</i> , cours suprêmes etc)
Travaux, rapports, <i>guidelines</i> et recommandations d'instances nationales et d'organisations internationales	- Site Internet <i>Refworld</i> - Sites Internet propres aux institutions

Néanmoins, la difficulté principale concernait des questions de fond relatives à ce deuxième axe de la recherche : la doctrine concernant l'articulation et la coordination entre les procédures d'asile et d'exclusion du statut de réfugié ou du bénéfice de la protection subsidiaire d'une part, la procédure d'extradition d'autre part reste limitée. Cela s'explique par le caractère encore nouveau de la question y compris chez nos voisins européens.

Nous avons pu toutefois prendre appui sur les décisions jurisprudentielles, un projet de loi suisse, les travaux du Conseil de l'Europe à travers son Comité pour les problèmes criminels, et les recommandations des institutions internationales, en particulier de l'UNHCR pour ébaucher les problématiques de ce deuxième axe. Ainsi, dans une perspective comparatiste, il s'est donc agi d'étudier les conventions multilatérales et bilatérales d'entraide judiciaire internationale, les législations étrangères, ainsi que la pratique en la matière, afin de comprendre l'articulation des obligations internationales, et de proposer des éléments de réflexion sur le cadre juridique adéquat : autorités auxquelles il incombe de prendre la décision de communiquer les informations à l'Etat requérant, règles concernant l'Etat requérant lorsque celui-ci est l'Etat d'origine du réfugié ou du demandeur d'asile, ou lorsque celui-ci est un Etat autre que celui d'origine, coordination entre la procédure d'asile et la procédure d'extradition et d'entraide judiciaire internationale, ...

Les discussions approfondies avec Madame Marie-Valérie Albert, magistrat au BEJI du Ministère de la Justice, avec des présidents et juges de la CNDA et de Monsieur Jean-Marie Cravero, Directeur de la Division juridique de l'OFPRA ont, à ce titre, largement contribué à alimenter chacune des thématiques retenues.

De même, plusieurs réunions de travail avec Henri Desclaux, Vice Président de la Cour nationale du droit d'asile, Jean-Louis Nadal, ancien Procureur Général de la Cour de Cassation et Yves Charpenel, Avocat général à la Chambre criminelle de la Cour de cassation, ont conduit à porter une attention particulière sur le mandat d'arrêt européen, et les affaires rendues en la matière par la Cour de cassation. L'accent a été mis sur l'étanchéité des procédures en matière d'extradition et d'asile, en ce qui concerne la Cour de cassation. Enfin, des pistes de réflexion ont également été suggérées s'agissant du respect des obligations des Etats en matière d'entraide judiciaire en regard du statut de demandeurs d'asile ou de réfugié de certaines personnes dont le témoignage est requis par les autorités du pays d'origine dans le cadre de commissions rogatoires.

Un colloque international est venu clôturer la recherche le 23 novembre 2012, à l'Université de Lille 2. Il a réuni plus de 120 participants, universitaires, juges, avocats, associatifs, étudiants, français et étrangers. Les débats ont été très instructifs et ont permis d'affiner la recherche sur certaines thématiques.

### III – STRUCTURE DE LA RECHERCHE

Deux axes de recherche ont été retenus portant respectivement sur les aspects matériels et procéduraux des relations entre extradition et exclusion du statut de réfugié.

Dans le cadre du premier axe, l'étude générale des clauses d'exclusion du statut de réfugié permet de mettre en lumière les grands principes régissant la matière de manière à les comparer avec ceux prévalant dans le domaine de l'extradition (niveau de preuve requis, proportionnalité, responsabilité individuelle).

Cette étude générale est complétée par des études plus spécifiques sur les éléments matériels des différentes clauses d'exclusion, à savoir l'article 1 F a), b) et c) de la Convention de Genève et l'article 17 d) de la Directive 2004/83/CE).

Sous l'angle procédural et institutionnel, le deuxième axe de recherche met en exergue les difficultés posées par la coordination des procédures d'asile, d'extradition et d'entraide judiciaire pénale, et tout particulièrement en France où ces procédures font l'objet d'une réglementation distincte et fragmentaire. Suivant la même approche que pour l'axe précédent, cette analyse générale met ainsi en relief les principes régissant la matière, et est suivie d'études ciblées sur certains aspects spécifiques, tels que la jurisprudence du Conseil d'Etat sur l'articulation entre le statut de réfugié et le droit de l'extradition, la situation de l'exclu au regard du droit de l'extradition et l'articulation du mandat d'arrêt européen et l'asile.

**PREMIERE PARTIE**

**LES RELATIONS ENTRE EXTRADITION ET EXCLUSION DU STATUT DE REFUGIE :**  
**ASPECTS MATERIELS**

## L'EXCLUSION DU STATUT DE RÉFUGIÉ : CADRE GÉNÉRAL

Jean-Yves Carlier et Pierre d'Huart\*

L'article 1, F, de la Convention de Genève de 1951, qui régit la matière de l'exclusion, se lit comme suit :

« Les dispositions de cette Convention ne seront pas applicables aux personnes dont on aura des raisons sérieuses de penser :

- a) qu'elles ont commis un crime contre la paix, un crime de guerre ou un crime contre l'humanité, au sens des instruments internationaux élaborés pour prévoir des dispositions relatives à ces crimes;
- b) qu'elles ont commis un crime grave de droit commun en dehors du pays d'accueil avant d'y être admises comme réfugiés;
- a) qu'elles se sont rendues coupables d'agissements contraires aux buts et aux principes des Nations Unies. »<sup>1</sup>

L'étude du cadre général de l'exclusion du statut de réfugié justifie d'aborder un certain nombre de principes. Ceux-ci constitueront la première partie de l'exposé. En amont de ces principes se pose la question de l'opportunité de maintenir la clause d'exclusion. Celle-ci constituera la seconde partie. Aux principes de l'exclusion (I) répondrait l'exclusion du principe (II).

### **I. Les principes de l'exclusion**

Les principes qui concernent le cadre général de l'exclusion se répartissent en sept points. Pour commencer, les objectifs et conséquences de la clause d'exclusion (A) ainsi que la distinction entre l'article 1, F et l'article 33, paragraphe 2 de la Convention (B) seront examinés. Ensuite, le niveau de preuve requis (C) ainsi que la nécessité ou non d'un examen de proportionnalité (D) seront étudiés. Trois questions spéciales liées à l'analogie entre le droit pénal et la clause d'exclusion seront également considérées : les modes de responsabilité individuelle pour les crimes visés par l'article 1, F, les cas de la tentative et de l'incitation, et les motifs d'exonération, d'expiation ou d'atténuation qui pourraient influencer une exclusion

---

\* Professeur et chercheur à l'Université catholique de Louvain (Louvain-la-Neuve, Belgique, CEDIE – EDEM, [www.uclouvain.be/cedie.html](http://www.uclouvain.be/cedie.html) ).

<sup>1</sup> Convention internationale relative au statut des réfugiés, signée à Genève le 28 juillet 1951, article 1, F.

(points E, F et G). Finalement, les arguments du débat sur l'ordre d'examen des questions entre l'inclusion et l'exclusion seront développés (H).

### **A. Objectifs et conséquences de l'exclusion**

L'objectif de la clause d'exclusion est double : il s'agit d'une part d'exclure du statut de réfugié les personnes jugées indignes de la protection qui s'y attache et, d'autre part, d'éviter que la reconnaissance de ce statut permette aux auteurs de certains crimes graves d'échapper à leur responsabilité pénale<sup>2</sup>. Cette clause s'inscrit dans une convention ayant un but essentiellement humanitaire, ce qui doit être gardé à l'esprit dans son interprétation et amener à une interprétation restrictive de la clause<sup>3</sup>. Les lourdes conséquences attachées à une exclusion, à savoir la sortie du champ d'application de la Convention de Genève de 1951, justifient également une interprétation restrictive<sup>4</sup>.

Lorsqu'une hypothèse visée à l'article 1, F est rencontrée, les États sont obligés d'exclure la personne concernée. Le représentant des États-Unis avait proposé, lors des travaux préparatoires, un amendement laissant l'exclusion à la discrétion des États :

« *The High Contracting Parties shall not be bound to apply the present convention to any person...* »<sup>5</sup>

Il avait été objecté que cela pouvait permettre à un criminel de guerre notoire de se voir reconnaître le statut de réfugié<sup>6</sup>. Le mécanisme de l'exclusion d'office a finalement été retenu<sup>7</sup>. Aucune autre action n'est toutefois imposée. Les États peuvent dès lors accorder toute autre forme de protection prévue par leur droit national permettant aux personnes exclues de séjourner légalement sur leur territoire<sup>8</sup>.

---

<sup>2</sup> C.J.U.E., 9 novembre 2010, *B. et D. c. Allemagne*, C-57/09 et C-101/09, *Rec. C.J.U.E.* p. I-10979, § 104 ; U.N.H.C.R., « UNHCR Statement on Article 1F of the 1951 Convention », juillet 2009, p. 6.

<sup>3</sup> U.N.H.C.R., *Background Note on the Application of the Exclusion Clauses: Article 1F of the 1951 Convention Relating to the Status of Refugees*, 4 septembre 2003, p. 3, §§ 3-4.

<sup>4</sup> U.N.H.C.R., *Handbook on procedures and criteria for determining refugee status : under the 1951 Convention and the 1967 Protocol relating to the status of refugees*, Geneva, HCR, 2011, p. 30, § 149.

<sup>5</sup> UN Ad Hoc Committee on Refugees and Stateless Persons, *First Session: Summary Record of the Eighteenth Meeting Held at Lake Success*, New York, 31 janvier 1950, E/AC.32/SR.18, § 4.

<sup>6</sup> *Ibid.*, § 2.

<sup>7</sup> *Ibid.*, §§ 5-6.

<sup>8</sup> C.J.U.E., 9 novembre 2010, *B. et D. c. Allemagne*, C-57/09 et C-101/09, *Rec. C.J.U.E.* p. I-10979, § 117.

## **B. L'article 1, F à distinguer de l'article 33, § 2**

L' article 33, paragraphe 2, de la Convention de Genève de 1951 se lit comme suit :

« Le bénéfice de la présente disposition<sup>9</sup> [défense d'expulsion et de refoulement] ne pourra toutefois être invoqué par un réfugié qu'il y aura des raisons sérieuses de considérer comme un danger pour la sécurité du pays où il se trouve ou qui, ayant été l'objet d'une condamnation définitive pour un crime ou délit particulièrement grave, constitue une menace pour la communauté dudit pays. »

Une certaine similarité avec l'article 1, F ne peut être ignorée. Toutefois, les deux dispositions se distinguent sous plusieurs aspects. Premièrement, une distinction peut être opérée entre les buts poursuivis. L'article 1, F, vise avant tout à protéger l'institution de l'asile et à éviter l'impunité. L'article 33, paragraphe 2 tend pour sa part à protéger l'État d'accueil contre un réfugié représentant un danger ou une menace pour la sécurité de la société<sup>10</sup>. Cette différence d'objectifs explique que l'exclusion inscrite à l'article 1, F ne soit pas liée au danger que peut représenter une personne<sup>11</sup>. Elle explique également que les États soient obligés de procéder à une exclusion si les conditions de l'article 1, F sont réunies<sup>12</sup>, mais demeurent libres de procéder ou non à une expulsion si les conditions de l'article 33, paragraphe 2 sont réunies<sup>13</sup>.

Une deuxième différence repose sur les conditions d'application respectives des deux dispositions. Seuls les crimes graves de droit commun commis avant l'entrée sur le territoire du pays d'accueil et hors dudit territoire justifient une exclusion sur la base de l'article 1, F. Par contre, même les crimes commis sur le territoire du pays d'accueil et après la reconnaissance du statut de réfugié peuvent fonder une expulsion sur la base de l'article 33, paragraphe 2, moyennant le respect de certaines autres conditions. Ainsi, si l'article 1, F, b requiert seulement des « raisons sérieuses de penser », l'article 33, paragraphe 2 requiert une

---

<sup>9</sup> Art. 33, paragraphe 1, de la Convention de Genève de 1951 : « Aucun des États contractants n'expulsera ou ne refoulera, de quelque manière que ce soit, un réfugié sur les frontières des territoires où sa vie ou sa liberté serait menacée en raison de sa race, de sa religion, de sa nationalité, de son appartenance à un certain groupe social ou de ses opinions politiques. »

<sup>10</sup> Supreme Court of Canada, *Pushpanathan v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, no[1998] 1 S.C.R. 982, 4 juin 1998, § 58 ; U.N.H.C.R., *Handbook on procedures and criteria for determining refugee status*, *op. cit.*, p. 116 ; J. C. HATHAWAY, *The rights of refugees under international law*, Cambridge, Cambridge University Press, 2005, p. 349.

<sup>11</sup> C.J.U.E., 9 novembre 2010, *B. et D. c. Allemagne*, C-57/09 et C-101/09, *Rec. C.J.U.E.* p. I-10979, § 105.

<sup>12</sup> Cela ressort de l'emploi des termes « Les dispositions de cette Convention ne seront pas applicables ». Notons que cela ne dispense pas d'octroyer un titre de séjour à l'intéressé sur une autre base.

<sup>13</sup> Cela ressort de l'emploi des termes « Le bénéfice de la présente disposition ne pourra toutefois être invoqué [...] ».

« condamnation définitive ». En outre, le crime ne doit pas seulement être « un crime grave de droit commun », mais bien « un crime ou délit particulièrement grave ». Enfin, il est requis pour l'expulsion que le réfugié constitue « une menace pour la communauté dudit pays ».

Une troisième différence réside dans le fait que l'article 33, paragraphe 2 ne concerne qu'un des aspects de la protection dont bénéficient les réfugiés, à savoir la défense contre l'expulsion et le refoulement, tandis que l'article 1, F exclut entièrement la personne visée du champ d'application *ratione personae* de la Convention<sup>14</sup>. Ainsi que le remarque James HATHAWAY : « Art. 33(2) does not annul refugee status, but simply authorizes a host government to divest itself of its particularized protective responsibilities »<sup>15</sup>. Une personne expulsée sur la base de l'article 33 demeurera un réfugié et aura par conséquent droit à l'aide du H.C.R. et à la protection de tout autre État partie à la Convention<sup>16</sup>.

Quatrièmement, on remarquera que si l'article 33, paragraphe 2 s'applique nécessairement après la reconnaissance du statut de réfugié, l'article 1, F peut quant à lui s'appliquer tant avant qu'après celui-ci. Deux hypothèses d'exclusion *a posteriori* peuvent ainsi être envisagées. Premièrement, il y a celle où les faits qui auraient mené à une exclusion ne sont connus qu'après la reconnaissance du statut de réfugié. Dans ce cas, une annulation *ex tunc* du statut de réfugié sur la base de l'exclusion est fondée<sup>17</sup>. Deuxièmement, il y a l'hypothèse où le réfugié a commis, après la reconnaissance de son statut, des crimes relevant des *littera a* ou *c* de l'article 1, F<sup>18</sup>. Dans ce cas, son statut de réfugié doit être révoqué *ex nunc*<sup>19</sup>. L'article 14, paragraphe 3, de la directive qualification confirme cette lecture de l'article 1, F en ce qu'il dispose à propos de ces deux hypothèses :

« Les États membres révoquent le statut de réfugié de tout ressortissant d'un pays tiers ou apatride, y mettent fin ou refusent de le renouveler, s'ils établissent, après lui avoir octroyé le statut de réfugié, que: a) le réfugié est ou aurait dû être exclu du statut de réfugié en vertu de l'article 12 ».

---

<sup>14</sup> A. ZIMMERMANN ET P. WENNHOLZ, « Article 1 F (Définition of the Term Refugee/Définition du Terme "Réfugié") », in *The 1951 Convention Relating to the Status of Refugees and its 1967 Protocol: a Commentary*, sous la direction de A. Zimmermann (éd.), Oxford, Oxford University Press, 2012, pp. 589-590, § 30 ; J.Y. CARLIER, *Droit d'asile et des réfugiés. De la protection aux droits*, R.C.A.D.I., T. 332, 2007, p. 243.

<sup>15</sup> J. C. HATHAWAY, *The rights of refugees under international law*, *op. cit.*, p. 344.

<sup>16</sup> *Ibid.*, pp. 344-345.

<sup>17</sup> U.N.H.C.R., *Handbook on procedures and criteria for determining refugee status*, *op. cit.*, p. 117.

<sup>18</sup> Le *littera b* ne couvre que les crimes commis en dehors du pays d'accueil avant d'y être admis comme réfugié.

<sup>19</sup> U.N.H.C.R., *Handbook on procedures and criteria for determining refugee status*, *op. cit.*, p. 117.

L'usage de l'indicatif présent suivi du conditionnel permet d'établir que le législateur européen n'envisage pas la seule hypothèse du réexamen de la décision *ex tunc*, mais également d'une révocation *ex nunc*<sup>20</sup>.

Il apparaît donc que les articles 33, paragraphe 2 et 1, F poursuivent des objectifs différents par des moyens différents avec un champ d'application *ratione temporis* partiellement différent. Dans tous les cas, il convient de rappeler que les expulsions demeurent soumises au respect des autres instruments internationaux.

### ***C. Niveau de preuve : « des raisons sérieuses de penser »***

Dans l'exercice de détermination des faits justifiant une exclusion, que celui-ci intervienne avant ou après l'inclusion, la charge de la preuve repose sur l'administration<sup>21</sup>. Cela est conforme au principe selon lequel il appartient au demandeur d'établir la preuve – *actori incumbit probatio* – si l'on accepte que, s'agissant de l'exclusion, c'est l'État d'accueil, non le requérant d'asile, qui la demande.

Le niveau de preuve à atteindre est celui de *raisons sérieuses de penser* que l'un des actes énumérés a été commis. Trois situations peuvent se présenter. Premièrement, il y a déjà eu un procès. Dans ce cas, deux hypothèses sont possibles. Si le requérant a été condamné pénalement pour les crimes justifiant l'exclusion, avec les garanties d'un procès équitable, il y aura nécessairement exclusion<sup>22</sup>. En revanche, si le requérant a été acquitté, il y a certes une présomption de non-exclusion, mais elle est réfragable, car le niveau de preuve de « raisons sérieuses de penser » est inférieur au niveau de la preuve pénale<sup>23</sup>. Deuxièmement, des poursuites sont en cours. Dans ce cas, il convient d'attendre l'issue de celles-ci, par analogie avec le principe selon lequel le pénal tient le civil en l'état. Ainsi, dans une affaire où le requérant avait été poursuivi par le T.P.I.R. et transféré à Arusha, la C.R.R. n'a pas statué sur le fond de l'affaire, mais a prononcé un « non-lieu en l'état », laissant au requérant la possibilité de rouvrir l'instance à l'issue de la procédure engagée devant le T.P.I.R.<sup>24</sup>

<sup>20</sup> S. BODART, *La protection internationale des réfugiés en Belgique*, Bruxelles, Bruylant, 2008, p. 310.

<sup>21</sup> U.N.H.C.R., *Background Note on the Application of the Exclusion Clauses: Article 1F of the 1951 Convention Relating to the Status of Refugees*, op. cit., § 105 ; S. BODART, *La protection internationale des réfugiés en Belgique*, op. cit., p. 304.

<sup>22</sup> Sous réserve d'avoir déjà purgé la peine associée à la condamnation. Voy. à ce sujet ci-dessous le point G., 2., i.

<sup>23</sup> Cf. *infra*.

<sup>24</sup> M. COMBARNOUS, « Les clauses d'exclusion et de cessation de la qualité de réfugié dans la jurisprudence de la Commission des recours des réfugiés en France », *La Convention de Genève du 28 juillet 1951 relative au statut*

Troisièmement, aucune poursuite pénale n'a été engagée ou elles ont été menées en infraction avec les garanties d'un procès équitable. Dans ce cas, comme en cas d'acquittement dans la première situation, mais sans le bénéfice d'une présomption, il convient de procéder à un examen du niveau de preuve au regard du cas d'espèce.

Il se déduit de la formulation « des raisons sérieuses de penser » qu'un seuil probant inférieur à celui de la responsabilité pénale – au-delà de tout doute raisonnable – devrait être retenu<sup>25</sup>. Une large jurisprudence anglo-saxonne s'est avancée plus loin et a situé ce standard de preuve en deçà de celui de la balance de probabilités<sup>26</sup>. Ainsi que l'a souligné l'*Immigration Appeal Tribunal* du Royaume-Uni :

*« the phrase implied something less than proof on either a criminal standard of beyond reasonable doubt or a civil standard of balance of probabilities »*<sup>27</sup>.

La Court of Appeal du Royaume-Uni a précisé :

*« If the receiving State is in a position to prosecute them, it is a necessary assumption that it will do so. Art. 1F therefore deals with asylum-seekers who are suspect but still at large. At the same time it clearly sets a standard above mere suspicion. »*<sup>28</sup>

Le défaut d'un tel seuil inférieur à une balance de probabilités est qu'il pourrait conduire à exclure plus souvent des personnes qui méritent la protection, que l'inverse<sup>29</sup>. C'est pourquoi le H.C.R. ainsi que certains commentateurs n'ont pas suivi cette jurisprudence et ont situé les

---

*des réfugiés 50 ans après : Bilan et perspectives*, sous la direction de V. Chetail, Bruxelles, Bruylant, 2001, p. 386 ; C.R.R., *Nzuwonemeye*, 6 décembre 2000, p. 11 in *ibid.*, p. 386.

<sup>25</sup> U.N.H.C.R., *Background Note on the Application of the Exclusion Clauses: Article 1F of the 1951 Convention Relating to the Status of Refugees*, *op. cit.*, § 107 ; A. ZIMMERMANN ET P. WENNHOLZ, « Article 1 F (Définition of the Term Refugee)/Définition du Terme "Réfugié" », *op. cit.*, p. 592, § 46 ; M. BLISS, « 'Serious Reasons for Considering': Minimum Standards of Procedural Fairness in the Application of the Article 1F Exclusion Clauses », *International Journal of Refugee Law*, vol. 12, n°suppl 1, 12 juillet 2000, p. 116.

<sup>26</sup> Federal Court of Appeal (Canada), *Ramirez v. Canada (Minister of Employment and Immigration)*, n°[1992] 2 FC 306, § 311 ; Federal Court (Canada), *Moreno v Canada (Minister of Employment and Immigration)*, n°[1994] 1 FC 298 (FC:CA), 14 septembre 1993, § 309 ; Federal Court (Canada), *Sivakumar v Canada (Minister of Employment and Immigration)*, n° [1994] 1 C.F. 433, 4 novembre 1993, § 445 ; Refugee Status Appeals Authority (New Zealand), n°1248/93, 31 juillet 1995 ; High Court (Auckland - Nouvelle-Zélande), n°[1998] 2 NZLR 301, 10 novembre 1997, § 27 ; Immigration appeal tribunal (U. K.), *Indra Gurung v. The Secretary Of State For The Home Department*, n°[2002] UKIAT04870, 14 octobre 2002, § 95 ; Court of Appeal (U. K.), *MH (Syria) and DS (Afghanistan) v. Secretary of State for the Home Department*, n°C5/2008/0942, 0942(A), 1378 et 1394, 24 mars 2009, § 28 ; High Court (New Zealand), *Garate (Gabriel Sequeiros) v. Refugee Status Appeals Authority*, [1998] NZAR 241, 9 octobre 1997 ; Supreme Court (Canada), *Mugesera v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, n°[2005] 2 S.C.R. 100, 2005 SCC 40, 28 juin 2005.

<sup>27</sup> Immigration appeal tribunal (U. K.), *Indra Gurung v. The Secretary Of State For The Home Department*, n°[2002] UKIAT04870, 14 octobre 2002, § 95.

<sup>28</sup> Court Of Appeal (Civil Division - U. K.), *Al-Sirri v Secretary of State for the Home Department & Anor*, n°[2009] EWCA Civ 222, 18 mars 2009.

<sup>29</sup> M. BLISS, « 'Serious Reasons for Considering': Minimum Standards of Procedural Fairness in the Application of the Article 1F Exclusion Clauses », *op. cit.*, p. 116.

*raisons sérieuses de penser* au-delà d'une simple balance de probabilités<sup>30</sup>. Le Tribunal administratif fédéral suisse a pour sa part considéré :

« Bien qu'ils visent un degré de preuve moindre que celui de la "haute probabilité" requis [...] pour la preuve de la qualité de réfugié, les "raisons sérieuses" exigent, à tout le moins, une suspicion sérieuse et évidente, fondée sur un faisceau d'indices concrets, c'est-à-dire une implication claire et crédible dans des actes méritant une exclusion ; de simples suppositions ne suffisent pas. »<sup>31</sup>

Dans tous les cas, le seuil sera atteint si le requérant a reconnu, dans ses déclarations, les faits justifiant l'exclusion.

#### ***D. Proportionnalité entre motifs d'exclusion et persécutions craintes***

La question de l'application d'un test de proportionnalité lors de l'exclusion constitue un autre point important de débat. Deux sortes de test existent. D'une part, les motifs justifiant l'exclusion peuvent être mis en balance avec les persécutions craintes en cas de retour dans le pays d'origine (1), d'autre part, la protection de la société du pays d'accueil peut être mise en balance avec les persécutions craintes en cas de retour dans le pays d'origine (2).

##### ***1. Proportionnalité entre les motifs d'exclusion et les persécutions craintes***

Faut-il mettre en balance les raisons justifiant l'exclusion avec les persécutions craintes en cas de refoulement ? Si ces dernières excèdent la gravité des crimes commis, convient-il de ne pas exclure la personne concernée ? Aucun élément du texte de l'article 1, F n'impose la mise en place d'un tel test. Néanmoins, plusieurs auteurs ainsi que le H.C.R. ont soutenu qu'il convenait d'y procéder à l'endroit de l'article 1, F, b, mais pas dans les situations visées par les *litera* a ou c du même article<sup>32</sup>. Cela s'expliquerait par la gravité nécessairement hors de

---

<sup>30</sup> U.N.H.C.R., *Background Note on the Application of the Exclusion Clauses: Article 1F of the 1951 Convention Relating to the Status of Refugees*, *op. cit.*, § 107 ; A. ZIMMERMANN ET P. WENNHOLZ, « Article 1 F (Définition of the Term Refugee/Définition du Terme "Réfugié") », *op. cit.*, p. 593, § 47 ; M. BLISS, « 'Serious Reasons for Considering': Minimum Standards of Procedural Fairness in the Application of the Article 1F Exclusion Clauses », *op. cit.*, p. 116.

<sup>31</sup> Tribunal administratif fédéral (Suisse), arrêt n°E-5538/2006, 11 mai 2010 ; Tribunal administratif fédéral (Suisse), arrêt n°E-5256/2006, 13 juillet 2010.

<sup>32</sup> A. ZIMMERMANN ET P. WENNHOLZ, « Article 1 F (Définition of the Term Refugee/Définition du Terme "Réfugié") », *op. cit.*, p. 589, § 28 ; S. BODART, *La protection internationale des réfugiés en Belgique*, *op. cit.*, p. 3131 ; G. S. GOODWIN-GILL ET J. MCADAM, *The Refugee in International Law*, 3rd édition, Oxford, Oxford University Press, 2007, pp. 180-184 ; U.N.H.C.R., *The UN Refugee Agency: Guidelines on International Protection: Application of the Exclusion Clauses: Article 1F of the 1951 Convention relating to the Status of*

proportion des crimes visés par les *litera* a et c. Outre l'absence de fondement dans le texte, plusieurs éléments nous amènent à rejeter cette idée.

Premièrement, la distinction opérée entre les alinéas a et c d'un côté et b de l'autre peut être questionnée<sup>33</sup>. Certains crimes de guerre visés par le *litera* a, comme le pillage<sup>34</sup>, ou certains modes éloignés de participation à de tels crimes, peuvent relever d'un niveau de gravité inférieur qui justifierait un test de proportionnalité au même titre que pour les crimes de droit commun. En outre, il peut également se trouver que l'auteur de ces crimes hors de proportion a en partie expié son crime, par exemple en ayant purgé une peine de prison. À l'inverse, un « crime grave de droit commun » peut être d'une particulière gravité. Dès lors, si cette distinction entre les différents *litera* paraît justifiée en apparence, elle ne résiste pas à l'examen.

Ensuite, les jurisprudences nationales sont loin d'être unanimes sur le principe même d'un test de proportionnalité. Certaines se sont prononcées en faveur de l'application d'un tel test<sup>35</sup>, d'autres en défaveur<sup>36</sup>. En tout état de cause, pour ce qui concerne les États membres de l'Union européenne, un examen de proportionnalité devrait être écarté. En effet, la Cour de justice de l'Union européenne, interprétant la Convention de Genève au travers de la directive « qualification », a considéré que :

« l'exclusion du statut de réfugié en application de l'article 12, paragraphe 2, sous b) ou c) [l'équivalent de l'article 1, F, b et c], de la directive n'est pas subordonnée à un examen de proportionnalité au regard du cas d'espèce. »<sup>37</sup>

Cette décision est importante, particulièrement au vu du silence de la Convention sur cette question.

Un troisième élément amènerait à rejeter ce test de proportionnalité. D'autres instruments internationaux tempèrent les conséquences d'une exclusion. Ainsi, la Convention contre la

---

*Refugees*, 2003, § 24 ; J. C. HATHAWAY, *The law of refugee status*, Toronto, Butterworths, 1991, pp. 224-225 ; M.K. NYINAH, « Exclusion Under Article 1F: Some Reflections on Context, Principles and Practice », *International Journal of Refugee Law*, vol. 12, n°suppl 1, 12 juillet 2000, p. 306.

<sup>33</sup> M. BLISS, « 'Serious Reasons for Considering': Minimum Standards of Procedural Fairness in the Application of the Article 1F Exclusion Clauses », *op. cit.*, p. 110.

<sup>34</sup> Art. 8, 2, b, xvi, du Statut de Rome de la Cour pénale internationale, signé à Rome le 17 juillet 1998.

<sup>35</sup> Voy. notamment : Supreme Court of Canada, *Pushpanathan v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, no[1998] 1 S.C.R. 982, 4 juin 1998, § 156 ; Immigration Appeal Tribunal (U. K.), *Mr Indra Gurung c. The Secretary of State for the Home Department*, n°HX34452-2001[2002] UKIAT04870, 14 octobre 2002, § 96 ; Immigration Appeal Tribunal (U.K.), *KK (Article 1F(c)) Turkey v. Secretary of State for the Home Department*, n°UKIAT 00101, 7 mai 2004, § 90.

<sup>36</sup> Cour administrative fédérale (Allemagne), n°BVerwG 10 C 48.07, 14 octobre 2008, § 32.

<sup>37</sup> C.J.U.E., 9 novembre 2010, *B. et D. c. Allemagne*, C-57/09 et C-101/09, *Rec. C.J.U.E.* p. I-10979, § 111.

torture et autres peines ou traitements cruels, inhumains ou dégradants dispose, dans son article 3, paragraphe 1, que :

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

Dans le même ordre d'idée, la Cour européenne des droits de l'homme a considéré que la responsabilité de l'État qui extrade ou expulse est engagée, que le pays de destination soit ou non un État partie à la Convention, s'il existe des « motifs sérieux et avérés » de penser que le requérant court un « risque réel » de mauvais traitements<sup>38</sup>. Les conséquences d'une exclusion diffèrent substantiellement : il ne s'agit plus de subir des mauvais traitements, mais d'être seulement toléré sur un territoire au lieu de recevoir la protection du statut de réfugié.

Ces différents éléments amènent à écarter l'idée d'un test de proportionnalité à l'endroit de l'application des clauses d'exclusion entre les motifs de l'exclusion et les persécutions craintes.

## 2. *Proportionnalité entre la protection du pays d'accueil et les persécutions craintes*

Le second test de proportionnalité s'opère entre les persécutions craintes en cas de retour et le danger que représente l'intéressé pour le pays d'accueil. Il a été précisé ci-dessus que l'objectif de protection du pays d'accueil relève davantage des conditions d'expulsion (art. 33, § 2) que des clauses d'exclusion (art. 1, F)<sup>39</sup>. Ainsi, la Cour suprême du Canada a formulé en ces termes :

« Pour décider si une expulsion impliquant un risque de torture viole les principes de justice fondamentale, il faut mettre en balance l'intérêt du Canada à combattre le terrorisme d'une part, et le droit d'un réfugié au sens de la Convention de ne pas être expulsé vers un pays où il risque la torture d'autre part. »<sup>40</sup>

À l'inverse, la Cour européenne des droits de l'homme refuse toute proportionnalité même en matière d'expulsion<sup>41</sup>. De même, pour les États membres de l'Union européenne, la Cour de

<sup>38</sup> Cour eur. D. H., arrêt *Soering c. Royaume-Uni*, 7 juillet 1989, req. n°14038/88.

<sup>39</sup> Voy. *supra* point I, B.

<sup>40</sup> Cour suprême (Canada), *Suresh c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, n°[2002] 1 R.C.S. 3 2002 CSC 1, 11 janvier 2002, § 47.

<sup>41</sup> Cour eur. D.H., arrêt *Saadi c. Italie*, 28 février 2008, req. n°37201/06, analysé *infra*, II, A.

justice a écarté de la question de l'exclusion non seulement la « proportionnalité au regard du cas d'espèce »<sup>42</sup>, mais aussi celle du danger que représente l'étranger pour la société:

« l'exclusion du statut de réfugié en application de l'article 12, paragraphe 2, sous b) ou c), de la directive n'est pas subordonnée au fait que la personne concernée représente un danger actuel pour l'État membre d'accueil. »<sup>43</sup>

En conséquence, soit parce qu'il est réservé aux conditions de l'expulsion (Canada), soit parce qu'il est toujours rejeté, le test de proportionnalité entre les persécutions craintes et le danger que représente la personne pour la société du pays d'accueil doit, en matière d'exclusion, également être écarté.

### 3. *Conclusion intermédiaire*

Les deux tests de proportionnalité doivent donc être rejetés en matière d'exclusion. Ils ont certes des objets différents et sont donc, généralement, invoqués différemment en pratique. Par le premier, le requérant d'asile entend éviter l'exclusion au motif des risques graves qu'il court dans son pays d'origine. À l'inverse, par le deuxième test de proportionnalité, l'État d'accueil souhaite exclure pour protéger sa population. À dire vrai, les deux tests de proportionnalité opèrent un glissement de raisonnement incorrect : plutôt que de mesurer les motifs du passé qui justifient ou non une exclusion, ils mesurent un risque futur, individuel ou collectif. En bref, si exclusion il doit y avoir – ce qui sera questionné plus avant<sup>44</sup> - elle exclut aussi toute proportionnalité.

### *E. Responsabilité pénale individuelle*

Les termes « a commis » et « s'est rendue coupable » contenus à l'article 1, F posent la question du niveau de participation requis dans le comportement justifiant l'exclusion. Au-delà des modes de commission directe, quels modes de culpabilité retenir ? L'article 1, F, a, se réfère aux « instruments internationaux élaborés pour prévoir des dispositions relatives à ces crimes ». Le droit pénal international constitue à cet égard une référence utile<sup>45</sup>. Plus

---

<sup>42</sup> Voy. *supra* point I, B.

<sup>43</sup> C.J.U.E., 9 novembre 2010, *B. et D. c. Allemagne*, C-57/09 et C-101/09, *Rec. C.J.U.E.* p. I-10979, § 105.

<sup>44</sup> Voy. *infra* point II.

<sup>45</sup> J. RIKHOF, « Exclusion at a Crossroads: The Interplay between International Criminal Law and Refugee Law in the Area of Extended Liability », *Legal and Protection Policy Research Series - U.N.H.C.R.*, n°PPLA/2011/06, juin 2011, p. 4.

particulièrement, le Statut de la Cour pénale internationale apparaît singulièrement pertinent, car à la fois récent (1998) et largement ratifié (121 États<sup>46</sup>). Les jurisprudences nationales s'y sont d'ailleurs référées à plusieurs reprises<sup>47</sup>.

Il faut noter que les alinéas b et c de l'article 1, F ne contiennent pas de référence explicite aux instruments internationaux pertinents. L'article 12, paragraphe 3, de la directive 2011/95/U.E. dispose toutefois que la clause d'exclusion s'applique aussi aux personnes qui sont les instigatrices des crimes ou des actes visés, ou qui y participent de quelque autre manière. Cette compréhension étendue des modes de commission autorise certainement une référence au Statut de Rome. L'article 25, paragraphe 3, de celui-ci détaille les modes de commission susceptible d'engager la responsabilité pénale d'une personne :

- a) Elle commet un tel crime, que ce soit individuellement, conjointement avec une autre personne ou par l'intermédiaire d'une autre personne, que cette autre personne soit ou non pénalement responsable ;
- b) Elle ordonne, sollicite ou encourage la commission d'un tel crime, dès lors qu'il y a commission ou tentative de commission de ce crime ;
- c) En vue de faciliter la commission d'un tel crime, elle apporte son aide, son concours ou toute autre forme d'assistance à la commission ou à la tentative de commission de ce crime, y compris en fournissant les moyens de cette commission ;
- d) Elle contribue de toute autre manière à la commission ou à la tentative de commission d'un tel crime par un groupe de personnes agissant de concert. Cette contribution doit être intentionnelle et, selon le cas :
  - i) Viser à faciliter l'activité criminelle ou le dessein criminel du groupe, si cette activité ou ce dessein comporte l'exécution d'un crime relevant de la compétence de la Cour ; ou
  - ii) être faite en pleine connaissance de l'intention du groupe de commettre ce crime ; »

Outre ces modes actifs de participation, il faut relever les modes plus passifs de responsabilité du supérieur hiérarchique. Celui-ci peut être tenu responsable des crimes commis par les personnes placées sous son autorité et son contrôle effectif s'il savait, ou, en raison des

---

<sup>46</sup> Voy. [www.icc-cpi.int/Menus/ASP/states+parties/](http://www.icc-cpi.int/Menus/ASP/states+parties/) (dern. consult. 14 septembre 2012).

<sup>47</sup> Supreme Court (Royaume-Uni), *R (on the application of JS) (Sri Lanka) (Respondent) v. Secretary of State for the Home Department (Appellant)*, n°[2010] UKSC 15, 17 mars 2010, § 109 ; Federal Court of Appeal (Montreal – Canada), *Mohamed Zrig, Appellant vs. The Minister of Citizenship and Immigration*, n°2003 FCA 178, 4 avril 2003, § 146 ; Cour administrative fédérale (Allemagne), n°BVerwG 10 C 24.08, 24 novembre 2009, § 46 ; Cour administrative fédérale (Allemagne), n° BVerwG 10 C 7.09, 16 février 2010, § 41 ; Supreme Court (Nouvelle-Zélande), *The Attorney-General (Minister Of Immigration) v Tamil X and Refugee Status Appeals Authority*, n°[2010] NZSC 107, 27 août 2010, § 53.

circonstances, aurait dû savoir, qu'elles commettaient ou allaient commettre ces crimes (1) ; si ces crimes étaient liés à des activités relevant de sa responsabilité et de son contrôle effectifs (2) ; et s'il n'a pas pris toutes les mesures nécessaires et raisonnables qui étaient en son pouvoir pour en empêcher ou en réprimer l'exécution ou pour en référer aux autorités compétentes aux fins d'enquête et de poursuites (3)<sup>48</sup>.

Précisons, pour ce qui concerne le crime contre la paix, ou crime d'agression selon la terminologie du Statut de la Cour pénale internationale, que celui-ci doit avoir été commis par une personne effectivement en mesure de contrôler ou de diriger l'action politique ou militaire d'un État<sup>49</sup>.

La responsabilité pénale individuelle ne peut être engagée que si le crime a été commis avec intention et connaissance<sup>50</sup>. Une telle condition devrait être transposée à l'endroit de la clause d'exclusion. Au sens du Statut de Rome, il y a intention lorsque relativement à un comportement, une personne entend adopter ce comportement et relativement à une conséquence, une personne entend causer cette conséquence ou est consciente que celle-ci adviendra dans le cours normal des événements<sup>51</sup>. Il y a connaissance lorsqu'une personne est consciente qu'une circonstance existe ou qu'une conséquence adviendra dans le cours normal des événements<sup>52</sup>.

#### ***F. La tentative et l'incitation***

L'article 1, F, n'envisage que l'hypothèse des crimes qui ont été commis. L'hypothèse où le demandeur d'asile a tenté de commettre un crime visé à l'article 1, F, mais a échoué dans son entreprise mérite toutefois d'être considérée. En droit pénal international, l'article 25, 3, f, du Statut de la Cour pénale internationale dispose :

« une personne est pénalement responsable et peut être punie pour un crime relevant de la compétence de la Cour si : [...] elle tente de commettre un tel crime par des actes qui, par leur caractère substantiel, constituent un commencement d'exécution, mais sans que le crime soit accompli en raison de circonstances indépendantes de sa volonté. Toutefois, la personne qui abandonne l'effort tendant à commettre le crime ou en empêche de quelque

---

<sup>48</sup> Art. 28 du Statut de Rome de la Cour pénale internationale, signé à Rome le 17 juillet 1998.

<sup>49</sup> Art. 8bis, *ibid.*

<sup>50</sup> Art. 30, paragraphe 1, *ibid.*

<sup>51</sup> Art. 30, paragraphe 2, points a) et b), *ibid.*

<sup>52</sup> Art. 30, paragraphe 3, *ibid.*

autre façon l'achèvement ne peut être punie en vertu du présent Statut pour sa tentative si elle a complètement et volontairement renoncé au dessein criminel. »

Conformément aux objectifs poursuivis par la clause d'exclusion – éviter l'impunité et ne pas octroyer la protection du statut de réfugié à ceux qui s'en sont rendus indignes –, une telle logique devrait être incluse dans la compréhension de l'article 1, F. En effet, un échec involontaire dans l'entreprise criminelle ne rend celui qui s'y est essayé ni plus digne de la protection du statut de réfugié, ni moins sujet à des poursuites pénales.

Une autre question est celle de l'incitation. Lorsqu'un lien causal entre celle-ci et le crime commis est établi, il ne fait guère de doute qu'elle peut constituer un mode de participation pouvant fonder une exclusion. Conformément au considérant 22 de la directive 2004/83/CE :

« sont également contraires aux buts et principes des Nations unies, pour les personnes qui s'y livrent sciemment, le financement et la planification d'actes de terrorisme et l'incitation à de tels actes ».

La gravité du crime et l'impact de l'incitation doivent intervenir dans l'évaluation. L'exemple de la Radio Télévision libre des Mille Collines au Rwanda lors du génocide est particulièrement illustratif à cet égard<sup>53</sup>.

Plus épineux est le problème de l'incitation, sans résultat, à la commission d'un crime pouvant justifier une exclusion. En droit pénal international, l'incitation directe et publique d'autrui à la commission d'un génocide, même si celui-ci ne se produit pas, est punissable<sup>54</sup>. Sans doute est-il raisonnable de procéder de même à l'endroit de l'exclusion, tant cela rencontre les objectifs de dignité du statut de réfugié et de prévention de l'impunité. Le but humanitaire poursuivi par la convention, et l'interprétation restrictive qui en découle, devraient toutefois dissuader de procéder de même pour les autres crimes visés à l'article 1, F.

### ***G. Motifs d'exonération, d'expiation et d'atténuation***

Lorsqu'il est acquis qu'il existe des raisons sérieuses de penser qu'un demandeur d'asile a commis un des crimes visés à l'article 1, F, trois questions doivent encore être posées avant de

---

<sup>53</sup> Voy. T.P.I.R. (ch. 1<sup>ère</sup> instance), *Le Procureur c. Ferdinand Nahimana, Jean-Bosco Barayagwiza et Hassan NGEZE*, Jugement, ICTR-99-52-T, 3 déc. 2003, §§ 1031-1034.

<sup>54</sup> Art. 25, 3, e), du Statut de Rome de la Cour pénale internationale, signé à Rome le 17 juillet 1998 ; T.P.I.R., *The Prosecutor v. Jean-Paul Akayesu*, Chambre I, Jugement, ICTR-96-4-T, 2 sept. 1998, para. 562.

procéder à l'exclusion : le demandeur était-il exonéré de sa responsabilité pénale ? (1) A-t-il expié son crime ? (2) Sa responsabilité est-elle atténuée d'une façon ou d'une autre ? (3)

### 1. Motifs d'exonération

Pour ce qui concerne les motifs d'exonération, par analogie avec le droit pénal international, plusieurs situations peuvent se présenter : une absence de discernement au moment des faits, un état de légitime défense, une contrainte irrésistible et, dans certains cas, un ordre hiérarchique. L'absence de discernement au moment des faits peut notamment résulter d'une maladie, d'une déficience mentale ou d'un état d'intoxication involontaire<sup>55</sup>.

La légitime défense peut être invoquée lorsque la personne a agi raisonnablement pour se défendre, pour défendre autrui ou, dans le cas des crimes de guerre, pour défendre des biens essentiels à sa survie ou à celle d'autrui ou essentiels à l'accomplissement d'une mission militaire, contre un recours imminent et illicite à la force, d'une manière proportionnée à l'ampleur du danger qu'elle courait ou que couraient l'autre personne ou les biens protégés<sup>56</sup>.

La contrainte irrésistible consiste en une menace de mort imminente ou d'une atteinte grave, continue ou imminente à sa propre intégrité physique ou à celle d'autrui, et si la personne a agi par nécessité et de façon raisonnable pour écarter cette menace, à condition qu'elle n'ait pas eu l'intention de causer un dommage plus grand que celui qu'elle cherchait à éviter<sup>57</sup>.

Ces trois motifs d'exonération permettent normalement d'écarter toute responsabilité pénale et devraient donc empêcher l'application de la clause d'exclusion.

En droit pénal international, le fait qu'un crime a été commis sur ordre d'un gouvernement ou d'un supérieur, militaire ou civil, n'exonère pas la personne qui l'a commis de sa responsabilité pénale, sauf si cette personne avait l'obligation légale d'obéir aux ordres du gouvernement ou du supérieur en question ; si elle ne savait pas que l'ordre était illégal ; et si l'ordre n'était pas manifestement illégal<sup>58</sup>. En effet, l'ordre de commettre un crime contre l'humanité est lui-même considéré comme manifestement illégal en manière telle que la résistance à cet ordre est légitime et nécessaire<sup>59</sup>. À nouveau, cette logique apparaît pouvoir être transposée à l'endroit des clauses d'exclusion.

---

<sup>55</sup> Art. 31, § 1, points a) et b), du Statut de Rome de la Cour pénale internationale, signé à Rome le 17 juillet 1998.

<sup>56</sup> Art. 31, § 1, point c), du Statut de Rome de la Cour pénale internationale, signé à Rome le 17 juillet 1998.

<sup>57</sup> Art. 31, § 1, point d), *ibid.*

<sup>58</sup> Art. 33, § 1, *ibid.*

<sup>59</sup> Art. 33, § 2, *ibid.* ; J. VERHAEGEN, *La Protection pénale contre les Excès de Pouvoir et la Résistance légitime à l'Autorité*, Bruxelles, Bruylant, 1969, p. 361.

## 2. *Motifs d'expiation*

À côté des motifs d'exonération se trouvent les situations où le crime a été expié par la personne concernée. Trois situations peuvent ainsi se présenter : lorsqu'une peine de prison a déjà été purgée (i), lorsque le crime commis est prescrit (ii) et lorsque le crime a été amnistié (iii).

### i. Peine déjà purgée

Bien que la Convention demeure silencieuse à cet égard, le H.C.R. soutient que lorsqu'un crime a fait l'objet d'une condamnation pénale et d'une peine de prison déjà purgée, celui-ci ne devrait plus pouvoir fonder une exclusion. Il tempère toutefois :

*« In the case of truly heinous crimes, it may be considered that such persons are still undeserving of international refugee protection and the exclusion clauses should still apply. This is more likely to be the case for crimes under Article 1F(a) or (c), than those falling under Article 1F(b). »<sup>60</sup>*

Cette approche nous semble cohérente avec les objectifs de prévenir l'impunité et de ne pas octroyer la protection du statut de réfugié à ceux qui s'en sont rendus indignes. Les jurisprudences nationales ne semblent cependant pas se préoccuper d'une condamnation précédente pour procéder à l'exclusion<sup>61</sup>. La Cour fédérale canadienne a ainsi considéré :

*« Il ne fait pas de doute [...] que le pays d'accueil peut très certainement décider de ne pas exclure l'auteur d'un crime grave de droit commun qui aurait déjà été condamné et qui aurait déjà purgé sa peine. Je ne crois pas, cependant, que la Cour ait décidé que le pays d'accueil ne pouvait pas décider d'exclure, quelles que soient les circonstances, l'auteur d'un crime grave de droit commun dès lors qu'il aurait été condamné et qu'il aurait purgé sa peine. »<sup>62</sup>*

Pourtant, ni le but de prévenir l'impunité, ni celui de protéger l'institution de l'asile contre les indignes ne semble justifier l'exclusion d'une personne qui a été réhabilitée en ayant subi le châtement prévu pour le crime fondant l'exclusion.

---

<sup>60</sup> U.N.H.C.R., *Background Note on the Application of the Exclusion Clauses: Article 1F of the 1951 Convention Relating to the Status of Refugees*, *op. cit.*, § 73.

<sup>61</sup> Conseil d'État (Section du contentieux administratif - Belgique), Arrêt n°220.321, 13 juillet 2012 ; Conseil d'État (Section du contentieux administratif - Belgique), Arrêt n°199.079, A. 192.074/Xi-16.797, 18 Décembre 2009 ; Cour fédérale (Montréal - Canada), *Leysidro Garcia Médina c. le Ministre de la citoyenneté et de l'immigration*, n°2006 CF 62, 23 janvier 2006, § 128.

<sup>62</sup> Cour fédérale (Montréal - Canada), *Leysidro Garcia Médina c. le Ministre de la citoyenneté et de l'immigration*, n°2006 CF 62, 23 janvier 2006, § 128.

## ii. Prescription

La prescription ne concerne que les crimes visés à l'article 1, F, b. Les crimes de guerre, crimes contre l'humanité et crimes contre la paix sont en principe imprescriptibles<sup>63</sup>. Le passage du temps devrait néanmoins être pris en considération, aux côtés de la gravité du crime commis et de l'amendement dont a fait preuve l'auteur<sup>64</sup>.

## iii. L'amnistie

Pour qu'une amnistie puisse faire obstacle à une exclusion, elle doit être l'expression de la volonté démocratique du pays concerné<sup>65</sup>. Certains crimes sont tellement graves, particulièrement ceux visés aux *littera* a et c, qu'ils feront difficilement l'objet d'une amnistie<sup>66</sup>. Le passage devant une Commission vérité et réconciliation pourrait être considéré comme une forme valable d'amnistie<sup>67</sup>.

## 3. Motifs d'atténuation

À côté de ces hypothèses où la responsabilité pénale est écartée se trouvent celles où elle est seulement atténuée. Il s'agit notamment des circonstances atténuantes ou des formes éloignées de contribution au crime commis. En matière pénale, de telles situations donnent généralement lieu à un prononcé de la culpabilité et à une modulation de la peine. Dans les cas qui nous occupent, aucune modulation n'est toutefois possible : on exclut, ou non. Il revient donc à l'autorité compétente, dans le cadre de son appréciation de la gravité des actes commis et de la responsabilité individuelle de l'intéressé, de prendre en compte toutes les circonstances caractérisant ces actes et la situation de la personne<sup>68</sup>. Si elle estime que le seuil de gravité justifiant l'exclusion est atteint, elle doit exclure. Dans le cas contraire, elle reconnaîtra le statut de réfugié. Plus l'acte est grave, plus des circonstances atténuantes substantielles ou une participation éloignée au crime seront nécessaires pour éviter l'exclusion, et inversement. Il s'agit d'une approche au cas par cas qui laisse une certaine marge d'appréciation à l'autorité compétente. Il faut reconnaître que cette marge d'appréciation n'est pas éloignée d'une sorte de proportionnalité. Mais il ne s'agit toutefois

<sup>63</sup> Art. 29 du Statut de Rome de la Cour pénale internationale, signé à Rome le 17 juillet 1998.

<sup>64</sup> U.N.H.C.R., *Handbook on procedures and criteria for determining refugee status*, *op. cit.*, § 23.

<sup>65</sup> Art. 29 du Statut de Rome de la Cour pénale internationale, signé à Rome le 17 juillet 1998.

<sup>66</sup> U.N.H.C.R., *Background Note on the Application of the Exclusion Clauses: Article 1F of the 1951 Convention Relating to the Status of Refugees*, *op. cit.*, § 73.

<sup>67</sup> *Ibid.*, § 75.

<sup>68</sup> C.J.U.E., 9 novembre 2010, *B. et D. c. Allemagne*, C-57/09 et C-101/09, *Rec. C.J.U.E.* p. I-10979, § 109.

pas d'une proportionnalité externe entre les faits et le risque pour l'individu ou pour la société, mais bien d'une proportionnalité interne aux faits eux-mêmes situés dans leur contexte.

Le texte de l'article 1, F ne prévoit formellement aucune réserve pour ces cas d'exonération, d'expiation ou d'atténuation de la responsabilité. Néanmoins, il apparaît à nouveau contraire aux objectifs poursuivis par l'exclusion de ne pas tenir compte de tels éléments qui conduiraient, lors d'un procès pénal, à l'acquittement ou à l'extinction des poursuites.

### *H. Inclusion avant exclusion ou vice versa ?*

Un débat dans l'appréhension des clauses d'exclusion, aussi théorique que controversé, concerne l'ordre d'examen des questions de l'inclusion et de l'exclusion. En substance, la question porte sur l'opportunité de procéder d'abord à l'examen de l'inclusion d'une personne dans le statut de réfugié avant d'examiner s'il y a des « raisons sérieuses de penser » qu'il convient de l'exclure. Faut-il, au contraire, d'abord s'interroger sur son éventuelle exclusion avant d'envisager les conditions de son inclusion ? Malgré deux décennies de débats, la doctrine et les jurisprudences nationales demeurent divisées, défendant essentiellement trois positions : l'examen de l'exclusion doit précéder celui de l'inclusion (a), celui des conditions de l'inclusion doit précéder celui de l'exclusion (b) et l'ordre d'examen peut varier selon les cas d'espèce (c).

#### *a. Exclusion avant inclusion*

Plusieurs arguments ont été avancés au soutien de l'examen de l'exclusion avant celui de l'inclusion<sup>69</sup>. En premier lieu, une approche littérale stricte de l'article 1, F a amené à conclure que si la clause d'exclusion trouve à s'appliquer, c'est toute la convention, y inclus l'article 1, A, paragraphe 2 qui concerne l'inclusion, qui ne peut trouver à s'appliquer à l'égard de la personne exclue<sup>70</sup>.

---

<sup>69</sup> Voy. notamment D. KOSAR, "Inclusion before Exclusion or Vice Versa: What the Qualification Directive Does (Not) Say", texte fourni par l'auteur.

<sup>70</sup> S. BODART, *La protection internationale des réfugiés en Belgique*, *op. cit.*, p. 310 ; M.K. NYINAH, « Exclusion Under Article 1F: Some Reflections on Context, Principles and Practice », *op. cit.*, p. 305.

Ensuite, il a été noté que l'article 1, F, utilise le terme *personne* et non *réfugié* ce qui tend à indiquer que lorsqu'on applique la clause d'exclusion, il n'y a pas encore eu inclusion<sup>71</sup>.

Enfin, il y aurait un risque d'exercice intellectuel gratuit dans l'examen de la question de l'inclusion si la personne est de toute façon exclue<sup>72</sup>. Cependant, comme on l'a écrit par ailleurs, « en pratique, il peut être tout aussi long, couteux, et constituer un exercice intellectuel gratuit de développer un examen délicat des "raisons sérieuses de penser" à l'exclusion pour, ne les trouvant pas, se tourner vers l'examen de la crainte avec raison de persécution et s'apercevoir, au terme de ce deuxième examen, qu'elle n'est pas fondée. Sauf à avoir sa « petite idée » au préalable, sachant dès l'abord qu'il y a manifestement crainte avec raison – et alors, pourquoi ne pas le motiver aisément – il y a dans l'une ou l'autre approche un risque d'exercice intellectuel gratuit. »<sup>73</sup>

#### *b. Examen de l'inclusion avant exclusion*

Plusieurs arguments ont été avancés au soutien d'un examen de l'inclusion (article 1, A, paragraphe 2) avant celui de l'exclusion (article 1, F).

Premièrement, le caractère exceptionnel des clauses d'exclusion ne devrait pas permettre leur utilisation au stade de l'admissibilité des demandes d'asile<sup>74</sup>. Dans l'ordre d'examen, le principe devrait précéder l'exception. Le respect de l'ordre d'examen des questions permet de conserver à l'esprit, sans les renverser, les règles d'interprétation : le principe fait l'objet d'une interprétation extensive, l'exception fait l'objet d'une interprétation restrictive<sup>75</sup>. De même, à s'en tenir à une analyse littérale on notera que, selon l'alphabet, la lettre A, pour l'inclusion, se lit et s'applique avant la lettre F.

Un deuxième argument repose sur l'objectif central de la Convention de Genève de 1951 : la protection. L'objectif premier des procédures de détermination du statut de réfugié ne devrait pas être de détecter les criminels, mais plutôt d'identifier les victimes à qui la

---

<sup>71</sup> S. BODART, *La protection internationale des réfugiés en Belgique*, op. cit., p. 310 ; G. S. GOODWIN-GILL ET J. MCADAM, *The Refugee in International Law*, op. cit., p. 178.

<sup>72</sup> S. BODART, *La protection internationale des réfugiés en Belgique*, op. cit., p. 311.

<sup>73</sup> J.Y. CARLIER, *Droit d'asile et des réfugiés. De la protection aux droits*, op. cit., p. 245.

<sup>74</sup> M.K. NYINAH, « Exclusion Under Article 1F: Some Reflections on Context, Principles and Practice », op. cit., p. 305 ; U.N.H.C.R., *Background Note on the Application of the Exclusion Clauses: Article 1F of the 1951 Convention Relating to the Status of Refugees*, op. cit., § 100 ; S. BODART, *La protection internationale des réfugiés en Belgique*, op. cit., p. 311.

<sup>75</sup> J.Y. CARLIER, *Droit d'asile et des réfugiés. De la protection aux droits*, op. cit., p. 246.

protection internationale est due<sup>76</sup>. Dans le même ordre d'idée, commencer par examiner la clause d'exclusion associe de façon injuste les demandeurs d'asile à des criminels potentiels<sup>77</sup>.

Troisièmement, la nature intrinsèquement complexe des affaires d'exclusion, impliquant notamment l'examen du crime et de la participation du candidat réfugié à celui-ci, requiert une connaissance complète des faits et, par conséquent, un examen complet de la demande d'inclusion<sup>78</sup>.

Quatrièmement, examiner l'inclusion et l'exclusion simultanément permet de mettre en balance la nature du crime allégué, ainsi que l'implication du demandeur d'asile dans celui-ci, avec la nature de la persécution crainte en cas de retour dans le pays d'origine<sup>79</sup>. La Cour de justice de l'Union européenne a toutefois rejeté l'idée d'un examen de la proportionnalité à cet endroit<sup>80</sup>. Nous avons suivi ce point de vue. Mais, tout en écartant un test de proportionnalité et en ne se prononçant pas expressément sur la question de l'ordre entre l'inclusion et l'exclusion, la Cour a également ajouté que :

« l'État membre concerné ne peut les appliquer [les clauses d'exclusion] qu'après avoir procédé, pour chaque cas individuel, à une évaluation des faits précis dont elle a connaissance en vue de déterminer s'il existe des raisons sérieuses de penser que les actes commis par l'intéressé, *qui remplit par ailleurs les critères pour obtenir le statut de réfugié*<sup>81</sup>, relèvent de l'un de ces deux cas d'exclusion. »<sup>82</sup>

Il s'en déduit assez nettement que la Cour impose un examen des critères de reconnaissance de la qualité de réfugié avant l'examen de l'exclusion.

Enfin, un cinquième argument découle des suites d'une décision d'exclusion. Après avoir exclu du bénéficiaire de la convention de Genève, de plus en plus souvent, la même

---

<sup>76</sup> M.K. NYINAH, « Exclusion Under Article 1F: Some Reflections on Context, Principles and Practice », *op. cit.*, p. 305.

<sup>77</sup> U.N.H.C.R., *Background Note on the Application of the Exclusion Clauses: Article 1F of the 1951 Convention Relating to the Status of Refugees*, *op. cit.*, § 99.; G. GILBERT, « Current Issues in the Application of the Exclusion Clauses », *Refugee Protection in International Law: UNHCR's Global Consultations on International Protection*, sous la direction de V. Türk et F. Nicholson E. Feller, Cambridge, Cambridge University Press, 2003, p. 466.

<sup>78</sup> G. GILBERT, « Current Issues in the Application of the Exclusion Clauses », *op. cit.*, 466.

<sup>79</sup> U.N.H.C.R., *Background Note on the Application of the Exclusion Clauses: Article 1F of the 1951 Convention Relating to the Status of Refugees*, *op. cit.*, § 99 ; A. ZIMMERMANN ET P. WENNHOLZ, « Article 1 F (Définition of the Term Refugee/Définition du Terme "Réfugié") », *op. cit.*, p. 589, § 28.

<sup>80</sup> La C.J.U.E. a considéré que : « l'exclusion du statut de réfugié [...] n'est pas subordonnée à un examen de proportionnalité au regard du cas d'espèce. » C.J.U.E., 9 novembre 2010, *B. et D. c. Allemagne*, C-57/09 et C-101/09, *Rec. C.J.U.E.* p. I-10979, § 111.

<sup>81</sup> Nous soulignons.

<sup>82</sup> C.J.U.E., 9 novembre 2010, *B. et D. c. Allemagne*, C-57/09 et C-101/09, *Rec. C.J.U.E.* p. I-10979, § 87.

juridiction est tenue d'examiner si la personne peut être renvoyée vers son pays d'origine sans violation de l'article 3 C.C.T. ou de l'article 3 C.E.D.H. Sous réserve du lien avec l'une des cinq causes et du niveau de risque et de mauvais traitement, l'exercice est très semblable à celui de l'examen de la crainte avec raison d'être persécuté. Si celui-ci est déjà fait, celui-là en tirera bénéfice, en manière telle que cet examen de l'inclusion suivi d'une décision d'exclusion n'était pas un exercice gratuit<sup>83</sup>.

### *c. Une position médiane*

Une position médiane est celle de l'exclusion avant l'inclusion pour les articles 1, F, a et c, et de l'examen de l'inclusion avant l'exclusion pour l'article 1, F, b. Sur la base de la proportionnalité entre l'exclusion et les persécutions craintes, il a été soutenu qu'on pouvait procéder à l'exclusion avant l'inclusion pour 1, F, a et c au regard de l'extrême gravité de ces crimes, mais que pour 1, F, b, il fallait d'abord procéder à l'inclusion<sup>84</sup>. Avec la Cour de justice de l'Union européenne nous avons toutefois écarté tout test de proportionnalité<sup>85</sup>.

Un autre argument se fonde sur le texte de l'article 1, F, b qui exclut les personnes qui ont commis un crime grave de droit commun en dehors du pays d'accueil avant d'y être admises comme réfugiés. Une interprétation littérale de ce *litera b*, qui se distingue du a et du c par l'utilisation des termes *avant d'y être admises comme réfugié*, requerrait de d'abord examiner si la personne peut être admise comme réfugié avant de pouvoir l'exclure sur cette base<sup>86</sup>. Le H.C.R. s'est également avancé dans cette voie médiane, considérant que l'exclusion pouvait exceptionnellement être considérée sans référence à l'inclusion dans trois situations :

« i) *where there is an indictment by an international criminal tribunal*; (ii) *in cases where there is apparent and readily available evidence pointing strongly towards the applicant's*

---

<sup>83</sup> J.Y. CARLIER, *Droit d'asile et des réfugiés. De la protection aux droits*, op. cit., pp. 245-246.

<sup>84</sup> A. ZIMMERMANN ET P. WENNHOLZ, « Article 1 F (Définition of the Term Refugee/Définition du Terme "Réfugié) », op. cit., p. 589, § 28 ; S. BODART, *La protection internationale des réfugiés en Belgique*, op. cit., p. 3131 ; G. S. GOODWIN-GILL ET J. MCADAM, *The Refugee in International Law*, op. cit., pp. 180-184 ; Supreme Court of Canada, *Pushpanathan v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, no[1998] 1 S.C.R. 982, 4 juin 1998, § 73 ; U.N.H.C.R., *The UN Refugee Agency: Guidelines on International Protection: Application of the Exclusion Clauses: Article 1F of the 1951 Convention relating to the Status of Refugees* op. cit., § 24 ;

<sup>85</sup> Voy. *supra* point D.

<sup>86</sup> G. GILBERT, « Current Issues in the Application of the Exclusion Clauses », op. cit., p. 466 ; S. BODART, *La protection internationale des réfugiés en Belgique*, op. cit., p. 313.

*involvement in particularly serious crimes, notably in prominent Article 1F(c) cases, and (iii) at the appeal stage in cases where exclusion is the question at issue. »<sup>87</sup>*

#### 4. *Conclusion : exclusion avant inclusion ou vice versa ?*

Des arguments valables ont été avancés en faveur des trois positions. Le débat semble polarisé entre respect des principes et pragmatisme, sans qu'il soit aisé de trancher. Il est vrai que s'il est évident au vu d'indices très sérieux que la clause d'exclusion trouve à s'appliquer, il semble n'avoir guère de sens ni d'intérêt de faire comme si la personne en question n'était pas exclue, en vue de savoir si, dans le cas contraire, elle aurait eu une chance d'être reconnue réfugié<sup>88</sup>. C'est une question de bon sens. Mais le droit n'est point simple bon sens. Le droit est aussi et surtout la mise en place de garanties procédurales. En cela, le respect de l'ordre entre l'examen du principe, qui fera l'objet d'une interprétation extensive, et de l'exception, qui fera l'objet d'une interprétation restrictive, est d'importance. Cet ordre a aussi une incidence pratique pour l'examen des conséquences en cas d'exclusion. L'évaluation du risque réel de traitement inhumain ou dégradant en cas de renvoi pour le pays d'origine aurait ainsi déjà été réalisée lors de l'examen préalable de la reconnaissance de la qualité de réfugié. Toutefois, deux des trois hypothèses relevées par la position médiane adoptée par le H.C.R. justifient de se centrer sur l'exclusion : lorsqu'il y a déjà eu condamnation pénale, la vérification portant sur le caractère équitable du procès et lorsque la cause est en appel et que les débats sont limités à la question de l'exclusion. Dans tous les autres cas, l'examen de l'inclusion avant celui de l'exclusion devrait donc être préféré.

#### **Conclusion**

L'étude du cadre général de la clause d'exclusion soulève plusieurs questions. Nos réponses ont été guidées à la fois par le but humanitaire poursuivi par la Convention, qui invite à une interprétation restrictive de l'exclusion, et par les objectifs poursuivis par la clause d'exclusion elle-même – éviter l'impunité et ne pas reconnaître la qualité de réfugié à ceux qui s'en sont rendus indignes. L'analyse tente de ne pas opposer ces deux objectifs.

---

<sup>87</sup> U.N.H.C.R., *Background Note on the Application of the Exclusion Clauses: Article 1F of the 1951 Convention Relating to the Status of Refugees*, *op. cit.*, § 100.

<sup>88</sup> S. BODART, *La protection internationale des réfugiés en Belgique*, *op. cit.*, p. 313.

Premièrement, il est apparu que le standard de preuve des *raisons sérieuses de penser* devait être situé en deçà d'une conviction au sens pénal. Une partie de la jurisprudence l'a également situé en deçà d'une balance de probabilités, mais certaines réserves ont été émises à l'égard de cette démarche (C).

Deuxièmement, il a été établi qu'un examen de la proportionnalité entre les persécutions craintes et les crimes commis n'avait pas lieu d'être et que l'exclusion n'était pas liée au danger que représente une personne pour la société du pays d'accueil (D).

Troisièmement, plusieurs analogies entre le droit pénal international et la clause d'exclusion ont été mises à jour. Il est ainsi ressorti que la tentative pouvait fonder une exclusion de même que l'incitation, soit en tant que mode de participation, soit pour elle-même, lorsqu'elle pousse au génocide (F). Les causes d'exonération du droit pénal international ont également pu être transposées à l'endroit de l'exclusion. Les motifs d'expiation devraient également pouvoir être transposés, en tenant compte toutefois du degré d'expiation et de la gravité des crimes commis. Les circonstances atténuantes devraient pour leur part faire l'objet d'un examen au cas par cas (G).

Enfin, dans le débat sur l'examen de l'inclusion avant celui de l'exclusion, il est apparu que cet ordre du principe et de l'exception devait être accepté tant pour des raisons théoriques que pratiques (H).

## II. L'exclusion du principe

Les différents principes relatifs à l'exclusion exposés ci-dessus en montrent la complexité. La mise en œuvre de ces principes qui sera exposée dans la suite de ces études en montre les difficultés. En outre, proportionnellement, les cas d'exclusions sont rares<sup>89</sup>. S'insinue alors une question liée à l'importance quantitative restreinte de l'exclusion combinée avec ses difficultés qualitatives : n'est-il pas plus simple de supprimer le principe même des clauses d'exclusion dans la convention de Genève ? Certains le prônent avec conviction au motif principal du renforcement, depuis 1951, du caractère indérogeable et absolu du noyau dur des droits de l'homme, en particulier l'interdiction de la torture et des traitements inhumains et

---

<sup>89</sup> 0,25% des décisions de la CRR en France au début des années 2000, selon D. ALLAND et C. TEITGEN-COLLY, *Traité de droit de l'asile*, Paris, PUF, 2004, p. 520 ; ce qui représente beaucoup moins de l'ensemble des décisions prises par l'OFPRA, dans la mesure où le recours sur la clause d'exclusion est la règle alors qu'à l'inverse, l'absence de recours sur décision de reconnaissance est le cas le plus fréquent. En Belgique en 2011, l'exclusion du statut de réfugié concernait seulement 0,24% des décisions prises par le Commissariat général aux réfugiés et aux apatrides. Voy. C.G.R.A., « Statistiques d'asile – Bilan 2011 », 11 janvier 2012, p. 11. (disponible sur [www.cgra.be](http://www.cgra.be) (dernière consultation octobre 2012)).

dégradants<sup>90</sup>. D'autres s'y opposent ou exposent les clauses d'exclusion sans mettre en question le principe de leur existence. On rappelle alors que « *refugee law, like human rights law in general, is not limited to rights alone. It contains aspects related to responsibilities and dates* »<sup>91</sup>. Parmi ces responsabilités, il y a la protection des populations et donc l'exclusion des auteurs de crimes. Retournant plus sobrement aux travaux préparatoires de la convention de Genève, on rappelle aussi la *ratio legis* de la clause d'exclusion : « l'intérêt de cette disposition est d'exprimer en filigranes la philosophie profonde des instruments internationaux relatifs aux réfugiés : pas de protection pour les persécuteurs »<sup>92</sup>. La formule rappelle un autre slogan : pas de liberté pour les ennemis de la liberté<sup>93</sup> ! Une chose est le refus de l'abus de droit inscrit par exemple à l'article 17 C.E.D.H. : les droits de l'homme ne peuvent être utilisés comme instrument de destruction de ces mêmes droits. Autre chose est la protection absolue que certains droits offrent à toute personne, même lorsqu'elle n'en est pas digne. Or, c'est sur ce point précisément que les droits de l'homme ont évolué à la lumière des démocraties contemporaines : les droits et les libertés fondamentales doivent être appliqués aux ennemis de la liberté si l'on ne veut pas, comme eux, mettre cette liberté même en péril. La chose n'est pas facile, mais nécessaire.

Nous unissons ici notre voix à celle de ceux qui proposent la suppression des clauses d'exclusion en droit des réfugiés. Cette position ne relève pas d'un humanisme angélique. Elle se fonde sur des motifs théoriques et sur des considérations pratiques<sup>94</sup>.

### ***A. Les motifs théoriques***

Il n'est pas contesté que les clauses d'exclusion, d'interprétation stricte, visent « des personnes qui, si elles n'étaient pas tombées dans leurs prévisions, auraient eu vocation à se voir reconnaître le statut de réfugié »<sup>95</sup>. Si elles n'étaient exclues, ces personnes seraient élues, parce qu'elles craignent avec raison d'être persécutées. Indépendamment du motif de la

---

<sup>90</sup> M. LAURAIN, « Vers une suppression des clauses d'exclusion », in *Mélanges François Julien-Laferrière*, Bruxelles, Bruylant, 2011, p. 325.

<sup>91</sup> P.J. VAN KRIEKEN (éd.), *Refugee law in context : the exclusion clause*, La Haye, T.M.C. Asser Press, 1999, p. IX.

<sup>92</sup> D. ALLAND, « Le dispositif international du droit de l'asile. Rapport général », in SFDI, *Colloque de Caen, Droit d'asile et des réfugiés*, Paris, Pedone, 1997, p. 50.

<sup>93</sup> Sur ces questions au regard des groupements liberticides, voy. H. DUMONT, P. MANDOUX, A. STROWEL et F. TULKENS (dir.), *Pas de liberté pour les ennemis de la liberté ? Groupements liberticides et droit*, Bruxelles, Bruylant, 2000.

<sup>94</sup> Cette prise de position est ferme pour Jean-Yves Carlier. Pierre d'Huart réserve sa position définitive au terme des recherches qu'il poursuit actuellement.

<sup>95</sup> D. ALLAND, in *SFDI, op. cit.*, p. 50 et in *Traité du droit de l'asile, op. cit.*, p. 515.

persécution, au regard d'une des cinq causes de la convention de Genève, il est certain qu'en terme de degré d'atteinte aux droits fondamentaux, la persécution est assimilable, sinon toujours à une torture, à tout le moins à des traitements inhumains ou dégradants. Or, l'évolution de la jurisprudence sur l'interdiction de la torture et des traitements inhumains ou dégradants est constante. C'est un droit indérogeable et absolu. L'interdiction s'impose en tout temps et à l'égard de toute personne. En somme, selon la formule de Marc Verdussen, « l'article 3 [C.E.D.H.] ne rompt ni ne ploie devant quelque impératif que ce soit »<sup>96</sup>. À propos de l'expulsion par l'Italie d'une personne considérée terroriste vers la Tunisie, la Cour européenne des droits de l'homme, en Grande Chambre, à l'unanimité rappelle, dans l'arrêt *Saadi*<sup>97</sup>, que :

« 139. La Cour considère que l'argument tiré de la mise en balance, d'une part, du risque que la personne subisse un préjudice en cas de refoulement et, d'autre part, de sa dangerosité pour la collectivité si elle n'est pas renvoyée repose sur une conception erronée des choses. Le « risque » et la « dangerosité » ne se prêtent pas dans ce contexte à un exercice de mise en balance, car il s'agit de notions qui ne peuvent qu'être évaluées indépendamment d'une de l'autre. En effet, soit les éléments de preuve soumis à la Cour montrent qu'il existe un risque substantiel si la personne est renvoyée, soit tel n'est pas le cas. La perspective que la personne constitue une menace grave pour la collectivité si elle n'est pas expulsée ne diminue en rien le risque qu'elle subisse des mauvais traitements si elle est refoulée. C'est pourquoi il serait incorrect d'exiger, comme le préconise le tiers intervenant, un critère de preuve plus strict lorsque la personne est jugée représenter un grave danger pour la collectivité, puisque l'évaluation du niveau de risque est indépendante d'une telle appréciation. »

Ce rappel est d'autant plus important que ce faisant, la Cour s'oppose au point de vue soutenu dans cette affaire par le Royaume-Uni invitant la Cour à opérer un revirement de sa jurisprudence *Chahal*<sup>98</sup>. En substance, le Royaume-Uni soutenait notamment :

« 120. Il est vrai que la protection offerte contre la torture et les traitements inhumains ou dégradants par l'article 3 de la Convention est absolue. Cependant, en cas d'expulsion, ces traitements ne seraient pas administrés par l'État

---

<sup>96</sup> M. VERDUSSEN, « Les tentations des sociétés démocratiques dans la lutte contre le terrorisme », *AIDH*, 2007, p. 345.

<sup>97</sup> Cour eur. D.H., arrêt *Saadi c. Italie*, 28 février 2008, req. n°37201/06.

<sup>98</sup> Cour eur. D.H., arrêt *Chahal c. Royaume-Uni*, 15 novembre 1996, req. n°22414/93.

signataire, mais par les autorités d'un État tiers. L'État signataire est alors lié par une obligation positive de protection contre la torture implicitement déduite de l'article 3. Or, dans le domaine des obligations positives et implicites, la Cour a admis que les droits du requérant doivent être mis en balance avec les intérêts de la collectivité dans son ensemble. »

On pourrait considérer que cette jurisprudence porte sur l'expulsion et non sur l'exclusion. Certes, mais pour asseoir sa position, le Royaume-Uni faisait expressément référence à la clause d'exclusion de la Convention de Genève :

« 119. Le terrorisme met sérieusement en danger le droit à la vie, qui est le préalable nécessaire à la jouissance de tous les autres droits fondamentaux. Selon un principe de droit international bien établi, les États peuvent utiliser les lois sur l'immigration pour faire face à des menaces extérieures contre leur sécurité nationale. La Convention ne garantit pas le droit à l'asile politique, qui est par contre réglementé par la Convention sur le statut des réfugiés de 1951, laquelle prévoit explicitement que ce droit ne peut pas être invoqué lorsqu'il y a un risque pour la sécurité nationale ou lorsque le requérant est responsable d'actes contraires aux principes des Nations unies. »

En écartant cet argument, la Cour rejette la tentative d'une manière de contagion des limites à la protection inscrites à la Convention de Genève vers les droits fondamentaux protégés par d'autres instruments dont la C.E.D.H. Si influences croisées il peut y avoir, c'est à l'opposé, la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme qui doit influencer la lecture de la Convention de Genève, à la lumière des conditions d'aujourd'hui renforçant la protection des droits fondamentaux.

La position de la Cour se justifie d'un point de vue éthique et d'un point de vue juridique. D'un point de vue éthique, la justification du caractère absolu et indérogable de la protection contre les traitements inhumains et dégradants confirmée à l'unanimité par la Cour est ainsi justifiée par les juges Myjer et Zagrebelsky dans leur opinion concordante :

« La défense des droits de l'homme dans le cadre de la lutte contre le terrorisme est avant tout une question de défense de nos valeurs, même à l'égard de ceux qui peuvent chercher à les détruire. Il n'y a rien de plus contre-productif que de combattre le feu par le feu [...]. »

D'un point de vue juridique, la mise en balance des droits fondamentaux de la personne et des intérêts de la société, entraînant une obligation corrélative de prévention pour protéger la

société est une approche erronée. Cette mise en balance ne compare pas des intérêts équivalents, mais oppose des intérêts et des droits. « C'est parce que l'obligation de *prévention* [souligne Olivier de Schutter] se distingue, par sa forme juridique, de l'obligation de respecter les droits fondamentaux, qu'il est trompeur d'évoquer à cet endroit la nécessité de rechercher un 'équilibre' entre les deux valeurs en jeu [...] la notion d'équilibre laisse supposer une équivalence entre les notions. Mais sur le plan juridique, cette équivalence n'a pas lieu [...] L'obligation de *protection* ne s'étend pas au point de contraindre l'État à violer son obligation de *respecter* les droits de l'homme »<sup>99</sup>. Le même raisonnement s'applique à toute personne exclue du statut de réfugié. Par hypothèse, elle n'en est exclue que parce qu'elle a vocation à être incluse, car elle craint des persécutions. C'est au demeurant ce qui justifie la nécessité de mettre cette vocation à l'épreuve en examinant l'inclusion avant l'exclusion.

Faut-il pour autant protéger cette personne ? Il y a une différence notable entre l'interdiction ainsi faite d'envoyer cette personne en enfer, en l'expulsant vers son pays d'origine, et l'obligation de l'accueillir au foyer, en la protégeant en qualité de réfugié. N'y a-t-il pas, ici, deux notions similaires qui peuvent être mises en balance ? L'obligation de protéger la société et l'obligation de protéger l'indigne. La première exclut la seconde sans atteindre le droit de la personne à ne pas être renvoyée vers un pays où elle risque des traitements inhumains et dégradants. C'est ailleurs que dans la Convention de Genève, dans d'autres instruments internationaux, qu'elle puiserait son droit à ne pas subir de traitements inhumains ou dégradants. En théorie, oui, cette exclusion d'une protection, non d'un droit, par une autre est possible. Mais des considérations pratiques et très réalistes s'y opposent.

### ***B. Considérations pratiques***

Voici une personne qui a vocation à être reconnue réfugiée. Elle est exclue pour indignité, car il y a de sérieuses raisons de penser qu'elle a commis un crime contre l'humanité. Elle ne peut être renvoyée vers son pays d'origine, car elle n'y ferait pas l'objet d'un procès équitable, mais de traitements inhumains ou dégradants. L'État d'accueil qui l'exclut ne souhaite pas la

---

<sup>99</sup> O. DE SCHUTTER, « La convention européenne des droits de l'homme à l'épreuve de la lutte contre le terrorisme » in E. BRIBOSIA et A. WEYEMBERG (dir.), *Lutte contre le terrorisme et droits fondamentaux*, Bruxelles, Bruylant, 2002, pp. 92-93. On notera que, à l'opposé, « la distinction [entre] des principes [supérieurs, constitutifs de la société démocratique] et des droits » permet de déchoir de certains de ceux-ci, lorsqu'ils ne sont pas absolus, les personnes qui portent atteinte à ceux-là. Ph. GERARD, « La protection de la démocratie contre les groupements liberticides », in H. DUMONT, P. MANDOUX, A. STROWEL et F. TULKENS (dir.), *Pas de liberté pour les ennemis de la liberté ? Groupements liberticides et droit*, op. cit., p. 89.

protéger. Soit il la tolère sans statut sur son territoire, au risque d'infliger lui-même un traitement dégradant. Soit il cherche un autre État d'accueil où l'envoyer, au risque de ne trouver qu'un pays « ami » de cette personne indigne, par exemple une dictature qui soutenait le régime auquel cette personne participait. Ce pays fera preuve de grande mansuétude à l'égard de l'intéressé. Il ne sera pas jugé. La lutte contre l'impunité s'en trouve-t-elle consolidée ?

En d'autres termes, l'intéressé soit ne serait pas jugé, mais exécuté dans son pays d'origine, soit ne serait pas jugé, mais choyé dans un autre pays d'accueil. N'est-il pas préférable de lui reconnaître la qualité de réfugié et de le juger dans le premier pays d'accueil ? En cela, « la compétence répressive universelle est un corollaire de la protection universelle »<sup>100</sup>. En 1951, l'objet principal de la clause d'exclusion était d'éviter l'impunité. La territorialité stricte du droit pénal poussait le criminel à fuir son pays d'origine aux fins de fuir le jugement. *Tradere aut iudicare* se traduisait en fait par une extradition ou une impunité. L'évolution du droit pénal international et des lois de compétence universelle permet, bien plus qu'avant, d'allier le respect des droits fondamentaux du criminel avec la nécessité de châtier.

Plutôt que d'exclure du statut de réfugié tout en étant contraint de ne pas expulser par une manière de « protection subsidiaire-subsidiaire » ou de « protection après la protection »<sup>101</sup>, n'est-il pas, du point de vue même de la lutte contre l'impunité et de la société internationale dans son ensemble, plus efficace d'inclure et de juger ?

Si une modification de la Convention de Genève paraît difficile, l'introduction de clauses dans les traités d'extradition est possible. Comme le suggère Michel Laurain, elle ferait « prévaloir la protection résultant de la Convention de Genève, assortie de l'obligation pour l'État requis de juger le requérant »<sup>102</sup>. À défaut de textes, la jurisprudence peut aussi évoluer en ce sens.

On atteint ici le cœur du sujet de ces travaux sur le lien entre exclusion et extradition. Réduire, voire supprimer, le principe même de l'exclusion permet également de réduire l'extradition, car cette réduction s'accompagne nécessairement d'une obligation de juger.

Moins d'exclusion, moins d'extradition, plus de jugement. Tel serait l'objectif vers lequel tendre pour appliquer le droit international des réfugiés à la lumière des conditions

---

<sup>100</sup> M. LAURAIN, *op. cit.*, p. 338.

<sup>101</sup> S. BODART, « Qui est un réfugié ? », in *L'étranger face au droit XXes journées d'études juridiques Jean Dabin*, sous la direction de J.-Y. Carlier, Bruxelles, Bruylant, 2010, p. 411.

<sup>102</sup> M. LAURAIN, *op. cit.*, p. 340.

d'aujourd'hui, celle d'une société soucieuse de préserver les droits fondamentaux des personnes et de lutter contre l'impunité.

## L'APPORT DU DROIT INTERNATIONAL PÉNAL AU DROIT DES RÉFUGIÉS : L'ARTICLE 1F(A) DE LA CONVENTION DE 1951

Céline Bauloz\*

Qu'aurait le droit international pénal à apporter au droit international des réfugiés<sup>1</sup>? Si le premier juge, condamne et exclut, l'autre accueille, protège et inclut. Contrairement au droit international des droits de l'homme qui a élargi le champ de protection du statut de réfugié<sup>2</sup>, le droit international pénal a servi, quant à lui, à limiter la portée *ratione personae* de cette protection internationale. Il a mis en lumière ceux qui ne méritaient pas la protection du droit international des réfugiés du fait de la nature criminelle de leurs activités passées, devant être dès lors exclus du statut de réfugié.

Face aux exactions commises lors de la Seconde Guerre mondiale, la distinction entre les dignes et les indignes – les inclus et les exclus au statut de réfugié – fut en effet jugée comme nécessaire lors de l'élaboration de la Convention relative au statut des réfugiés : il fallait aussi éviter que le statut de réfugié ne soit abusé par les persécuteurs eux-mêmes et œuvrer en faveur de la lutte contre l'impunité<sup>3</sup>. Dans cette optique, la clause d'exclusion du statut de réfugié a donc été pensée en prolongement des instruments de droit international pénal de

---

\* Doctorante en droit international et assistante de recherche, Programme pour l'étude des migrations globales, Institut de hautes études internationales et du développement, Genève ; et assistante de rédaction, *Refugee Survey Quarterly*, Oxford University Press.

<sup>1</sup> Le terme de « droit international pénal » sera ici préféré à celui de « droit pénal international », ce dernier concernant principalement le régime d'entraide judiciaire entre Etats.

<sup>2</sup> Voir plus particulièrement à ce sujet : J.C. Hathaway, *The Law of Refugee Status*, Toronto, Butterworths, 1991, notamment pp. 101–105 ; H. Lambert, « The Conceptualisation of 'Persecution' by the House of Lords : Horvath v. Secretary of State for the Home Department », *International Journal of Refugee Law*, Vol. 13, No. 1–2, 2001, pp. 16–31 ; M. Foster, *International Refugee Law and Socio-Economic Rights: Refuge from Deprivation*, Cambridge, Cambridge University Press, 2007, pp. 27–86 ; V. Chetail, « Are Refugee Rights Human Rights ? An Unorthodox Questioning of the Relations between Refugee Law and Human Rights Law », in R. Rubio Marin (dir.), *Migrations and Human Rights*, Collected Courses of the Academy of European Law, Oxford, Oxford University Press, 2013 (à paraître) ; H. Storey, « Persecution: Towards a Working Definition », in V. Chetail & C. Bauloz (dir.), *Research Handbook on International Law and Migration*, Cheltenham, Edward Elgar Publishing, 2013 (à paraître).

<sup>3</sup> Concernant les travaux préparatoires de la Convention relative au statut des réfugiés, voir : A. Zimmermann & P. Wennholz, « Article 1 F : Definition of the Term 'Refugee'/Définition du terme 'réfugié' », in A. Zimmermann (dir.), *The 1951 Convention Relating to the Status of Refugees and its 1967 Protocol : A Commentary*, Oxford, Oxford University Press, 2011, pp. 584–587 ; J.C. Hathaway, *The Law of Refugee Status*, op. cit., pp. 214–217. Voir aussi, Haut-Commissariat des Nations Unies pour les réfugiés (HCR), *Guide des procédures et critères à appliquer pour déterminer le statut de réfugié au regard de la Convention de 1951 et du Protocole de 1967 relatifs au statut des réfugiés*, ONU Doc. HCR/1P/4/FRE/Rev.1, 1979, rééd. 2011, para. 148.

l'époque, et plus particulièrement du Statut du Tribunal militaire international de Nuremberg (ou Accord de Londres)<sup>4</sup>. Ce dernier avait été institué par les Puissances alliées au sortir de la guerre afin de juger les criminels de guerre les plus haut gradés et constituait une consécration du droit international pénal jusqu'alors embryonnaire<sup>5</sup>. Non seulement le Statut de Nuremberg affirmait-il la responsabilité pénale de l'individu au niveau international mais en plus il consacrait trois crimes en tant qu'internationaux, c'est-à-dire les crimes contre la paix, les crimes de guerre et les crimes contre l'humanité<sup>6</sup>.

Durant les travaux préparatoires de la Convention de Genève, le texte initial de l'article 1F se référait directement à l'article VI de l'Accord de Londres définissant les trois crimes internationaux<sup>7</sup>. Cependant, cette référence faisant débat lors de la Conférence des Plénipotentiaires<sup>8</sup>, un compromis fut finalement trouvé sur la formulation suivante de l'article 1F(a) :

---

<sup>4</sup> Accord concernant la poursuite et le châtement des grands criminels de guerre des Puissances européennes de l'Axe et Statut du Tribunal militaire international, Londres, 82 RTNU 279, 8 août 1945. Le fait que de telles clauses d'exclusion en droit international des réfugiés n'apparaissent qu'après la Seconde Guerre mondiale est aussi expliqué par l'application casuistique du statut de réfugié avant 1945 qui n'était accordé qu'à certains groupes de réfugiés. Parmi les instruments d'après-guerre se référant à l'exclusion des criminels, il convient à tout le moins de citer la Constitution de l'Organisation internationale pour les réfugiés de 1946 (18 RTNU 3, 15 décembre 1946 (entrée en vigueur : 20 août 1948)) ainsi que le Statut de l'Office du Haut-Commissariat des Nations Unies pour les réfugiés de 1950 (ONU Doc. A/RES/248(V), 14 décembre 1948). Voir à ce sujet, A. Zimmermann & P. Wennholz, « Article 1 F », *op. cit.*, pp. 583–584; et A. Grahl-Madsen, *The Status of Refugees in International Law*, Leyde, A.W. Sijthoff, 1966, Vol. I, pp. 270–273.

<sup>5</sup> Le Statut du Tribunal avait été adopté par les quatre puissances alliées (les Etats-Unis, l'Union des Républiques socialistes soviétiques, la Grande-Bretagne et la France). Il fut par la suite adhéré par 19 autres nations alliées. Le Tribunal militaire international de Nuremberg était complété, au niveau européen, par les tribunaux militaires des quatre puissances alliées institués pour poursuivre les criminels de guerre de moindre grade et, au niveau mondial, par le Tribunal militaire international pour l'Extrême Orient créé pour juger les officiels japonais pour les crimes commis durant la guerre. Pour plus de détails sur le Tribunal militaire international de Nuremberg, voir notamment : M. Merle, *Le procès de Nuremberg et le châtement des criminels de guerre*, Paris, Pedone, 1949 ; G. Werle, *Principles of International Criminal Law*, The Hague, TMC Asser Press, 2005, pp. 6–13 ; A. Cassese, *International Criminal Law*, 2<sup>e</sup> éd., Oxford, Oxford University Press, 2008, pp. 319–323 ; G. Mettraux (dir.), *Perspectives on the Nuremberg Trial*, Oxford, Oxford University Press, 2008 ; G. Mettraux, « Trial at Nuremberg », in W.A. Schabas & N. Bernas (dir.), *Routledge Handbook of International Criminal Law*, Londres, Routledge, 2011, pp. 5–16 ; K.J. Heller, *The Nuremberg Military Tribunals and the Origins of International Criminal Law*, Oxford, Oxford University Press, 2011.

<sup>6</sup> Voir article VI du Statut définissant ces crimes.

<sup>7</sup> L'article se référait aussi à l'article 14(2) de la Déclaration universelle des droits de l'homme (ONU Doc. AG Rés. 217 A (III), 20 décembre 1948) qui stipule que : « Ce droit [i.e., celui de chercher asile et d'en bénéficier en cas de persécution] ne peut être invoqué en cas de poursuites réellement fondées sur un crime de droit commun ou sur des agissements contraires aux buts et aux principes des Nations Unies ». Bien que cette référence fut finalement abandonnée, elle donnera lieu aux paragraphes b) et c) de l'article 1F concernant les crimes graves de droit commun et les agissements contraire aux buts et principes des Nations Unies. Voir dans cet ouvrage les contributions de V. Chetail pour l'article 1F(b) et de P. D'Argent & P. d'Huart pour l'article 1F(c).

<sup>8</sup> La référence à l'Accord de Londres fit débat principalement entre les représentants allemands et israéliens. La délégation allemande proposa la suppression de toute référence au Statut du Tribunal qui n'était ratifié que par une minorité des plénipotentiaires. Concernant les crimes de guerre et les crimes contre l'humanité plus particulièrement, il lui paraissait plus approprié de se référer aux Conventions I à IV de Genève de 1949 et à la

Les dispositions de cette Convention ne seront pas applicables aux personnes dont on aura des raisons sérieuses de penser :

a) Qu'elles ont commis un crime contre la paix, un crime de guerre ou un crime contre l'humanité, au sens des instruments internationaux élaborés pour prévoir des dispositions relatives à ces crimes<sup>9</sup>.

Si le droit international pénal semble encore avoir un rôle à jouer dans l'interprétation de la clause d'exclusion, celui-ci s'avère moins explicite puisque plus aucune mention n'est faite au Statut de Nuremberg. La présente contribution vise ainsi, dans un premier temps, à examiner quelle est la place à accorder au droit international pénal dans l'interprétation de l'article 1F(a) (Partie I). Bien qu'il ressorte qu'une obligation de recourir au droit international pénal aux fins d'interprétation de l'article 1F(a) existe réellement, la présente analyse dénote surtout une ambivalence dans la pratique des instances nationales. Cette ambiguïté se reflète particulièrement dans l'interprétation qu'il est fait des crimes relevant de l'article 1F(a) déterminant dès lors l'apport de cette branche de droit international à l'application de la clause d'exclusion (Partie II).

## I. – LA PLACE DU DROIT INTERNATIONAL PENAL DANS L'INTERPRETATION DE L'ARTICLE 1F(A)

Bien que l'article 1F(a) se soit construit par référence à la lutte contre l'impunité et aux abus du statut de réfugié, y a-t-il une place pour le droit international pénal dans l'interprétation

---

Convention pour la prévention et la répression du crime de génocide de 1948 (Conférence de Plénipotentiaires sur le statut des réfugiés et apatrides, *Projet de Convention relative au statut des réfugiés : République fédérale d'Allemagne : Amendement à l'article 1*, ONU Doc. A/CONF.2/76, 13 juillet 1951). La délégation israélienne, quant à elle, opposa un tel amendement qui, selon son opinion, « sembl[ait] être dû à la crainte d'appeler les choses par leur nom ». Elle favorisait ainsi le maintien de la version originale de l'article 1E soulignant « [au'a]ucune source de droit pénal international ne fait d'avantage autorité et n'est plus largement reconnue que le Statut de Londres » (Conférence de Plénipotentiaires sur le statut des réfugiés et apatrides, *Compte rendu analytique de la vingt-quatrième séance*, ONU Doc. A/CONF.2/SR.24, 27 novembre 1951).

<sup>9</sup> Article 1F(a) de la Convention relative au statut des réfugiés, 189 RTNU 137, 28 juillet 1951 (entrée en vigueur : 22 avril 1954). Cette formulation finale de l'article fut proposée par le Royaume Uni au sein d'un groupe de travail réuni pour proposer une formulation de cette disposition et composé des représentants de la République fédérale d'Allemagne, de la France, d'Israël et du Royaume Uni. Voir Conférence de Plénipotentiaires sur le statut des réfugiés et apatrides, *Projet de Convention relative au statut des réfugiés : Rapport du Groupe de travail constitué pour étudier la section E de l'Article premier du projet de Convention relative au statut des réfugiés*, ONU Doc. A/CONF.2/92, 19 juillet 1951. Voir aussi A. Zimmermann & P. Wennholz, « Article 1 F », *op. cit.*, p. 587.

d'une disposition de droit international des réfugiés ? Si en théorie l'ordre juridique international tend à la complémentarité de ses branches, la pratique est plus nuancée. D'un côté, l'article 1F(a) renferme une obligation de recourir au droit international pénal à travers la notion d'instrument qu'il convient d'examiner. D'un autre côté, les instances nationales semblent récalcitrantes à l'idée de se transformer en instances pénales. En résulte une place restreinte laissée au droit international pénal dans l'interprétation de l'article 1F(a).

### **A. – Obligation de recourir au droit international pénal : la notion d'instrument**

Bien qu'il ne soit plus fait référence directe à l'instrument clé de droit international pénal de l'époque, l'Accord de Londres apparaît toujours clairement en toile de fond de la clause d'exclusion. En effet, les trois crimes exhaustivement énumérés dans l'article 1F(a) sont identiques à ceux relevant de la juridiction du Tribunal militaire international de Nuremberg et définis par l'article VI de son Statut. Cependant, en privilégiant les termes génériques d'« instruments internationaux », les rédacteurs de la Convention ont permis d'appréhender ce motif d'exclusion de manière évolutive<sup>10</sup>. Ce n'est donc plus seulement l'Accord de Londres qui est pris comme cadre référentiel de l'article 1F(a) mais l'ensemble des instruments de droit international pénal élaborés *avant* mais aussi *après* la Convention de Genève. Une interprétation dynamique de l'article 1F(a) basée sur le droit international pénal s'est ainsi imposée aux instances nationales, permettant une évolution de cette clause d'exclusion par mimétisme, au gré des développements considérables survenus en la matière depuis 1951. Cependant, que faut-il comprendre par « instruments internationaux » ?

Si le traité demeure l'instrument international par excellence, tant le Haut-Commissariat des Nations Unies pour les réfugiés (HCR) que les Etats parties privilégient une interprétation

---

<sup>10</sup> Voir spécifiquement l'affaire *Gurung*, où le Tribunal d'appel britannique sur l'immigration a souligné la nécessité d'une interprétation dynamique en ces termes : « In seeking to give an autonomous meaning to key concepts in Art 1F, there is as much a need as under Art 1A(2) to adopt a dynamic approach to interpretation. Lors Mustill noted over six years ago in *T*, that, even though the wording of Art 1F has not changed, the word around it has. [...] But it is not just the world that has changed, so has the law dealing with such crimes. [...] Thus, in respect of the Exclusion Clauses it is particularly salient to recall the well-settled principle that the refugee Convention is a living instrument whose interpretation requires a dynamic approach which bears in mind the objects and purposes set out in its Preamble, so as to ensure that it gives a contemporary response to contemporary realities. » *Gurung v. Secretary of State for the Home Department* [2002] UKIAT 04870, paras. 33–35. Voir aussi, notamment : Cour administrative fédérale allemande, Affaire BVerwG 10 C 24.08, 24 novembre 2009, para. 31 ; Cour fédérale canadienne, *Harb c. Canada (Ministre de la citoyenneté et de l'immigration)* [2003] CF 39, para. 9 (*per* J.A. Décarý) ; Cour fédérale d'Australie, *SRYYY v. Minister for Immigration and Multicultural and Indigenous Affairs* [2005] FCAFC 42, para. 31 ; Cour suprême de Nouvelle-Zélande, *Attorney-General (Minister of Immigration) v. Tamil X* [2010] NZSC 107, para. 47.

plus large de cette expression cardinale de l'article 1F(a). Les autres instruments communément admis aux fins de l'interprétation de l'article 1F(a) peuvent être tantôt contraignants – tels que les résolutions du Conseil de sécurité établissant les tribunaux pénaux internationaux *ad hoc* et leur statut respectif<sup>11</sup> – tantôt non-contraignants – comme le Projet de Code des crimes contre la paix et la sécurité de l'humanité de la Commission du droit international<sup>12</sup>. La nature internationale de ces instruments n'empêche pas le HCR de se référer également à des instruments régionaux tels que les Conventions européenne et interaméricaines contre la torture<sup>13</sup>. Semblent néanmoins exclus les instruments relevant purement du droit interne<sup>14</sup>, à moins que ceux-ci n'incorporent eux-mêmes les définitions du droit international pénal<sup>15</sup>. Étonnamment, d'aucun ne se réfère à la coutume internationale en

---

<sup>11</sup> Incluant le Statut du Tribunal pénal international pour l'ex-Yougoslavie (ONU Doc. S/RES/827, 25 mai 1993) ; et le Statut du Tribunal pénal international pour le Rwanda (ONU Doc. S/RES/955, 8 novembre 1994).

<sup>12</sup> D'après le HCR, ces instruments non-contraignants regroupent : « [...] le Rapport de 1950 de la Commission du droit international (CDI) à l'Assemblée générale (y compris les principes de Nuremberg), les Principes de 1973 relatifs à la coopération internationale pour la détection, l'arrestation, l'extradition et la punition des personnes responsables de crimes de guerre et de crimes contre l'humanité et le Projet de Code des crimes contre la paix et la sécurité de l'humanité adopté provisoirement par la CDI en 1996. » HCR, *Note d'information sur l'application des clauses d'exclusion : article 1F de la Convention de 1951 relative au statut des réfugiés*, Genève, HCR, 2003, para. 24.

<sup>13</sup> Voir HCR, *Note d'information sur l'application des clauses d'exclusion*, *op. cit.*, para. 23, note 13 qui se réfère à la Convention européenne de 1987 pour la prévention de la torture ou autres peines ou traitements inhumains ou dégradants et à la Convention interaméricaine de 1985 contre la torture. Il semble néanmoins douteux que des instruments régionaux puissent servir de référence dans le cadre de l'article 1F(a) pour la simple et bonne raison qu'il n'existe à notre connaissance aucun document régional définissant ces crimes internationaux. Les deux conventions régionales citées par le HCR ne constituent ainsi pas de bons exemples dans le cas présent. Premièrement, la Convention européenne ne définit elle-même pas la notion de torture mais établit le Comité européen pour la prévention de la torture et des peines ou traitements inhumains ou dégradants. Deuxièmement, et plus généralement, la torture en tant que crime international n'est pas visée par l'article 1F(a). Seule la torture comme crime sous-jacent à un crime de guerre ou à un crime contre l'humanité rentre dans le cadre de la clause d'exclusion. Il convient de plus de noter que la définition de la torture en tant que crime de guerre ou que crime contre l'humanité est différente de celle donnée par la Convention interaméricaine de 1985, cette dernière requérant notamment que l'acte de torture soit commis par des officiels de l'Etat ou, à tout le moins, à leur instigation. D'autres instances nationales, telle que la Cour suprême britannique, se réfèrent à la Directive qualification de l'Union européenne (voir *R (on the application of JS) (Sri Lanka) v. Secretary of State for the Home Department* [2010] UKSC 15, para. 14 (*per* Lord Brown) se référant à la Directive 2004/83/CE du Conseil du 20 avril 2004 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, et relatives au contenu de ces statuts, *JO L* 304/12, 30 septembre 2004). La Directive ne constitue cependant pas un instrument de droit international pénal et se limite à reprendre *verbatim* le texte de l'article 1F(a) pour l'exclusion au statut de réfugié et à la protection subsidiaire.

<sup>14</sup> Voir à ce sujet A. Grahl-Madsen, *The Status of Refugees in International Law*, *op. cit.*, pp. 275–276 argumentant que la Loi du Conseil de contrôle interallié No. 10 (Control Council Law No. 10) n'est ainsi pas un instrument international au sens de l'article 1F(a) car ayant le statut de droit domestique allemand. Cependant, voir *Harb c. Canada (Ministre de la citoyenneté et de l'immigration)* [2003] CF 39, para. 1, considérant cette loi parmi les instruments internationaux permettant de définir le crime contre l'humanité aux fins de l'article 1F(a). Bien que cet instrument ne soit pas international, il reprend et développe néanmoins les dispositions du Statut du Tribunal militaire de Nuremberg ce qui nous tenterait d'affirmer qu'il puisse ainsi être considéré comme instrument international dans le cadre de l'article 1F(a).

<sup>15</sup> Voir par exemple, Conseil d'Etat belge, Arrêt No. 146.308, 20 juin 2005, qui se réfère à la loi belge du 15 juin 1993 relative à répression des violations graves du droit international humanitaire, tel qu'il a été modifié par la

tant qu'instrument international aux fins d'interprétation de l'article 1F(a). Elle aurait cependant eu le mérite de proposer des définitions harmonisées des crimes internationaux et, qui plus est, contraignantes pour tout Etat. Sa nature relativement insaisissable rend néanmoins son application difficile par les juridictions nationales. Selon la Cour fédérale d'Australie, établir l'existence d'une règle coutumière serait une question controversée qui ne relèverait pas du ressort des instances nationales<sup>16</sup>.

En pratique, les juridictions internes se réfèrent principalement aux instruments internationaux incontournables dans le domaine, tels que la Convention pour la prévention et la répression du crime de génocide de 1948<sup>17</sup>, les quatre Conventions de Genève de 1949<sup>18</sup> ainsi que leurs Protocoles additionnels de 1977<sup>19</sup>, les Statuts des tribunaux pénaux internationaux *ad hoc* ou mixtes<sup>20</sup> et le Statut de la Cour pénale internationale (CPI)<sup>21</sup>. Cependant, le choix entre ces instruments n'est pas anodin puisque la définition d'un même crime international peut varier

---

loi du 19 février 1999, dont l'article premier renvoie lui-même à la définition des crimes contre l'humanité sous l'article 7 du Statut de la Cour pénale internationale.

<sup>16</sup> La question devant la Cour concernait plus spécifiquement la nature coutumière de certaines définitions données par le Statut de Rome de la CPI (notamment celle de la défense d'ordre du supérieur hiérarchique) puisque les faits concernés précédaient l'entrée en vigueur du Statut en 2002. Pour la Cour, « The question of the AAT was whether the Rome Statute is an international instrument drawn up to make provision in respect of crimes of the kind alleged to have been committed to the appellant. In determining that question it is not for the court or the decision-maker to enquire whether the Rome Statute accurately reflects the state of customary international law at the date of the alleged crime. As has been explained that is a vexed question upon which views will differ. Moreover, to engage in such an enquiry is to defeat one purpose of Art 1F(a) which, as had also been explained, was to avoid the making of such an enquiry. » Cour fédérale d'Australie, *SRYYY v. Minister for Immigration and Multicultural and Indigenous Affairs* [2005] FCAFC 42, para. 74.

<sup>17</sup> 78 RTNU 277, 9 décembre 1948 (entrée en vigueur : 12 janvier 1951).

<sup>18</sup> Convention de Genève pour l'amélioration du sort des blessés et des malades dans les forces armées en campagne (Convention I), 75 RTNU 31, 12 août 1949 (entrée en vigueur : 21 octobre 1950) ; Convention de Genève pour l'amélioration du sort des blessés, des malades et des naufragés des forces armées sur mer (Convention II), 75 RTNU 85, 12 août 1949 (entrée en vigueur : 21 octobre 1950) ; Convention de Genève (III) relative au traitement des prisonniers de guerre (Convention III), 75 RTNU 135, 12 août 1949 (entrée en vigueur : 21 octobre 1950) ; et Convention de Genève relative à la protection des personnes civiles en temps de guerre (Convention IV), 75 RTNU 287, 12 août 1949 (entrée en vigueur : 21 octobre 1950).

<sup>19</sup> Protocole additionnel aux Conventions de Genève du 12 août 1949 relatif à la protection des victimes des conflits armés internationaux (Protocole I), 1125 RTNU 3, 8 juin 1977 (entré en vigueur : 7 décembre 1978) ; et Protocole additionnel aux Conventions de Genève du 12 août 1949 relatif à la protection des victimes des conflits armés non internationaux (Protocole II), 1125 RTNU 609, 8 juin 1977 (entré en vigueur : 7 décembre 1978).

<sup>20</sup> C'est-à-dire le Statut du Tribunal pénal international pour l'ex-Yougoslavie (*op. cit.*), celui du Tribunal pénal international pour le Rwanda (*op. cit.*) et le Statut du Tribunal spécial pour la Sierra Leone (annexé à l'Accord entre l'Organisation des Nations Unies et le Gouvernement de Sierra Leone relatif à la création d'un Tribunal spécial pour la Sierra Leone (2178 RTNU 138, 16 janvier 2002 (entré en vigueur : 12 avril 2002)).

<sup>21</sup> 2187 RTNU 3, 17 juillet 1998 (entré en vigueur : 1 juillet 2002). D'autres instruments internationaux sont parfois cités par les cours nationales, bien que de manière moins récurrente. Ceux-ci concernent principalement : la Convention sur l'élimination et la répression du crime d'apartheid, 1015 RTNU 249, 30 novembre 1973 (entrée en vigueur : 18 juillet 1976) ; et le Projet de Code des crimes contre la paix et la sécurité de l'humanité, in *Annuaire de la Commission du droit international*, Vol. II (deuxième partie), 1996.

selon l'instrument usité<sup>22</sup>. C'est par exemple le cas des crimes de guerre qui ne sont pas définis à l'identique dans l'Accord de Londres, les Conventions de Genève de 1949 et leurs Protocoles additionnels, les Statuts du Tribunal pénal international pour l'ex-Yougoslavie (TPIY) et du Tribunal pénal international pour le Rwanda (TPIR) ou le Statut de Rome de la CPI<sup>23</sup>. L'interdiction d'enrôler des enfants soldats l'illustre clairement en plaçant l'âge limite à 15 ans pour le Statut de Rome de la CPI<sup>24</sup> contre 18 ans pour le Protocole facultatif à la Convention relative aux droits de l'enfant, concernant l'implication d'enfants dans les conflits armés<sup>25</sup>. Ainsi, le choix de l'instrument visé déterminera la qualification d'un acte en tant que crime international ou non et, par là-même, l'inclusion ou l'exclusion d'un requérant au statut de réfugié<sup>26</sup>. Le risque n'est ici pas seulement celui d'une interprétation divergente de la Convention de Genève entre Etats parties mais s'exprime surtout en termes de prévisibilité du régime d'exclusion de la Convention.

Il est de plus notable qu'à part les Statuts du TPIY et du TPIR ces instruments sont tous des traités internationaux. Comme tous traités, ils ne sont donc contraignants que pour les Etats

---

<sup>22</sup> Voir Cour fédérale d'Australie, *SRYYY v. Minister for Immigration and Multicultural and Indigenous Affairs* [2005] FCAFC 42, para. 46: « Identifying what constitutes a crime against peace, a war crime, or a crime against humanity, as defined in the international instruments drawn up to make provision in respect of such crimes may not be a straightforward or simple tasks. A number of international instruments have defined war crimes and crimes against humanity and have also made specific provision for 'superior orders'. Although there is a substantial overlap in the various definitions there are disparities which may, in some cases, have a determinative impact on the outcome of a particular case. In some instances the disparities may be explained by the fact that the statute in question has been drawn up to deal with the specific international crimes such as those committed in the former Yugoslavia, Rwanda and Sierra Leone. »

<sup>23</sup> Voir en ce sens, *ibid.*, para. 50: « It is clear from the foregoing analysis that the choice of instrument against which the appellant's acts are to be addressed can have a significant impact on whether or not those acts constitute the commission of a crime against humanity and, more particularly, a 'war crime'. In respect of war crimes, under the earlier instruments such as the London Charter [...] or even under the Geneva Conventions and Protocols, there may not be a 'serious reason for considering' that the appellant had committed a war crime if the conflict in Sri Lanka was determined to be an internal armed conflict. »

<sup>24</sup> Voir articles 8(2)(b)(xxvi) et 8(2)(e)(vii) respectivement pour les conflits armés internationaux et non-internationaux. L'article 38(3) de la Convention relative aux droits de l'enfant fixe elle aussi l'âge limite à 15 ans (1577 RTNU 3, 20 novembre 1989 (entrée en vigueur : 2 septembre 1990)).

<sup>25</sup> Voir articles 2 et 4 de la Convention concernant respectivement la circonscription et l'enrôlement dans les forces armées d'Etats Parties à la Convention et dans les forces armées de groupes armés (2173 RTNU 222, 25 mai 2000 (entrée en vigueur : 12 février 2002)).

<sup>26</sup> Tel que l'a relevé la Cour fédérale australienne, le choix de l'instrument déterminera aussi la possibilité de recourir à certaines défenses telles que la défense d'ordres du supérieur hiérarchique (Cour fédérale d'Australie, *SRYYY v. Minister for Immigration and Multicultural and Indigenous Affairs* [2005] FCAFC 42, paras. 51–57). Ainsi, en imaginant un requérant d'asile qui aurait commis un crime de guerre dans son pays d'origine suite aux ordres de son supérieur hiérarchique, celui-ci pourrait être reconnu comme réfugié si l'on se base sur le Statut de la CPI, alors qu'il pourrait être exclu selon une interprétation de l'article 1F(a) sur la base du Statut du Tribunal de Nuremberg. Au sujet de la défense d'ordre du supérieur hiérarchique, voir ci-dessous note 64.

qui les ont adoptés<sup>27</sup>. Cependant, aux fins d'interprétation de l'article 1F(a), il n'est pas aisé de définir quel Etat doit être partie audit traité : l'Etat d'asile ou/et l'Etat d'origine ? En règle générale, la jurisprudence nationale ne cherche pas à déterminer si le traité visé a été ratifié ou non par l'Etat d'origine ; seul importe qu'il soit contraignant pour le pays d'asile. Si cette approche ne pose pas problème pour des crimes de nature aussi bien conventionnelle que coutumière, elle pourrait se révéler problématique dans le cas d'un crime conventionnel non-coutumier. Un requérant se verrait alors refuser le statut de réfugié dans le pays d'asile pour un crime qui n'en est pas un dans son pays d'origine. Selon le principe de légalité en droit international pénal, une personne ne peut être jugée pour un acte qui ne constituait pas un crime au moment des faits<sup>28</sup>. Par analogie, est-il ainsi logique d'exclure du statut de réfugié un requérant pour une conduite qui n'est pas criminalisée dans son propre pays ?

Le recours automatique au Statut de Rome illustre pleinement les risques associés à l'interprétation de l'article 1F(a) sur la base de traités internationaux. D'une part, en tant que traité multilatéral, le Statut de Rome est le fruit de négociations entre Etats parties et vise à établir la juridiction de la CPI<sup>29</sup> ; il n'a donc pas valeur première d'exercice de codification du droit international coutumier. Son article 10 souligne en effet « [qu']aucune disposition du présent chapitre ne doit être interprétée comme limitant ou affectant de quelque manière que ce soit les règles du droit international existantes ou en formation qui visent d'autres fins que le présent Statut ». S'il codifie néanmoins en partie le droit international coutumier, le Statut devrait ainsi être utilisé avec prudence. L'attrait d'un tel instrument d'interprétation clé en main amène cependant vite les instances nationales à conclure un peu rapidement que le Statut « articulerait le statut actuel des développements du droit international pénal »<sup>30</sup>. D'autre part, loin d'être ratifié universellement, le Statut n'a pas pour l'instant été adopté par

---

<sup>27</sup> Voir les articles 26 et 34 de la Convention de Vienne sur le droit des traités (1155 RTNU 331, 23 mai 1969 (entrée en vigueur : 27 janvier 1980)) prescrivant respectivement qu'un « traité en vigueur lie les parties » (*pacta sunt servanda*) et qu'en règle générale il ne produit ainsi pas d'effet pour de tiers Etats.

<sup>28</sup> Le principe de légalité ou « *nullum crimen sine lege* » signifie que nul ne peut être tenu criminellement responsable pour un crime qui n'était pas criminalisé au moment de sa commission. Voir à ce sujet plus spécifiquement A. Cassese, *International Criminal Law, op. cit.*, pp. 36–41 ; S. Lamb, « Nullum Crimen, Nulla Poena Sine Lege in International Criminal Law », in A. Cassese, P. Gaeta & J.R.W.D. Jones (dir.), *The Rome Statute of the International Criminal Court : A Commentary*, Oxford, Oxford University Press, 2002, Vol. I, pp. 733–766 ; et R. Kolb, *Droit international pénal*, Bâle/Bruxelles, Helbing Lichtenhahn/Bruylant, 2008, pp. 191–201.

<sup>29</sup> La juridiction *ratione materiae* de la Cour est limitée aux quatre crimes énumérés à l'article 5 du Statut de Rome, c'est-à-dire au crime de génocide, crimes contre l'humanité, crimes de guerre et crime d'agression.

<sup>30</sup> Notre traduction des affaires suivantes de la Cour administrative fédérale allemande : Affaire BVerwG 10 C 24.08, 24 novembre 2009, para. 31 ; Affaire BVerwG 10 C 7.09, 16 février 2010, para. 26 ; et Affaire BVerwG 10 C 2.10, 31 mars 2011, para. 28. Voir dans le même sens, *B. v. Refugee Appeals Tribunal* [2011] IEHC 198, para. 28.

la majorité des principaux pays d'origine des réfugiés tels que l'Irak, la Somalie ou le Soudan<sup>31</sup>. Cela n'a néanmoins pas empêché les instances nationales<sup>32</sup> de le considérer comme « point de départ » pour l'interprétation des crimes internationaux<sup>33</sup> puisque faisant selon elles « autorité » en matière de droit international pénal<sup>34</sup>.

Dans le cas de requérants d'Etats non-parties, tout recours au Statut de Rome aux fins d'interprétation de l'article 1F(a) devrait ainsi se faire avec la plus grande précaution eu égard à la nature coutumière ou non des crimes visés. Cependant, si l'enthousiasme sans nuance des instances d'asile à l'égard du Statut de Rome est à modérer, il n'en reste pas moins que l'article 1F(a) consacre effectivement *l'obligation* de recourir au droit international pénal aux fins de sa propre interprétation. Cette obligation a cependant été nuancée par les instances d'asile qui n'ont, dans bien des cas, que partiellement appliqué le droit international pénal.

---

<sup>31</sup> Selon le HCR, les dix principaux pays d'origine des réfugiés en 2011 étaient (par ordre d'importance) l'Afghanistan, l'Iraq, la Somalie, le Soudan, la République démocratique du Congo, le Myanmar, la Colombie, le Vietnam, l'Erythrée et la Chine. HCR, *Tendances mondiales 2011 : Une année de crises*, Genève, HCR, 2012, p. 14. Parmi ces dix pays, seuls l'Afghanistan, la République démocratique du Congo, et la Colombie sont parties au Statut de Rome de la CPI (voir état des ratifications sur le site de la CPI : <http://www.icc-cpi.int/Menus/ASP/states+parties/>).

<sup>32</sup> C'est par exemple le cas des cours britanniques, canadiennes, irlandaises, suédoises, belges et suisses. En sus de la jurisprudence citée aux notes 33 et 34 ci-dessous, voir les affaires suivantes : Cour d'appel suédoise en matière de migration, Affaire UM 3891-10, 9 septembre 2011 ; Conseil d'Etat belge, Arrêt No. 146.308, 20 juin 2005, p. 3 ; Jurisprudence et Informations de la Commission suisse de recours en matière d'asile (JICRA) 2006/29, pp. 316–317, paras. 5.3.1–5.3.3 ; et Tribunal administratif fédéral (TAF ; Suisse), Affaire E-5538/2006, 11 mai 2010, paras. 5.3.3.1 et 5.3.3.2. A noter cependant que les instances d'asile françaises ne se réfèrent généralement pas au Statut de Rome, préférant le Statut du TPIY ou de Nuremberg pour les cas impliquant des crimes contre l'humanité et des crimes de guerre (Commission des recours des réfugiés (CRR), *K.*, Affaire 548090, 18 mai 2006 ; et Commission nationale du droit d'asile (CNDA), *M.T.*, Affaire 08015887, C+) ou la Convention contre le génocide de 1948 pour les affaires concernant la commission de crimes de génocide (voir notamment CRR, sections réunies, *M. H.*, Affaire 96005942/301072R, 8 octobre 1999 ; CRR, *M. B.*, Affaire 010012179/383865 C+, 25 mars 2003 ; CRR, *M. R.*, Affaire 02005856/420926C+, 16 décembre 2003 ; CRR, *S.*, Affaire 375214, 13 avril 2005 ; CNDA, *M.*, Affaire 527349, 21 février 2008 ; Conseil d'Etat (CE), *M. K.*, Affaire 320630, 14 juin 2010 ; CNDA, *M. M.*, Affaire 08016600, 15 octobre 2010 ; CE, *M. H.*, Affaire 312833, 26 janvier 2011).

<sup>33</sup> Cour suprême britannique, *R (on the application of JS) (Sri Lanka) v. Secretary of State for the Home Department* [2010] UKSC 15, para. 8 (*per* Lord Brown) ; Upper Tribunal britannique, *SK v. Secretary of State for the Home Department (Zimbabwe)* [2010] UKUT 327 (IAC), para. 10 ; Upper Tribunal britannique, *Akbar Azimi-Rad v. Secretary of State for the Home Department (AA Iran)* [2011] UKUT 00339 (IAC), para. 16.

<sup>34</sup> Cour suprême britannique, *R (on the application of JS) (Sri Lanka) v. Secretary of State for the Home Department* [2010] UKSC 15, para. 9 (*per* Lord Brown) ; Cour suprême néo-zélandaise, *Attorney-General (Minister of Immigration) v. Tamil X* [2010] NZSC 107, para. 6 ; Commission de l'immigration et du statut de réfugié du Canada (CISR), Affaire TA120252S, 18 mars 2004, p. 4.

## **B. – Source et vecteur d’application partielle du droit international pénal : le niveau de preuve de l’article 1F et la complicité comme mode de commission**

L’obligation de recourir au droit international pénal aux fins d’interprétation de l’article 1F(a) a été accueillie de manière quelque peu ambivalente par les instances nationales. En effet, dans la grande majorité de leurs décisions relevant de l’article 1F(a), celles-ci apparaissent se dédouaner de toute émancipation du droit international pénal en refusant de se considérer en tant qu’autorités pénales. Elles rappellent ainsi que, le chapeau de l’article 1F requérant seulement de « sérieuses raisons de penser », le niveau de preuve de l’article 1F est inférieur à celui demandé par le droit (international) pénal, c’est-à-dire l’établissement de la culpabilité au-delà de tout doute raisonnable<sup>35</sup>. Selon cette logique, un tel niveau de preuve atténuerait dès lors la rigueur et l’exigence de l’application du droit international pénal aux fins d’interprétation des termes de l’article 1F(a). L’obligation de recourir au droit international pénal est donc reconnue mais en même temps contournée par les instances nationales qui s’arrogent une certaine souplesse dans l’application de cette branche de droit international<sup>36</sup>.

Cette approche résulte cependant d’une malheureuse assimilation des termes du chapeau de l’article 1F et de ceux du paragraphe a). Comme le souligne le Tribunal administratif fédéral suisse :

« [L]es autorités compétentes en matière d’asile n’ont pas à apporter la preuve de la commission d’un crime, comme doit le faire l’accusation dans un procès pénal ; de même, les principes de la présomption d’innocence et de l’acquittement au bénéfice du doute sont ici inopérants. Les autorités du pays d’accueil bénéficient d’une souplesse qui s’explique aisément à la fois par l’objet de leurs décisions – qui, quelle que soit leur gravité, n’infligent pas de peines – et par les moyens d’investigation limités dont elles disposent pour recueillir les éléments de preuve de faits qui se sont produits dans des conditions souvent difficiles à élucider. En excluant une personne de la qualité de

<sup>35</sup> Au sujet du niveau de preuve, voir la contribution de J.-Y. Carlier et P. d’Huart dans cet ouvrage.

<sup>36</sup> Voir particulièrement, *Gurung v. Secretary of State for the Home Department* [2002] UKIAT 04870, para. 109, où le Tribunal souligne que : « We should also observe that international criminal law and international humanitarian law, which in our view should be the principal sources of reference in dealing with such issues as complicity, adopt similar although more detailed criteria in respect of those who for the purpose of facilitating an international crime aid, abet or otherwise assist in its commission or its attempted commission including providing the means for its commission (see Art 25 of the International Criminal Court Statute and Art 7(1) of the ICTY Statute as analysed in the case of Tadic Case No. IT-94-1-T, 7 May 1997). Of course such reference will need to bear in mind the lower standard of proof applicable in Exclusion Clause cases. » (nous soulignons).

réfugié, par exemple, sur la base de l'art. 1F let. a Conv., l'autorité administrative ne prononce pas un verdict de culpabilité, au sens du droit pénal, de crime contre la paix, de crime de guerre ou de crime contre l'humanité. Elle constate uniquement qu'il existe un faisceau d'indices concrets permettant d'induire une responsabilité individuelle de l'intéressé pour un ou des actes méritant une exclusion de la qualité de réfugié [...].<sup>37</sup> »

La souplesse ici préconisée concerne clairement l'administration de la preuve et non pas les critères permettant d'établir si un requérant d'asile a effectivement commis un crime international. Elle ne devrait donc pas servir d'excuse à une application parcellaire et discrétionnaire du droit international pénal. En d'autres termes, le niveau de preuve ne devrait pas affecter l'application du droit international pénal aux fins d'interprétation du champ matériel de l'article 1F(a)<sup>38</sup>.

Cette application en demi-teinte du droit international pénal est cependant manifeste dans l'interprétation que les instances nationales ont faite de la notion de « commission » d'un crime international, et plus particulièrement celle de complicité. La complicité a en effet été érigée comme la forme de commission privilégiée aux fins de l'exclusion d'un requérant d'asile. Les instances d'asile ont parfaitement compris que, bien que l'article 1F(a) requière d'établir la participation du requérant dans la commission d'un crime, une telle participation ne se limitait pas à la commission individuelle directe. Au-delà de la commission individuelle, le droit international pénal connaît différentes formes de responsabilité pénale, telles que la planification, l'incitation, l'ordre, la sollicitation ou l'encouragement à commettre un crime,

---

<sup>37</sup> TAF (Suisse), Arrêt No. E-5538/2006, 11 mai 2010, para. 5.3.2.2, reprenant les termes de la Commission suisse de recours en matière d'asile (JICRA 2006 No. 29, para. 4.2.) qui citait elle-même M. Combarrous, « Les clauses d'exclusion et de cessation de la qualité de réfugié dans la jurisprudence de la Commission des recours des réfugiés en France », in V. Chetail & J. Flauss (dir.), *La Convention de Genève du 28 juillet 1951 relative au statut des réfugiés 50 après : bilan et perspectives*, Bruxelles, Bruylant, 2001, p. 383.

<sup>38</sup> Voir G. Gilbert qui, de manière similaire, argue que : « What detailed information exists suggests that courts have been easily satisfied that there are serious reasons for considering that the applicant should be excluded. Although a status determination hearing can never replicate a criminal trial, exclusion is only justified where there is strong evidence that the applicant has committed a crime under Article 1F(a) or (b) or is guilty of an act contrary to the purposes and principles of the United Nations – there needs to be high proof of individual criminal responsibility. In many ways, it is laxity with the standard of proof that calls into question how States have implemented Article 1F. » G. Gilbert, « Current Issues in the Application of Exclusion Clauses », in E. Feller, V. Türk & F. Nicholson (dir.), *Refugee Protection in International Refugee Law : UNHCR's Global Consultations on International Protection*, Cambridge, Cambridge University Press, 2003, 425-478, p. 471.

l'aide ou le concours, la commission par intermédiaire, la commission conjointe ou l'entreprise criminelle commune<sup>39</sup>.

Cependant, bien qu'inspirée par le droit international pénal, l'interprétation et l'application de la notion de complicité ont dépassé le cadre du droit international pénal. En effet, les instances nationales (principalement canadiennes) se sont ici distancées des catégories de formes indirectes de responsabilité en identifiant quatre formes principales de complicité<sup>40</sup>. Comme le relève Rikhof, celles-ci recouvrent<sup>41</sup> : 1) la présence sur le lieu de commission du crime d'un requérant possédant une certaine autorité<sup>42</sup> ; 2) l'association à une organisation poursuivant des fins limitées et brutales<sup>43</sup> ; et, dans le cadre d'organisation non-brutales, 3) la participation personnelle et consciente<sup>44</sup>, et 4) l'objectif commun<sup>45</sup>. Si les première et troisième formes de complicité s'apparentent grandement à celle de l'aide et du concours en

---

<sup>39</sup> Voir, notamment, l'article 7(1) du Statut du TPIY, l'article 6(1) du Statut du TPIR et l'article 25(3) du Statut de la CPI. Bien que l'entreprise criminelle commune ne soit pas citée expressément par les statuts des tribunaux, cette forme de responsabilité a été développée dans la jurisprudence du TPIY et notamment dans le jugement *Tadic* de 1999 (TPIY, *Le Procureur c. Dusko Tadic* (Chambre d'appel) (Arrêt) Affaire No. IT-94-1-A, 15 juillet 1999, paras. 185–229 ; voir aussi TPIY, *Le Procureur c. Radoslav Brdanin* (Chambre de première instance II) (Jugement) Affaire No. IT-99-36-T, 1 septembre 2004, paras. 258–265). Pour une définition de l'entreprise criminelle commune en droit international pénal, voir ci-dessous note 54. En 1945, déjà, l'article VI du Statut du Tribunal militaire international de Nuremberg affirmait que : « Les dirigeants, organisateurs, provocateurs ou complices qui ont pris part à l'élaboration ou à l'exécution d'un plan concerté ou d'un complot pour commettre l'un quelconque des crimes ci-dessus définis [crimes contre la paix, contre l'humanité ou crimes de guerre] sont responsables de tous les actes accomplis par toutes personnes en exécution de ce plan. »

<sup>40</sup> Il convient de noter que les instances françaises se sont, elles, basées sur la notion de complicité telle que prescrite par l'article III de la Convention pour la prévention et la répression du crime de génocide et en ont donné la définition suivante : « [...] le complice est celui qui, sciemment, a, par ses agissements, contribué à la préparation ou à la réalisation du crime ou en a facilité la commission ou a assisté à son exécution sans chercher à aucun moment, eu égard à sa situation, à le prévenir ou à s'en dissocier ». CE, *M. H.*, Affaire No. 312833 A, 26 janvier 2011.

<sup>41</sup> J. Rikhof, « War Criminals Not Welcome : How Common Law Countries Approach the Phenomenon of International Crimes in the Immigration and Refugee Context », *International Journal of Refugee Law*, Vol. 21, 2009, p. 459. Pour une revue détaillée de la jurisprudence canadienne sur les notions couvertes ci-après, voir *ibid.*, pp. 460–467.

<sup>42</sup> Voir notamment, Cour fédérale canadienne, *Ramirez c. Canada (Ministre de l'emploi et de l'immigration)* [1992] 2 CF 306 ; CNDA (France), *N. alias N.*, Affaire No. 549950/05024108, 15 juillet 2009.

<sup>43</sup> Voir notamment, Cour fédérale canadienne, *Ramirez c. Canada (Ministre de l'emploi et de l'immigration)* [1992] 2 CF 306, at 317, *Sivakumar c. Canada (Ministre de l'emploi et de l'immigration)* [1994] 1 CF 433, para. 17 ; *Pushpanathan c. Canada (Ministre de la citoyenneté et de l'immigration)* [2002] CF 867, para. 40 ; *Balta c. Canada (Ministre de la citoyenneté et de l'immigration)* [1995] 27 Imm. L.R. (2d) 226 (FCTD) ; *Shakarabi c. Canada (Ministre de la citoyenneté et de l'immigration)* [1998] No. IMM-1371-97 (FCTD) ; *Yogo c. Canada (Ministre de la citoyenneté et de l'immigration)* [2001] No. IMM-4151-99, (FCTD) ; *Chowdhury c. Canada (Ministre de la citoyenneté et de l'immigration)* [2003] CF 744 ; *Diasonama c. Canada (Ministre de la citoyenneté et de l'immigration)* [2005] CF 888.

<sup>44</sup> Voir, notamment : Cour fédérale canadienne, *Ramirez c. Canada (Ministre de l'emploi et de l'immigration)* [1992] 2 CF 306, p. 317 ; *Sivakumar c. Canada (Ministre de l'emploi et de l'immigration)* [1994] 1 CF 433, para. 17 ; *Sumaida c. Canada (Ministre de la citoyenneté et de l'immigration)* [2000] 3 CF 66.

<sup>45</sup> Voir notamment : Cour fédérale canadienne, *Ramirez c. Canada (Ministre de l'emploi et de l'immigration)* [1992] 2 CF 306, at 318 ; *Beyoda c. Canada (Ministre de la citoyenneté et de l'immigration)* FC IMM-592-05 ; *Fabela c. Canada (Ministre de la citoyenneté et de l'immigration)* [2005] CF 1026 ; Refugee Status Appeals Authority (Nouvelle-Zélande), Affaire No. 72635/01, 6 septembre 2002, paras. 203 et 204.

droit international pénal<sup>46</sup>, la conformité des deux autres avec le droit international pénal est bien plus discutable. D'une part, l'association à une « organisation criminelle » dépasse incontestablement le cadre de responsabilité individuelle prévu par le droit international pénal. En effet, une telle affiliation est aujourd'hui considérée comme insuffisante en droit international pénal pour établir la responsabilité individuelle<sup>47</sup>. Cette forme de complicité est en premier lieu l'œuvre des instances canadiennes, telle que la Cour fédérale d'appel dans l'affaire *Ramirez*<sup>48</sup>. Elle a de plus été suivie jusqu'à récemment par les instances britanniques<sup>49</sup> et néo-zélandaises<sup>50</sup>. D'autre part, la forme de complicité reposant sur l'objectif commun distend considérablement le lien de causalité entre le requérant et le crime international commis. Six facteurs ont été utilisés par les instances canadiennes afin d'établir un tel objectif commun : 1) la nature de l'organisation ; 2) le mode de recrutement et l'âge ; 3) la position et le rang ; 4) la connaissance des crimes commis ; 5) la période d'association à l'organisation concernée ; et 6) l'opportunité de s'en dissocier ou désolidariser<sup>51</sup>. En pratique, cependant, après avoir identifié la nature de l'organisation<sup>52</sup>, l'attention s'est plutôt portée sur

---

<sup>46</sup> En droit international pénal, une personne est pénalement responsable si elle a prêté son aide ou son concours à la commission d'un crime international perpétré par une tierce personne simplement par sa seule présence sur le lieu de commission du crime pour autant qu'elle bénéficie d'une certaine autorité de par son rang, son statut ou sa fonction. Voir TPIY, *Le Procureur c. Miroslav Kvocka et al.* (Chambre de première instance) (Jugement) Affaire No. IT-98-30/1-T, 2 novembre 2001, para. 257. Plus généralement, l'aide ou le concours se définit comme une assistance, un encouragement ou un soutien moral du complice à l'auteur principal qui aurait un effet substantiel sur la commission du crime. Dans un tel cas, le complice doit avoir conscience (ou à tout le moins avoir conscience du risque) que le perpéteur utilisera son aide pour la commission dudit crime et avoir l'intention de l'en aider ou de l'en encourager. Il n'a cependant pas besoin de partager l'intention de commettre le crime en tant que tel. Voir TPIY, *Le Procureur c. Tihomir Blaskic* (Chambre de première instance I) (Jugement) Affaire No. IT-95-14-T, 3 mars 2000, paras. 271–272 ; TPIY, *Le Procureur c. Dusko Tadic* (Chambre d'appel) (Arrêt) Affaire No. IT-94-1-A, 15 juillet 1999, para. 229 ; TPIY, *Le Procureur c. Anto Furundzija* (Chambre de première instance) (Jugement) Affaire No. IT-95-17/1-T, 10 décembre 1998, para. 252.

<sup>47</sup> Alors qu'elle avait été reconnue dans une certaine mesure par le Tribunal pénal militaire international de Nuremberg, une telle forme de responsabilité est aujourd'hui exclue par les Tribunaux pénaux internationaux tels que le TPIY. Elle ne figure pas non plus dans le Statut de la CPI. De plus, le TPIY a clairement affirmé dans l'arrêt *Brdanin* que l'entreprise criminelle commune ne s'apparentait pas à une forme de culpabilité par association. TPIY, *Le Procureur c. Radoslav Brdanin* (Chambre d'appel) (Arrêt) Affaire No. IT-99-36-A, 3 avril 2007, para. 427 et au para. 428 où « [l]a Chambre d'appel souligne que l'entreprise criminelle commune n'est pas un concept sans limites qui permet de conclure à la culpabilité de l'accusé en opérant des rapprochements. Au contraire, les Chambres ne peuvent déclarer l'accusé coupable sur la base de la théorie de l'entreprise criminelle commune que si elles jugent les conditions nécessaires remplies au-delà de tout doute raisonnable ».

<sup>48</sup> Cour fédérale canadienne, *Ramirez c. Canada (Ministre de l'emploi et de l'immigration)* [1992] 2 CF 306, p. 317.

<sup>49</sup> Voir notamment, *Gurung v. Secretary of State for the Home Department* [2002] UKIAT 04870, paras. 105–106 et 114 tout spécialement.

<sup>50</sup> Voir par exemple, *Refugee Status Appeals Authority (Nouvelle-Zélande)*, Affaire No. 1248/93, 31 juillet 1995.

<sup>51</sup> Voir notamment, Cour fédérale canadienne, *Beyoda c. Canada (Ministre de la citoyenneté et de l'immigration)* FC IMM-592-05 ; *Fabela c. Canada (Ministre de la citoyenneté et de l'immigration)* [2005] CF 1026.

<sup>52</sup> Voir aussi Cour suprême britannique, *R (on the application of JS) (Sri Lanka) v. Secretary of State for the Home Department* [2010] UKSC 15, paras. 30 et 31, où Lord Brown a repris quasi *verbatim* les six critères ci-dessus énumérés en tant que facteurs déterminants, en soulignant néanmoins que la nature de l'organisation n'est qu'un facteur parmi d'autres à prendre en compte : « the nature of the organisation itself is only one of the

le rôle, la position ou la fonction du requérant dans l'organisation afin d'en déduire sa connaissance des crimes perpétrés et son intention d'y contribuer<sup>53</sup>. Contrairement à l'entreprise criminelle commune telle qu'élaborée en droit international pénal<sup>54</sup>, cette forme de complicité ne rend ainsi pas dument compte de l'intention, la connaissance et la participation réelles du requérant<sup>55</sup>.

La question de la complicité illustre clairement les dangers liés à une émancipation du droit international pénal lors de l'application de l'article 1F(a). La présomption de culpabilité ainsi établie par simple association à une organisation dite criminelle ou à un objectif commun – une « culpabilité par association »<sup>56</sup> – élargit considérablement le champ d'application *ratione personae* de la clause d'exclusion. Ce faisant, l'interprétation de l'article 1F(a) n'est pas seulement contraire à la lettre de la disposition qui préconise expressément le recours au droit international pénal, mais aussi à l'objet et au but de la Convention de 1951 impliquant une approche restrictive des clauses d'exclusion. Tel qu'avancé par le HCR,

[C]omme toute exception à des garanties conférées en matière de droits de l'homme, les clauses d'exclusion doivent toujours être interprétées de manière restrictives et doivent être utilisées avec la plus grande prudence. [...] une telle approche s'impose d'autant plus que les conséquences de l'exclusion peuvent être graves pour l'intéressé.<sup>57</sup>

---

relevant factors in play and it is best to avoid looking for a “presumption” of individual liability, rebuttable or not. »

<sup>53</sup> P. Zambelli, « Problematic Trends in the Analysis of State Protection and Article 1F(a) Exclusion in Canadian Refugee Law », *International Journal of Refugee Law*, Vol. 23, No. 2, 2011, p. 277.

<sup>54</sup> La notion d'entreprise criminelle commune a été établie par le TPIY en l'arrêt Tadic de 1999 et concerne, dans sa forme première, la responsabilité d'une personne ayant participé à une entreprise commune impliquant la commission d'un crime international dans l'intention de poursuivre ce but. Tous les participants à cette entreprise criminelle commune ont donc tous la même intention criminelle. TPIY, *Le Procureur c. Dusko Tadic* (Chambre d'appel) (Arrêt) Affaire No. IT-94-1-A, 15 juillet 1999, paras. 196–228.

<sup>55</sup> P. Zambelli, « Problematic Trends in the Analysis of State Protection and Article 1F(a) Exclusion in Canadian Refugee Law », *op. cit.*, p. 282 où l'auteur note que « [t]he increasing remoteness between the claimant and the 'crime against peace, war crime or crime against humanity' could be explained by the development of confusion between the notion of *participating in crimes*, on the one hand, and the notion of *participating in an organization* whose members commit crimes, on the other. » [souligné dans l'original].

<sup>56</sup> *Ibid.*, p. 278.

<sup>57</sup> HCR, *Note d'information sur l'application des clauses d'exclusion : article 1F de la Convention de 1951 relative au statut des réfugiés*, in ONU Doc. HCR/GIP/03/05, 4 septembre 2003, para. 4

Force est néanmoins de constater qu'une prise de conscience de tels risques a été amorcée par les instances britannique et néo-zélandaise<sup>58</sup>. En 2010, les cours suprêmes de ces deux pays ont en effet eu l'occasion de se prononcer sur la notion de complicité, refusant clairement toute présomption de culpabilité<sup>59</sup>. Se basant sur les formes de responsabilité de droit international pénal, elles ont conclu que, pour juger de l'exclusion d'un requérant, il fallait « avoir de sérieuses raisons de penser qu'il a contribué de manière volontaire et significative à l'organisation dans son aptitude à poursuivre son objectif de commettre des crimes de guerre, tout en ayant conscience que son assistance poursuit en effet ce but »<sup>60</sup>. Bien que leur compréhension de l'entreprise criminelle commune laisse encore à désirer<sup>61</sup>, les cours suprêmes britannique et néo-zélandaise ont ainsi initié un retournement jurisprudentiel en faveur d'une interprétation conforme au droit international pénal. Déjà suivie par certaines cours<sup>62</sup>, il reste à espérer que leur approche sera partagée par le plus grand nombre.

Cet espoir est d'autant plus fondé que le recours au droit international pénal n'est pas inconnu des instances nationales. Elles l'appliquent directement lorsqu'il est par exemple question de la responsabilité du requérant en tant que supérieur hiérarchique pour commission de crime international<sup>63</sup>. Il en est de même lorsque les instances nationales se penchent sur les motifs

---

<sup>58</sup> Voir respectivement, Cour suprême britannique, *R (on the application of JS) (Sri Lanka) v. Secretary of State for the Home Department* [2010] UKSC 15; et Cour suprême néo-zélandaise, *Attorney-General (Minister of Immigration) v. Tamil X* [2010] NZSC 107.

<sup>59</sup> Voir particulièrement Cour suprême britannique, *R (on the application of JS) (Sri Lanka) v. Secretary of State for the Home Department* [2010] UKSC 15, para. 31.

<sup>60</sup> Cour suprême britannique, *R (on the application of JS) (Sri Lanka) v. Secretary of State for the Home Department* [2010] UKSC 15, para. 38 (*per* Lord Brown ; notre traduction). Voir aussi *Ibid.*, para. 48 (*per* Lord Hope) ; et Cour suprême néo-zélandaise, *Attorney-General (Minister of Immigration) v. Tamil X* [2010] NZSC 107, paras. 64-70.

<sup>61</sup> La cour suprême néo-zélandaise semble en effet confondre la première et la troisième forme de l'entreprise criminelle commune telle que définie en l'affaire *Tadic*. Voir en ce sens, J. Rikhof, *Exclusion at a Crossroads : The Interplay between International Criminal Law and Refugee Law in the Area of Extended Liability*, UNHCR Division of International Protection, juin 2011, p. 27. Il convient de plus de souligner que la troisième forme d'entreprise criminelle commune reste fortement contestée tant par la jurisprudence que la doctrine. Elle implique en effet qu'un participant à une entreprise criminelle commune pourrait être responsable d'un crime additionnel qui n'était pas prévu par l'entreprise et qui a été commis par un autre des participants pour autant qu'il ait présagé la commission d'un tel crime et en ait assumé le risque. Voir à ce sujet, A. Cassese, *International Criminal Law*, *op. cit.*, pp. 199-209. Bien qu'une étude approfondie sur la question dépasserait le cadre de la présente contribution, force est néanmoins de souligner qu'il serait préférable que cette troisième forme ne soit pas utilisée par les instances nationales dans leurs décisions d'exclusion car elle distend considérablement le lien de causalité entre ledit crime et le participant concerné à l'entreprise criminelle commune.

<sup>62</sup> Voir notamment, pour la Grande Bretagne: *Akbar Azimi-Rad v. Secretary of State for the Home Department* [2011] UKUT 00339 (IAC) ; pour la République d'Irlande: *A.B. v. Refugee Appeals Tribunal and Minister for Justice, Equality and Law Reform* [2011] IEHC 198, para. 39 notamment.

<sup>63</sup> Voir, par exemple, le cas suivant de la Cour administrative fédérale allemande, 10 C 2.10, paras. 28-30 qui reprend directement l'article 28(a) du Statut de la CPI. Selon ce dernier, la responsabilité du supérieur hiérarchique est définie comme suit : « Un chef militaire ou une personne faisant effectivement fonction de chef

d'exonération de la responsabilité, tels que la défense de l'ordre hiérarchique<sup>64</sup> ou la contrainte<sup>65</sup>. Il est ainsi étonnant qu'une même approche d'incorporation directe du droit international pénal n'ait pas été suivie *ab initio* en vue de définir la complicité.

Cette demi-mesure des instances nationales ne s'est cependant pas faite ressentir uniquement dans leur interprétation des formes de commission des crimes relevant de l'article 1F(a) mais aussi dans celle des crimes eux-mêmes. Il semble même que l'interprétation discrétionnaire de la notion de complicité ait affecté la manière dont les instances nationales ont approché les crimes relevant de l'article 1F(a). Elles semblent avoir manifesté une inclination

---

militaire est pénalement responsable des crimes relevant de la compétence de la Cour commis par des forces placées sous son commandement et son contrôle effectifs, ou sous son autorité et son contrôle effectifs, selon le cas, lorsqu'il ou elle n'a pas exercé le contrôle qui convenait sur ces forces dans les cas où : i) Ce chef militaire ou cette personne savait, ou, en raison des circonstances, aurait dû savoir, que ces forces commettaient ou allaient commettre ces crimes ; et ii) Ce chef militaire ou cette personne n'a pas pris toutes les mesures nécessaires et raisonnables qui étaient en son pouvoir pour en empêcher ou en réprimer l'exécution ou pour en référer aux autorités compétentes aux fins d'enquête et de poursuites ». Le paragraphe b) du même article étend la responsabilité du supérieur hiérarchique aux supérieurs civils. Voir aussi, *Sivakumar c. Canada (Ministre de l'emploi et de l'immigration)* [1994] 1 CF 433, 439-440 ; *Mohammad c. Canada (Ministre de la citoyenneté et de l'immigration)* [1995] No. IMM-4227-94 (FCTD).

<sup>64</sup> Voir notamment : *R. c. Finta* [1994] 1 SCR 701, 834 ; *Equizbal c. Canada (Ministre de l'emploi et de l'immigration)* [1994] 3 CF 514 (CA), 524. Il est ici notable que les instances nationales se sont reposées sur l'article 33 du Statut de la CPI pour établir que les ordres d'un supérieur hiérarchique sont une cause d'exonération de la responsabilité et que, dès lors, un requérant d'asile qui aurait commis un crime international sur ordre de son supérieur ne pourrait être exclu du statut de réfugié pour autant que les conditions de l'article 33 soient remplies. Celles-ci établissent comme règle que la défense des ordres hiérarchiques n'exonèrent pas de la responsabilité pénale à moins que « a) cette personne n'ait eu l'obligation légale d'obéir aux ordres du gouvernement ou du supérieur en question ; b) Cette personne n'ait pas su que l'ordre était illégal ; et c) L'ordre n'était pas manifestement illégal ». Cette défense ne peut cependant pas être soulevée en cas de crimes de génocide ou de crimes contre l'humanité puisque l'ordre de commettre de tels crimes doit toujours être considéré comme manifestement illégal (article 33(2)). Contrairement au Statut de la CPI, les Statuts du Tribunal militaire international de Nuremberg, du TPIY et du TPIR ont clairement rejeté la défense d'ordres hiérarchiques pour tous les crimes internationaux, et même les crimes de guerre. Cette divergence quant à l'existence d'une telle défense en droit international pénal a été l'objet de longues discussions dans le cas de *SRYYY* devant la Cour fédérale australienne. La Cour fut en effet confrontée à difficile question de savoir si cette défense s'appliquait au cas d'espèce puisque les crimes de guerre commis pré-dataient l'entrée en vigueur du Statut de Rome. Sans établir si cette défense pouvait être considérée comme coutumière, la Cour conclut simplement que « [w]hile it may be an open question whether Art 33 accurately reflects customary international law, what is indisputable is that it reflects an international consensus in an international instrument that there is to be such a defence » (*SRYYY v. Minister for Immigration and Multicultural and Indigenous Affairs* [2005] FCAFC 42, para. 77). L'Etude du droit international humanitaire coutumier du Comité international de la Croix-Rouge considère cependant la défense des ordres hiérarchiques comme coutumière pour les crimes de guerre commis lors de conflits armés internationaux et non-internationaux. L. Doswald-Beck & J.-M. Henckaerts, *Droit international humanitaire coutumier*, Genève/Bruxelles, CICR/Bruylant, 2006, Vol. 1, Règle 155. Au sujet de l'ordre hiérarchique et de sa validité en droit international pénal, voir : P. Gaeta, « The Defence of Superior Orders : The Statute of International Criminal Court Versus Customary International Law », *European Journal of International Law*, Vol. 10, No. 1, 1999, pp. 172-191.

<sup>65</sup> Voir, notamment, CRR (France), *K.*, Affaire no. 548090, 18 mai 2006 ; CRR (France), *M.*, Affaire no. 469930, 5 juillet 2007 ; Cour fédérale canadienne, *Ramirez c. Canada (Ministre de l'emploi et de l'immigration)* [1992] 2 CF 306, para. 40 ; CISR (Canada), Affaire No. M99901679S, 31 janvier 2003, pp. 6-8 ; CISR (Canada), Affaire No. MA100212S, 4 février 2003, p. 10 ; Cour fédérale canadienne, *Arica c. Canada* [2005] CF 907, para. 24 ; *Bermudez c. Canada (Ministre de la citoyenneté et de l'immigration)* [2005] CF 286 ; Cour fédérale d'Australie, *SHCB v. Minister for Immigration & Multicultural & Indigenous Affairs* [2003] FCA 229, paras. 14 et 15.

disproportionnée pour les crimes dits « collectifs » pour lesquels la complicité du requérant serait plus facilement assise puisqu'impliquant, généralement, une pluralité de personnes pour leur commission. L'écrasante majorité des décisions d'exclusion concerne ainsi la perpétration de crimes contre l'humanité ou de génocide ; l'exclusion de requérants se faisant bien plus rarement sur la base de crimes de guerre.

## **II. – L'APPORT DU DROIT INTERNATIONAL PENAL DANS L'INTERPRETATION DES CRIMES RELEVANT DE L'ARTICLE 1F(A) DE LA CONVENTION DE GENEVE**

Si le recours au droit international pénal aux fins d'interprétation des crimes relevant de l'article 1F(a) de la Convention de Genève est prescrit par la disposition elle-même, son apport est donc contingent de l'ambivalence des instances nationales à son égard. D'un côté, les instances ont suivi son développement en reconnaissant, par exemple, un quatrième crime comme source d'exclusion : le crime de génocide. Considéré initialement comme crime contre l'humanité, le crime de génocide s'en est en effet émancipé au fil du temps jusqu'à acquérir sa propre autonomie<sup>66</sup>, tels que l'illustrent la Convention pour la prévention et la répression du crime de génocide ainsi que les Statuts du TPIY<sup>67</sup>, du TPIR<sup>68</sup> ou de la CPI<sup>69</sup>. De par l'interprétation dynamique préconisée de l'article 1F(a), il est dès lors communément admis que les crimes de génocide relèvent de la clause d'exclusion au même titre que les crimes contre la paix, les crimes de guerre et les crimes contre l'humanité<sup>70</sup>.

D'un autre côté, en sus de favoriser le recours aux crimes collectifs, les instances nationales ont souvent établi leur existence par déduction du contexte prévalant dans le pays d'origine du requérant. De manière générale, elles se sont limitées à donner une définition succincte du crime concerné – souvent tirée du Statut de Rome – et à conclure de manière relativement abrupte en son existence du fait d'une situation d'attaque généralisée ou systématique contre une population civile ou d'un contexte génocidaire. L'existence d'un crime international ne

---

<sup>66</sup> Voir en ce sens, A. Cassese, *International Criminal Law, op. cit.*, p. 127. Concernant l'historique du crime de génocide, voir plus particulièrement : V. Chetail, « La banalité du mal de Dachau au Darfour : réflexion sur l'évolution du concept de génocide depuis 1945 », *Relations internationales*, Vo. 131, 2007, pp. 49–72.

<sup>67</sup> Voir article 4 du Statut du TPIY.

<sup>68</sup> Voir article 2 du Statut du TPIR.

<sup>69</sup> Voir article 6 du Statut de la CPI.

<sup>70</sup> Voir, par exemple, CRR (France), *M. M.*, Affaire No. 558295, 12 octobre 2006 ; CRR (France), *Mme K. veuve Habyarimana*, Affaire No. 564776, 15 février 2007 ; CNDA (France), *M. M.*, Affaire No. 527349, 21 février 2008 ; CNDA (France), *M. M.*, Affaire No. 08016600, 15 octobre 2010 ;

peut cependant être purement et simplement induite d'un contexte donné. Le droit international pénal a établi des critères clairs – les éléments des crimes – qui sont à examiner afin d'asoir l'existence d'un crime international. Tel que discuté précédemment, les « sérieuses raisons de penser » du chapeau de l'article 1F n'assouplissent pas ces critères mais seulement l'administration de leur preuve. Le risque est ici de nouveau d'élargir indument le champ d'application de l'article 1F(a) et d'exclure, par là même, des requérants d'asile par trop facilement.

### A. – Les crimes contre l'humanité

Les crimes contre l'humanité offrent une illustration saillante d'une telle application partielle du droit international pénal. Alors que certaines instances peinent à distinguer les crimes contre l'humanité de crimes de guerre<sup>71</sup>, rares sont aussi celles qui examinent les éléments des crimes contre l'humanité afin de conclure à l'exclusion du statut de réfugié. Un examen plus minutieux a certes été entrepris par certaines instances en appel<sup>72</sup>, mais la rigueur d'un tel exercice n'a pas tout le temps été suivie par les instances inférieures. Il n'en reste pas moins que ces décisions offrent quelques pistes précieuses quant aux éléments définitionnels des crimes contre l'humanité. Prises dans leur ensemble, elles reflètent, de manière relativement fidèle, la définition de ces crimes en droit international pénal. Une telle reconstruction jurisprudentielle ne peut cependant être entreprise sans recourir à la décision de la Cour suprême canadienne dans l'affaire *Mugesera* de 2005 qui, bien que rendue en dehors du cadre de l'article 1F(a), fait office de bonne pratique en matière d'application du droit international pénal<sup>73</sup>.

---

<sup>71</sup> Voir, par exemple, Refugee Status Appeals Authority (Nouvelle-Zélande), *Refugee Appeal No. 71398/99 v. NZIS 71398/99*, 10 février 2000 ; et CISR (Canada), *Affaire No. A99-00913*, 7 juin 2000 p. 11. La CISR s'est aussi parfois limitée à souligner, de manière quelque peu lacunaire, que : « les crimes de guerre impliquent la violation du droit humanitaire de la guerre, y compris les mauvais traitements infligés à des civils et à des prisonniers de guerre. Les crimes contre l'humanité sont semblables aux crimes de guerre, mais à plus grande échelle, car ils sont répandus et de façon systématique. » : CISR, *Affaires No. TA5-03896, TA5-03897, TA5-03898, TA5-03899, TA5-03900 et TA5-03901*, 20 octobre 2006, p. 15.

<sup>72</sup> Voir spécialement : Cour fédérale d'appel canadienne, *Sivakumar c. Canada (Ministre de l'emploi et de l'immigration)* [1994] 1 CF 433, paras. 18–22 ; Cour fédérale australienne, *SRYYY v. Minister for Immigration and Multicultural and Indigenous Affairs* [2005] FCAFC 42, paras. 80–88 ; Upper Tribunal (Grande-Bretagne), *SK (Article 1F(a) – exclusion) Zimbabwe* [2010] UKUT 327 (IAC), paras. 35–39.

<sup>73</sup> Cour suprême canadienne, *Mugesera c. Canada (Ministre de la citoyenneté et de l'immigration)* [2005] 2 RCS 100, [2005] CSC 40. L'affaire *Mugesera* ne relève en effet pas de la clause d'exclusion au statut de réfugié, mais concerne l'expulsion de M. Mugesera pour incitation au meurtre, génocide et à la haine au Rwanda avant son établissement sur territoire canadien. Comme démontré ci-après, cette décision fut néanmoins reprise par les instances d'asile canadiennes, néo-zélandaises et, dans une certaine mesure, britanniques.

Bien que la définition des crimes contre l'humanité ait varié dans les différents instruments de droit international pénal<sup>74</sup>, ces crimes ont de manière générale été considérés comme des « violation[s] grave[s] et caractérisée[s] des droits de l'homme, qui touche[nt] l'individu dans ce qu'il a de plus profond dans son être, c'est-à-dire dans ses convictions, ses croyances ou sa dignité »<sup>75</sup>. Commis aussi bien en temps de conflits armés qu'en situations de paix<sup>76</sup>, les crimes contre l'humanité consistent donc en la commission d'un crime – une infraction sous-jacente – rendu international par une « exigence contextuelle », celle d'avoir été commis dans le cadre d'une attaque généralisée ou systématique contre une population civile<sup>77</sup>. De cette définition découle les quatre éléments du crime contre l'humanité : 1) la commission d'un acte prohibé avec l'intention de le commettre ; 2) la commission de cet acte dans le cadre d'une attaque généralisée ou systématique ; 3) la direction d'une telle attaque contre une population civile ; et 4) la connaissance de l'auteur que son acte s'inscrit dans/faisait partie d'une telle attaque<sup>78</sup>.

---

<sup>74</sup> Voir article VI du Statut du Tribunal militaire international de Nuremberg ; article 5 du Statut du TPIY ; article 3 du Statut du TPIR ; article 7 du Statut de la CPI ; et article 2 du Statut du TSSL.

<sup>75</sup> TAF (Suisse), Affaire No. E-5538/2006, 11 mai 2010, para. 5.3.3.2. Voir aussi, Commission suisse de recours en matière d'asile, JICRA No. 29, 2006, para. 5.3. qui rajoute que, déjà en 1997, les crimes de guerre étaient considérés comme « des crimes très graves qui choquaient la conscience collective, qui niaient l'Humanité [...] ». Il convient de plus de souligner que l'inclusion des crimes contre la paix dans le Statut de Rome relevait une importance toute particulière car elle donnait la possibilité de juger un Etat pour les crimes commis contre sa propre population, contrairement aux crimes de guerre. La compétence du Tribunal sur de tels crimes fut néanmoins débattue car considérée par beaucoup comme violant le principe de légalité ; les crimes contre l'humanité n'étant, de l'avis de certains, pas encore criminalisés en droit international pénal. Ce débat donna l'occasion au Tribunal de prononcer sa désormais célèbre maxime : « Ce sont des hommes, et non des entités abstraites, qui commettent des crimes contre le droit international, et ce n'est qu'en punissant ceux qui ont commis ces crimes que l'on peut faire respecter le droit international ».

<sup>76</sup> Dans le Statut du Tribunal militaire international de Nuremberg, les crimes contre l'humanité devaient être liés à un crime de guerre ou à un crime contre la paix, délimitant implicitement leur application temporelle/géographique aux situations de conflits armés. Une telle limitation fut par la suite explicitement faite à l'article 5 du Statut du TPIY (« lorsqu'ils ont été commis au cours d'un conflit armé, de caractère international ou interne »), et implicitement maintenue par le Statut du TPIR puisque sa juridiction était de toutes façons limitée à la période entre le 1<sup>er</sup> janvier et le 31 décembre 1994 correspondant à celle du conflit armé rwandais (voir article premier du Statut). Un tel critère fut cependant abandonné dans l'article 7 du Statut de Rome. Concernant la jurisprudence sur l'article 1F(a), voir notamment les décisions suivantes qui ont expressément reconnu la possibilité de commettre des crimes contre la paix en tout temps : Conseil d'Etat belge, Arrêt No. 76.906, 12 novembre 1998, p. 14 ; CISR (Canada), Affaire No. V97-01229, 4 avril 2000, p. 25 ; CISR (Canada), *Son Dae Ri*, Affaire No. TA-15547 et TA2-19913, 12 septembre 2003, para. 17 ; CISR (Canada), Affaires Nos. TA1-07089 et TA1-07090, 16 mars 2004, p. 16 ; Cour suprême canadienne, *Mugesera c. Canada (Ministre de la citoyenneté et de l'immigration)* [2005] 2 RCS 100, [2005] CSC 40, para. 153 ; et TAF (Suisse), Affaire No. E-5538/2006, 11 mai 2010, para. 5.3.3.2.

<sup>77</sup> Cour suprême canadienne, *Mugesera c. Canada (Ministre de la citoyenneté et de l'immigration)* [2005] 2 RCS 100, [2005] CSC 40, para. 151 : la Cour note que « [c]ette exigence contextuelle supplémentaire distingue le crime contre l'humanité du crime ordinaire. »

<sup>78</sup> Ces quatre conditions ont été dégagées par la Cour suprême canadienne dans *Mugesera c. Canada (Ministre de la citoyenneté et de l'immigration)* [2005] 2 RCS 100, [2005] CSC 40, para. 119 ; puis reprises par les instances inférieures canadiennes et néo-zélandaises : CISR (Canada) : Affaires Nos. TA4-12152, TA4-17153, TA4-14154, TA4-17155, TA4-17156, 23 janvier 2008, pp. 8–9 ; Affaires Nos. VA6-01380, VA6-01381, VA6-01382, 19 juin 2009, p. 4 ; Affaire No. MA8-00121, 4 juin 2010, p. 6 ; et Refugee Status Appeals Authority (Nouvelle-Zélande), Refugee Appeal No. 74796, 19 avril 2006, para. 103. Cette définition est par ailleurs

L'infraction sous-jacente est donc à proprement parler une violation grave de droits fondamentaux de la personne devant être commise avec intention<sup>79</sup>. Les listes d'infractions faites par les différents statuts des tribunaux pénaux internationaux ont été reprises par les instances nationales et recouvrent le meurtre, l'extermination, la réduction en esclavage, la déportation ou le transfert forcé de population, la détention arbitraire, la torture, le « viol, esclavage sexuel, prostitution forcée, grossesse forcée, stérilisation forcée ou toute autre forme de violence sexuelle de gravité comparable », la « persécution de tout groupe ou de toute collectivité identifiable pour des motifs d'ordre politique, racial, national, ethnique, religieux ou sexistes », les « disparitions forcées de personnes », le « crime d'apartheid » et tous « autres actes inhumains de caractère analogue »<sup>80</sup>. Il est à noter que la persécution comme crime contre l'humanité requiert en plus l'intention discriminatoire de l'auteur du

---

similaire à celle donnée par les Eléments des crimes du Statut de Rome qui requièrent que : 1) l'auteur ait commis une infraction sous-jacente ; 2) cette infraction faisait partie d'une attaque généralisée ou systématique dirigée contre une population civile ; et 3) « l'auteur savait que ce comportement faisait partie d'une attaque généralisée ou systématique dirigée contre une population civile ou entendait qu'il en fasse partie ». Concernant la définition des crimes contre l'humanité en droit international pénal, voir notamment : E. David, *Eléments de droit pénal international et européen*, Bruxelles, Bruylant, 2009, pp. 1239–1270 et 1293–1316 ; A. Cassese, *International Criminal Law, op. cit.*, pp. 98–126 ; P. Currat, *Les crimes contre l'humanité dans le Statut de la Cour pénale internationale*, Bruxelles/Paris/Genève, Bruylant/LGDJ/Schultess, 2006, pp. 32–35, 67–88 et 89–118 ; G. Werle, *Principles of International Criminal Law, op. cit.*, pp. 214–265 ; S. Meseke, « La jurisprudence des tribunaux pénaux internationaux pour l'ex-Yougoslavie et la Rwanda à la concrétisation de l'incrimination du crime contre l'humanité », in M. Chiavario (dir.), *La justice pénale internationale entre passé et avenir*, Paris, Dalloz, 2003, pp. 173–222 ; J.-F. Roulot, *Le crime contre l'humanité*, Paris, L'Harmattan, 2002, pp. 94–120 et 191–234 ; M. Bettati, « Le crime contre l'humanité », in H. Ascensio, E. Decaux & A. Pellet (dir.), *Droit international pénal*, Paris, Pedone, 2000, pp. 293–317 ; J. de Hemptinne, « La définition du crime contre l'humanité par le TPIY », *Revue trimestrielle des droits de l'homme*, No. 36, 1<sup>er</sup> octobre 1998 ; C. Grynfogel, « Un concept juridique en quête d'identité : le crime contre l'humanité », *Revue internationale de droit pénal*, 1992, pp. 1027–1048 ; G. Desous, « Réflexions sur le régime juridique des crimes contre l'humanité », *Revue de science criminelle*, 1984, pp. 657–684 ; J. Graven, « Les crimes contre l'humanité », *Recueil des cours de l'Académie de droit international*, Vol. 76, 1950, pp. 433–607 ; J.Y. Dautricourt, « La définition du crime contre l'humanité », *Revue de droit international et de sciences diplomatiques et politiques*, Vol. 25, 1947, pp. 294 et s.

<sup>79</sup> Voir Cour suprême canadienne, *Mugesera c. Canada (Ministre de la citoyenneté et de l'immigration)* [2005] 2 RCS 100, [2005] CSC 40, para. 130.

<sup>80</sup> Article 7(1)(a) à (k) du Statut de Rome. Voir la liste des infractions sous-jacentes aux crimes contre l'humanité données par l'article 5(a) à (i) du Statut du TPIY, l'article 3(a) à (i) du Statut du TPIR et l'article 2(a) à (i) du Statut du TSSL qui, contrairement à la définition de la CPI, ne mentionnent pas les disparitions forcées ni le crime d'apartheid. A notre avis, en droit international coutumier, ces deux crimes doivent néanmoins être considérés comme crimes contre l'humanité lorsqu'ils sont commis de manière généralisée ou systématique contre une population civile. Les disparitions forcées commises dans un tel contexte ont en effet été reconnues comme crime contre l'humanité par l'article 5 de la Convention internationale pour la protection de toutes les personnes contre les disparitions forcées (ONU Doc. A/RES/61/177, 20 décembre 2006 (entrée en vigueur : 23 décembre 2010)). Le crime d'apartheid a quant à lui été reconnu en tant que crime contre l'humanité par l'article premier de la Convention internationale sur l'élimination et la répression du crime d'apartheid (ONU Doc. GA Rés. 3068 (XXVII), 30 novembre 1973 (entrée en vigueur : 18 juillet 1976)). Voir finalement la liste plus restreinte faite par le Statut du Tribunal militaire international de Nuremberg en son article 6(c).

crime pour motifs tels que raciaux, religieux ou politiques<sup>81</sup>. Quant aux crimes de nature sexuelle, ils incluent l'avortement forcé qui a été considéré par les instances canadiennes comme « violence sexuelle de gravité comparable » pouvant constituer un crime contre l'humanité<sup>82</sup>. La liste n'est cependant pas exhaustive puisque d'autres comportements de nature similaire peuvent donner lieu à un crime contre l'humanité<sup>83</sup>.

Une telle infraction doit de plus s'inscrire dans le cadre<sup>84</sup> d'une attaque systématique ou généralisée qui doit être elle-même dirigée contre une population civile. Selon la Cour suprême canadienne dans l'affaire *Mugesera*, une attaque s'entend généralement d'un « type de comportement entraînant des actes de violence »<sup>85</sup> ou d'un système oppressif tel qu'une situation d'apartheid<sup>86</sup>. Contrairement à la jurisprudence pré-CPI<sup>87</sup>, le jugement de la Cour suprême indique clairement que la nature généralisée ou systématique d'une telle attaque est à appréhender de manière disjonctive<sup>88</sup>. D'un côté, le caractère généralisé de l'attaque se réfère

---

<sup>81</sup> Cour suprême canadienne, *Mugesera c. Canada (Ministre de la citoyenneté et de l'immigration)* [2005] 2 RCS 100, [2005] CSC 40, voir notamment paras. 140, 142 et 143 où la Cour considéra que les discours incitant à la haine étaient constitutifs de persécutions en tant que crimes contre l'humanité. *Ibid.*, para. 146.

<sup>82</sup> Voir notamment CISR (Canada) : Affaire No. VA2-00206, 9 février 2004, pp. 8–9 ; et Affaire No. MA3-09245, 24 mars 2004, p. 4.

<sup>83</sup> Upper Tribunal (Grande-Bretagne), *SK v. Secretary of State for the Home Department* [2010] UKUT 327 (IAC), para. 11. Le Tribunal considéra que le déplacement forcé de travailleurs noirs de deux fermes possédées par des propriétaires blancs suite à leur soutien à l'opposition au président Mugabe était similaire aux actes de persécution et tombait dès lors sous le champ de la clause résiduelle (article 7(1)(k) du Statut de Rome). *Ibid.*, paras. 35–39. Voir aussi CISR (Canada), Affaires Nos. TA4-17152, TA4-17153, TA4-17154, TA4-17155, TA4-17156, 23 janvier 2008, pp. 9–10.

<sup>84</sup> D'après la Cour suprême, l'expression « dans le cadre de » signifie l'infraction sous-jacente « doit être susceptible de soutenir l'attaque » « de par sa nature ou ses conséquences » : *Mugesera c. Canada (Ministre de la citoyenneté et de l'immigration)* [2005] 2 RCS 100, [2005] CSC 40, para. 165. La position du Tribunal britannique semble s'accorder sur cette nécessité d'établir un lien entre le crime et l'attaque généralisée ou systématique : *AA (Art IF(a) – complicity – Arts 7 and 25 ICC Statute) Iran* [2011] UKUT 00339 (IAC), paras. 64 et 65 tout spécialement.

<sup>85</sup> Cour suprême canadienne, *Mugesera c. Canada (Ministre de la citoyenneté et de l'immigration)* [2005] 2 RCS 100, [2005] CSC 40, para. 153, citant les propres termes du TPIY dans l'affaire *Le Procureur c. Kunarac* (Chambre de première instance) (Jugement) Affaire No. IT-96-23-T & IT-96/23/1-T, 22 février 2001, paras. 415 et s.

<sup>86</sup> *Ibid.*, se référant à TPIR, *Le Procureur c. Jean-Paul Akayesu* (Chambre I) (Jugement) Affaire No. ICTR-96-4-T, 2 septembre 1998, para. 581.

<sup>87</sup> Les instances nationales considéraient en effet qu'une telle attaque devait être généralisée et systématique. Cette approche était alors en accord avec l'article 3 du Statut du TPIR et la jurisprudence antérieure du Tribunal militaire international de Nuremberg. Voir, notamment : Cour fédérale canadienne, *Sivakumar c. Canada (Ministre de l'emploi et de l'immigration)* [1994] 1 CF 433, para. 19 ; CISR (Canada), Affaire V97-01229, 4 avril 2000, pp. 31–32 ; CISR (Canada), Affaire No. TA0-12652, 25 octobre 2001, p. 5 ; CISR (Canada), Affaire No. MA1-03204, 8 octobre 2002, p. 9. Le tournant dans la jurisprudence canadienne s'est effectué après 2002 et l'entrée en vigueur du Statut de Rome.

<sup>88</sup> Cour suprême canadienne, *Mugesera c. Canada (Ministre de la citoyenneté et de l'immigration)* [2005] 2 RCS 100, [2005] CSC 40, notamment para. 156 ; déjà établi par la Cour fédérale canadienne dans *Mugesera c. Canada (Ministre de la citoyenneté et de l'immigration)* [2004] 1 RCF 3, para. 52 notamment. Voir aussi les affaires suivantes de la CISR canadienne qui dès 2003 a reconnu qu'une telle attaque devait être généralisée ou systématique : Affaire No. MA2-07509, 28 novembre 2003, p. 6 ; Affaires Nos. TA1-07089 et TA1-07090, 16 mars 2004, p. 16 ; Affaires Nos. TA1-20252, TA1-20253, TA1-20254, TA1-20255 et TA1-20256, 18 mars 2004,

à son étendue, sa fréquence, sa gravité et au fait qu'elle soit dirigée contre de nombreuses victimes<sup>89</sup>. De l'autre côté, sa nature systématique implique une organisation « “selon un modèle régulier en exécution d'une politique concertée mettant en œuvre des moyens public ou privés considérables”, conformément à une politique ou à un plan, mais il n'est pas nécessaire que la politique soit une politique officielle de l'Etat »<sup>90</sup>. Finalement, la population civile doit être la « cible principale » d'une telle attaque<sup>91</sup>, c'est-à-dire un groupe non négligeable de personne partageant « des caractéristiques distinctives »<sup>92</sup> et qui ne sont pas assimilables à des combattants<sup>93</sup>.

Cette reconstruction des éléments principaux des crimes contre l'humanité démontre bien la démarche systématique qui devrait être entreprise à chaque fois afin d'établir la commission d'un tel crime par un requérant. Une même approche s'impose aussi pour le crime de génocide dont l'existence a été jusqu'ici trop souvent déduite du contexte génocidaire.

---

p. 25. Pour la jurisprudence post-*Mugesera*, voir notamment CISR (Canada), Affaires Nos. TA4-17152, TA4-17153, TA4-17154, TA4-17155 et TA4-17156, 23 janvier 2008, p. 9: « Dans *Mugesera* cité ci-dessus, le tribunal a également maintenu qu'il suffit d'établir que l'attaque est généralisée ou systématique, et non pas les feux à la fois, et que seule l'attaque, et non pas les actes de l'accusé, doit être généralisée ou systématique. »

<sup>89</sup> CISR (Canada), Affaire No. MA1-03204, 8 octobre 2002, p. 9 ; Cour suprême canadienne, *Mugesera c. Canada (Ministre de la citoyenneté et de l'immigration)* [2005] 2 RCS 100, [2005] CSC 40, para. 154 citant TPIR, *Le Procureur c. Jean-Paul Akayesu* (Chambre I) (Jugement) Affaire No. ICTR-96-4-T, 2 septembre 1998, para. 580 et TPIR, *Le Procureur c. Clément Kayishema et Obed Ruzindana* (Chambre II) (Jugement) Affaire No. ICTR-95-1-T, 21 mai 1999, para. 123.

<sup>90</sup> Cour suprême canadienne, *Mugesera c. Canada (Ministre de la citoyenneté et de l'immigration)* [2005] 2 RCS 100, [2005] CSC 40, para. 155. Et la Cour suprême de citer l'affaire *Kunarac* du TPIY comme suit : « L'adjectif “systématique” dénote le caractère organisé des actes de violence, et l'in vraisemblance qu'ils se produisent fortuitement. C'est au scénario des crimes – c'est-à-dire à la répétition délibéré et régulière de comportements criminels similaires – que l'on reconnaît leur caractère systématique. » *Ibid.*

<sup>91</sup> Cour suprême canadienne, *Mugesera c. Canada (Ministre de la citoyenneté et de l'immigration)* [2005] 2 RCS 100, [2005] CSC 40, para. 161, citant le TPIY, *Le Procureur c. Kunarac* (Chambre de première instance) (Jugement) Affaire No. IT-96-23-T & IT-96/23/1-T, 22 février 2001, para. 421.

<sup>92</sup> Cour suprême canadienne, *Mugesera c. Canada (Ministre de la citoyenneté et de l'immigration)* [2005] 2 RCS 100, [2005] CSC 40, para. 161. Voir aussi : CISR (Canada), Affaires Nos. TA4-12152, TA4-17153, TA4-14154, TA4-17155, TA4-17156, 23 janvier 2008, p. 9.

<sup>93</sup> JICRA No. 29, 2006, para. 6.2.2. où la Commission suisse de recours en matière d'asile rappelle que « tuer des soldats dans des affrontements armés, donc des personnes nullement assimilables à des civils, ne saurait constituer en soi un crime contre l'humanité ». Ainsi la population civile semble être définie par opposition aux combattants. Cependant, il convient de relever que la présence de certains combattants au sein de la population civile ne prive cependant pas cette dernière son caractère civil. Cour suprême canadienne, *Mugesera c. Canada (Ministre de la citoyenneté et de l'immigration)* [2005] 2 RCS 100, [2005] CSC 40, para. 162. Cette règle semble directement reprise du droit international humanitaire (voir article 50(3) du Protocole additionnel (I) aux Conventions de Genève du 12 août 1949 relatif à la protection des victimes des conflits armés internationaux, 1125 RTNU 3, 12 décembre 1977 (entrée en vigueur : 7 décembre 1979)).

## B. – Les crimes de génocide

Enfant du crime contre l'humanité, le crime de génocide revêt aussi la spécificité d'être commis dans un contexte particulier, un contexte génocidaire. L'attrait est ainsi grand de déduire son existence de la simple réalisation d'une politique ou d'une situation génocidaire. Cette approche est principalement celle des instances françaises dans le cadre d'exclusions de requérants pour complicité de génocide. Elles se sont généralement limitées à établir le contexte génocidaire prévalant au Rwanda qui ne pouvait être contesté et ignoré du requérant, avant d'examiner la position de celui-ci vis-à-vis des génocidaires, ses fonctions, rôles, et pouvoirs<sup>94</sup>. Cependant, comme pour le crime contre l'humanité, le crime de génocide procède d'une définition détaillée qu'il convient d'examiner pour chaque cas d'espèce.

Si la définition des crimes contre l'humanité a fluctué d'un Statut à l'autre, celle du génocide est communément reconnue comme coutumière<sup>95</sup>. En effet, elle n'a pas évolué depuis la

---

<sup>94</sup> Voir notamment : CRR (France), *M. H.*, Affaire No. 96005942/301072, 8 octobre 1999 ; CRR (France), *M. B.*, Affaire No. 01012179/383865, 25 mars 2003 ; CRR (France), *M. S.*, Affaire No. 375214, 13 avril 2005 ; CNDA (France), *M. M.*, Affaire No. 527349, 21 février 2008 ; CNDA (France), *N. alias N.*, Affaire No. 549950, 15 juillet 2009. Mais voir CE (France), *M. K.*, Affaire No. 320630 A, 14 juin 2010, où le Conseil a critiqué l'approche de la Commission comme suit : « Considérant, d'une part, que pour juger que M. K. s'était rendu complice du génocide perpétré au Rwanda en 1994, la commission s'est bornée à rappeler qu'alors que le gouvernement intérimaire avait encouragé la livraison de bière aux milices et aux groupes militaires pour soutenir l'effort de guerre, il avait poursuivi son activité de vente de bière pendant trois mois dans une région contrôlée par les auteurs du génocide, sans rechercher ni donc établir les raisons sérieuses qui permettraient, autrement que par déduction du contexte dans lequel elle se déroulait, de penser qu'en raison de l'ampleur de cette activité, ou de ses destinataires, ou des relations avec les autorités ou avec les acteurs du génocide qui avaient effectivement été nécessaires à sa poursuite, ou des circonstances précises dans lesquelles les transactions étaient intervenues, M. K. pouvait être personnellement regardé comme ayant contribué à ou facilité l'exécution du génocide ; que, d'autre part, si la connaissance qu'un individu peut avoir des conséquences sur ses agissements sur la réalisation d'un crime est de nature à donner de sérieuses raisons de penser qu'il s'en est sciemment rendu complice, la commission n'a déduit que de la seule position sociale et économique de l'intéressé qu'il ne pouvait ignorer l'utilisation qui était faite de la bière qu'il vendait, sans préciser en quoi cette position lui donnait effectivement une connaissance personnelle suffisamment exacte des conséquences de la poursuite de son activité sur le génocide qui se perpétrait durant la même période ; permettant de considérer qu'il avait sciemment décidé d'y prêter son concours ; que dans cette double mesure, la commission, qui, si elle n'est pas tenue d'établir la culpabilité des demandeurs, est néanmoins dans l'obligation d'établir les raisons sérieuses la conduisant à mettre en œuvre la clause d'exclusion de l'article 1F, a, faute d'établir les éléments matériels et intentionnels spécifiques à la complicité qu'elle entendait relever, commis une erreur de droit » (nous soulignons). Cette approche est néanmoins largement minoritaire dans la jurisprudence française, à moins qu'elle ne soit annonciatrice d'un tournant jurisprudentiel. Voir aussi CE (France), *M. H.*, Affaire No. 312833, 26 janvier 2011.

<sup>95</sup> Pour plus de détails concernant le crime de génocide en droit international pénal, se référer notamment à la doctrine suivante : E. David, *Éléments de droit pénal international et européen*, op. cit., pp. 1270–1286 ; P. Gaeta (dir.), *The UN Genocide Convention : A Commentary*, Oxford, Oxford University Press, 2009 ; A. Cassese, *International Criminal Law*, op. cit., pp. 127–147 ; V. Chetail, « La banalité du mal de Dachau au Darfour », op. cit. ; D. Dormoy & M. Yetongnon, « La complicité de génocide dans la jurisprudence des TPI », *Revue québécoise de droit international*, hors-série, 2007, pp. 81–94 ; G. Werle, *Principles of International Criminal Law*, op. cit., pp. 186–213 ; A.-M. La Rosa, *Juridictions pénales internationales : La procédure et la preuve*, Paris, Presses universitaires de France, 2003, pp. 385–416 ; B. Lüders, « L'incrimination de génocide

Convention pour la prévention et la répression du crime de génocide de 1948<sup>96</sup> et a donc été reprise mot pour mot aussi bien par les Statuts des tribunaux pénaux internationaux *ad hoc*<sup>97</sup> que par le Statut de Rome<sup>98</sup>. L'article 6 du Statut de la CPI se lit comme suit :

« [...] on entend par crime de génocide l'un quelconque des actes ci-après commis dans l'intention de détruire, en tout ou en partie, un groupe national, ethnique, racial ou religieux, comme tel :

- a) Meurtre de membres du groupe ;
- b) Atteinte grave à l'intégrité physique ou mentale des membres du groupe ;
- c) Soumission intentionnelle du groupe à des conditions d'existence devant entraîner sa destruction physique totale ou partielle ;
- d) Mesures visant à entraver les naissances au sein du groupe ;
- e) Transfert forcé d'enfants du groupe à un autre groupe. »

Cette définition souligne que plusieurs éléments sont ainsi à examiner afin d'établir l'existence d'un crime de génocide. Tout d'abord, il convient de relever qu'un crime de génocide peut être commis aussi bien en temps de paix qu'en période de conflit armé, tel que cela a été le cas au Rwanda<sup>99</sup>. Le silence de la définition n'implique ainsi nullement la prévalence d'une situation sur une autre. Cependant, l'élément le plus central du crime de génocide consiste en une intention spécifique qui est à démontrer, celle de détruire en tout ou en partie un groupe protégé. Ainsi, l'auteur du crime ne devra pas seulement avoir l'intention

---

dans la jurisprudence des Tribunaux pénaux internationaux pour l'ex-Yougoslavie et le Rwanda », in M. Chiavario (dir.), *La justice pénale internationale entre passé et avenir*, Paris/Milan, Dalloz/Giuffrè, 2003, pp. 223–257 ; W. Schabas, « Le génocide », in H. Ascencio, E. Decaux & A. Pellet (dir.), *Droit international pénal*, Paris, Pedone, 2000, pp. 319–332 ; W. Schabas, *Genocide in International Law: The Crime of Crimes*, Cambridge, Cambridge University Press, 2000 ; R. Maison, « Le crime de génocide dans les premiers arrêts du Tribunal pénal pour le Rwanda », *Revue générale de droit international public*, 1999, pp. 129–145 ; K. Boustany & D. Dormoy, *Génocide(s)*, Bruxelles, Bruylant, 1999 ; J. Verhoeven, « Le crime de génocide. Originalité et ambiguïté », *Revue belge de droit international*, No. 1, 1991, pp. 5–26 ; J. Graven, « Les crimes contre l'humanité. La Convention internationale sur le génocide », *Recueil des cours de l'Académie de droit international*, Vol. 76, 1950, pp. 490 et s. ; R. Lemkin, « Le crime de génocide », *Revue de droit international de sciences diplomatiques et politiques*, Vol. 24, 1946, pp. 213–223.

<sup>96</sup> Voir article II de ladite Convention.

<sup>97</sup> Article 4 du Statut du TPIY et article 2 du Statut du TPIR.

<sup>98</sup> Article 6 du Statut de Rome de la CPI.

<sup>99</sup> Voir notamment, TPIR, *Le Procureur c. Jean-Paul Akayesu* (Chambre I) (Jugement) Affaire No. ICTR-96-4-T, 2 septembre 1998, para. 128.

et la connaissance liée au crime spécifique qu'il commet, mais aussi cette intention distincte du crime de génocide en tant que tel<sup>100</sup>.

La cible de cette intention est aussi clairement délimitée puisqu'elle concerne un groupe national, ethnique, racial ou religieux, en tout ou en partie. Cette liste de groupes protégés exclut tout autre groupe n'étant pas stables et permanents, tel que les groupes culturels<sup>101</sup>. Un groupe national se réfère à l'origine nationale du groupe qui l'en distinguera du reste de la population<sup>102</sup>, un groupe ethnique se distinguera par le langage et les traditions de ses membres<sup>103</sup>, un groupe religieux par sa religion, sa foi et ses croyances<sup>104</sup>. Quant au groupe racial, puisque la « race » a été disqualifiée en tant que critère scientifique, celui-ci se rapprochera de la catégorie de groupe ethnique en se référant à l'origine du groupe<sup>105</sup>. Néanmoins, ce n'est pas seulement la situation objective d'un groupe qui le définira en tant que national, ethnique, racial ou religieux, mais aussi la perception que ce groupe aura de lui-même<sup>106</sup>.

Le crime de génocide doit ensuite impliquer la commission d'un des quelconques actes sous-jacents énumérés aux alinéas a) à e). Tous ces actes visent en effet à détruire en tout ou en partie un groupe, c'est-à-dire à anéantir son existence. Tel est le cas par exemple des mesures

---

<sup>100</sup> *Ibid.*, paras. 498 et 517–524. Voir aussi, TPIR, *Le Procureur c. Clément Kayishema et Obed Ruzindana* (Chambre II) (Jugement) Affaire No. ICTR-95-1-T, 21 mai 1999, paras. 87–118.

<sup>101</sup> Voir TPIR, *Le Procureur c. Jean-Paul Akayesu* (Chambre I) (Jugement) Affaire No. ICTR-96-4-T, 2 septembre 1998, paras. 510–511. Concernant l'omission du génocide culturel, voir notamment : D. Nersessian, « Rethinking Cultural Genocide under International Law », *Human Rights Dialogue*, 2005, disponible sur : [http://www.carnegiecouncil.org/publications/archive/dialogue/2\\_12/section\\_1/5139.html](http://www.carnegiecouncil.org/publications/archive/dialogue/2_12/section_1/5139.html) ; B. Sautman, « 'Cultural Genocide' and Tibet », *Texas International Law Journal*, Vol. 38, 2003, pp. 173–248 ; et A.D. Moses, « Raphael Lemkin, Culture and the Concept of Genocide », in D. Bloxham & A.D. Moses (dir.), *The Oxford Handbook of Genocide Studies*, Oxford, Oxford University Press, 2010, pp. 19–41.

<sup>102</sup> TPIR, *Le Procureur c. Jean-Paul Akayesu* (Chambre I) (Jugement) Affaire No. ICTR-96-4-T, 2 septembre 1998, para. 512.

<sup>103</sup> *Ibid.*, para. 513.

<sup>104</sup> *Ibid.*, para. 515.

<sup>105</sup> Voir A. Cassese qui souligne que : « Race is a notion whose scientific validity has been debunked by anthropologists ; it must nevertheless be perforce interpreted and applied when used in a legal provision. In the Genocide Convention race seems to embrace groups that share some hereditary physical traits or features, such as the colour of the skin. » A. Cassese, *International Criminal Law, op. cit.*, p. 138. Voir aussi TPIR, *Le Procureur c. Jean-Paul Akayesu* (Chambre I) (Jugement) Affaire No. ICTR-96-4-T, 2 septembre 1998, para. 514 : « La définition classique du groupe racial est fondée sur les traits physiques héréditaires, souvent identifiés à une région géographique, indépendamment des facteurs linguistiques, culturels, nationaux ou religieux. »

<sup>106</sup> TPIR, *Le Procureur c. Clément Kayishema et Obed Ruzindana* (Chambre II) (Jugement) Affaire No. ICTR-95-1-T, 21 mai 1999, para. 98 ; TPIR, *Le Procureur c. Georges Andresen Nderubumwe Rutaganda* (Chambre de première instance I) (Jugement) Affaire No. ICTR-96-3-T, 6 décembre 1999, paras. 55–57 ; TPIR, *Le Procureur c. Ignace Bagilishema* (Chambre de première instance I) (Jugement) Affaire ICTR-95-1-A-T-, 7 juin 2001, para. 65 ; TPIY, *Le Procureur c. Radislav Krstic* (Chambre de première instance) (Jugement) Affaire IT-98-33-T, 2 août 2001, para. 557

visant à entraver les naissances au sein du groupe qui empêcheront toute descendance des membres du groupe et donc, à moyen terme, la continuation du groupe en tant que tel<sup>107</sup>. De telles mesures recouvrent, notamment, la mutilation sexuelle, la stérilisation et le contrôle forcé des naissances<sup>108</sup>. Une « atteinte grave à l'intégrité physique ou mentale des membres du groupe » a été interprétée par le TPIR et le TPIY comme se référant aux actes de torture, de traitements inhumains, de viols, abus sexuels, déportation ou persécution<sup>109</sup>. Finalement, la « soumission intentionnelle du groupe à des conditions d'existence devant entraîner sa destruction physique totale ou partielle » inclut, notamment, « la soumission d'un groupe de personnes à un régime alimentaire de subsistance, l'expulsion systématique des logements, la réduction des services médicaux nécessaires en deçà du minimum »<sup>110</sup>.

### C. – Les crimes contre la paix

Bien que n'ayant à notre connaissance jamais mené à l'exclusion de requérants d'asile, les crimes contre la paix – ou crimes d'agression – peuvent être considérés comme des crimes collectifs impliquant, en règle générale, une pluralité de personnes<sup>111</sup>. Comme pour les crimes

---

<sup>107</sup> TPIR, *Le Procureur c. Jean-Paul Akayesu* (Chambre I) (Jugement) Affaire No. ICTR-96-4-T, 2 septembre 1998, paras. 507–508.

<sup>108</sup> *Ibid.*, para. 507.

<sup>109</sup> Voir TPIY, *Le Procureur c. Radislav Krstic* (Chambre de première instance) (Jugement) Affaire IT-98-33-T, 2 août 2001, para. 513 ; TPIY, *Le Procureur c. Vidoje Blagojevic et Dragan Jokic* (Chambre de première instance I) (Jugement) Affaire IT-02-60-T, 17 janvier 2005, para. 645 ; TPIR, *Le Procureur c. Georges Andresen Nderubumwe Rutaganda* (Chambre de première instance I) (Jugement) Affaire No. ICTR-96-3-T, 6 décembre 1999, para. 51 ; et plus généralement TPIR, *Le Procureur c. Jean-Paul Akayesu* (Chambre I) (Jugement) Affaire No. ICTR-96-4-T, 2 septembre 1998, paras. 502–504.

<sup>110</sup> TPIR, *Le Procureur c. Jean-Paul Akayesu* (Chambre I) (Jugement) Affaire No. ICTR-96-4-T, 2 septembre 1998, paras. 505–506.

<sup>111</sup> Il convient de relever que les crimes contre la paix furent pour la première fois criminalisés par l'article VI(a) du Statut du Tribunal militaire de Nuremberg et définis comme « la direction, la préparation, le déclenchement ou la poursuite d'une guerre d'agression, ou d'une guerre en violation des traités, assurances ou accords internationaux, ou la participation à un plan concerté ou à un complot pour l'accomplissement de l'un quelconque des actes qui précèdent ». Voir aussi article II(1)(a) de la Control Council Law No. 10 et article 5(a) de la Charte du Tribunal militaire international pour l'Extrême-Orient. Leur criminalisation fut intimement liée à l'interdiction au recours à la force proclamée par l'article 2(4) de la Charte des Nations Unies. La question de la nature coutumière de leur criminalisation en conformité avec le principe de légalité a néanmoins été soulevée lors du jugement de Nuremberg. Pour le Tribunal, l'interdiction du recours à la guerre faite en 1928 par le Pacte Briand-Kellogg impliquait nécessairement la criminalisation individuelle du crime contre la paix. Voir à ce sujet, Y. Dinstein, *War, Aggression and Self-Defence*, Cambridge, Cambridge University Press, 2011, pp. 126–128, arguant (p. 128) que nul ne peut néanmoins aujourd'hui objecter que la « guerre d'agression constitue [...] un crime contre le droit international » (notre traduction). La définition du Tribunal de Nuremberg fut néanmoins reprise par les Principes de Nuremberg (principe 6(a) in *Rapport de la Commission du Droit international sur les travaux de sa deuxième session du 5 juin au 29 juillet 1950, Documents officiels cinquième session*, Supplément No 12(a/1316), 1950, pp. 12–16) et par le Projet de Code des crimes contre la paix et la sécurité de l'humanité (voir article 16 in *Annuaire de la Commission du droit international*, Vol. II(2), 1996). Concernant l'historique de l'interdiction du recours à la force et du crime d'agression, voir notamment, K. Sellars, « Deligitimizing Aggression : First Steps and False Starts after the First World War », *Journal of International Criminal Justice*,

contre l'humanité et de génocide, leur existence pourrait ainsi être déduite d'un contexte général, celui d'une guerre d'agression. La détermination d'une telle situation d'agression n'est cependant pas du ressort des instances nationales, une telle qualification restant hautement politisée<sup>112</sup> et incombant en premier lieu au Conseil de sécurité des Nations Unies dans son identification des menaces contre la paix et la sécurité internationales<sup>113</sup>. Décider de l'exclusion de requérants d'asile pour crimes contre la paix ne se fera donc pas sans l'application de critères définitionnels clairs par les instances nationales. Ainsi, la définition du crime d'agression adoptée lors de la Conférence de Kampala en 2010 afin d'établir la juridiction de la CPI sur ledit crime devrait dans le futur logiquement faciliter le recours au crime contre la paix comme motif d'exclusion de requérants d'asile<sup>114</sup>. Dans l'esprit de beaucoup, elle constituerait en effet la première tentative définitionnelle du crime d'agression.

Ce déficit définitionnel pré-Kampala ne devrait cependant pas être exagéré. Il convient de souligner que ce n'est pas tant la définition du crime d'agression qui a amené à différer la juridiction de la Cour sur un tel crime, mais plutôt l'impossibilité de trouver un consensus lors de la Conférence de Rome sur les modalités d'exercice d'une telle compétence et le rôle du Conseil de sécurité. L'article 8 *bis* tel qu'adopté à Kampala n'innove en effet pas considérablement puisqu'il reprend pour l'essentiel la définition du crime d'agression donnée par le Statut du Tribunal militaire international de Nuremberg et sa jurisprudence subséquente (para. 1) et celle de l'acte d'agression de la résolution 3314 de l'Assemblée générale des

---

Vol. 10, 2012, pp. 7–40 ; T. Weigend, « 'In General a Principle of Justice' : The Debate on the 'Crime against Peace' in the Wake of the Nuremberg Judgment », *Journal of International Criminal Justice*, Vol. 10, 2012, pp. 41–58 ;

<sup>112</sup> Cette politisation de la question est bien illustrée par l'article de E. Creegan, « Justified Uses of Force and the Crime of Aggression », *Journal of International Criminal Justice*, Vol. 10, 2012, pp. 59–82.

<sup>113</sup> Voir l'article 39 de la Charte des Nations Unies.

<sup>114</sup> Lors de son adoption, le Statut de Rome avait en effet laissé le soin de définir le crime d'agression ainsi que les conditions d'exercice de la compétence de la Cour à une Conférence de révision ultérieure (voir article 5(2) du Statut de Rome). Ce fut notamment dans ce but que fut réunie la Conférence de Kampala en juin 2010. La Conférence adopta la Résolution RC/Res.6 par consensus le 11 juin 2010 regroupant les amendements au Statut relatifs au crime d'agression (Annexe I), les amendements aux éléments des crimes (Annexe II) et des éléments d'interprétation additionnels (Annexe III). Ces amendements n'entreront cependant pas en vigueur avant le 1<sup>er</sup> janvier 2017 pour autant qu'ils soient encore adoptés par les Etats Parties au Statut (voir article 15 *bis* (3) de l'amendement au Statut (Annexe I)). Concernant les négociations à Kampala et la résolution adoptée, voir notamment : M. Politi, « The ICC and the Crime of Aggression : A Dream that Came Through and the Reality Ahead », *Journal of international Criminal Justice*, Vol. 10, 2012, pp. 267–288 ; J. Trahan, « The Rome Statute's Amendment on the Crime of Aggression : Negotiations at the Kampala Review Conference », *International Criminal Law Review*, Vol. 11, 2011, pp. 49–104 ; C. Kress & L. von Holtendorff, « Le compromis de Kampala sur le crime d'agression », *African Journal of International and Comparative Law*, Vol. 19, No. 2, 2011, pp. 167–207 ; N. Blokker & C. Kress, « A Consensus Agreement on the Crime of Aggression : Impressions from Kampala », *Leiden Journal of International Law*, Vol. 23, 2010, pp. 889–895 ;

Nations Unies (para. 2)<sup>115</sup>. L'on ne peut ainsi légitimement admettre que ce soit réellement l'absence de critères définitionnels du crime contre la paix qui aurait posé obstacle à l'exclusion de requérants pour de tels crimes<sup>116</sup>.

De plus, bien qu'il n'y ait jusqu'à aujourd'hui pas encore eu de décisions d'exclusion liées à la commission d'un crime de paix, certaines rares instances nationales se sont néanmoins penchées sur les éléments définitionnels de ce crime international. Deux éléments furent ainsi mis en lumière. D'une part, un crime contre la paix implique par nécessité l'existence d'une guerre d'agression, c'est-à-dire « une guerre mettant aux prises au moins deux pays. Toutes les situations impliquant une guerre civile sont donc exclues.<sup>117</sup> » D'autre part, un crime contre la paix peut uniquement être commis par un haut-responsable politique ou militaire<sup>118</sup>. La conjonction de ces deux éléments implique donc que la commission d'un crime contre la paix ne peut être que le fait d'un haut-responsable étatique, excluant dès lors les chefs d'entités non-étatiques, et même quasi-étatiques<sup>119</sup>. Cette conclusion procède de la vision traditionnelle selon laquelle le *jus ad bellum* – le droit du recours à la force – ne concerne que les Etats<sup>120</sup>. Elle pourrait cependant être légitimement questionnée au vu de la pratique

---

<sup>115</sup> Assemblée générale des Nations Unies, *Définition de l'agression*, Résolution 3314 (XXIX), 14 décembre 1974.

<sup>116</sup> *Contra* J. Pejic, « Article 1F(a) : The Notion of International Crimes », *International Journal of Refugee Law*, Vol. 12, Special Supplementary Issue, 2000, 11–45, p. 12.

<sup>117</sup> CISR (Canada), Affaire No. V97-01229, 4 avril 2000, p. 23.

<sup>118</sup> Voir en ce sens Cour fédérale canadienne, *Hinzman c. Canada (Ministre de la citoyenneté et de l'immigration)* [2006] CF 420, paras. 141–142. Cette affaire ne concerne cependant pas un cas d'exclusion du statut de réfugié mais d'octroi dudit statut sur la base de la notion d'objecteur de conscience. Le requérant, M. Hinzman, avait en effet déserté l'armée américaine suite à la prétendue illégalité de la guerre menée en Irak et demandé asile au Canada pour refus de participer à un crime contre la paix. Les éléments du crime contre la paix mis en lumière par la Cour fédérale sont néanmoins instructifs quant à la définition de ce crime : « [141] [...] j'estime que le refus de participer à la perpétration d'un crime contre la paix pourrait effectivement déclencher l'application du paragraphe 171 à un responsable du gouvernement ou des forces armées. Il ne peut y avoir de crime contre la paix sans que l'Etat en question ait commis une violation du droit international : *R. v. Jones*, [20006] UKHL 16, au paragraphe 16. Par conséquent, dans le cas d'un responsable, la légalité de la guerre en question pourrait fort bien être pertinente eu égard à sa demande. [142] Cela présuppose toutefois que le poste qu'occupe l'individu en question et la nature de sa participation sont tels qu'il pourrait être reconnu coupable de complicité d'un crime contre la paix. Les crimes contre la paix ont été qualifiés de 'crimes de dirigeants' : *Jones*, au paragraphe 16. Cela veut dire que seules les personnes ayant le pouvoir de planifier, préparer, déclencher et mener une guerre d'agression peuvent être déclarées coupables de crimes contre la paix. [...] »

<sup>119</sup> C'est tout du moins la position du HCR citée par le Tribunal britannique d'appel sur l'immigration (Immigration Appeal Tribunal) dans *Getaneh Amberber v. The Secretary of State for the Home Department* [2000] Appeal No. 00TH01570, para. 9, et qui ne semble pas être réfutée par celui-ci.

<sup>120</sup> Les situations internes restent alors gouvernées par le droit domestique de chaque Etat. Le droit international régleme cependant la conduite des belligérants lors d'un conflit armé non-international à travers les règles du droit des conflits armés plus communément appelé « droit international humanitaire ». Voir notamment à ce sujet : F. Bugnion, « *Jus ad Bellum, Jus in Bello and Non-International Armed Conflicts* », *Yearbook of International Humanitarian Law*, TMC Asser Press, Vol. VI, 2003, pp. 167–198 ; et K. Samuels, « *Jus ad Bellum and Civil Conflicts : A Case Study of the International Community's Approach to Violence in the Conflict in Sierra Leone* », *Journal of Conflict and Security Law*, Vol. 8, No. 2, 2003, pp. 315–338.

étatique qui invoque parfois un droit de légitime défense en cas d'attaque armée d'un groupe non-étatique, impliquant par là même qu'un tel groupe pourrait être la source d'une agression<sup>121</sup>. L'article 8 *bis* de l'amendement au Statut de Rome s'est néanmoins rangé à la position traditionnelle étato-centrée en requérant que le crime d'agression soit commis par « une personne effectivement en mesure de contrôler ou de diriger l'action politique ou militaire d'un *Etat* »<sup>122</sup>.

A la lumière de ces deux critères dégagés par la jurisprudence, l'absence de décisions d'exclusion pour commission de crimes contre la paix réside peut-être dans le champ d'application personnelle extrêmement limité des crimes d'agression. Afin qu'une instance nationale puisse statuer sur une telle exclusion, il faudrait en effet que le requérant d'asile soit lui-même le haut-dirigeant d'un Etat ayant commis un acte d'agression. Force est de concéder que ce type de situation n'est pas des plus courantes.

De plus, si les instances nationales décident dans l'avenir de suivre à la lettre la définition des crimes d'agression de l'article 8 *bis*,<sup>123</sup> l'existence de tels crimes pourrait s'avérer encore plus difficile à asseoir. L'article 8 *bis* requiert en effet que l'acte d'agression constitue « par sa nature, sa gravité et son ampleur [...] une violation manifeste de la Charte des Nations Unies »<sup>124</sup>. Si la résolution 3314 de l'Assemblée générale énonçait déjà clairement que tout recours à la force n'est pas forcément un acte d'agression, l'article 8 *bis* place le seuil de

---

<sup>121</sup> Cet argument fut celui utilisé par Israël pour justifier la construction du mur dans le territoire palestinien occupé en tant que mesure de légitime défense. Il fut cependant rejeté par la Cour internationale de justice (CIJ) qui ne semble pour le moment pas encore prête à accepter que des attaques armées donnant droit à la légitime défense puissent émaner d'acteurs non-étatiques. Voir CIJ, *Conséquences juridiques de l'édification d'un mur dans le territoire palestinien occupé*, CIJ Recueil 2004, avis consultatif du 9 juillet 2004, para. 139. Sur la possibilité de reconnaître l'application du *ius ad bellum* à des entités non-étatiques, constituant dès lors de possibles sources d'attaques armées, voir notamment : A. Clapham, *Brierly's Law of Nations*, 7<sup>ème</sup> éd., Oxford, Oxford University Press, 2012, pp. 476–479 ; A.G. Wills, « The Crime of Aggression and the Resort to Force against Entities in Statu Nascendi », *Journal of International Criminal Justice*, Vol. 10, 2012, pp. 83–110 ; M. Politi, « The ICC and the Crime of Aggression : A Dream that Came Through and the Reality Ahead », *op. cit.*, pp. 286–287.

<sup>122</sup> Voir paragraphe 1 (nous soulignons). La position adoptée par l'amendement ressort aussi très bien du paragraphe 2 du même article qui cite directement la résolution 3314 de l'Assemblée générale des Nations Unies en ces termes : « on entend par 'acte d'agression' l'emploi par un Etat de la force armée contre la souveraineté, l'intégrité territoriale ou l'indépendance politique d'un autre Etat, ou de tout autre manière incompatible avec la Charte des Nations Unies. » Voir aussi, Annexe II à la résolution, Amendements relatifs aux éléments des crimes, paras. 2 et 3 des éléments.

<sup>123</sup> Concernant plus généralement la définition du crime d'agression adoptée à Kampala, voir : M. Milanovic, « Aggression and Legality : Custom in Kampala », *Journal of International Criminal Justice*, Vol. 10, 2012, pp. 165–187 ; M.E. O'Connell & M. Niyazmatov, « What is Aggression ? Comparing the *Jus ad Bellum* and the ICC Statute », *Journal of International Criminal Justice*, Vol. 10, 2012, pp. 198–207 ; et Y. Dinstein, *War, Aggression and Self-Defence*, *op. cit.*, pp. 134–140.

<sup>124</sup> Voir le paragraphe premier dudit article.

réalisation d'un tel crime encore plus haut en requérant la satisfaction cumulative des trois éléments ci-dessus énumérés<sup>125</sup>. Sans exclure que le crime contre la paix ne motive certaines décisions d'exclusion dans l'avenir, ses champs personnel et matériel limités amenuisent néanmoins une telle probabilité.

#### D. – Les crimes de guerre

Contrairement aux crimes contre la paix, contre l'humanité ou de génocide, les instances nationales ont bien compris qu'elles ne pouvaient déduire d'un contexte de conflit la commission de crimes de guerre<sup>126</sup>. En effet, l'existence d'un conflit armé – une violation du droit de faire la guerre – n'implique pas forcément des crimes de guerre – c'est-à-dire une violation du droit de la guerre, le droit international humanitaire (DIH)<sup>127</sup>. La perpétration d'un crime de guerre présupposant néanmoins l'existence d'un conflit armé<sup>128</sup>, les instances nationales ne se sont cependant généralement pas embarrassées de qualifications minutieuses

---

<sup>125</sup> Voir en ce sens Annexe III de la résolution, « Eléments d'interprétation concernant les amendements au Statut de Rome de la Cour pénale internationale relatifs au crime d'agression », para. 7 : « Il est entendu que, pour établir si un acte d'agression constitue une violation manifeste de la Charte des Nations Unies, les trois éléments, à savoir la nature, la gravité et l'ampleur, doivent être suffisamment importants pour justifier une constatation de violation 'manifeste'. Aucun de ces éléments à lui seul ne peut suffire pour remplir le critère de violation manifeste. » Concernant ces trois critères cumulatifs, voir : M.E. O'Connell & M. Niyazmatov, « What is Aggression ? Comparing the *Jus ad Bellum* and the ICC Statute », *op. cit.*, pp. 201–204 ; H.-P. Kaul, *The Crime of Aggression after Kampala – Some Personal Thoughts on the Way Forward*, remarque à la conférence internationale « Beyond Kampala : The ICC, the Crime of Aggression, and the Future of the Court », Oxford, St Anne's College, 13 mai 2011, p. 5.

<sup>126</sup> Voir Cour administrative Frankfurt/Main, Affaire No. 1 K 383/11.F.A., 24 juin 2011, pp. 12–13. Pour un résumé en anglais de l'affaire entrepris par l'European Database of Asylum Law : <http://www.asylumlawdatabase.eu/en/case-law/germany-administrative-court-frankfurtmain-24-june-2011-1-k-38311fa#content>.

<sup>127</sup> Voir en ce sens *ibid.* Pour plus de détails sur la notion de crimes de guerre en droit international pénal, se référer à la doctrine suivante : J. D'Aspremont & J. De Hemptinne, *Droit international humanitaire, Thèmes choisis*, Paris, Pedone, 2012, pp. 459–479 ; E. David, *Eléments de droit pénal international et européen, op. cit.*, pp. 1003–1083 ; A. Cassese, *International Criminal Law, op. cit.*, pp. 81–97 ; E. La Haye, *War Crimes in Internal Armed Conflicts*, Cambridge, Cambridge University Press, 2008 ; G. Werle, *Principles of International Criminal Law, op. cit.*, pp. 267–383 ; F.M. Palombino, « Les crimes de guerre dans l'évolution du droit international des conflits armés et la jurisprudence du Tribunal international pour l'ex-Yougoslavie », in E. Fronza (dir.), *La justice pénale internationale dans les décisions des tribunaux ad hoc : étude des Law Clinics en droit pénal international*, Milan, Giuffrè, 2003, pp. 82–93 ; G. Abi-Saab & R. Abi-Saab, « Les crimes de guerre », in H. Ascensio, E. Decaux & A. Pellet (dir.), *Droit international pénal*, Paris, Pedone, 2000, pp. 265–285 ; T. Graditzky, « La responsabilité pénale individuelle pour violation du droit international humanitaire applicable en situation de conflit armé non international », *Revue internationale de la Croix-Rouge*, Vol. 80, No. 829, 1998, pp. 29–57 ; Y. Dinstein & M. Tabory (dir.), *War Crimes in International Law*, La Haye/Boston/Londres, Martinus Nijhoff, 1996 ; D. Plattner, « La répression pénale des violations du droit international humanitaire applicable aux conflits armés non internationaux », *Revue internationale de la Croix-Rouge*, Vol. 30, 1990, pp. 409 et s.

<sup>128</sup> Un crime de guerre peut en effet uniquement être commis dans un conflit armé puisqu'il implique la violation d'une règle de DIH, branche de droit n'étant applicable que lors de conflits armés internationaux ou non-internationaux.

du conflit<sup>129</sup>. Etant aujourd'hui reconnu qu'un crime de guerre peut être commis aussi bien en conflit armé international que non-international<sup>130</sup>, il a même été insinué qu'au vu de la convergence du droit régissant ces deux types de conflits nul besoin n'était de qualifier la situation d'internationale ou d'interne<sup>131</sup>. S'il convient de reconnaître l'assimilation progressive du droit des conflits non-internationaux à celui des conflits internationaux<sup>132</sup>, force est de rappeler qu'à tout le moins deux aspects du DIH des conflits internationaux font obstacle à une harmonisation totale avec le DIH des conflits internes : le statut de combattant – et *a fortiori* de prisonnier de guerre – ainsi que l'état d'occupation – et les règles y afférant – tous deux inexistantes en conflits non-internationaux<sup>133</sup>. La qualification du conflit concerné garde ainsi une certaine pertinence et ne devrait ainsi pas être totalement délaissée par les instances nationales afin de pouvoir établir si une certaine conduite constitue réellement une violation grave du DIH<sup>134</sup>.

<sup>129</sup> Deux affaires de la Cour administrative fédérale allemande sont ici illustratives de la manière dont les instances nationales traitent de la qualification du conflit. Dans ces deux affaires concernant la Tchétchénie, la Cour s'est en effet bornée à constater que l'existence d'un conflit armé non-international était évidente : Affaire No. BVerwG 10 C 24.08, 24 novembre 2009, para. 33 ; Affaire No. BVerwG 10 C 7.09, 16 février 2010, para. 29. Une traduction non-officielle de ces deux affaires est disponible en anglais sur : [http://www.bverwg.de/informationen/english/decisions/asylum\\_immigration\\_law.php](http://www.bverwg.de/informationen/english/decisions/asylum_immigration_law.php). Voir aussi, CNDA (France), *M. T.*, Affaire No. 08015887, 17 novembre 2010 (concernant la République démocratique du Congo) ; CNDA (France), *M. K.*, Affaire No. 573242, 18 décembre 2008 (concernant le conflit Rwanda-République démocratique du Congo) ; CNDA (France), *M. D.*, Affaire No. 555328, 26 avril 2008 (concernant le Kosovo).

<sup>130</sup> TPIY, *Le Procureur c. Dusko Tadic* (Chambre d'appel) (Arrêt relatif à l'appel de la défense concernant l'exception préjudicielle d'incompétence) Affaire IT-94-1-T, 2 octobre 1995, para. 94. Pour la jurisprudence en matière d'exclusion voir notamment : Cour fédérale d'Australie, *SRYYY v. Minister for Immigration and Multicultural and Indigenous Affairs* [2005] FCAFC 42, paras. 36, 49 and 50; *Ramirez c. Canada (Ministre de l'emploi et de l'immigration)* [1992] 2 CF 306 (CA) ; CISR (Canada), Affaire No. V97-01229, 4 avril 2000, p. 23. Voir cependant la Cour fédérale du Canada in *Bermudez c. Canada (Ministre de la citoyenneté et de l'immigration)* [2000] Aff. No. IMM-1139-99, paras. 11–14 qui, encore en juin 2000, considérait que les crimes de guerre ne pouvaient être commis dans des conflits armés non-internationaux.

<sup>131</sup> Voir Cour fédérale administrative allemande, Affaire No. 10 C 2.10, 31 mars 2011, para. 28 : « In this regard, the High Administrative Court was free to set aside the question of whether the combat in eastern Congo is an international or non-international armed conflict, because the murders, rapes, mutilations, plundering and forced recruitment of child soldiers found there are to be considered as crimes in both cases, under Article 8 of the Rome Statute[...]» (traduction non-officielle, disponible sur : [http://www.bverwg.de/informationen/english/decisions/asylum\\_immigration\\_law.php](http://www.bverwg.de/informationen/english/decisions/asylum_immigration_law.php)).

<sup>132</sup> La liste des crimes de guerre de l'article 8 du Statut de Rome est ici souvent présentée comme une preuve de cette convergence au vu du nombre de crimes de guerre identifiés pour les conflits armés non-internationaux (articles 8(2)(c) et (e)). Une telle convergence a surtout récemment été mise en exergue par l'étude du Comité international de la Croix-Rouge sur le droit international humanitaire coutumier (L. Doswald-Beck & J.-M. Henckaerts, *Droit international humanitaire coutumier, op. cit.*). Sur les 161 règles de DIH identifiées comme coutumières, 149 sont, d'après l'étude, applicables aussi bien en conflits armés internationaux que non-internationaux. Voir J.-M. Henckaerts & E. Mongelard, « Customary International Humanitarian Law », *The Magazine of the International Red Cross and Red Crescent Movement*, 2005, disponible sur : [http://www.redcross.int/EN/mag/magazine2005\\_2/24-25.htm](http://www.redcross.int/EN/mag/magazine2005_2/24-25.htm).

<sup>133</sup> Voir à ce sujet S. Sivakumaran, « Re-Envisaging the International Law of Internal Armed Conflict », *European Journal of International Law*, Vol. 22, No. 1, 2011, pp. 219–264.

<sup>134</sup> Pour la qualification de conflits armés en DIH, voir notamment : S. Vité, « Typology of Armed Conflicts in International Humanitarian Law : Legal Concepts and Actual Situations », *Revue internationale de la Croix-*

La jurisprudence en matière d'exclusion a néanmoins clairement souligné que la nature des auteurs de tels crimes et de leur(s) victime(s) importait peu : les crimes de guerre peuvent être commis aussi bien *par* des combattants que des civils – pour autant qu'un lien existe entre ledit crime et le conflit armé<sup>135</sup> – et tant *contre* des personnes ou biens civils que des combattants<sup>136</sup>.

Finalement, l'élément définitionnel fondamental des crimes de guerre réside la violation sérieuse des lois et coutumes de la guerre, c'est-à-dire du DIH, par la commission d'une infraction contre une personne ou un bien protégé<sup>137</sup>. Si l'homicide intentionnel<sup>138</sup>, la

---

*Rouge*, Vol. 91, No. 873, 2009, pp. 69–94 ; M.E. O'Connell, « Defining Armed Conflict », *Journal of Conflict and Security Law*, Vol. 13, 2008, pp. 393–400.

<sup>135</sup> Cour fédérale administrative (Allemagne), Affaire No. BVerwG 10 C 7.09, 16 février 2010, paras. 30–33. Concernant le lien avec le conflit armé, voir la jurisprudence suivante du TPIY et du TPIR : TPIR, *Georges Anderson Nderubumwe Rutaganda c. Le Procureur* (Chambre d'appel) (Arrêt) Affaire ICTR-96-3-A, 26 mai 2003, 569–570 ; TPIY, *Le Procureur c. Dragoljub Kunarac, Radomir Kovac et Zoran Vukovic* (Chambre d'appel) (Arrêt) Affaire IT-96-23 & IT-96-23/1-A, 12 juin 2002, paras. 57–60 ; et TPIY, *Le Procureur c. Zlatko Alekovski* (Chambre de première instance) (Jugement) Affaire IT-95-14/1-T, 25 juin 1999, para. 45.

<sup>136</sup> Voir notamment : Cour fédérale administrative (Allemagne), Affaire No. BVerwG 10 C 24.08, 24 novembre 2009, para. 34 ; et Affaire No. BVerwG 10 C 7.09, 16 février 2010, paras. 25 et 27. En DIH, les civils ne sont en effet pas les seules personnes protégées à l'encontre desquelles des crimes de guerre peuvent être commis. En effet, le DIH protège aussi les combattants hors de combat (blessés ou naufragés par exemple) ou au pouvoir de la partie adverse lorsque faits prisonniers. Voir, Convention (I) de Genève pour l'amélioration du sort des blessés et des malades dans les forces armées en campagne ; Convention (II) de Genève pour l'amélioration du sort des blessés, des malades et des naufragés des forces armées sur mer ; et Convention (III) de Genève relative au traitement des prisonniers de guerre. Bien qu'ils puissent faire l'objet d'attaque, les combattants sont aussi protégés par certaines règles de conduite des hostilités interdisant, par exemple, les maux superflus ou encore l'usage de la perfidie afin de tuer, blesser ou capturer un combattant. Voir notamment l'article 37 du Protocole I additionnel aux Conventions de Genève du 12 août 1949 relatif à la protection des victimes des conflits armés internationaux. Finalement, au-delà des personnes, il faut souligner que des crimes de guerre peuvent aussi être commis contre des biens civils qui sont protégés par l'article 52 du Protocole I, règle considérée comme coutumière par l'étude du CICR (règle 9).

<sup>137</sup> A noter que dans les conflits armés internationaux, certains crimes de guerre sont référés comme « infractions graves » (voir articles 50/51/130/147 des quatre Conventions de Genève de 1949 et articles 11(4) et 85 du Protocole additionnel I de 1977) et obligent les Etats parties aux Conventions de Genève de les criminaliser dans leur droit interne et d'établir leur juridiction universelle sur de tels crimes (voir articles 49/50/129/146 des quatre Conventions de Genève de 1949 et article 85(1) du Protocole additionnel I de 1977). Ces infractions graves n'existent pas en DIH des conflits armés non-internationaux. Voir de plus la définition de crimes de guerre donnée par le TPIY en l'affaire *Le Procureur c. Dusko Tadic* (Chambre d'appel) (Arrêt relatif à l'appel de la défense concernant l'exception préjudicielle d'incompétence) Affaire IT-94-1-T, 2 octobre 1995, para. 94 : « [...] Les conditions suivantes doivent être remplies pour qu'un crime puisse faire l'objet de poursuites devant le Tribunal international aux termes de l'article 3 : i) la violation doit porter atteinte à une règle de droit international humanitaire ; ii) la règle doit être de caractère coutumier ou, si elle relève du droit conventionnel, les conditions requises doivent être remplies [...] ; iii) la violation doit être grave, c'est-à-dire qu'elle doit constituer une infraction aux règles protégeant des valeurs importantes et cette infraction doit entraîner de graves conséquences pour la victime. Ainsi, par exemple, le fait qu'un combattant s'approprie un pain dans un village occupé ne constituerait pas une 'violation grave du droit international humanitaire' bien que cet acte puisse relever du principe fondamental énoncé à l'article 46 par. 1 des Règles de La Haye (et de la règle correspondante en droit coutumier) selon laquelle 'les biens privés doivent être respectés' par toute armée occupant un territoire ennemi ; iv) la violation de la règle doit entraîner, aux termes du droit international coutumier ou conventionnel, la responsabilité pénale individuelle de son auteur. [...] ».

perfidie<sup>139</sup>, la prise d'otages<sup>140</sup> ou encore l'enrôlement forcé d'enfants<sup>141</sup> peuvent être constitutifs de crimes de guerre selon les instances nationales, il en est de même d'autres crimes listés dans les instruments de droit international pénal tels que l'article 6(b) du Statut du TMIN, les articles 2 et 3 du Statut du TPIY, l'article 4 du Statut du TPIR, l'article 8 du Statut de la CPI, ou encore les articles 3 et 4 du Statut du TSSL.

### III. – CONCLUSION

Le droit international pénal n'a pas seulement été source d'inspiration à l'élaboration de l'article 1F(a), il a été conçu comme cadre interprétatif de cette clause d'exclusion au statut de réfugié. Cette obligation de recourir au droit international pénal aux fins de l'interprétation de l'article 1F(a) n'est de plus pas anodine : elle permet de fixer des limites claires quant à la portée de cette clause d'exclusion. Le droit international pénal définit en effet de manière précise les quatre crimes internationaux que sont les crimes de guerre, les crimes contre l'humanité, les crimes de génocide et les crimes contre la paix, ainsi que les formes de participation nécessaires à leur commission.

La valeur de « garde-fou » du droit international pénal implique cependant que cette branche de droit international soit pleinement appliquée lors de décisions d'exclusion, ce qui est loin d'être toujours le cas. Les instances nationales s'en sont en effet distancées que ce soit par leur interprétation de la notion de commission ou des crimes relevant de ladite clause d'exclusion. Certaines ont ainsi été jusqu'à accepter, plus ou moins explicitement, la notion de complicité par association. D'autres ont, par exemple, exclu certains requérants pour complicité d'une situation de génocide en déduisant simplement l'existence d'un tel crime d'une politique génocidaire prévalant dans le pays concerné. Tel que présenté, de telles interprétations de l'article 1F(a) semblent s'expliquer par la confusion créée par le niveau de

---

<sup>138</sup> Voir, Cour fédérale administrative (Allemagne), Affaire No. BVerwG 10 C 7.09, 16 février 2010, para. 34.

<sup>139</sup> *Ibid.*, paras. 36–39 et plus spécifiquement paras. 40 et 41 pour les conflits armés non-internationaux où la Cour relève que le port de l'uniforme n'est pas requis pour les membres de groupes armés, son manquement ne pouvant être dès lors considéré comme de la perfidie. Cependant, tel que le souligne la Cour, les groupes armés ont l'obligation de se distinguer de la population civile en portant les armes ouvertement. Le fait qu'ils ne s'y conforme pas lors d'un déploiement pourrait être considéré comme une attaque perfide et dès lors constituer un crime de guerre.

<sup>140</sup> *Ibid.*, para. 35. La prise d'otage est cependant ici limitée aux victimes de nature civile et non combattante si ces dernières ne sont pas hors de combat.

<sup>141</sup> Voir, notamment, CISR (Canada), Affaire No. TA2-18297, 16 septembre 2005, pp. 10–12 ; et CNDA (France), *M. T.*, Affaire No. 08015887, 17 novembre 2010.

preuve requis afin de statuer à l'exclusion d'un requérant d'asile en vertu de l'article 1F. Celui-ci établissant un seuil de preuve inférieur à celui demandé par le droit international pénal, les définitions du droit international pénal s'en retrouveraient assouplies.

Si les conséquences d'une telle approche conviennent d'être atténuées du fait du nombre somme toute relativement marginal d'exclusions de requérants du statut de réfugié<sup>142</sup>, une interprétation de l'article 1F(a) distancée du droit international pénal reste surtout questionnable au vu de la cohérence de l'ordre juridique international. Il est en effet communément reconnu que les multiples branches qui composent ce dernier s'articulent entre elles de manière complémentaire. Cependant, accepter une interprétation des termes de l'article 1F(a) hors du cadre du droit international pénal ignore une telle complémentarité en sus de l'obligation claire de recourir au droit international pénal.

Finalement, une telle approche crée un hiatus entre les requérants exclus pour crimes internationaux et les personnes pénalement responsables de tels crimes : la catégorie des premiers serait plus large que celle des seconds. Ainsi peuvent être exclus des requérants qui, pénalement, ne constituent pas de véritables « criminels de guerre ». L'application de l'article 1F(a) est donc déconnectée de son double but initial : éviter que le statut de réfugié ne soit abusé par des criminels de guerre et assurer que ceux-ci ne puissent échapper à leur jugement par le truchement de l'asile. L'exclusion d'un requérant pour crime international n'est ainsi plus appuyée, dans un deuxième temps, par la justice pénale : l'objectif devient celui d'exclure pour exclure et non plus d'exclure pour juger.

---

<sup>142</sup> Voir à ce sujet la contribution de J.-Y. Carlier et P. d'Huart dans cet ouvrage.

**LES RELATIONS ENTRE DROIT DE L'EXTRADITION ET DROIT DES  
REFUGIES :  
APPORTS ET LIMITES DE LA CLAUSE D'EXCLUSION AU SENS DE L'ARTICLE  
1<sup>ER</sup> F B) DE LA CONVENTION DE GENEVE DU 28 JUILLET 1951**

Vincent Chetail\*

Le droit des réfugiés et le droit de l'extradition entretiennent des relations anciennes, denses et complexes. D'un point de vue historique, le droit de l'extradition a façonné les catégories juridiques du droit des réfugiés à l'issue d'un long processus normatif qui connaît son apogée au XIX<sup>ème</sup> siècle.<sup>1</sup> En droit international classique, la protection conférée par l'asile est apparue en creux, par opposition à la livraison du réfugié aux autorités de son pays d'origine. En fait comme en droit, l'asile fut longtemps conçu dans les rapports interétatiques comme une exception à la règle de l'extradition. Le principe de non-extradition des délinquants politiques constituait alors la manifestation la plus visible de l'asile, le refus d'extrader exprimant la protection conférée au réfugié par son Etat d'accueil.<sup>2</sup>

Le principe de non-extradition pour crime politique représente à bien des égards la matrice conceptuelle et normative de ce qui deviendra plus tard le droit international des réfugiés. Son apport est double. Il porte sur les deux concepts clé du droit contemporain des réfugiés : la définition du réfugié et le principe de non-refoulement. La distinction héritée du droit de l'extradition entre l'étranger persécuté, digne de l'asile, et l'étranger criminel, passible d'extradition, porte en effet les germes de la définition moderne du réfugié. Ce principe de distinction est aujourd'hui consacré à l'article 1<sup>er</sup> de la Convention de Genève, qui distingue soigneusement entre les conditions d'admission des personnes dignes du statut de réfugié et les conditions d'exclusion de celles qui en seraient indignes en raison des crimes qu'elles auraient pu commettre. De même, la règle de non-extradition des délinquants politiques est à

---

\* Professeur de droit international, Institut de hautes études internationales et du développement (Genève) ; Directeur, Programme pour l'étude des migrations globales ; Rédacteur-en-chef, *Refugee Survey Quarterly* (Oxford University Press).

<sup>1</sup> Pour une vue d'ensemble qu'il n'est pas possible de développer ici, voir notamment : V. Chetail, "Théorie et pratique de l'asile en droit international classique: étude sur les origines conceptuelles et normatives du droit international des réfugiés", *Revue générale de droit international public*, 2011, Tome 115, No. 3, pp. 625–652 ainsi que les références bibliographiques citées dans cette étude.

<sup>2</sup> Il faut relever à cet égard que, dans la doctrine du XIX<sup>ème</sup> siècle, les études consacrées à l'asile portaient presque exclusivement sur le droit de l'extradition. La confusion entre asile et extradition était telle que l'un des ouvrages de référence rédigé par Francisque Grivaz est paru en 1894 sous le titre de *L'extradition et les délits politiques* avant d'être réédité l'année suivante sous le titre *Nature et effets du principe de l'asile politique*.

l'origine du principe moderne de non-refoulement prohibant de quelque manière que ce soit le renvoi du réfugié à ses persécuteurs.

Si le droit de l'extradition a forgé les deux concepts clé du droit contemporain des réfugiés, ces deux branches du droit international ont acquis depuis lors leur propre autonomie normative. Chacune d'entre elles disposent désormais de fondements juridiques distincts, de procédures spécifiques et d'un objet qui leur est propre. Sans revenir sur chacune de ces spécificités, le droit des réfugiés et le droit de l'extradition diffèrent fondamentalement dans leur fonction respective : le droit des réfugiés est un droit de la protection, tandis que le droit de l'extradition est un droit de la répression. Cette divergence que l'on peut considérer comme existentielle – parce que consubstantielle à chacune de ces branches – ne saurait masquer leur nombreux points de convergence.

La clause d'exclusion la plus fréquemment mise en œuvre est contenue à l'article 1<sup>er</sup> F b), qui s'applique aux « personnes dont on aurait de sérieuses raisons de penser qu'elles ont commis un crime grave de droit commun en dehors du pays d'accueil avant d'y être admises comme réfugiés ». Cette disposition répondait, dans l'esprit des auteurs de la Convention, au souci de protéger les pays d'accueil des criminels de droit commun qui chercheraient à obtenir le statut de réfugié pour échapper à une condamnation pénale légitime dans leur pays d'origine. Afin néanmoins de limiter strictement le champ d'application de cette disposition, la lettre de l'article 1<sup>er</sup> F b) subordonne l'exclusion du bénéfice de la Convention de Genève à la réunion de pas moins de trois conditions cumulatives tenant à la gravité des faits reprochés, au caractère non-politique du crime commis et au lieu de commission de l'infraction.

### **I. La gravité du crime :**

L'opposabilité de cette clause d'exclusion s'apprécie, en tout premier, lieu par rapport à la gravité de l'infraction considérée. Le HCR constate, dans son Guide des procédures et critères à appliquer pour déterminer le statut de réfugié, que :

« Il est difficile de définir ce qui constitue un crime 'grave' de droit commun aux fins de la clause d'exclusion à l'examen, d'autant que le mot 'crime' revêt des acceptions différentes selon les systèmes juridiques. Dans certains pays, le mot 'crime' ne vise que les délits d'un caractère grave ; dans d'autres pays, il

peut désigner toute une catégorie d'infraction allant du simple larcin jusqu'au meurtre. Dans le présent contexte, cependant, un crime 'grave' doit être un meurtre ou une autre infraction que la loi punit d'une peine très grave. Des infractions mineures pour lesquelles sont prévues des peines modérées ne sont pas des causes d'exclusion en vertu de la section F b) de l'article premier, même si elles sont techniquement qualifiées de 'crimes' dans le droit pénal du pays considéré »<sup>3</sup>.

En d'autres termes, la gravité de l'infraction doit être évaluée à la lumière des faits reprochés, indépendamment de la qualification pénale que lui donne le droit national. En France notamment, la Commission des recours a ainsi admis, dès 1958, qu'« il n'y a pas lieu de donner au mot 'crime' le sens précis que lui prête le droit interne français »<sup>4</sup>. L'expression « crime grave » au sens de l'article 1er F b) ne saurait également être définie par référence aux crimes passibles d'extradition<sup>5</sup> ; car, contrairement à l'article 7 d) du Statut du HCR, le texte même de la Convention de Genève ne requiert nullement une telle analogie. Une telle interprétation aboutirait, par ailleurs, à une situation pour le moins absurde, où le qualificatif de « crime grave » serait tantôt retenu en présence d'un traité d'extradition conclu entre l'Etat d'origine du requérant et l'Etat partie chargé de statuer sur sa demande d'asile, tantôt refusé en l'absence d'un tel traité, quand bien même les faits reprochés seraient identiques.

La pratique majoritaire des Etats parties s'attache, dans cette optique, à un critère purement matériel tenant à la gravité intrinsèque des faits commis par le requérant. Constituent un crime grave au sens de l'article 1<sup>er</sup> F b) : l'homicide volontaire, comme un meurtre (isolé et à plus forte raison s'il est commis contre plusieurs personnes)<sup>6</sup> ou un attentat<sup>7</sup>, le transport d'explosif

---

<sup>3</sup> *Guide des procédures et critères à appliquer pour déterminer le statut de réfugié au regard de la Convention de 1951 et du Protocole de 1967 relatifs au statut des réfugiés, op. cit.*, p. 40, § 155.

<sup>4</sup> CRR, 7 février 1958, *Gardai*, req. n° 2800.

<sup>5</sup> Voir en ce sens notamment : *Dhayakpa v. Minister for Immigration and Multicultural and Indigenous Affairs* (1995) 62 FCR 556 ; *Zrig c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, [2003] 3 C.F. 761.

<sup>6</sup> CRR, 16 novembre 1987, *Assad, Doc. Réfugiés*, n° 43, 9/18 juillet 1988, obs. F. Tiberghien ; CRR, 16 juillet 1993, *M'Hamud, Rec. CRR* p. 86 ; CRR, 17 novembre 1993, *Sall, Rec. CRR* p. 86 ; CRR, 4 novembre 1993, *Aslan, Rec. CRR* p. 90 ; CRR, 14 janvier 1994, *Kimoko Bin Saleh, Rec. CRR* p. 144 ; CRR, 24 février 1994, *Baskurt, Rec. CRR* p. 144 ; CRR, 20 mai 1999, *Camara, Rec. CRR* p. 89. Voir également pour le Royaume-Uni : IAT, 27 mars 1997, *Re Y*, n° HX/79904/95(14847) ; IAT, 12 octobre 2000, *Saribal*, n° HX-76825-97 (00TH02142).

<sup>7</sup> CRR, 4 octobre 1993, *Ibaouni, Rec. CRR* p. 85 ; CRR, 23 février 1994, *Awo, Rec. CRR* p. 144 ; CRR, 3 février 1995, *Dkhil, Rec. CRR* p. 135 ; CRR, 14 septembre 1995, *Mayoyo, Rec. CRR* p. 136. Voir également pour le Royaume-Uni : *T. v Secretary of State for the Home Department* [1996] Imm AR 443 (HL).

et de munition destiné à l'exécution d'attentats<sup>8</sup>, la tentative d'enlèvement<sup>9</sup>, le trafic de stupéfiants<sup>10</sup>, le proxénétisme<sup>11</sup>, le vol à main armée<sup>12</sup>, l'extorsion de fond avec violence<sup>13</sup> ou un crime économique non violent comportant le détournement de l'équivalent de 1,4 million de dollars canadiens<sup>14</sup>. A l'inverse, le vol à l'étalage avec récidive<sup>15</sup> ou l'évasion d'une prison, après avoir été condamné à une peine de 20 mois pour préjudice corporel<sup>16</sup>, ne satisfont pas au critère de gravité requis pour tomber sous le coup de la clause d'exclusion au statut de réfugié. Par delà ces illustrations jurisprudentielles, il est procédé dans chaque cas à un examen minutieux des circonstances de l'espèce incluant, outre la nature de l'acte, le dommage réellement causé, le *quantum* de la peine et les circonstances atténuantes éventuelles<sup>17</sup>.

La pratique des Etats parties est, en revanche, plus partagée sur la question de savoir si la gravité des faits reprochés à l'intéressé doit être pondérée par la sévérité de la persécution encourue dans le pays d'origine, avant de prononcer l'exclusion définitive du requérant au statut de réfugié. Selon l'interprétation qui avait été faite lors des travaux préparatoires, « il appartient au pays de refuge de peser, d'une part, les délits commis par cette personne et, d'autre part, le bien-fondé de sa crainte d'être persécuté »<sup>18</sup>. Ce critère de proportionnalité a été repris, depuis lors, par le HCR<sup>19</sup> et divers Etats parties<sup>20</sup>. Un nombre significatif de pays

<sup>8</sup> CRR, 14 février 1995, *Ofei*, Rec. CRR p. 135 ; CRR, 20 mai 1996, *Warnakulasuriya Ichchampullege*, Rec. CRR p. 116. Voir également pour le Royaume-Uni : *O. v Immigration Appeal Tribunal and Secretary of State for the Home Department* [1995] Imm AR 494 (CA).

<sup>9</sup> *Taleb et al. c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration)* (C.F., 1<sup>ère</sup> inst., IMM-1449-98), 18 mai 1999.

<sup>10</sup> CRR, 8 février 1988, *Yapici*, Doc. Réfugiés, n° 43, 9/18 juillet 1988, obs. F. Tiberghien ; CRR, SR, 12 mars 1993, *Rakjumar*, Rec. CRR p. 40 ; CRR, 25 mars 1993, *Kenani*, Rec. CRR p. 86 ; CRR, 20 septembre 1994, *Nzenbo Mbaki*, Rec. CRR p. 145 ; CRR, 2 mars 1995, *Talah*, Rec. CRR p. 137 ; *Dhayakpa v. Minister for Immigration and Multicultural and Indigenous Affairs* (1995) 62 FCR 556 ; *Ovcharuk v. Minister for Immigration and Multicultural and Indigenous Affairs* (1998) 1414 FCA.

<sup>11</sup> CRR, 14 septembre 1993, *Vaithiyanathan*, Rec. CRR p. 91.

<sup>12</sup> CRR, SR, 22 janvier 1999, *Tat*, Rec. CRR p. 88 ; *Sharma c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)* (C.F. 1<sup>ère</sup> inst., IMM-1668-02), 10 mars 2003 ; 2003 CFPI 289.

<sup>13</sup> CRR, 30 septembre 1996, *Altun*, Rec. CRR p. 123 ; CRR, SR, 14 novembre 1997, *Can*, Rec. CRR p. 65.

<sup>14</sup> *Xie c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, (C.A.F., A-422-03), 30 juin 2004 ; 2004 CAF 250.

<sup>15</sup> *Brzezinski c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, (C.F. 1<sup>ère</sup> inst., IMM-1333-97), 9 juillet 1998.

<sup>16</sup> *Nyari c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, (C.F. 1<sup>ère</sup> inst., IMM-6551-00), Kelen, 18 septembre 2002 ; 2002 CFPI 979.

<sup>17</sup> L'appartenance à une organisation criminelle, le degré de complicité du requérant et les causes éventuelles d'exonération de sa responsabilité pénale sont appréciés de manière similaire à ce qui a déjà été dit à propos de l'article 1<sup>er</sup> F a). Voir en ce sens notamment : *Gurung* [2002] UKIAT04870 HX 34452-2001.

<sup>18</sup> A/CONF.2/SR.29, p. 23. Voir également : A/CONF.2/SR.24, p. 13.

<sup>19</sup> *Guide des procédures et critères à appliquer pour déterminer le statut de réfugié au regard de la Convention de 1951 et du Protocole de 1967 relatifs au statut des réfugiés*, op. cit., p. 40, § 156.

<sup>20</sup> Voir par exemple : CRA, 27 novembre 1992, *JICRA* 1993, n° 8, p. 46 ; CPRR, Décision n° 94-1502/W1916, 9 août 1995. La position commune adoptée en 1996 par le Conseil de l'Union européenne avait également précisé que : « La gravité de la persécution à laquelle il faut s'attendre doit être considérée par rapport à la nature du

de *common law* a néanmoins refusé de voir dans l'article 1er F b) une exigence implicite de mettre en balance la gravité du crime et le degré de persécution encourue<sup>21</sup>, si bien que la question relève – en l'état actuel du droit international – de la marge d'appréciation de chacune des Parties contractantes.

## II La nature du crime :

La gravité du crime commis par le requérant ne suffit pas en soi pour tomber sous le coup de cette clause d'exclusion. Il convient de tenir compte, par ailleurs, de la nature et du but du crime. L'article 1<sup>er</sup> F b) exige, en effet, que le crime soit un crime de droit commun, et non une infraction politique. La version anglaise de la Convention de Genève est à cet égard plus explicite, l'expression « crime grave de droit commun » ayant été restituée par celle de « serious non-political crime ». Bien que les rédacteurs de la Convention de Genève aient entendu souligner par là le lien de parenté unissant le droit des réfugiés et le droit de l'extradition, les juridictions de nombreux Etats parties ont mis en garde contre tout amalgame en raison « des différences importantes [qui] distinguent ces deux domaines du droit »<sup>22</sup>. De fait, si l'interprétation donnée par le droit de l'extradition du crime politique demeure une source d'inspiration utile, elle ne s'en intègre pas moins dans un contexte normatif qui lui est propre. La Chambre des Lords a ainsi rappelé dans un important arrêt *T.* du 22 mai 1996 que :

« A substantial point of difference between extradition and asylum is that where the former is in issue the political nature of the offence is an exception to a general duty to return the fugitive, whereas in relation to asylum there is a general duty not to perform a *refoulement* unless the crime is non-political ».<sup>23</sup>

---

crime dont l'intéressé est soupçonné » (point 13.2). La directive dite de qualification n'a toutefois pas repris cette dernière précision.

<sup>21</sup> *T. v. Secretary of State for Home Department* [1995] Imm AR 142 (CA) ; *Malouf c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)* (1995), 190 N.R. 230 (C.A.F.) ; *Dhayakpa v. Minister for Immigration and Multicultural and Indigenous Affairs* (1995) 62 FCR 556 ; *Immigration and Naturalization Service v. Aguirre-Aguirre*, 119 S.Ct. 1439 (1999).

<sup>22</sup> *Gil c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration)*, [1995] 1 C.F. 508 (C.A.). Voir dans le même sens notamment : *McMullen v. Immigration and Naturalization Service*, 788 F.2d 591 (9<sup>th</sup> Cir. 1986) ; *Minister for Immigration and Multicultural and Indigenous Affairs v. Singh* [2002] HCA 7.

<sup>23</sup> *T. v. Secretary of State for the Home Department* [1996] Imm AR 443 (HL), p. 466.

Il en résulte des conséquences notables en matière notamment d'interprétation. Conformément à la règle selon laquelle toute exception à un principe doit être entendue dans un sens strict, le crime de droit commun au sens de la Convention de Genève appelle une interprétation restrictive qui doit tenir dûment compte de l'objet et du but de cet instrument de protection des victimes de la persécution<sup>24</sup>.

L'exclusion des crimes politiques du champ d'application de l'article 1<sup>er</sup> F b) a suscité des difficultés d'appréciation particulièrement aiguës en présence d'actes de terrorisme perpétrés dans un but politique. La directive de l'Union européenne du 29 avril 2004 invite les Etats membres à requalifier ce type d'actes en crime de droit commun, considérant que « les actions particulièrement cruelles, même si elles sont commises avec un objectif prétendument politique, pourront recevoir la qualification de crimes graves de droit commun » (article 12 § 2 b)). On ne saurait en déduire pour autant que tout acte accompli dans un but politique doit, au regard de sa seule gravité, être considéré comme un crime de droit commun au sens de la Convention de Genève. Une telle interprétation, qui avait été notamment soutenue pendant un temps par le Conseil d'Etat français<sup>25</sup>, revient à neutraliser l'exception contenue dans la Convention de Genève en faveur des crimes politiques. Le critère exclusif de la gravité du crime conduit, en effet, à une dépolitisation systématique des infractions graves commises dans un but politique, entraînant un élargissement plus discutable de cette clause d'exclusion aux actes de lutte armée contre les auteurs de la persécution<sup>26</sup>. Le Conseil d'Etat est revenu à une interprétation plus nuancée de l'article 1<sup>er</sup> F b) dans un arrêt *Silva Ilandari Dewage* du 28 février 2001. Selon la juridiction française, pour déterminer si les crimes commis par un requérant d'asile tombent sous le coup de cette clause d'exclusion, « il y a lieu de tenir compte non seulement de leur gravité, mais aussi des objectifs poursuivis par leurs auteurs, et

---

<sup>24</sup> L'Organe d'Appel de la Nouvelle-Zélande a souligné à cet égard que : « [I]t is important that sight is not lost of the fact that while the serious non- political crime exception is analogous to extradition, it is not equivalent to it. [...] There is therefore a danger in looking too closely to the political offence exception in the law of extradition as an aid to interpreting the "serious non-political crime" exception in Article 1F of the Refugee Convention. There is a very real possibility that extradition cases have developed within their own particular treaty or statutory contexts [...] and without any or sufficient discussion of the standard of political justifiability, democratic ideals and the developing international law of human right as evidenced, for example, by the Universal Declaration of Human Rights and the International Covenant on Civil and Political Rights » : RSAA, Refugee Appeal N° 29/91 (17 février 1992).

<sup>25</sup> Voir par exemple : CE, 14 décembre 1987, *Urizar Murgoitio*, *Doc. Réfugiés*, n° 43, 9/18 juillet 1987, obs. F. Tiberghien ; CE, SSR, 15 mai 1996, *Ressaf*, *Rec. CRR* p. 23.

<sup>26</sup> La jurisprudence du Conseil d'Etat a ainsi conduit à exclure de la définition du réfugié les personnes ayant participé à une tentative d'assassinat d'un responsable politique (CRR, 22 octobre 1996, *Ahsan Mehmood*, *Rec. CRR* p. 115) ou à des opérations de guérilla menées par des mouvements indépendantistes contre l'armée régulière (CRR, 20 février 1990, *Sorubakanthan*, *Doc. Réfugiés*, n° 121, 31 août/9 septembre 1990, obs. F. Tiberghien, p. 7 ; CRR, 3 février 1994, *Thurairasa*, *Rec. CRR* p. 146 ; CRR, 24 février 1994, *Baskurt*, *Rec. CRR* p. 144 ; CRR, 7 juillet 1997, *Hamid Hussain*, *Rec. CRR* p. 69 ; CRR, SR, 18 avril 1997, *Danso*, *Rec. CRR* p. 66).

du degré de légitimité de la violence qu'ils ont mise en œuvre »<sup>27</sup>. Ce n'est donc pas tant la gravité intrinsèque du crime que sa disproportion entre les objectifs politiques visés et les moyens mis en œuvre à cette fin qui permet de distinguer le « crime de droit commun » du « crime politique ».

Cette dernière approche rejoint en substance l'interprétation communément admise par les Etats parties à la Convention de Genève<sup>28</sup>. Manifestement inspirée par la position du HCR<sup>29</sup> et celle retenue par diverses juridictions étrangères, la Chambre des Lords a formulé une définition synthétique du crime politique aux fins de l'application de la Convention de Genève. Elle explique dans l'affaire *T.* que :

« A crime is a political crime for the purposes of art 1F (b) of the 1951 convention if, and only if: (1) it is committed for a political purpose, that is to say, with the object of overthrowing or subverting or changing the government of a state or inducing it to change its policy; and (2) there is a sufficiently close and direct link between the crime and the alleged political purpose. In determining whether such a link exists, the court will bear in mind the means used to achieve the political end, and will have particular regard to whether the crime was aimed at a military or governmental target, on the one hand, or a civilian target on the other, and in either event whether it was likely to involve the indiscriminate killing or injuring of members of the public »<sup>30</sup>.

Cette définition consensuelle permet d'exclure les personnes coupables d'acte de terrorisme dirigé contre la population civile, sans pour autant conduire à une dépolitisation systématique de toute infraction grave<sup>31</sup>. Le critère tiré de la nature de la cible visée n'est pas sans rappeler

---

<sup>27</sup> CE, 28 février 2001, *Silva Ilandari Dewage*, Rec. CRR p. 97.

<sup>28</sup> Voir par exemple : *McMullen v. Immigration and Naturalization Service*, 788 F.2d 591 (9<sup>th</sup> Cir. 1986) ; RSAA, Refugee Appeal N° 29/91 (17 février 1992) ; *Gil c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration)*, [1995] 1 C.F. 508 (C.A.) ; *Minister for Immigration and Multicultural and Indigenous Affairs v. Singh* [2002] HCA 7.

<sup>29</sup> *Guide des procédures et critères à appliquer pour déterminer le statut de réfugié au regard de la Convention de 1951 et du Protocole de 1967 relatifs au statut des réfugiés*, op. cit., p. 39, § 152.

<sup>30</sup> *T. v. Secretary of State for the Home Department* [1996] Imm AR 443 (HL), p. 480.

<sup>31</sup> La Chambre des Lords conclut dans l'affaire *T.* qu'un attentat à la bombe perpétré dans un aéroport civil par des membres du FIS algérien justifie l'exclusion au statut de réfugié. A l'inverse, le statut de réfugié a été reconnu à des personnes responsables d'une tentative d'assassinat politique dans l'ex-Zaïre (IAT, 27 mars 1997, *Re Y*, n° HX/79904/95(14847)) ou menant une lutte armée contre les autorités gouvernementales, comme par exemple des membres actifs du LTTE ayant combattu l'armée du Sri Lanka (IAT, 16 décembre 1996, *Kathiripillai*, n° TH/25644/92(12250a) ; IAT, 9 octobre 1999, *Thayabaran*, n° HX167693/96(18737) ; *PK*

le principe de distinction entre civils et combattants hérité du droit international humanitaire. L'étendue du contrôle de proportionnalité entre l'objectif poursuivi et les moyens mis en œuvre varie alors selon la qualité de la victime civile, militaire ou politique. Suivant cette grille d'analyse, les crimes perpétrés à l'encontre de civils sont manifestement disproportionnés, quels que soient le but poursuivi et le contexte dans lequel ils ont eu lieu (terrorisme, conflit armé ou trouble interne). A l'inverse, le fait de mener une lutte armée exclusivement dirigée contre des cibles militaires, dans le cadre d'une guerre de libération nationale ou de tout autre conflit armé au sens du droit international humanitaire, ne saurait justifier l'exclusion au statut de réfugié, pour autant que l'intéressé n'ait pas commis à l'encontre des combattants de la partie adverse des crimes de guerre tombant sous la coup de l'article 1<sup>er</sup> F a) de la Convention de Genève. En revanche, lorsque le crime vise une cible politique ou militaire en l'absence de tout conflit armé, le contrôle de proportionnalité des moyens mis en œuvre pour parvenir aux objectifs politiques allégués se veut plus approfondi. Il doit alors être restitué dans le contexte plus général de la situation prévalant dans le pays d'origine, au regard notamment de la forme de gouvernement et de la nature démocratique du régime en cause<sup>32</sup>.

### III. Le lieu du crime :

La dernière condition relative à l'application de cette clause d'exclusion repose sur une limite territoriale tenant au lieu de commission du crime. L'article 1<sup>er</sup> F b) exige que le crime des personnes impliquées ait été commis « en dehors du pays d'accueil avant d'y être admises comme réfugié ». Le Guide du HCR constate que :

« Seuls constituent une cause d'exclusion les crimes commis ou qui sont présumés avoir été commis par des personnes 'en dehors du pays d'accueil

---

[2004] UKIAT00089, 28 avril 2004). Tel n'est pas le cas si le requérant a participé, dans le cadre de cette lutte armée, à des attaques contre la population civile : IAT, 30 novembre 2001, *Jothinath*, n° 01TH03368 HX/58257/2000.

<sup>32</sup> La Cour d'appel fédérale du Canada a fort bien souligné dans l'affaire *Gil* que : « Un crime très grave, comme le meurtre, peut être qualifié de crime politique si le régime contre lequel il a été commis est répressif et n'offre aucune liberté d'expression ni aucune possibilité de modification pacifique du gouvernement ou de la politique du gouvernement. Dans un tel régime, on peut conclure que le demandeur n'avait aucun autre moyen de provoquer un changement politique. Par contre, si le régime en cause est une démocratie libérale dont la constitution garantit la liberté de parole et d'expression [...], il est très difficile de croire qu'un crime quelconque, sans parler d'un crime grave, puisse être considéré comme un moyen acceptable d'action politique. En termes concrets, les personnes qui ont fomenté un complot contre Hitler auraient pu revendiquer le statut de réfugié ; l'assassin de John F. Kennedy n'aurait jamais pu le faire » : *Gil c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration)*, [1995] 1 C.F. 508 (C.A.). p. 535

avant d'y être admises comme réfugiés'. Le pays 'en dehors' sera normalement le pays d'origine, mais il peut également s'agir de tout autre pays, à l'exception du pays d'accueil où l'intéressé demande la reconnaissance de son statut de réfugié. Un réfugié qui commet un crime grave dans le pays d'accueil est soumis aux voies de droit existant dans ce pays. Dans des cas exceptionnels, le paragraphe 2 de l'article 33 de la Convention autorise l'expulsion d'un réfugié ou son refoulement à destination de son ancien pays si, ayant été l'objet d'une condamnation définitive pour un crime ou délit 'particulièrement grave', il constitue une menace pour la communauté du pays de refuge »<sup>33</sup>.

La clause d'exclusion, contenue à l'article 1<sup>er</sup> F b), et l'exception au principe de non-refoulement, énoncée à l'article 33 § 2, ont donc vocation à s'appliquer à deux situations distinctes : la première est limitée aux seuls crimes commis en dehors du pays d'accueil, tandis que la seconde peut trouver à s'appliquer aux crimes commis par un demandeur d'asile sur le territoire de l'Etat partie pendant l'examen de sa demande d'admission au statut de réfugié. Dans une telle hypothèse, le seuil d'applicabilité de l'article 33 § 2 demeure cependant plus élevé que celui requis par l'article 1<sup>er</sup> F b). La mise en œuvre de cette exception au principe de non-refoulement est subordonnée, en effet, à la réunion de trois conditions cumulatives : il doit s'agir d'un crime particulièrement grave, le crime en question doit avoir déjà fait l'objet d'une condamnation pénale devenue définitive et, surtout, la commission d'un tel crime doit révéler l'existence d'un danger pour la communauté d'accueil toute entière. Lorsque l'une de ces trois conditions fait défaut, le demandeur d'asile ne pourra être renvoyé dans son pays d'origine. Il sera alors soumis aux poursuites pénales de droit commun existant dans le pays d'accueil, sans que cela ne porte préjudice à sa qualité de réfugié.

Les actes commis sur le territoire du pays d'accueil ne sauraient justifier l'exclusion de la qualité de réfugié, sans méconnaître les stipulations de l'article 1<sup>er</sup> F b). Contrairement à la lettre même de cette disposition et à l'intention exprimée par ses rédacteurs lors des travaux préparatoires<sup>34</sup>, la Commission française des recours a longtemps soutenu une interprétation

---

<sup>33</sup> *Guide des procédures et critères à appliquer pour déterminer le statut de réfugié au regard de la Convention de 1951 et du Protocole de 1967 relatifs au statut des réfugiés*, op. cit., p. 40, §§ 153-154.

<sup>34</sup> Voir en ce sens : A/CONF.2/SR.24, p. 9 ; A/CONF.2/SR.29, pp. 14-24.

élargie de l'article 1<sup>er</sup> F b) par analogie à l'article 33 § 2<sup>35</sup>. Le Conseil d'Etat a fort logiquement censuré la jurisprudence de la Commission dans un arrêt *Rajkumar* du 25 septembre 1998, considérant que :

« Si la commission d'un crime sur le territoire du pays d'accueil par un demandeur du statut de réfugié est passible de sanctions pénales et peut, le cas échéant, entraîner une expulsion dans les conditions prévues par les stipulations des articles 32 et 33 de la convention précitée du 28 juillet 1951, elle n'est pas au nombre des motifs pouvant légalement justifier un refus de reconnaissance de la qualité de réfugié par application des stipulation précitées du b) du paragraphe F de l'article 1<sup>er</sup> de la Convention de Genève »<sup>36</sup>.

Bien que cette dernière interprétation ait été confirmée par les juridictions d'autres Etats parties<sup>37</sup>, la Directive européenne du 29 avril 2004 alimente une certaine confusion quant à la portée exacte de l'expression « en dehors du pays d'accueil avant d'y être admises comme réfugié ». L'article 12 § 2 b) du texte communautaire précise que la date d'admission doit être entendue comme « la date d'obtention du titre de séjour délivré sur la base du statut de réfugié ». Comme l'a fort justement rappelé le HCR<sup>38</sup>, cette indication remet en cause la nature déclarative de la reconnaissance du statut de réfugié pourtant réaffirmée par cette même directive dans son préambule (considérant 14). Cet élargissement du champ d'application temporel de l'article 1<sup>er</sup> F b) ne saurait, en tout état de cause, porter atteinte à la limite territoriale explicitement posée par cette même disposition. Prononcer l'exclusion au statut de réfugié, au seul motif que le crime a été commis avant qu'il ait obtenu le titre de séjour, reviendrait en effet à neutraliser l'expression « en dehors du pays d'accueil » en violation du texte de la Convention de Genève.

---

<sup>35</sup> Voir par exemple : CRR, 14 octobre 1955, *De Witwicki, Jurisprudence de la Commission de recours des réfugiés siégeant à Paris au Palais Royal, op. cit.*, p. 49 ; CRR, 8 février 1988, *Yapici, Doc. Réfugiés*, n° 43, 9/18 juillet 1988, chron. F. Tiberghien ; CRR, SR, 24 avril 1995, *Sivanadiyan, Rec. CRR* p. 46.

<sup>36</sup> CE, sec., 25 septembre 1998, *Rajkumar, Rec. CRR* p. 69. Voir également : CE, 23 octobre 1998, *Kalema Tundashungu*, req. n° 179693 ; CE, 28 juillet 2000, *Pariola, Rec. CRR* p. 92.

<sup>37</sup> Voir dans le même sens : *Pushpanathan c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, [1998] 1 R.C.S. 982, § 73 ; *KK [2004] UKIAT00101*, §§ 80-82.

<sup>38</sup> *UNHCR Annotated Comments on the EC Council Directive 2004/83/EC of 29 April 2004*, Geneva, January 2005, p. 27.

# L'ARTICLE 1, F, C, DE LA CONVENTION DE GENÈVE DE 1951 : ÉLÉMENTS MATÉRIELS

Pierre D'ARGENT\* et Pierre D'HUART\*\*

## INTRODUCTION

L'article 1, F, de la Convention de Genève de 1951 se lit comme suit :

« Les dispositions de cette Convention ne seront pas applicables aux personnes dont on aura des raisons sérieuses de penser :

- c) Qu'elles ont commis un crime contre la paix, un crime de guerre ou un crime contre l'humanité, au sens des instruments internationaux élaborés pour prévoir des dispositions relatives à ces crimes ;
- d) Qu'elles ont commis un crime grave de droit commun en dehors du pays d'accueil avant d'y être admises comme réfugiés ;
- e) qu'elles se sont rendues coupables d'agissements contraires aux buts et aux principes des Nations Unies. »

Sous le couvert d'une règle de non-application des dispositions de la Convention à certaines catégories de personnes visées aux alinéas a) à c), la phrase introductive du paragraphe F de l'article 1 énonce en réalité une interdiction faite aux États parties d'accorder le statut de réfugié à ces personnes lorsqu'ils ont « des raisons sérieuses de penser » qu'elles sont l'auteur d'un des actes ainsi énumérés<sup>1</sup>. Si l'on accepte comme point de départ commun de la lecture de cette clause d'exclusion qu'elle formule une obligation juridique à charge des États parties, et non une simple faculté, la spécificité du point c) sera dégagée en revenant dans un premier temps sur les travaux préparatoires ayant conduit à sa rédaction (A), avant de considérer, dans un deuxième temps, le sens à donner aux termes « agissements contraires aux buts et aux principes des Nations Unies » (B). Dans un

---

\* Professeur à l'Université de Louvain (U.C.L.) ; professeur invité à l'Université de Leiden ; avocat.

\*\* Chercheur à l'Université de Louvain (U.C.L.).

<sup>1</sup> J. C. HATHAWAY, *The law of refugee status*, Toronto, Butterworths, 1991, p. 214 ; A. ZIMMERMANN ET P. WENNHOLZ, « Article 1 F (Définition of the Term Refugee/Définition du Terme "Réfugié") », in A. ZIMMERMANN (dir.), *The 1951 Convention Relating to the Status of Refugees and its 1967 Protocol: a Commentary*, Oxford, Oxford University Press, 2012, p. 592, para. 44.

troisième temps, on tentera de donner sens à l'exigence selon laquelle les personnes en cause doivent s'être « rendues coupables » de tels agissements (C).

## **A - Les travaux préparatoires**

Les travaux préparatoires permettent de mettre en lumière les différentes étapes ayant mené à la rédaction de l'article 1, F sous sa forme actuelle. Une proposition initiale a été formulée par un Comité *ad hoc* des Nations Unies : le Comité spécial de l'apatridie et des problèmes connexes (1). Cette proposition a ensuite été discutée et modifiée par le Conseil économique et social des Nations Unies (2). Une Conférence de plénipotentiaires sur le statut des réfugiés et des apatrides a finalement reformulé une troisième fois le texte (3).

### **1. Le Comité spécial de l'apatridie et des problèmes connexes**

Les travaux du Comité spécial de l'apatridie et des problèmes connexes relatifs à l'exclusion ont d'abord porté sur une proposition française. Celle-ci posait le principe de l'exclusion par le biais d'une référence à la Déclaration universelle des droits de l'homme :

« La qualité de réfugié ne sera pas reconnue à la personne tombant sous le coup de l'alinéa 2 de l'article 14 de la Déclaration précitée. »<sup>2</sup>

Cet article 14, alinéa 2, de la Déclaration universelle des droits de l'homme se lit comme suit :

« Ce droit [de chercher l'asile dans d'autres pays] ne peut être invoqué dans le cas de poursuites réellement fondées sur un crime de droit commun ou sur des agissements contraires aux buts et aux principes des Nations Unies. »

Cette proposition n'a pas été retenue comme base de travail. Il lui était notamment reproché de confondre la question des réfugiés et celle du droit d'asile<sup>3</sup>. La proposition formulée par les États-Unis, qui énumérait des catégories de personnes susceptibles de se voir reconnaître le statut de réfugié sans toutefois contenir de clause d'exclusion<sup>4</sup>, lui a été préférée<sup>5</sup>. C'est le groupe de travail auquel cette proposition des États-Unis a été confiée

---

<sup>2</sup> Comité spécial de l'apatridie et des problèmes connexes, *Rectificatif au texte du projet de Convention soumis par la France*, 18 janvier 1950, E/AC.32/L.3/Corr. 1.

<sup>3</sup> Ad Hoc Committee on Statelessness and Related Problems, *First Session: Summary Record of the Fifth Meeting Held at Lake Success*, 18 janvier 1950, E/AC.32/SR.5, para. 36.

<sup>4</sup> Comité spécial de l'apatridie et des problèmes connexes, *États-Unis d'Amérique : Mémoire sur l'article relatif à la définition du terme "réfugié"*, 18 janvier 1950, E/AC.32/L4.

<sup>5</sup> UN Ad Hoc Committee on Refugees and Stateless Persons, *First Session: Summary Record of the Sixth Meeting Held at Lake Success*, 19 janvier 1950, E/AC.32/SR.6, para. 29.

qui a inséré la clause d'exclusion<sup>6</sup>. L'article 1, paragraphe C, du projet de Convention du Comité spécial de l'apatridie et des problèmes pouvait finalement se lire comme suit :

« Aucun des États contractants ne fera bénéficier des dispositions de la présente Convention une personne qu'il considère avoir commis un crime défini dans l'article VI du Statut du Tribunal militaire international approuvé à Londres, ou tout autre acte contraire aux buts et aux principes de la Charte des Nations Unies. »<sup>7</sup>

L'article VI du Statut du Tribunal militaire international approuvé à Londres vise les crimes de guerre, les crimes contre l'humanité et les crimes contre la paix<sup>8</sup>.

Le représentant des États-Unis avait proposé un amendement laissant l'exclusion à la discrétion des États :

« *The High Contracting Parties shall not be bound to apply the present convention to any person...* »<sup>9</sup>

Il a toutefois été objecté que cela pouvait permettre à un État complaisant de reconnaître le statut de réfugié à un criminel de guerre notoire<sup>10</sup>. Le mécanisme de l'exclusion d'office, sous la forme d'une interdiction d'accorder le statut de réfugié (ou, si l'on préfère, d'une obligation de ne pas l'accorder), a donc été préféré<sup>11</sup>.

## **2. Le Conseil économique et social des Nations Unies**

Six mois plus tard, le Conseil économique et social des Nations Unies s'est réuni pour discuter la proposition du texte faite par le Comité spécial. Le Secrétariat a rappelé, avec l'approbation du délégué français, qu'il était avéré qu'un individu pouvait violer des dispositions de la Charte des Nations Unies<sup>12</sup>. Le délégué français a précisé qu'il devait s'agir de personnes occupant des postes gouvernementaux, telles que des chefs d'État, des

---

<sup>6</sup> UN Ad Hoc Committee on Refugees and Stateless Persons, Provisional Draft of the Definition Article of the Preliminary Draft Convention relating to the Status of Refugees, prepared by the Working Group on this Article, 28 janvier 1950, E/AC.32/L. 6.

<sup>7</sup> Comité spécial de l'apatridie et des problèmes connexes, *Projet de Convention concernant le statut des réfugiés : Préambule*, 9 février 1950, U.N. Doc. E/AC.32/L.32.

<sup>8</sup> Voy. l'Accord concernant la poursuite et le châtement des grands criminels de guerre des Puissances européennes de l'Axe et statut du tribunal international militaire, signé à Londres le 8 août 1945.

<sup>9</sup> UN Ad Hoc Committee on Refugees and Stateless Persons, *First Session: Summary Record of the Eighteenth Meeting Held at Lake Success*, New York, 31 janvier 1950, E/AC.32/SR.18, para. 4.

<sup>10</sup> *Ibid.*, para. 4.

<sup>11</sup> *Ibid.*, para. 5-6.

<sup>12</sup> Economic and Social Council, *Summary Record of the One Hundred and Sixty-sixth Meeting*, Genève, 22 août 1950, E/AC.7/SR.166, p. 8.

ministres ou de hauts fonctionnaires<sup>13</sup>.

Le Secrétariat a également considéré qu'on ne pouvait se méprendre sur ce qu'il fallait entendre par *des actes contraires aux buts et principes des Nations Unies*. Par exemple, sans qu'ait été commis un crime contre l'humanité, violer les droits de l'homme par le biais d'une discrimination pourrait être qualifié d'actes contraires aux buts et principes des Nations unies<sup>14</sup>. Le délégué du Chili y a également inclus ceux qui s'opposent au droit à l'autodétermination<sup>15</sup>.

À l'issue des discussions, le projet du Comité spécial de l'apatridie et des problèmes connexes a été amendé de la façon suivante :

« Aucun des États contractants ne fera bénéficier de dispositions de la présente Convention une personne qu'il considère comme ayant commis un crime défini dans l'article VI du statut du Tribunal militaire international approuvé à Londres ; aucun des États contractants ne sera tenu par les dispositions de la présente Convention de reconnaître la qualité de réfugié aux personnes qu'il aura des raisons sérieuses de considérer comme tombant sous le coup des dispositions de l'alinéa 2 de l'article 14 de la Déclaration universelle des droits de l'homme<sup>16</sup>. »<sup>17</sup>

Tel que formulé, ce texte impliquait donc que les États *devaient* exclure du bénéfice de la Convention les personnes considérées comme ayant commis un crime défini dans l'article VI du statut du Tribunal militaire international approuvé à Londres, tandis qu'ils *pouvaient* exclure les personnes tombant sous l'article 14, alinéa 2, de la Déclaration universelle des droits de l'homme. C'est sous l'impulsion du délégué français que la référence à l'article 14, alinéa 2, de la Déclaration universelle des droits de l'homme a été insérée et qu'un pouvoir de discrétion a été laissé aux États pour procéder à l'exclusion<sup>18</sup>. À propos de cette référence à l'article 14, alinéa 2, le délégué français a précisé :

« *the phrase in question applied to - and hence excluded - war criminals, ordinary*

---

<sup>13</sup> *Ibid.*, p. 6.

<sup>14</sup> *Ibid.*, p. 9.

<sup>15</sup> ECOSOC social Committee, UN Doc. E/AC.7/SR.160, p.18 in J. C. HATHAWAY, *The Law of Refugee Status*, Toronto, Butterworths, 1991, p. 227.

<sup>16</sup> L'article 14, paragraphe 2, de la Déclaration universelle des droits de l'homme : « Ce droit [de chercher l'asile dans d'autres pays] ne peut être invoqué dans le cas de poursuites réellement fondées sur un crime de droit commun ou sur des agissements contraires aux buts et aux principes des Nations Unies. »

<sup>17</sup> UN Ad Hoc Committee on Refugees and Stateless Persons, *Rapport du Comité spécial pour les réfugiés et les apatrides, Deuxième session, Genève, Suisse, du 14 au 25 août 1950*, 25 August 1950, E/AC.32/8 ; E/1850.

<sup>18</sup> Economic and Social Council, *Summary Record of the One Hundred and Sixty-sixth Meeting*, Genève, 22 août 1950, E/AC.7/SR.166, p. 7.

*criminals and certain individuals who, though not guilty of war crimes, might have committed acts of similar gravity against the principles of the United-Nations, in other words, crimes against humanity.* »<sup>19</sup>

### 3. *Conférence de plénipotentiaires sur le statut des réfugiés et des apatrides*

Un an plus tard, le texte a été remis sur le métier lors d'une Conférence de plénipotentiaires. La version définitive de l'article 1, F y a été adoptée :

« Les dispositions de cette Convention ne seront pas applicables aux personnes dont on aura des raisons sérieuses de penser :

[...]

b. qu'elles ont commis un crime grave de droit commun en dehors du pays d'accueil avant d'y être admises comme réfugiés ;

c. qu'elles se sont rendues coupables d'agissements contraires aux buts et aux principes des Nations Unies. »<sup>20</sup>

L'obligation pour les États de procéder à l'exclusion dans chacune des hypothèses listées fut donc retenue, tandis que la référence à l'article 14, alinéa 2, de la Déclaration universelle fut remplacée par les alinéas b et c. Le Royaume-Uni considérait en effet que la référence aux crimes de droit commun que contenait cette dernière disposition n'était pas souhaitable, car elle aurait conduit à devoir automatiquement exclure du bénéfice de la Convention les personnes coupables d'un crime, quelle qu'en soit l'importance ou la nature, dans le pays d'origine, à la condition qu'il ne soit pas d'ordre politique<sup>21</sup>. La France maintenait cependant qu'il était nécessaire, dans l'article définissant le terme *réfugié*, d'assurer un certain triage afin d'éliminer les criminels de droit commun<sup>22</sup>. Finalement, sur proposition yougoslave, la référence à l'article 14, paragraphe 2 a été remplacée par les actuels alinéas b et c. Les crimes de droit commun demeurent un motif d'exclusion, mais deux conditions supplémentaires sont insérées : ces crimes doivent être graves et doivent avoir été commis avant l'entrée sur le territoire. Suite à cet ajout, l'exclusion des personnes

---

<sup>19</sup> Economic and Social Council, *Summary Record of the One Hundred and Sixty-sixth Meeting*, Genève, 22 août 1950, E/AC.7/SR.166, p. 4.

<sup>20</sup> Conférence de plénipotentiaires sur le statut des réfugiés et des apatrides, *Compte rendu analytique de la vingt-neuvième séance, tenue au Palais des Nations*, 19 juillet 1951, A/CONF.2/SR.29.

<sup>21</sup> *Ibid.*

<sup>22</sup> Conférence de plénipotentiaires sur le statut des réfugiés et des apatrides, *Compte rendu analytique de la vingt-quatrième séance*, 27 novembre 1951, A/CONF.2/SR.24.

qui se sont rendues coupables d'agissements contraires aux buts et principes des Nations Unies a fait l'objet d'un alinéa autonome<sup>23</sup>.

Malgré les nombreuses discussions qui ont entouré l'élaboration de l'article 1, F, à aucun moment un consensus ne semble s'être dégagé sur le sens à donner aux termes « agissements contraires aux buts et principes des Nations Unies ». Plusieurs points de vue ont ainsi été exprimés. Le représentant du Royaume-Uni a reconnu ne pas être certain du sens à donner à ces termes<sup>24</sup> et a supposé qu'on entendait par là des agissements tels que les crimes de guerre, le crime de génocide et la subversion ou le renversement de régimes démocratiques<sup>25</sup>. La Suisse a jugé que l'insertion d'une formule rappelant les buts et les principes des Nations Unies ne semblait pas être nécessaire, car l'alinéa a) – visant les crimes de guerre, les crimes contre l'humanité et le crime contre la paix – traitait déjà des mêmes questions<sup>26</sup>.

Ces modifications successives et ces interprétations divergentes reflètent une certaine confusion et une absence de parfaite convergence entre les négociateurs lors des travaux préparatoires<sup>27</sup>. Au-delà du consensus minimum requis quant à la perception de sa nécessité, il semble que les négociateurs n'avaient finalement qu'une idée assez vague du sens précis de l'article 1, F, c<sup>28</sup>.

## **B- Les « agissements contraires aux buts et principes des Nations Unies »**

La compréhension des termes « agissements contraires aux buts et principes des Nations Unies » nécessite de procéder en premier lieu à une analyse du texte de l'article 1, F, c (1) et, en second lieu, de la pratique qui en a été faite (2).

---

<sup>23</sup> Conférence de plénipotentiaires sur le statut des réfugiés et des apatrides, *Compte rendu analytique de la vingt-neuvième séance, tenue au Palais des Nations*, 19 juillet 1951, A/CONF.2/SR.29.

<sup>24</sup> *Ibid.*

<sup>25</sup> Conférence de plénipotentiaires sur le statut des réfugiés et des apatrides, *Compte rendu analytique de la vingt-quatrième séance, 27 novembre 1951*, A/CONF.2/SR.24, p. 5.

<sup>26</sup> Conférence de plénipotentiaires sur le statut des réfugiés et des apatrides, *Compte rendu analytique de la vingt-neuvième séance, tenue au Palais des Nations*, 19 juillet 1951, A/CONF.2/SR.29.

<sup>27</sup> J. C. HATHAWAY, *The Law of Refugee Status*, *op. cit.*, p. 227.

<sup>28</sup> A. GRAHL-MADSEN, *The status of refugees in international law*, Leyden, A. W. Sijthoff, 1972, p. 283 in A. ZIMMERMANN ET P. WENNHOLZ, « Article 1 F (Définition of the Term Refugee'/Définition du Terme "Réfugié") », *op. cit.*, p. 605, para. 94.

## ***1. Analyse du texte***

L'analyse du texte repose sur deux éléments : les buts et principes des Nations Unies tels qu'ils sont définis par la Charte des Nations Unies (a) et le contexte de l'article 1, F, c, plus particulièrement les autres dispositions du texte, l'objectif humanitaire poursuivi par la Convention de Genève et les raisons d'être de la clause d'exclusion (b).

### *Les buts et principes selon la Charte des Nations Unies*

Afin de déterminer ce que recouvre l'expression « agissements contraires aux buts et principes des Nations Unies », il faut déterminer quels sont ces buts et principes. Ceux-ci sont énoncés, respectivement, par les articles 1 et 2 de la Charte des Nations Unies. En vertu l'article 1, les buts des Nations Unies sont les suivants :

- « 1. Maintenir la paix et la sécurité internationales et à cette fin : prendre des mesures collectives efficaces en vue de prévenir et d'écartier les menaces à la paix et de réprimer tout acte d'agression ou autre rupture de la paix, et réaliser, par des moyens pacifiques, conformément aux principes de la justice et du droit international, l'ajustement ou le règlement de différends ou de situations, de caractère international, susceptibles de mener à une rupture de la paix;
2. Développer entre les nations des relations amicales fondées sur le respect du principe de l'égalité de droits des peuples et de leur droit à disposer d'eux-mêmes, et prendre toutes autres mesures propres à consolider la paix du monde;
3. Réaliser la coopération internationale en résolvant les problèmes internationaux d'ordre économique, social, intellectuel ou humanitaire, en développant et en encourageant le respect des droits de l'homme et des libertés fondamentales pour tous, sans distinctions de race, de sexe, de langue ou de religion;
4. Être un centre où s'harmonisent les efforts des nations vers ces fins communes. »<sup>29</sup>

Les principes des Nations Unies sont pour leur part repris à l'article 2 :

- « 1. L'Organisation est fondée sur le principe de l'égalité souveraine de tous ses Membres.
2. Les Membres de l'Organisation, afin d'assurer à tous la jouissance des droits et avantages résultant de leur qualité de Membre, doivent remplir de bonne foi les obligations qu'ils ont assumées aux termes de la présente Charte.

---

<sup>29</sup> Art. 1 de la Charte des Nations Unies, signée à San Francisco le 26 juin 1945.

3. Les Membres de l'Organisation règlent leurs différends internationaux par des moyens pacifiques, de telle manière que la paix et la sécurité internationales ainsi que la justice ne soient pas mises en danger.
4. Les Membres de l'Organisation s'abstiennent, dans leurs relations internationales, de recourir à la menace ou à l'emploi de la force, soit contre l'intégrité territoriale ou l'indépendance politique de tout État, soit de toute autre manière incompatible avec les buts des Nations Unies.
5. Les Membres de l'Organisation donnent à celle-ci pleine assistance dans toute action entreprise par elle conformément aux dispositions de la présente Charte et s'abstiennent de prêter assistance à un État contre lequel l'Organisation entreprend une action préventive ou coercitive.
6. L'Organisation fait en sorte que les États qui ne sont pas Membres des Nations Unies agissent conformément à ces principes dans la mesure nécessaire au maintien de la paix et de la sécurité internationales.
7. Aucune disposition de la présente Charte n'autorise les Nations Unies à intervenir dans des affaires qui relèvent essentiellement de la compétence nationale d'un État ni n'oblige les Membres à soumettre des affaires de ce genre à une procédure de règlement aux termes de la présente Charte; toutefois, ce principe ne porte en rien atteinte à l'application des mesures de coercition prévues au Chapitre VII. »<sup>30</sup>

Ces buts et principes sont formulés avec un haut degré de généralité et d'abstraction de telle sorte qu'il est difficile de déterminer sur base de leur seule énumération quels peuvent être les agissements qui y sont contraires. Ils sont suffisamment clairs pour discipliner le comportement des États et de l'ONU, mais ils sont également suffisamment ouverts pour avoir permis une évolution de leur signification adaptée aux changements des réalités politiques pendant plus de soixante ans<sup>31</sup>.

Trois précisions peuvent être apportées à leur égard. Premièrement, ce sont des obligations positives destinées à créer les conditions nécessaires au maintien de la paix internationale qui sont inscrites dans les buts et principes de la Charte. Il ne s'agit pas seulement d'obligations de s'abstenir de faire la guerre. En cela, agir en contrariété avec les buts et principes des Nations Unies recouvre des comportements plus larges que la seule commission d'un crime contre la paix. Précisons que seul l'usage international de la force, et non domestique, est visé

---

<sup>30</sup> Art. 2 de la Charte des Nations Unies, signée à San Francisco le 26 juin 1945.

<sup>31</sup> P. D'ARGENT et N. SUSANI, « United Nations, Purposes and Principles », in R. WOLFRUM, *Max Planck Encyclopedia of Public International Law*, Oxford University Press, 2009, para. 25.

par les buts et principes de la Charte<sup>32</sup>. Cela signifie qu'aucune exclusion ne peut être fondée sur le seul fait de recourir à la force armée à l'intérieur des frontières de son propre État. Il n'en va toutefois pas de même pour la manière dont il est fait usage de la force. Si le comportement concerné viole le droit international humanitaire, il pourra être qualifié de crime de guerre et justifié une exclusion au sens de l'article 1, F, a. S'il ne le viole pas, mais qu'il viole les droits de l'homme<sup>33</sup>, il pourra justifier une exclusion sur la base de l'article 1, F, c. Le développement et l'encouragement du respect des droits de l'homme constituent en effet un des buts des Nations Unies<sup>34</sup>.

Deuxièmement, les droits de l'Homme ont connu un développement considérable depuis l'adoption de la Charte des Nations Unies. À ce titre, la compréhension des agissements qui leur sont contraires doit logiquement être plus largement entendue qu'elle ne pouvait l'être en 1951.

Troisièmement, il ne peut être ignoré que les buts et principes des Nations Unies sont *a priori* réservés aux États et aux gouvernements. Il est donc malaisé de dégager une responsabilité individuelle lorsqu'ils sont violés<sup>35</sup>. On se souviendra toutefois que lors des travaux préparatoires de la Convention de Genève, le Secrétariat a rappelé, avec l'approbation du délégué français, qu'il était avéré qu'un individu pouvait violer des dispositions de la Charte des Nations Unies<sup>36</sup>.

On notera enfin que la clause d'exclusion commentée contractualise les buts et principes des Nations Unies vis-à-vis d'États qui ne sont pas membres de l'ONU, mais qui sont néanmoins parties à la Convention<sup>37</sup>. La question revêt sans doute à l'heure actuelle un intérêt pratique limité et purement historique, puisque seul le Vatican est à ce jour lié par la Convention tout

---

<sup>32</sup> P. D'ARGENT et N. SUSANI, « United Nations, Purposes and Principles », in R. WOLFRUM, *Max Planck Encyclopedia of Public International Law*, Oxford University Press, 2009, para. 14 ; C.I.J., *Conformité au droit international de la déclaration unilatérale d'indépendance du Kosovo*, Avis consultatif, 22 juillet 2010, para. 80.

<sup>33</sup> En cas de conflit armé, le droit international humanitaire constitue la *lex specialis* et les droits de l'homme la *lex generalis*. Voy. C.I.J., *Licéité de la menace ou de l'emploi d'armes nucléaires*, Avis consultatif, 8 juil. 1996, para. 25 ; C.I.J., *Conséquences juridiques de l'édification d'un mur dans le territoire palestinien occupé*, Avis consultatif, 9 juil. 2004, para. 106 ; C.I.J., *Affaire des activités armées sur le territoire du Congo (fond)*, République démocratique du Congo c. Ouganda, 19 déc. 2005, para. 216.

<sup>34</sup> Sur les violations des droits de l'homme en tant qu'agissements contraires aux buts et principes des Nations Unies, voy. *infra* titre 2, B, I, b.

<sup>35</sup> G. GILBERT, « Current Issues in the Application of the Exclusion Clauses », in V. TÜRK, F. NICHOLSON et E. FELLER (dir.), *Refugee Protection in International Law: UNHCR's Global Consultations on International Protection*, Cambridge, Cambridge University Press, 2003, p. 455.

<sup>36</sup> Economic and Social Council, *Summary Record of the One Hundred and Sixty-sixth Meeting*, Genève, 22 août 1950, E/AC.7/SR.166, p. 8.

<sup>37</sup> Tel est le cas également, au sujet des « principes du droit international incorporés dans la Charte des Nations Unies » relatifs à la prohibition de l'emploi de la force, de l'article 52 de la convention de Vienne sur le droit des traités.

en demeurant tiers à l'Organisation<sup>38</sup>. Il n'empêche que ces buts et principes acquièrent ainsi une autonomie transcendant le seul contexte onusien, ce qui explique sans doute également que les individus, où qu'ils soient et, ainsi qu'on le soulignera (*infra*, C, 2.), indifféremment de leurs fonctions officielles, soient appelés à les observer. Même si l'explication n'est pas techniquement à l'abri de tout reproche, cette contractualisation des buts et principes des Nations Unies permet d'en assurer la primauté en dehors de la portée opératoire de l'article 103 de la Charte.

### *En référence au contexte de la disposition*

Le contexte de la disposition éclaire son interprétation de différentes façons. Premièrement, les *litteras* a et b de l'article 1, F, aux côtés desquels le *littera* c doit conserver son effet utile, amènent à exclure certains agissements contraires aux buts et principes des Nations Unies : les crimes de guerre, les crimes contre l'humanité et les crimes contre la paix. Ceux-ci sont explicitement visés au *littera* a et ne devraient donc pas être intégrés dans le *littera* c. De même, le *littera* b, qui vise les crimes graves de droit commun, invite à ne pas adopter une compréhension trop large du *littera* c<sup>39</sup>.

Deuxièmement, l'article 33, paragraphe 2, de la Convention de Genève<sup>40</sup> doit également être pris en considération. Dès lors que celui-ci vise l'hypothèse du danger que représente la personne concernée pour la société et y associe la perte de la protection contre l'expulsion ou le refoulement, il convient d'en déduire que le danger que représente la personne ne doit pas constituer un critère à prendre en considération dans l'application de la clause d'exclusion<sup>41</sup>.

Troisièmement, la Conférence de plénipotentiaires qui a adopté la Convention de Genève a pressenti qu'il serait désirable d'étendre à certaines personnes le traitement prévu par la

---

<sup>38</sup> En ratifiant la Convention, le Saint-Siège a formulé la réserve que : « l'application de celle-ci soit compatible en pratique avec la nature particulière de l'État de la Cité du Vatican et qu'elle soit sans préjudice des normes qui en règlent l'accès et le séjour. » ONU, *Treaty Series – Recueil des Traités*, 1956, vol. 230, n°2645, p. 440.

<sup>39</sup> A. ZIMMERMANN ET P. WENNHOLZ, « Article 1 F (Définition of the Term Refugee/Définition du Terme "Réfugié) », *op. cit.*, p. 610, para. 111 ; S. BODART, *La protection internationale des réfugiés en Belgique*, Bruxelles, Bruylant, 2008, p. 300 ; E. KWAKWA, « Article 1F(c): Acts Contrary to the Purposes and Principles of the United Nations », *International Journal of Refugee Law*, vol. 12 (suppl. 1), p. 91.

<sup>40</sup> Art. 33, paragraphe 2, de la Convention de Genève de 1951 :

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

<sup>41</sup> C.J.U.E., 9 novembre 2010, *B. et D. c. Allemagne*, C-57/09 et C-101/09, *Rec. C.J.U.E.* p. I-10979, para. 105 ; Supreme Court of Canada, *Pushpanathan v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, n°[1998] 1 S.C.R. 982, 4 June 1998, para. 58.

Convention, alors même qu'elles ne pouvaient juridiquement en revendiquer le bénéfice<sup>42</sup>. La Conférence a donc adopté, au côté de la Convention de Genève, un Acte final contenant la recommandation suivante :

« LA CONFÉRENCE,

EXPRIME l'espoir que la Convention relative au statut de réfugiés aura valeur d'exemple, en plus de sa portée contractuelle, et qu'elle incitera tous les États à accorder, dans toute la mesure du possible, aux personnes se trouvant sur leur territoire en tant que réfugiés et qui ne seraient pas couvertes par les dispositions de la Convention, le traitement prévu par cette Convention. »<sup>43</sup>

Dans le même ordre d'idée, on peut lire dans le préambule de la Convention :

« Considérant qu'il est désirable 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*<sup>44</sup> pour les réfugiés au moyen d'un nouvel accord »

Ces deux extraits mettent en lumière l'objectif humanitaire d'extension *ratione personae* de la protection du statut de réfugié contenue dans la Convention. Cela devrait susciter une interprétation restrictive de la clause d'exclusion puisque celle-ci conduit, au contraire, à réduire le champ d'application *ratione personae* de la Convention<sup>45</sup>.

À côté du but poursuivi par la Convention, il convient de prendre également en considération celui de la clause d'exclusion. Celle-ci poursuit un double objectif. D'une part, certains actes sont jugés tellement graves qu'ils rendent leurs auteurs indignes de la protection internationale du statut de réfugié. D'autre part, la protection du statut de réfugié ne devrait pas permettre à des criminels sérieux d'échapper à la justice<sup>46</sup>. Ces éléments devront être pris en considération dans l'interprétation qui sera donnée de l'article 1, F, c.

---

<sup>42</sup> U.N.H.C.R., *Dispositions envisagées pour étendre la portée ratione personae de la Convention du 28 juillet 1951 relative au statut des réfugiés (Note présentée par le Haut-Commissaire en vertu du paragraphe 5 b) de la résolution 1166 (XII) de l'Assemblée générale en date du 26 novembre 1957)*, A/AC.96/346 EX COM Rapports, 12 octobre 1966.

<sup>43</sup> UN Conference of Plenipotentiaries on the Status of Refugees and Stateless Persons, *Final Act of the United Nations Conference of Plenipotentiaries on the Status of Refugees and Stateless Persons*, 25 juillet 1951, A/CONF.2/108/Rev.1, voy. <http://www.unhcr.org/refworld/docid/40a8a7394.html> (dern. Consult. 24 juillet 2012).

<sup>44</sup> Nous soulignons.

<sup>45</sup> U.N.H.C.R., *Background Note on the Application of the Exclusion Clauses: Article 1F of the 1951 Convention Relating to the Status of Refugees*, 4 septembre 2003, para. 3-4.

<sup>46</sup> *Ibid.*, para. 3 ; C.J.U.E., 9 novembre 2010, *B. et D. c. Allemagne*, C-57/09 et C-101/09, *Rec. C.J.U.E.* p. I-10979, para. 104.

## 2. *Analyse de la pratique*

Outre les travaux préparatoires, les buts et principes des Nations Unies au sens de la Charte et le contexte de l'article 1, F, il convient de s'intéresser à la pratique qui en a été donnée par l'ONU elle-même (a) et par les États (b).

### *a La pratique de l'ONU*

La Charte des Nations Unies est un instrument dynamique. Son évolution, reflétée notamment dans les résolutions de ses organes, doit être utilisée pour rendre compte de la dynamique des buts et principes de l'institution<sup>47</sup>. Il convient à ce titre de s'intéresser aux agissements que les Nations Unies qualifient de contraires à leurs buts et principes. Des résolutions du Conseil de sécurité ou de l'Assemblée générale des Nations Unies peuvent à ce titre contribuer à inclure certains actes dans le champ d'application de l'article 1, F, c<sup>48</sup>. De cette façon, on retiendra particulièrement les actes de terrorismes (i) et les violations des droits de l'homme (ii).

#### i. Les actes de terrorisme

Les résolutions de l'Assemblée générale et du Conseil de sécurité ne laissent guère de doute sur l'inclusion du terrorisme dans les agissements contraires aux buts et principes des Nations Unies (I). Le problème, dans notre examen de l'exclusion, provient de l'inexistence d'une définition internationalement acceptée du terrorisme (II). La solution à cela sera trouvée dans les conventions *ad hoc* de lutte contre le terrorisme (III).

#### Résolutions de l'Assemblée générale et du Conseil de sécurité

L'inclusion des actes de terrorisme parmi les agissements contraires aux buts et principes des Nations Unies repose sur une pratique bien établie des organes des Nations Unies. En

---

<sup>47</sup> V. GOWLLAND-DEBBAS, « La Charte des Nations Unies et la Convention de Genève du 28 juillet 1951 relative au statut des réfugiés », in V. CHETAIL (dir.), *La Convention de Genève du 28 juillet 1951 relative au statut des réfugiés 50 ans après : bilan et perspectives*, Bruxelles, Bruylant, 2001, p. 206 ; P. J. VAN KRIEKEN, *Refugee law in context : the exclusion clause*, The Hague, T.M.C. Asser Press, 1999, p. 246 ; Immigration Appeal Tribunal (U.K.), KK (Article 1F(c) ) Turkey) [2004] UKIAT 00101, 7 May 2004, para. 69 ; Supreme Court of Canada, *Pushpanathan v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, no[1998] 1 S.C.R. 982, 4 June 1998, para. 128-129.

<sup>48</sup> Immigration Appeal Tribunal (U.K.), KK (Article 1F(c) ) Turkey) v. Secretary of State for the Home Department, n°UKIAT 00101, 7 mai 2004, para. 74.

1997, l'Assemblée générale de l'ONU a lié la question du terrorisme à celle de l'exclusion du statut de réfugié en déclarant dans l'une de ses résolutions :

« Les États Membres de l'Organisation des Nations Unies réaffirment que les actes, méthodes et pratiques terroristes sont contraires aux buts et principes des Nations Unies; ils déclarent que sont également contraires aux buts et principes des Nations Unies, pour les personnes qui s'y livrent sciemment, le financement et la planification d'actes de terrorisme et l'incitation à de tels actes;

3. Les États Membres de l'Organisation des Nations Unies réaffirment que les États devraient prendre les mesures voulues, conformément aux dispositions pertinentes de leur législation et du droit international, y compris aux normes internationales relatives aux droits de l'homme, avant d'octroyer le statut de réfugié, pour s'assurer que le demandeur d'asile n'a pas participé à des activités terroristes [...] »<sup>49</sup>.

En 1999, le Conseil de Sécurité s'est engagé dans le même sens, en demandant aux États de prendre les mesures voulues pour :

« Avant d'octroyer le statut de réfugié, s'assurer, compte tenu des dispositions pertinentes de la législation nationale et du droit international, y compris des normes internationales relatives aux droits de l'homme, que le demandeur d'asile n'a pas participé à des actes de terrorisme ; »<sup>50</sup>

En 2001, le Conseil de Sécurité a renouvelé cette demande :

« De prendre les mesures appropriées, conformément aux dispositions pertinentes de leur législation nationale et du droit international, y compris les normes internationales relatives aux droits de l'homme, afin de s'assurer, avant d'octroyer le statut de réfugié, que les demandeurs d'asile n'ont pas organisé ou facilité la perpétration d'actes de terrorisme et n'y ont pas participé ; »<sup>51</sup>

En 2005, le Conseil de Sécurité a confirmé cette pratique :

« *Rappelant en outre* que le droit de chercher asile et de bénéficier de l'asile [...] ne bénéficient à nulle personne dont il existe de bonnes raisons de penser qu'elle est coupable d'agissements contraires aux buts et principes des Nations Unies,

---

<sup>49</sup> Résolution 51/210 adoptée par l'Assemblée générale des Nations Unies, à sa 51<sup>e</sup> session, le 16 janvier 1997.

<sup>50</sup> Résolution 1269 adoptée par le Conseil de sécurité des Nations Unies, à sa 4053<sup>e</sup> séance, le 19 octobre 1999.

<sup>51</sup> Résolution 1373 adoptée par le Conseil de sécurité des Nations Unies, à sa 4385<sup>e</sup> séance, le 28 septembre 2001.

*Réaffirmant* que les actes de terrorisme et les méthodes et pratiques terroristes sont contraires aux buts et principes de l'Organisation des Nations Unies de même que le fait de financer et de planifier des actes de terrorisme ou d'y inciter sciemment »<sup>52</sup>.

Finalement, le 30 mars 2012, l'Assemblée générale a encore exhorté les États, dans la lutte qu'ils mènent contre le terrorisme, à :

« Respecter pleinement les obligations relatives au non-refoulement imposées par le droit international des réfugiés et le droit international des droits de l'homme et, par ailleurs, examiner, dans le strict respect de ces obligations et des autres garanties juridiques, la validité d'une décision accordant le statut de réfugié à une personne s'il apparaît, au vu d'éléments de preuve fiables et pertinents, que celle-ci a commis des actes criminels quels qu'ils soient, y compris des actes terroristes tombant sous le coup des clauses d'exclusion prévues dans le droit international des réfugiés ; »<sup>53</sup>

Même si les termes de ces résolutions, ainsi que leurs portées juridiques respectives, varient, il ressort de cette pratique des organes des Nations Unies que la participation à des actes terroristes, sous une forme ou sous une autre, peut être considérée comme constituant des agissements contraires aux buts et principes des Nations Unies, de telle manière qu'aucune violation de la Convention ne saurait être reprochée à l'Etat refusant le statut de réfugié pour ce motif. Si l'on tient, ainsi que nous l'avons indiqué, la clause d'exclusion pour constitutive d'un mécanisme obligatoire, cette faculté de refuser le statut de réfugié pour cette raison est en réalité une obligation, de telle manière que constituerait une violation de la Convention elle-même – et non seulement des résolutions susvisées dont le caractère obligatoire serait établi – le fait d'octroyer le statut de réfugié à une personne personnellement impliquée dans des actes de terrorisme. Il ne nous paraît pas nécessaire de recourir au mécanisme hiérarchique de l'article 103 de la Charte de l'ONU pour aboutir à un tel résultat<sup>54</sup> car aucune contradiction normative ne paraît exister entre la Convention, qu'il s'agit seulement d'interpréter, et les résolutions susmentionnées, en admettant qu'elles soient contraignantes – ce qu'il n'est nul besoin d'établir au titre de l'existence d'une pratique interprétative.

---

<sup>52</sup> Résolution 1624 adoptée par le Conseil de sécurité des Nations Unies, à sa 5261<sup>e</sup> séance, le 14 septembre 2005.

<sup>53</sup> Résolution 66/171 adoptée par l'Assemblée générale des Nations Unies, à sa 66<sup>e</sup> session, le 30 mars 2012.

<sup>54</sup> Voy. sur le recours à l'article 103 à ce propos, V. GOWLLAND-DEBBAS, « The Link Between Security and International Protection of Refugees and Migrants », in V. CHETAIL (dir.), *Mondialisation, migration et droits de l'homme : le droit international en question*, vol. II, Bruxelles, Bruylant, 2007, p. 309.

## L'inexistence d'une définition internationalement acceptée du terrorisme

La difficulté, dans l'examen de la clause d'exclusion qui nous occupe, tient à l'inexistence d'une définition internationalement acceptée du terrorisme<sup>55</sup>. Un Comité spécial a été créé par l'Assemblée générale des Nations Unies pour traiter de cette question<sup>56</sup>, mais il n'est pas parvenu, à ce jour, à s'entendre sur une définition générale du terrorisme<sup>57</sup>.

Le Tribunal spécial pour le Liban a récemment proposé une définition coutumière du terrorisme :

« l'élément subjectif du crime examiné est double, i) l'intention ou *dolus* du crime sous-jacent et ii) l'intention spéciale (*dolus specialis*) de répandre la peur ou de contraindre une autorité. L'élément objectif est la commission d'un acte qui est incriminé par d'autres normes (assassiner, causer des lésions corporelles graves, prendre des otages, etc.). Le crime de terrorisme en droit international exige bien sûr et de plus que (ii) l'acte terroriste soit empreint d'un élément d'extranéité. »<sup>58</sup>

De nombreuses critiques doctrinales se sont toutefois élevées contre cette jurisprudence<sup>59</sup>. À défaut d'une réception positive de cette définition « coutumière » par les États, et

---

<sup>55</sup> B. SAUL, « Attempts to Define 'Terrorism' in International Law », *Netherlands International Law Review*, vol. 52, n°01, pp 57-83 ; G. S. GOODWIN-GILL ET J. MCADAM, *The Refugee in International Law*, 3e édition, Oxford, Oxford University Press, 2007, p. 192 ; G. P. FLETCHER, « The Indefinable Concept of Terrorism », *Journal of International Criminal Justice*, vol. 4, n°5, 1<sup>er</sup> novembre 2006, pp. 910-911 ; R. BRUIN ET K. WOUTERS, « Terrorism and the Non-Derogability of Non-Refoulement », *International Journal of Refugee Law*, vol. 15, n°1, p. 7 ; A. KAUSHAL ET C. DAUVERGNE, « The Growing Culture of Exclusion: Trends in Canadian Refugee Exclusions », *International Journal of Refugee Law*, vol. 23, n°1, 1<sup>er</sup> mars 2011, p. 66 ; K. AMBOS, « Judicial Creativity at the Special Tribunal for Lebanon: Is There a Crime of Terrorism under International Law? », *Leiden Journal of International Law*, vol. 24, n°3, septembre 2011, p. 675 ; U.N.H.C.R., *Background Note on the Application of the Exclusion Clauses: Article 1F of the 1951 Convention Relating to the Status of Refugees*, *op. cit.*, para. 49 ; Immigration Appeal Tribunal (U.K.), *KK (Article 1F(c) Turkey) [2004] UKIAT 00101*, 7 mai 2004, para. 71.

<sup>56</sup> Résolution 51/210 adoptée par l'Assemblée générale des Nations Unies, à sa 51<sup>e</sup> session, le 16 janvier 1997.

<sup>57</sup> Nations Unies, Rapport du Comité spécial créé par la résolution 51/210 de l'Assemblée générale, en date du 17 décembre 1996, 15<sup>e</sup> session (11-15 avril 2011), A/66/37, para. 10.

<sup>58</sup> T.S.L. (ch. d'appel), Décision préjudicielle sur le droit applicable : terrorisme, complot, homicide, commission, concours de qualification, aff. n°STL-11-01/I, 16 février 2011, para. 111.

<sup>59</sup> Voy. notamment : K. AMBOS, « Judicial Creativity at the Special Tribunal for Lebanon: Is There a Crime of Terrorism under International Law? », *op. cit.*, pp. 655-675 ; B. SAUL, « Legislating from a Radical Hague: The United Nations Special Tribunal for Lebanon Invents an International Crime of Transnational Terrorism », *Leiden Journal of International Law*, n°3, septembre 2011, pp. 677-700 ; M. J. VENTURA, « Terrorism According to the STL's Interlocutory Decision on the Applicable Law A Defining Moment or a Moment of Defining? », *Journal of International Criminal Justice*, vol. 9, n°5, octobre 2011, pp. 1021-1042 ; M. GILLET ET M. SCHUSTER, « Fast-track Justice », *Journal of International Criminal Justice*, vol. 9, n°5, 1<sup>er</sup> novembre 2011, pp. 989-1020.

notamment par le comité spécial des Nations Unies sur cette question, il apparaît prématuré d'en admettre inconditionnellement l'existence.

Des actes terroristes car désignés par une convention *ad hoc* contre le terrorisme

À défaut d'une définition générale internationalement acceptée du terrorisme, il convient d'aborder cette question à partir des conventions *ad hoc* qui qualifient certains actes déterminés de terroristes. Ainsi que le soulignent Guy S. GOODWIN-GILL et J. MCADAM :

« Article 1F(c) ought only to be applied, therefore, where there are serious reasons to consider that the individual concerned has committed an offence specifically identified by the international community as one which must be addressed in the fight against terrorism »<sup>60</sup>.

Cela est cohérent avec l'approche du Conseil de Sécurité qui, se prononçant à l'unanimité en vertu du chapitre VII de la Charte des Nations Unies, a qualifié les actes suivants de *terroristes* :

« les actes criminels, notamment ceux dirigés contre des civils dans l'intention de causer la mort ou des blessures graves ou la prise d'otages dans le but de semer la terreur parmi la population, un groupe de personnes ou chez des particuliers, d'intimider une population ou de contraindre un gouvernement ou une organisation internationale à accomplir un acte ou à s'abstenir de le faire, *qui sont visés et érigés en infractions dans les conventions et protocoles internationaux relatifs au terrorisme*<sup>61</sup> »<sup>62</sup>.

Cette Résolution qualifie ainsi de *terroristes* des actes criminels à condition que ceux-ci soient commis dans le but de semer la terreur parmi la population, un groupe de personnes ou chez des particuliers, d'intimider une population ou de contraindre un gouvernement ou une organisation internationale à accomplir un acte ou à s'abstenir de le faire (i), et qu'ils soient visés et érigés en infractions dans les conventions et protocoles internationaux relatifs au terrorisme (ii). Ces traités antiterroristes *ad hoc* ne couvrent certes pas tous les moyens et méthodes terroristes possibles. Ainsi que le souligne Ben SAUL : « *existing*

---

<sup>60</sup> G. S. GOODWIN-GILL ET J. MCADAM, *The Refugee in International Law*, op. cit., p. 197.

<sup>61</sup> Nous soulignons.

<sup>62</sup> Résolution 1566 adoptée par le Conseil de sécurité des Nations Unies, à sa 5053<sup>e</sup> séance, le 8 octobre 2004, para. 3.

*sectorial anti-terrorism treaties do not cover all possible terrorist means or methods (including guns or knives), but are limited to those categories that the international community has reactively regulated on an ad hoc basis* »<sup>63</sup>. À défaut d'une définition générale coutumière du terrorisme, il s'agit de la seule voie qui permette de rester cohérent avec les éléments mis en exergue *supra* qui commandent une interprétation restrictive de l'article 1, F, c.

Le Comité contre le terrorisme des Nations Unies tient son mandat de la résolution 1373 (2001) du Conseil de sécurité dont il est chargé de contrôler l'application. Cette résolution appelle notamment les États à devenir parties, dès que possible, aux instruments juridiques internationaux qui concernent la lutte contre le terrorisme. Le Comité a dressé une liste comportant seize instruments juridiques internationaux de lutte contre le terrorisme<sup>64</sup> :

1. Convention relative aux infractions et à certains autres actes survenant à bord des aéronefs, signée à Tokyo le 14 septembre 1963 ;
2. Convention pour la répression de la capture illicite d'aéronefs, signée à La Haye le 16 décembre 1970 ;
3. Convention pour la répression d'actes illicites dirigés contre la sécurité de l'aviation civile, signée à Montréal le 23 septembre 1971 ;
4. Convention sur la prévention et la répression des infractions contre les personnes jouissant d'une protection internationale, signée à New York le 14 décembre 1973 ;
5. Convention internationale contre la prise d'otages, signée à New York le 17 décembre 1979 ;
6. Convention sur la protection physique des matières nucléaires, signée à Vienne et à New York le 3 mars 1980 ;
7. Protocole pour la répression des actes illicites de violence dans les aéroports servant à l'aviation civile internationale, conclu à Montréal le 24 février 1988 ;
8. Convention pour la répression d'actes illicites contre la sécurité de la navigation maritime, conclue à Rome le 10 mars 1988 ;
9. Protocole à la Convention pour la répression d'actes illicites contre la sécurité des plates-formes fixes situées sur le plateau continental, conclu à Rome le 10 mars 1988 ;

---

<sup>63</sup> B. SAUL, « Legislating from a Radical Hague: The United Nations Special Tribunal for Lebanon Invents an International Crime of Transnational Terrorism », *op. cit.*, p. 687.

<sup>64</sup> Pour plus de détails sur ces instruments, voy. <http://www.un.org/fr/sc/ctc/laws.html> (dern. consult. 4 octobre 2012).

10. Convention sur le marquage des explosifs plastiques et en feuilles aux fins de détection, signée à Montréal le 1<sup>er</sup> mars 1991 ;
11. Convention internationale pour la répression des attentats terroristes à l'explosif, signée à New York le 15 décembre 1997 ;
12. La Convention internationale pour la répression du financement du terrorisme, signée à New York le 9 décembre 1999 ;
13. La Convention internationale pour la répression des actes de terrorisme nucléaire, signée à New York le 13 avril 2005 ;
14. Le Protocole de 2005 à la Convention pour la répression d'actes illicites contre la sécurité de la navigation maritime, Londres, 14 octobre 2005 ;
15. Le Protocole de 2005 au Protocole à la Convention du 10 mars 1988 sur la répression des actes illicites contre la sécurité des plates-formes fixes situées sur le plateau continental, Londres, 14 octobre 2005 ;
16. La Convention sur la répression des actes illicites dirigés contre l'aviation civile internationale, faite à Beijing le 10 septembre 2010.

Les agissements contraires aux buts et principes des Nations Unies incluent donc les actes visés dans ces conventions et protocoles qui sont commis dans le but de semer la terreur parmi la population, un groupe de personnes ou chez des particuliers, d'intimider une population ou de contraindre un gouvernement ou une organisation internationale à accomplir un acte ou à s'abstenir de le faire. Il convient de garder à l'esprit la nécessité d'interpréter de façon restrictive les définitions concernées<sup>65</sup>. Il existe en effet un risque que les États soient encouragés à adopter leur propres critères de définition du terrorisme afin d'élargir l'exclusion à certains demandeurs d'asile qu'ils perçoivent comme indésirables<sup>66</sup>. C'est pourquoi les actes qualifiés de terroristes sur le plan national ou régional, mais qui ne sont pas visés par ces conventions, ne devraient pas être inclus dans cette définition. Ils pourront néanmoins fonder une exclusion sur la base de l'article 1, F, b en qualité de crimes graves de droit commun, pour autant toutefois qu'ils aient été commis « en dehors du pays d'accueil avant d'y être admises comme réfugiés ».

---

<sup>65</sup> G. GILBERT, « Running Scared Since 9/11: Refugees, U.N.H.C.R. and the Purposive Approach to Treaty interpretation », in J.C. SIMEON (dir.), *Critical Issues in International Refugee Law - Strategies toward Interpretative Harmony*, Cambridge University Press, Cambridge, 2010, p. 101.

<sup>66</sup> P. MATHEW, « Resolution 1373 – A Call to Pre-empt Asylum Seekers? (or 'Osama, the Asylum Seeker') », in J. MCADAM (dir.), *Forced Migration, Human Rights and Security*, Bruxelles et Portland, Hart Publishing, 2008, p. 48.

En rattachant la définition du terrorisme aux instruments conventionnels existants, le sens de l'article 1, F, c, paraît s'éclairer. Ce rapprochement produit toutefois un effet paradoxal, de telle manière à devoir interroger l'utilité propre de cette disposition. En effet, dans la mesure où ces conventions emportent l'obligation d'incriminer en droit interne les infractions qu'elles visent, ne seront-elles pas d'emblée couvertes par l'article 1, F, b<sup>67</sup> qui exclut les auteurs de crimes graves de droit commun ? Ainsi que le souligne le Comité des Nations Unies contre le terrorisme : « Chacune de ces trois catégories d'infraction – Art. 1, F, a, b et c – peut s'appliquer à des actes terroristes. »<sup>68</sup> Certains auteurs se sont ainsi montrés réticents à l'inclusion du terrorisme dans l'article 1, F, c, sans toutefois totalement l'exclure, considérant également que celui-ci était déjà visé par les alinéas a et b de l'article 1, F<sup>69</sup>. Alors, quelle est l'utilité de l'article 1, F, c ?

Deux éléments de réponse peuvent être apportés. Premièrement, il convient de noter que tous les États parties à la Convention de Genève de 1951 ne sont pas nécessairement parties aux seize instruments de lutte contre le terrorisme précités. Néanmoins, en vertu de la résolution 1566 du Conseil de sécurité des Nations Unies<sup>70</sup>, les actes visés par ces instruments sont contraires aux buts et principes des Nations Unies pour l'ensemble des États. Cela signifie que pour de nombreux États, l'article 1, F, c aura, pour ce qui concerne les infractions terroristes, un champ d'application *ratione materiae* plus large que l'article 1, F, b. Deuxièmement, l'article 1, F, b connaît une limitation *ratione loci*, puisqu'il doit s'agir d'actes commis hors du territoire de l'État d'accueil, et une limitation *ratione temporis*, ces actes devant avoir été commis avant l'arrivée sur ledit territoire. De telles limitations ne s'appliquent pas s'agissant des actes visés par l'article 1, F, c. Pour le reste, il est vrai que des situations peuvent être qualifiables tant au regard du *litera b* et que du *litera c* de l'article 1, F.

---

<sup>67</sup> Art. 1, F, b : « Les dispositions de cette Convention ne seront pas applicables aux personnes dont on aura des raisons sérieuses de penser : [...] Qu'elles ont commis un crime grave de droit commun en dehors du pays d'accueil avant d'y être admises comme réfugiés ; ».

<sup>68</sup> Direction exécutive du Comité contre le terrorisme, *Guide technique pour la mise en œuvre de la résolution 1373 (2001) du Conseil de sécurité*, n°10-32831, 2009, p. 61.

<sup>69</sup> A. ZIMMERMANN et P. WENNHOLZ, « Article 1 F (Définition of the Term Refugee/Définition du Terme "Réfugié') », *op. cit.*, p. 610, para. 111.

<sup>70</sup> Résolution 1566 adoptée par le Conseil de sécurité des Nations Unies, à sa 5053<sup>e</sup> séance, le 8 octobre 2004, para. 3.

- ii. Violation durable et systématique des droits de l'homme constituant une persécution

À côté des actes de terrorisme qualifiés par les Nations Unies d'agissements contraires à ses buts et principes, les violations durables et systématiques des droits de l'homme ont également été considérées dans la pratique de l'Organisation comme incompatibles avec ses buts et principes. La Charte des Nations Unies intègre parmi ses buts le développement et l'encouragement du respect des droits de l'homme<sup>71</sup>. L'inclusion des violations les plus graves des droits de l'homme sous l'article 1, F, c a été affirmée par plusieurs commentateurs<sup>72</sup>. Elle a également été envisagée lors des travaux préparatoires, lorsque le Secrétariat a considéré que sans qu'ait été commis un crime contre l'humanité, violer les droits de l'homme par le biais d'une discrimination pouvait être qualifié d'acte contraire aux buts et principes des Nations unies<sup>73</sup>. Le Haut-Commissariat aux réfugiés a également retenu cette possibilité<sup>74</sup>.

On relèvera par ailleurs que selon la Cour internationale de Justice :

« Le fait de priver abusivement de leur liberté des êtres humains et de les soumettre dans des conditions pénibles à une contrainte physique est manifestement incompatible avec les principes de la Charte des Nations Unies »<sup>75</sup>.

Elle a également affirmé :

« Le fait d'établir et d'imposer [...] des distinctions, exclusions, restrictions et limitations qui sont uniquement fondées sur la race, la couleur, l'ascendance ou

---

<sup>71</sup> L'article 1, paragraphe 3, de la charte des Nations Unies dispose que les buts des Nations Unies sont les suivants : « Réaliser la coopération internationale [...], en développant et en encourageant le respect des droits de l'homme et des libertés fondamentales pour tous ».

<sup>72</sup> J. C. HATHAWAY, *The Law of Refugee Status*, op. cit., p. 228 ; G. S. GOODWIN-GILL ET J. MCADAM, *The Refugee in International Law*, op. cit., p. 189 ; E. KWAKWA, « Article 1F(c): Acts Contrary to the Purposes and Principles of the United Nations », *International Journal of Refugee Law*, vol. 12 (suppl. 1), p. 91 ; G. GILBERT, « Current Issues in the Application of the Exclusion Clauses », in E. FELLER, V. TÜRK et F. NICHOLSON (dir.), *Refugee Protection in International Law: UNHCR's Global Consultations on International Protection*, Cambridge, Cambridge University Press, 2003, pp. 455-456. *Contra*: A. ZIMMERMANN ET P. WENNHOLZ, « Article 1 F (Définition of the Term Refugee/Définition du Terme "Réfugié) », op. cit., p. 605, para. 97.

<sup>73</sup> Economic and Social Council, *Summary Record of the One Hundred and Sixty-sixth Meeting*, Genève, 22 aout 1950, E/AC.7/SR.166, p. 9.

<sup>74</sup> U.N.H.C.R., *Background Note on the Application of the Exclusion Clauses: Article 1F of the 1951 Convention Relating to the Status of Refugees*, op. cit., para. 47.

<sup>75</sup> C.I.J., *Affaire relative au personnel diplomatique et consulaire des États-Unis à Téhéran*, États-Unis d'Amérique c. Iran, 24 mai 1980, para. 91.

l'origine nationale ou ethnique et qui constituent un déni des droits fondamentaux de la personne humaine, est une violation flagrante des buts et principes de la Charte. »<sup>76</sup>

Rappelons toutefois que pour ce qui concerne le crime d'apartheid, s'il est commis dans le cadre d'une attaque généralisée ou systématique lancée contre une population civile et en connaissance de cette attaque, il sera qualifié de crime contre l'humanité<sup>77</sup> et tombera sous le coup de l'article 1, F, a. Il en va de même pour les actes de torture ou tout autre peine ou traitement cruel, inhumain ou dégradant<sup>78</sup> ainsi que pour les disparitions forcées<sup>79</sup>.

### *Les pratiques nationales et régionales*

Outre la pratique de l'ONU, tant les pratiques nationales que régionales ont contribué à établir fermement l'inclusion des actes de terrorisme (i) et des violations sérieuses des droits de l'homme (ii) dans les agissements contraires aux buts et principes des Nations Unies visés à l'article 1, F, c. D'autres agissements ont également été envisagés, sans toutefois qu'un consensus puisse se dégager à leur propos (iii).

#### i. Les actes de terrorisme

Au niveau de la pratique régionale européenne, la directive européenne 2004/83/CE, qui harmonise pour les États de l'U.E. les acquis de la Convention de Genève de 1951, précise dans son préambule :

« Les agissements contraires aux buts et aux principes des Nations unies sont évoqués dans le préambule et aux articles 1er et 2 de la charte des Nations unies et précisés, entre autres, dans les résolutions des Nations unies concernant les 'mesures visant à éliminer le terrorisme international', qui disposent que 'les actes, méthodes et pratiques terroristes sont contraires aux buts et principes des Nations unies' et que

---

<sup>76</sup> C.I.J., *Conséquences juridiques pour les États de la présence continue de l'Afrique du sud en Namibie (sud-ouest africain) nonobstant la résolution 276 (1970) du Conseil de sécurité*, Avis consultatif, 21 juin 1971, para. 131.

<sup>77</sup> Art. 7, 1, j, du Statut de la Cour pénale internationale, signé à Rome le 17 juillet 1998, en vigueur le 1<sup>er</sup> juillet 2002.

<sup>78</sup> Déclaration sur la protection de toutes les personnes contre la torture et autres peines ou traitements cruels, inhumains ou dégradants, adoptée par l'Assemblée générale des Nations Unies le 9 décembre 1975, Résolution 3452, art. 2 : « Tout acte de torture ou tout autre peine ou traitement cruel, inhumain ou dégradant [...] doit être condamné comme un reniement des buts de la Charte des Nations [...] ». »

<sup>79</sup> Déclaration sur la protection de toutes les personnes contre les disparitions forcées, adoptée par l'Assemblée générale dans sa résolution 47/133 du 18 décembre 1992, art. 1<sup>er</sup>.

‘sont également contraires aux buts et principes des Nations unies, pour les personnes qui s’y livrent sciemment, le financement et la planification d’actes de terrorisme et l’incitation à de tels actes’. »<sup>80</sup>

Dans le même ordre d’idée, la Cour de Justice de l’Union européenne a considéré :

« Parmi ces actes, figurent les résolutions 1373 (2001) et 1377 (2001) du Conseil de sécurité des Nations unies, dont il ressort que celui-ci part du principe que les actes de terrorisme international sont, d’une manière générale et indépendamment de la participation d’un État, contraires aux buts et aux principes des Nations unies. »<sup>81</sup>

D’une manière assez convergente, plusieurs jurisprudences internes ont aussi inclus le terrorisme parmi les agissements contraires aux buts et principes des Nations Unies visés à l’article 1, F, c<sup>82</sup>.

Le Haut-Commissariat aux réfugiés a de même admis que le terrorisme puisse être qualifié de la sorte, mais uniquement pourvu que : « *the act impinges on the international plane – in terms of its gravity, international impact, and implications for international peace and security.* »<sup>83</sup> La doctrine soutient également majoritairement l’inclusion du terrorisme dans les agissements contraires aux buts et principes des Nations Unies<sup>84</sup>. Certains auteurs se sont toutefois montrés plus réservés, sans pour autant l’exclure, considérant notamment que celui-ci est déjà visé par les alinéas a et b de l’article 1, F<sup>85</sup>.

---

<sup>80</sup> Directive 2004/83/CE du Conseil du 29 avril 2004 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, et relatives au contenu de ces statuts, *J.O.C.E.*, L.304/12, 30 septembre 2004, considérant 22.

<sup>81</sup> C.J.U.E., 9 novembre 2010, *B. et D. c. Allemagne*, C-57/09 et C-101/09, *Rec. C.J.U.E.* p. I-10979, para. 83.

<sup>82</sup> Court of Appeal (civil division), *KJ (Sri Lanka) v Secretary of State for the Home Department*, n°[2009] EWCA Civ 292, 2 avril 2009, para. 36 ; Immigration Appeal Tribunal (U.K.), *KK (Article 1F(c) ) Turkey*, n°[2004] UKIAT 00101, 7 mai 2004, para. 74 ; C.P.R.R. (Belgique), n°02-2607/F2192, 19 octobre 2005 ; C.P.R.R. (Belgique), n° 05-2560/F2506/cd, 27 septembre 2006 ; C.C.E. (Belgique), n°27.479, 18 mai 2009 ; C.C.E. (Belgique), n°54.335, 13 janvier 2011 ; Fed. Ct Appeal (Montreal - Canada), *Mohamed Zrig c. the Minister of Citizenship and Immigration*, n°A-33-02, 4 avril 2003 ; Supreme Court of Canada, *Suresh c. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, n°27790, 11 janvier 2002 ; Bundesverwaltungsgericht (Allemagne), n°BVerwG 10 C 2.10, 31 mars 2011 ; Bundesverwaltungsgericht (Allemagne), n°BVerwG 10 C 26.10, 7 juillet 2011 ; C.N.D.A. (France), n°611731, 27 juin 2008 ; C.N.D.A., 21 avril 2011, M. R. n°10014066 C+.

<sup>83</sup> U.N.H.C.R., Background Note on the Application of the Exclusion Clauses: Article 1F of the 1951 Convention relating to the Status of Refugees, 4 septembre 2003, para. 49.

<sup>84</sup> G. S. GOODWIN-GILL ET J. MCADAM, *The Refugee in International Law*, *op. cit.*, p. 197 ; S. BODART, *La protection internationale des réfugiés en Belgique*, *op. cit.*, p. 302 ; C. AHLBORN, « The Normative Erosion of International Refugee Protection through UN Security Council Practice », *Leiden Journal of International Law*, vol. 24, n°04, p. 1024 ; G. GILBERT, « Current Issues in the Application of the Exclusion Clauses », *op. cit.*, p. 456.

<sup>85</sup> A. ZIMMERMANN ET P. WENNHOLZ, « Article 1 F (Définition of the Term Refugee/Définition du Terme "Réfugié") », *op. cit.*, p. 610, para. 111.

Une difficulté apparaît à propos de la question de savoir si des actes terroristes doivent atteindre un certain seuil de gravité – et, dans l’affirmative, lequel – pour pouvoir être considérés comme contraires aux buts et principes des Nations Unies. Une affaire en cours en Belgique est particulièrement éclairante à cet égard. Ayant déjà fait l’objet de trois décisions du C.G.R.A., de trois arrêts du C.C.E.<sup>86</sup> et d’une cassation par le Conseil d’État<sup>87</sup>, elle est à présent à nouveau pendante devant le C.C.E. Elle concerne un ressortissant marocain condamné en 2006 en correctionnelle à six ans d’emprisonnement pour participation aux activités d’un groupe terroriste, à savoir une implication dans une filière consistant à recruter et envoyer des volontaires djihadistes en Irak. Le C.G.R.A. rejeta sa demande d’asile sur la base de l’article 1, F, c, tandis que le C.C.E., se fondant sur le « principe de la stricte interprétation des clauses d’exclusion » lui attribua le statut de réfugié, considérant en substance que les actes reprochés « n’atteign[ai]ent pas le seuil permettant de les qualifier d’agissements contraires aux buts et aux principes des Nations Unies »<sup>88</sup>. Le motif fut cassé par le Conseil d’Etat, non pas explicitement pour la raison que l’article 1, F, c, n’aurait pas exigé l’appréciation d’un tel seuil de gravité, mais parce ce qu’il était contradictoire avec les autres constatations matérielles contenues dans l’arrêt sur le fond<sup>89</sup>.

La Cour suprême britannique a récemment considéré que les termes *agissements contraires aux buts et principes des Nations Unies* devaient avoir une signification autonome et ne pouvaient entièrement dépendre des définitions nationales du terrorisme<sup>90</sup>.

La Cour a ajouté :

*« the appropriately cautious and restrictive approach would be to adopt para 17 of the UNHCR Guidelines: ‘Article 1F(c) is only triggered in extreme circumstances by activity which attacks the very basis of the international community’s coexistence. Such activity must have an international dimension. Crimes capable of affecting*

---

<sup>86</sup> C.C.E. (Belgique), arrêt n°54.335, 13 janvier 2011 ; C.C.E. (Belgique), arrêt n°57.261, 3 mars 2011 ; C.C.E. (Belgique), arrêt n°64.356, 1<sup>er</sup> juillet 2011.

<sup>87</sup> C.E. (section du contentieux administratif - Belgique), arrêt n°220.321 du 13 juillet 2012.

<sup>88</sup> C.C.E. (Belgique), arrêt n°64.356, 1<sup>er</sup> juillet 2011, para. 5.4.3.5.

<sup>89</sup> C.E. (section du contentieux administratif - Belgique), arrêt n°220.321 du 13 juillet 2012.

<sup>90</sup> Supreme Court (U.K.), *1-Sirri (FC) (Appellant) v. Secretary of State for the Home Department (Respondent) and DD (Afghanistan) (FC) (Appellant) v. Secretary of State for the Home Department (Respondent)*, n°[2012] UKSC 54, 21<sup>st</sup> November 2012, para. 36.

*international peace, security and peaceful relations between states, as well as serious and sustained violations of human rights would fall under this category.* »<sup>91</sup>

« *The test is whether the resulting acts have the requisite serious effect upon international peace, security and peaceful relations between states.* »<sup>92</sup>

Retenir ce test ne signifie pas pour autant s'interroger sur un éventuel seuil de gravité que l'acte terroriste devrait atteindre pour relever de l'article 1, F, c ; il implique plutôt de se pencher sur son effet dans les relations internationales, ce qui est autre chose que de procéder à une appréciation relativement subjective de sa gravité intrinsèque.

## ii. Violations sérieuses des droits de l'homme

Certaines jurisprudences nationales ont considéré que des violations sérieuses des droits de l'homme pouvaient entrer dans le champ d'application de l'article 1, F, c<sup>93</sup>. La Cour suprême du Canada a notamment déclaré :

« *Where the rule which has been violated is very near the core of the most valued principles of human rights and is recognized as immediately subject to international condemnation and punishment, then even an isolated violation could lead to an exclusion under Article 1F(c).* »<sup>94</sup>

Le tribunal administratif fédéral suisse s'est prononcé dans le même sens :

« l'alinéa c) couvr[e] également les violations des droits de l'homme qui ne répondent pas à la définition des crimes contre l'humanité. »<sup>95</sup>

Il convient toutefois de ne retenir que les violations les plus sérieuses des droits de l'Homme. Ainsi que l'a souligné la Cour suprême du Canada :

« *The guiding principle is that where there is consensus in international law that particular acts constitute sufficiently serious and sustained violations of fundamental*

---

<sup>91</sup> Supreme Court (U.K.), *1-Sirri (FC) (Appellant) v. Secretary of State for the Home Department (Respondent) and DD (Afghanistan) (FC) (Appellant) v. Secretary of State for the Home Department (Respondent)*, n°[2012] UKSC 54, 21<sup>st</sup> November 2012, para. 38.

<sup>92</sup> Supreme Court (U.K.), *1-Sirri (FC) (Appellant) v. Secretary of State for the Home Department (Respondent) and DD (Afghanistan) (FC) (Appellant) v. Secretary of State for the Home Department (Respondent)*, n°[2012] UKSC 54, 21<sup>st</sup> November 2012, para. 40.

<sup>93</sup> Tribunal administratif fédéral (Suisse), Arrêt n°E- 5256/2006, 13 juillet 2010, pp. 14-15 ; Commission de recours des réfugiés (Belgique), 18 juillet 1986, n°50265, M. D ; Supreme Court of Canada, *Pushpanathan v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, n°[1998] 1 S.C.R. 982, 4 June 1998, para. 70.

<sup>94</sup> *Ibid.*, para. 70.

<sup>95</sup> Tribunal administratif fédéral (Suisse), Arrêt n°E- 5256/2006, 13 juillet 2010, pp. 14-15.

*human rights as to amount to persecution, [...] then Article 1F(c) will be applicable.* »<sup>96</sup>

Cette inclusion des violations les plus graves des droits de l'homme a été confirmée par la doctrine<sup>97</sup>. Le Haut-Commissariat aux réfugiés a par ailleurs soutenu :

*« crimes capable of affecting international peace, security and peaceful relations between States would fall within this clause, as would serious and sustained violations of human rights. »*<sup>98</sup>

iii. D'autres agissements contraires aux buts et principes des Nations Unies

D'autres agissements pourraient être envisagés, sans toutefois qu'un consensus international puisse se dégager à leur propos. Ainsi, le trafic de drogue avait un temps été envisagé par la jurisprudence canadienne<sup>99</sup>, avant d'être finalement rejeté par la Cour suprême<sup>100</sup> :

*« Even though international trafficking in drugs is an extremely serious problem that the United Nations has taken extraordinary measures to eradicate, in the absence of clear indications that the international community recognizes drug trafficking as a sufficiently serious and sustained violation of fundamental human rights as to amount to persecution, either through a specific designation as an act contrary to the purposes and principles of the United Nations (the first category), or through international instruments which otherwise indicate that trafficking is a serious violation of fundamental human rights (the second category), individuals should not be deprived of*

---

<sup>96</sup> Supreme Court of Canada, *Pushpanathan v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, n°[1998] 1 S.C.R. 982, 4 June 1998, para. 65.

<sup>97</sup> J. C. HATHAWAY, *The Law of Refugee Status*, *op. cit.*, p. 228 ; G. S. GOODWIN-GILL ET J. MCADAM, *The Refugee in International Law*, *op. cit.*, p. 189 ; E. KWAKWA, « Article 1F(c): Acts Contrary to the Purposes and Principles of the United Nations », *op. cit.*, p. 91 ; G. GILBERT, « Current Issues in the Application of the Exclusion Clauses », in E. FELLER, V. TÜRK ET F. NICHOLSON (dir.), *Refugee Protection in International Law: UNHCR's Global Consultations on International Protection*, Cambridge, Cambridge University Press, 2003, pp. 455-456. *Contra*: A. ZIMMERMANN ET P. WENNHOLZ, « Article 1 F (Définition of the Term Refugee/Définition du Terme "Réfugié") », *op. cit.*, p. 605, para. 97.

<sup>98</sup> U.N.H.C.R., *Background Note on the Application of the Exclusion Clauses: Article 1F of the 1951 Convention Relating to the Status of Refugees*, *op. cit.*, para. 47.

<sup>99</sup> Cour d'appel (Toronto), *Pushpanathan c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, n°A-535-93, 19 décembre 2005 ; Trib. de 1<sup>re</sup> inst., *Atef c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, n°[1995]-3-C.F.-86, 29 mai 1995.

<sup>100</sup> Supreme Court of Canada, *Pushpanathan v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, no[1998] 1 S.C.R. 982, 4 June 1998, para. 76.

*the essential protections contained in the Convention for having committed those acts. »<sup>101</sup>*

Par ailleurs, combattre des forces armées sous mandat du Conseil de sécurité de l'ONU a été qualifié d'agissements contraires aux buts et principes des Nations Unies par la jurisprudence anglaise :

*« fighting against UN mandated forces would appear to be a clear example of action contrary to purposes and principles of the United Nations, acting in accordance with its Charter. Military actions mandated by decision of the UN Security Council are conducted on behalf of the entire international community. The expressed purpose of the UN is to establish peace and security in the areas in which ISAF forces are mandated to operate, in order to achieve the goals set for UN involvement in Afghanistan. It does not follow that violence against anyone bearing UN colours anywhere is necessarily action contrary to the purposes and principles of the United Nations. Situations will differ and require specific analysis. »<sup>102</sup>*

*La Cour suprême britannique a récemment confirmé cette jurisprudence :*

*« an attack on ISAF is in principle capable of being an act contrary to the purposes and principles of the United Nations. The fundamental aims and objectives of ISAF accord with the first purpose stated in article 1 of the United Nations Charter. By attacking ISAF, the appellant was seeking to frustrate that purpose. »<sup>103</sup>*

*Les attaques dirigées contre les forces armées des États autorisés par le Conseil de sécurité en vertu du chapitre VII de la Charte des Nations Unies ne constituent pas en tant que telles, et à la différence d'attaques dirigées contre des forces de maintien de la paix ou des missions*

---

<sup>101</sup> *Ibid.*, para. 75.

<sup>102</sup> Court of Appeal (U.K.), *Secretary of State for the Home Department c. D. D. (Afghanistan)*, n°C5/2008/2765, 10 December 2010, para. 65. Voy. également : High Court (Ireland), *A. B. (Applicant) and Refugee Appeals Tribunal and Minister for Justice, Equality and Law Reform*, n°[2011] IEHC 198, 5<sup>th</sup> May 2011, para. 56.

<sup>103</sup> Supreme Court (U.K.), *1-Sirri (FC) (Appellant) v. Secretary of State for the Home Department (Respondent) and DD (Afghanistan) (FC) (Appellant) v. Secretary of State for the Home Department (Respondent)*, n°[2012] UKSC 54, 21<sup>st</sup> November 2012, para. 68.

humanitaires, des crimes de guerre<sup>104</sup>. Elles ne sont pas non plus visées par la Convention sur la sécurité du personnel des Nations Unies et du personnel associé<sup>105</sup>.

En pratique, les auteurs d'attaques à l'encontre des forces armées sous mandat du Conseil de sécurité pourront également être visés par l'article 1, F de trois façons. Premièrement, les auteurs d'agissements constituant une menace contre la paix, une rupture de la paix ou un acte d'agression justifiant l'autorisation du recours à la force par le Conseil de sécurité<sup>106</sup> pourront souvent être exclus pour crime contre la paix, crime contre l'humanité, crime de guerre (art. 1, F, a), crime grave de droit commun (art. 1, F, b), terrorisme ou violations graves des droits de l'homme (art. 1, F, c). Ensuite, les affrontements auxquels donne lieu l'intervention militaire autorisée seront soumis au droit international humanitaire dont la violation justifie à son tour une exclusion (art. 1, F, a : crimes de guerre). Enfin, les organes des Nations Unies, s'ils le souhaitent, peuvent désigner la résistance à une force armée autorisée par le Conseil de sécurité comme contraire aux buts et principes des Nations Unies. Au vu de cela, inclure les combats à l'encontre des forces armées sous mandat du Conseil de sécurité de l'ONU dans l'article 1, F, c, ne semble avoir qu'une faible valeur ajoutée<sup>107</sup>, même si elle existe néanmoins.

### C - « Se sont rendues coupables »

Après avoir examiné ce que pouvait recouvrir l'expression « agissements contraires aux buts et principes des Nations Unies », il convient de s'intéresser à l'exigence selon laquelle les personnes doivent s'être « rendues coupables » de tels agissements. Plusieurs éléments doivent ici être analysés. Premièrement, il convient de distinguer ces termes de ceux employés aux alinéas a et b de l'article 1, F (1). Ensuite, il importe de considérer la pertinence de la

---

<sup>104</sup> Art. 8, 2, b, iii, du Statut de Rome de la Cour pénale internationale : « Le fait de diriger intentionnellement des attaques contre le personnel, les installations, le matériel, les unités ou les véhicules employés dans le cadre d'une mission d'aide humanitaire ou de maintien de la paix conformément à la Charte des Nations Unies, pour autant qu'ils aient droit à la protection que le droit international des conflits armés garantit aux civils et aux biens de caractère civil ; ».

<sup>105</sup> Article 2, paragraphe 2, de la Convention sur la sécurité du personnel des Nations Unies et du personnel associé, signée à New York le 9 décembre 1994 : « La présente Convention ne s'applique pas à une opération des Nations Unies autorisée par le Conseil de sécurité en tant qu'action coercitive en vertu du Chap. VII de la Charte des Nations Unies dans le cadre de laquelle du personnel est engagé comme combattant contre des forces armées organisées et à laquelle s'applique le droit des conflits armés internationaux. »

<sup>106</sup> Art. 39 de la Charte des Nations Unies, signée à San Francisco le 26 juin 1945.

<sup>107</sup> Guy S. GOODWIN-GILL, « Article 1 F(c) of the 1951 Convention: Denying refugee status because of acts contrary to the purposes and principles of the United Nations », *International Refugee Law Seminars*, 2<sup>nd</sup> Series, Londres, 11 oct. 2011.

qualité officielle de l'auteur des agissements (2). Enfin, il faut étudier le degré de participation exigé (3).

### ***1. Distinguer l'alinéa c des alinéas a et b***

Premièrement, les alinéas a et b du paragraphe F de l'article 1 utilisent les termes « ont commis », tandis que l'alinéa c emploie les termes « se sont rendues coupables ». Certains y ont vu l'exigence d'un niveau de preuve plus élevé, notamment celle d'un verdict de culpabilité par une juridiction<sup>108</sup>. Il convient toutefois de souligner que les mots exacts ne sont pas « ont été reconnues coupables », mais « se sont rendues coupables », ce qui tend à exclure cette exigence d'un verdict de culpabilité. Ainsi que l'a souligné le Conseil d'Etat de Belgique :

« pour exclure un demandeur d'asile du bénéfice de la protection internationale, une instance d'asile n'est pas tenue de prouver au sens pénal – comme devrait le faire une partie poursuivante – les faits qu'elle met à charge du demandeur, mais qu'il lui suffit d'établir qu'il existe des raisons sérieuses de penser que le demandeur d'asile est l'auteur de faits justifiant son exclusion, ce qui écarte également, pour la reconnaissance de la qualité de réfugié, la présomption d'innocence qui prévaut en matière répressive »<sup>109</sup>.

Lors des travaux préparatoires, cette différence entre les alinéas a et b d'une part, et l'alinéa c, d'autre part, n'a pas été réellement discutée. Au contraire, il semble que les termes « se sont rendues coupables » et « *has committed* » ont été indifféremment utilisés. Les versions anglaise et française du compte rendu analytique de la 29<sup>e</sup> session de la Conférence de plénipotentiaires sur le statut des réfugiés et des apatrides sont toutes deux originales<sup>110</sup> et font donc également foi. Or, ce sont les termes « se sont rendues coupables » qui ont été utilisés dans la version française<sup>111</sup> et les termes « *has committed* » dans la version anglaise<sup>112</sup>. Ce n'est que le lendemain de ces débats, lorsque le texte de l'article 1, F a été adopté définitivement, que l'on a présenté une version anglaise de l'article 1, F, c, traduite depuis la

---

<sup>108</sup> E. KWAKWA, « Article 1F(c): Acts Contrary to the Purposes and Principles of the United Nations », *International Journal of Refugee Law*, vol. 12 (supp. 1), 2000, p. 84.

<sup>109</sup> C.E. (section du contentieux administratif - Belgique), arrêt n°220.321 du 13 juillet 2012.

<sup>110</sup> Conference of Plenipotentiaries on the Status of Refugees and Stateless Persons, *Summary Record of the Twenty-ninth Meeting*, 19 juillet 1951, A/CONF.2/SR.29, p. 1.

<sup>111</sup> Conférence de plénipotentiaires sur le statut des réfugiés et des apatrides, *Compte rendu analytique de la vingt-neuvième séance*, 19 juillet 1951, A/CONF.2/SR.29.

<sup>112</sup> Conference of Plenipotentiaries on the Status of Refugees and Stateless Persons, *Summary Record of the Twenty-ninth Meeting*, 19 juillet 1951, A/CONF.2/SR.29, pp. 20 et 27.

version française<sup>113</sup>. La version anglaise de l'article 1, F, c se lit désormais : « *He has been guilty of*<sup>114</sup> *acts contrary to the purposes and principles of the United Nations.* » À la lumière de cela, il semble fondé de conclure que les délégués entendaient donner la même signification aux deux expressions<sup>115</sup>.

## 2. Exigence d'une qualité officielle de l'auteur ?

Les buts et principes des Nations Unies sont spécifiquement destinés à guider la conduite des gouvernements, notamment au sein de l'organisation universelle,<sup>116</sup> et il se comprend donc que ce soit essentiellement les responsables de ceux-ci qui sont capables de violer ceux-là. Le délégué français s'est exprimé en ce sens lors des travaux préparatoires, déclarant que cette clause ne visait pas l'homme de la rue, mais des personnes occupant des postes gouvernementaux, telles que des chefs d'État, des ministres ou des hauts fonctionnaires<sup>117</sup>. Le Haut-Commissariat aux réfugiés a également soutenu qu'en principe seules des personnes qui ont exercé le pouvoir dans un État ou une entité similaire à un État sont susceptibles de se rendre coupables d'agissements contraires aux buts et principes des Nations Unies<sup>118</sup>. En 2003, un examen minutieux des jurisprudences anglaise et française permettait encore d'affirmer que « Sous réserve de quelques rares exceptions [...] les agissements contraires aux buts et principes des Nations Unies supposent qu'ils aient été commis en qualité d'agent étatique, *de jure* ou *de facto*, agissant au nom ou – du moins – pour le compte de l'État. »<sup>119</sup> Cette notion a été interprétée de manière relativement large<sup>120</sup>.

---

<sup>113</sup> Conference of Plenipotentiaries on the Status of Refugees and Stateless Persons, *Draft Convention Relating to the Status of Refugee*, 20 juillet 1951, A/CONF.2/L.1/Add.10, p. 3: « *Paragraphs (b) and (c) were adopted on the basis of the French text. The above is a translation.* »

<sup>114</sup> Nous soulignons.

<sup>115</sup> Court of Appeal (U. K.), *Al-Sirri v Secretary of State for the Home Department & Anorn*, n°[2009] EWCA Civ 222, para. 35 ; A. ZIMMERMANN ET P. WENNHOLZ, « Article 1 F (Définition of the Term Refugee/Définition du Terme "Réfugié) », *op. cit.*, p. 603, para. 86 ; J. C. HATHAWAY, *The Law of Refugee Status*, *op. cit.*, p. 215 ; G. S. GOODWIN-GILL ET J. MCADAM, *The Refugee in International Law*, *op. cit.*, p. 197.

<sup>116</sup> J. C. HATHAWAY, *The Law of Refugee Status*, *op. cit.*, p. 229.

<sup>117</sup> Economic and Social Council, *Summary Record of the One Hundred and Sixty-sixth Meeting*, Genève, 22 août 1950, E/AC.7/SR.166, p. 6. Cfr. *supra*.

<sup>118</sup> U.N.H.C.R., *Background Note on the Application of the Exclusion Clauses: Article 1F of the 1951 Convention Relating to the Status of Refugees*, *op. cit.*, para. 48.

<sup>119</sup> V. CHETAİL, *Le statut de réfugié en France et au Royaume-Uni – Étude de droit international et de droit comparé*, Thèse pour le doctorat en droit, Tome 1, Université Panthéon-Assas (Paris II), 2003, p. 506.

<sup>120</sup> M. COMBARNOUS, « Les clauses d'exclusion et de cessation de la qualité de réfugié dans la jurisprudence de la Commission des recours des réfugiés en France », in V. CHETAİL (dir.), *La Convention de Genève du 28 juillet 1951 relative au statut des réfugiés 50 ans après : bilan et perspectives*, Bruxelles, Bruylant, 2001, p. 392.

Quel que soit le sens, étroit ou large, que l'on donne à la qualité officielle de l'auteur des agissements tenus pour contraires aux buts et aux principes des Nations Unies, on peut s'interroger plus fondamentalement sur la pertinence de cette exigence. En effet, celle-ci n'est en rien commandée par le texte même de la disposition, dont la phrase introductive vise sans distinction particulière toutes les « personnes » entrant dans l'une des catégories énoncées. Il est par ailleurs remarquable que lorsqu'ils ont affirmé que le terrorisme était contraire aux buts et principes de la Charte, ni le Conseil de sécurité, ni l'Assemblée générale, n'ont limité leur condamnation au terrorisme d'État, c'est-à-dire à celui perpétré ou commandité par des personnes occupant des fonctions officielles. L'inclusion du terrorisme parmi les agissements visés par l'article 1, F, c, semble donc avoir conduit à une érosion, voire à un abandon, de l'exigence selon laquelle les « personnes » exclues pour ce motif devaient avoir occupé une responsabilité officielle au sein d'un appareil étatique, même largement entendu. La jurisprudence le confirme puisque, désormais, tant la Cour de Justice de l'Union européenne<sup>121</sup> que les juridictions nationales<sup>122</sup> s'abstiennent d'y voir une condition *a priori* d'application de l'article 1, F, c, particulièrement lorsqu'il s'agit d'exclure le bénéfice de la Convention en cas d'acte de terrorisme. Dans le même ordre d'idée, la directive 2004/83/CE vise les participations de tous types, et non uniquement celles requérant une position de supérieur hiérarchique<sup>123</sup>. La doctrine abonde également en ce sens<sup>124</sup>. La qualité d'agent étatique ne devrait donc plus être considérée comme une condition *a priori* d'application de l'article 1, F, c, mais plutôt comme une conséquence fréquente du quasi-monopole étatique, à l'exception notamment des groupes terroristes, de la capacité de commettre des agissements

<sup>121</sup> C.J.U.E., 9 novembre 2010, *B. et D. c. Allemagne*, C-57/09 et C-101/09, *Rec. C.J.U.E.* p. I-10979, para. 82 et svl.

<sup>122</sup> Bundesverwaltungsgericht (Allemagne), n°BVerwG 10 C 2.10, 31 mars 2011, para. 41 ; Bundesverwaltungsgericht (Allemagne), n°BVerwG 10 C 26.10, 7 juillet 2011, para. 27 ; Court of Appeal (U.K.), *Al-Sirri v Secretary of State for the Home Department & Anorn*, n°[2009] EWCA Civ 222, para. 39 ; Immigration Appeal Tribunal (U.K.), *KK (Article 1F(c) Turkey)*, n°[2004] UKIAT 00101, 7 mai 2004, para. 69 ; Supreme Court of Canada, *Pushpanathan v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, n°[1998] 1 S.C.R. 982, 4 June 1998, para. 68 ; C.N.D.A., 27 juin 2008, M. M., n°07014895/611731 R ; C.N.D.A., 31 juillet 2009, M. D., n°08011051/630580 R ; C.N.D.A., 17 mai 2010, M. T. n°09009414 C+ ; C.N.D.A., 21 avril 2011, M. R. n°10014066 C +.

<sup>123</sup> Directive 2004/83/CE du Conseil du 29 avril 2004 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, et relatives au contenu de ces statuts, *J.O.C.E.*, L.304/12, 30 septembre 2004, article 12, paragraphe 3.

<sup>124</sup> G. S. GOODWIN-GILL ET J. MCADAM, *The Refugee in International Law*, *op. cit.*, pp. 186-190 et note 274 ; S. BODART, *La protection internationale des réfugiés en Belgique*, *op. cit.*, pp. 300-301 ; A. ZIMMERMANN ET P. WENHOLZ, « Article 1 F (Définition of the Term Refugee/Définition du Terme "Réfugié) », *op. cit.*, p. 603, para. 85 ; E. KWAKWA, « Article 1F(c): Acts Contrary to the Purposes and Principles of the United Nations », *op. cit.*, p. 85 ; P.J. VAN KRIEKEN (dir.), *Refugee law in context : the exclusion clause*, La Haye, T.M.C. Asser Press, 1999, p. 8 ; G. GILBERT, « Current Issues in the Application of the Exclusion Clauses », in E. FELLER, V. TÜRK et F. NICHOLSON (dir.), *Refugee Protection in International Law: UNHCR's Global Consultations on International Protection*, Cambridge, Cambridge University Press, 2003, p. 457.

susceptibles d'être qualifiés de « contraires aux buts et principes des Nations Unies ». En d'autres termes, aucune violation de la Convention ne devrait pouvoir être reprochée à l'État contractant qui refuse d'accorder, sur pied de l'article 1, F, c, le statut de réfugié à un simple particulier.

On n'insistera pas ici sur la signification politique profonde que constitue l'opposabilité des buts et des principes des Nations Unies aux particuliers à travers le mécanisme de la clause d'exclusion étudiée. Se constitue ainsi, en quelque sorte, une forme de moralité politique universelle de base, un « politiquement correct » au sens noble du terme.

### **3. Le degré de participation exigé**

Encore faut-il que la personne (simple particulier ou personne ayant une qualité ou un rôle officiel dans l'appareil d'État) ait été personnellement impliquée dans l'acte jugé contraire aux buts et aux principes des Nations Unies. En ce qui concerne le degré de participation exigé, c'est-à-dire le degré d'implication dans l'agissement contraire aux buts et principes des Nations Unies de l'individu susceptible d'être exclu du bénéfice de la Convention, plusieurs éléments doivent être considérés. Premièrement, la directive 2004/83/CE vise les personnes qui sont les instigatrices des crimes ou des actes concernés, « ou qui y participent de quelque autre manière »<sup>125</sup>. Tant les auteurs principaux que les complices des agissements semblent donc visés par la disposition.

Une participation effective du demandeur de protection doit néanmoins être identifiée. La C.J.U.E. a ainsi considéré :

« l'acte intentionnel de participation aux activités d'un groupe terroriste [...] n'est pas de nature à déclencher l'application automatique des clauses d'exclusion [...] »<sup>126</sup>

Elle a précisé qu'il était requis :

« un examen individuel de faits précis permettant d'apprécier s'il y a des raisons sérieuses de penser que, dans le cadre de ses activités au sein de cette organisation, cette personne [...] s'est rendue coupable d'agissements contraires aux buts et aux

---

<sup>125</sup> Directive 2004/83/CE du Conseil du 29 avril 2004 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, et relatives au contenu de ces statuts, *J.O.C.E.*, L.304/12, 30 septembre 2004, article 12, paragraphe 3.

<sup>126</sup> C.J.U.E., 9 novembre 2010, *B. et D. c. Allemagne*, C-57/09 et C-101/09, *Rec. C.J.U.E.* p. I-10979, para. 93.

principes des Nations unies, ou qu'elle a instigué [...] de tels agissements, ou y a participé de quelque autre manière »<sup>127</sup>.

En d'autres termes, ce qu'il importe d'examiner, c'est :

« le rôle qu'a effectivement joué la personne concernée dans la perpétration des actes en question, sa position au sein de l'organisation, le degré de connaissance qu'elle avait ou était censée avoir des activités de celle-ci, les éventuelles pressions auxquelles elle aurait été soumise ou d'autres facteurs susceptibles d'influencer son comportement. »<sup>128</sup>.

Il est requis, au titre de l'élément subjectif des agissements concernés, d'établir que la personne concernée a personnellement, avec intention et connaissance<sup>129</sup>, planifié, facilité ou participé aux agissements visés. La qualité de membre de certains groupes aux méthodes particulièrement violentes peut emporter une présomption réfragable de responsabilité individuelle<sup>130</sup>. L'inscription d'une personne sur une liste d'un comité de sanction du Conseil de sécurité ou une liste antiterroriste de l'U.E. ne devrait pas suffire à elle seule à fonder une exclusion, mais constitue néanmoins un indice sérieux dont il conviendra de tenir compte<sup>131</sup>. L'objectif humanitaire d'élargissement de la protection de la Convention de Genève de 1951 dont il a été fait état *supra* invite à apprécier strictement le degré de participation et à maintenir un niveau relativement élevé d'exigence à cet égard.

On peut considérer, à l'instar de la définition de la complicité donnée par la Commission du droit international dans son Projet de Code des crimes contre la paix et la sécurité de l'humanité, qu'est exigée au minimum une contribution directe et substantielle qui facilite notablement les agissements concernés<sup>132</sup>. Les jurisprudences des tribunaux *ad hoc* et de la Cour pénale internationale ont également retenu cette exigence d'une aide substantielle<sup>133</sup>.

---

<sup>127</sup> *Ibid.*, para. 94.

<sup>128</sup> *Ibid.*, para. 97.

<sup>129</sup> U.N.H.C.R., *The UN Refugee Agency: Guidelines on International Protection: Application of the Exclusion Clauses: Article 1F of the 1951 Convention relating to the Status of Refugees*, 2003, p. 6, para. 21 ; S. ABER, D. CHAFFEE, M. F. COHEN, E. DOUGHERTY et al., « Unintended Consequences: Refugee Victims of the War on Terror », *Georgetown University Law Center, HRI Papers & Reports 1*, 2006, p. 29 (voy. [http://scholarship.law.georgetown.edu/hri\\_papers/1](http://scholarship.law.georgetown.edu/hri_papers/1) (dern. consult. déc. 2012)).

<sup>130</sup> *Ibid.*, p. 6, para. 19.

<sup>131</sup> Voy. notamment : A. ZIMMERMANN et P. WENNHOLZ, « Article 1 F (Définition of the Term Refugee/Définition du Terme "Réfugié") », *op. cit.*, p. 603, para. 90 ; Bundesverwaltungsgericht (Allemagne), n°BVerwG 10 C 2.10, 31 mars 2011, para. 40.

<sup>132</sup> Rapport de la Commission du droit international sur les travaux de sa quarante-huitième session, précité note 92, p. 18-19 et 21, para. 11.

<sup>133</sup> T.P.I.Y., *Le Procureur c. Dusko Tadic alias « Dule »*, Jugement, IT-94-1-T, 7 mai 1997, para. 691 ; T.P.I.Y., *Aff. Celebici*, Arrêt, IT-96-21-A, 20 févr. 2001, para. 352 ; T.P.I.Y., *Le Procureur c. Naletilic et Martinovic*, Jugement, IT-98-34-T, 31 mars 2003, para. 63 ; T.P.I.R., *Le Procureur c. Rutaganda*, Jugement, ICTR-96-3-T, 6 déc. 1999, para. 43 ; T.P.I.R., *Le Procureur c. Musema*, Jugement, ICTR-96-13-T, 25 janv. 2000, para. 125-126 ; C.P.I., *The Prosecutor v. Thomas Lubanga Dyilo*, Jugement, ICC-01/04-01/06, 14 mars 2012, para. 997.

\*

Au vu des développements ci-dessus, il apparaît que l'utilisation dans le *litera c* des termes « se sont rendues coupables », à la différence des *litera a* et *b* utilisant « ont commis », n'a pas d'incidence particulière sur l'interprétation à donner de ces dispositions. Il ressort également qu'il n'est pas requis que la personne visée ait occupé une position de pouvoir dans un État ou dans une entité similaire. Même si ce sera fréquemment le cas, cela ne peut constituer une exigence *a priori*. Enfin, il semble établi que différents modes de participation aux agissements concernés soient envisageables. Néanmoins, il convient de rester relativement strict afin de préserver l'objectif humanitaire de la convention de Genève. Les éléments objectifs, à savoir planifier, faciliter ou participer aux agissements visés, et subjectifs, à savoir l'exigence d'une intention et d'une connaissance, devraient être requis. À la suite de Guy S. GOODWIN-GILL et J. MCADAM, on peut ainsi considérer que les personnes suivantes sont susceptibles de tomber sous le coup de l'exclusion prévue par l'article 1, F, c :

« (1) *policy-makers, and those holding positions of political responsibility, in situations where, for example, violations of human rights or other activities contrary to the purposes and principles of the UN have occurred, and where they may be considered to have covered such activities with their authority;*

(2) *the agents of implementation of such policies, including, for example, officials in government departments or agencies who knew or ought to have known what was going on, and the members of government and other organisations engaged in activities, such as persecution, contrary to the purposes and principles of the United Nations;*

(3) *individuals, whether members of organisations or not, who, for example, have personally participated in the persecution or denial of human rights of others; and*

(4) *those individuals, whether connected with the organization of a State or not, who are considered to have committed 'terrorist' or 'terrorist related' acts. »<sup>134</sup>*

## Conclusion

La nature des « agissements contraires aux buts et principes des Nations Unies » et les modes de commission visés par les termes « se sont rendues coupables » ont été analysés. Il a été établi que la seule énumération des buts et principes des Nations Unies contenue dans la

---

<sup>134</sup> G. S. GOODWIN-GILL et J. MCADAM, *The Refugee in International Law*, op. cit., pp. 189-190.

Charte de l'ONU ne permettait pas de déterminer quels étaient ces agissements. Une compréhension résiduelle du *littera c* de la disposition par rapport aux *littera a* et *b* a conduit à l'élimination des crimes contre la paix, des crimes contre l'humanité, des crimes de guerre et des crimes de droit commun. Le but humanitaire d'étendre le champ de protection poursuivi par la Convention de Genève a justifié une compréhension restrictive de ces agissements. Face à la confusion sur le sens à donner à cette clause, dont ont témoigné les travaux préparatoires, la pratique des organes de l'ONU a permis de désigner les actes terroristes comme contraires aux buts et principes des Nations Unies. À défaut d'une définition coutumière, seuls les actes explicitement reconnus comme terroristes par l'une des seize conventions de lutte contre le terrorisme ont été retenus. Les violations particulièrement sérieuses des droits de l'homme sont également apparues comme des agissements contraires aux buts et principes des Nations Unies. Aucun consensus international n'est apparu à ce jour pour désigner d'autres types d'agissements.

Quant aux modes de commission, il semble qu'aucune qualité officielle ne soit plus requise pour se rendre coupable de ce type d'agissements. En revanche, il est requis d'y avoir personnellement participé ou de les avoir planifiés ou facilités de toute autre façon, avec intention et connaissance. La qualité de membre d'une organisation figurant sur une liste de lutte contre le terrorisme ne paraît pas à elle seule suffire pour exclure légalement le bénéfice de la Convention.

**PROTECTION SUBSIDIAIRE ET MENACE A L'ORDRE PUBLIC :**  
**L'APPLICATION DE LA CLAUSE D'EXCLUSION**  
**DE L'ARTICLE 17-1 (D) DE LA DIRECTIVE 2004/83/CE**  
**DU CONSEIL DE L'UNION EUROPEENNE EN FRANCE**

Fatma BOGGIO-COSADIA\*

En complément de la protection internationale des réfugiés conférée par la Convention de Genève, la Directive 2004/83/CE du Conseil de l'Union européenne du 29 avril 2004 dite *Directive Qualification*<sup>1</sup> instaure une protection subsidiaire applicable dans tous les Etats membres de l'Union. Y sont éligibles les ressortissants des Etats tiers susceptibles de subir des atteintes graves : la peine de mort ou l'exécution, la torture ou des traitements ou sanctions inhumains ou dégradants, des menaces graves et individuelles contre leur vie ou leur personne en leur qualité de civil, en raison d'une violence aveugle ou d'un conflit armé interne ou international.

Au plan des clauses d'exclusion, la directive reprend les trois mêmes clauses d'exclusion que celles de la Convention de Genève pour les requérants d'asile relevant de la protection conventionnelle. Elle les étend aux personnes susceptibles de bénéficier de la protection subsidiaire en apportant toutefois une modification substantielle relative à la clause d'exclusion du paragraphe b). Peuvent en effet être exclus de la protection subsidiaire les personnes dont il existe des motifs sérieux de considérer qu'elles ont commis un crime grave de droit commun sans qu'il soit nécessaire que cet acte ait eu lieu en dehors du pays de refuge. Mais surtout, son article 17-1 (d) introduit une clause supplémentaire d'exclusion de la protection subsidiaire. Ne peut en bénéficier le ressortissant d'un pays tiers ou l'apatride dont il existe des motifs sérieux de considérer « *qu'il représente une menace pour la société ou la sécurité de l'État membre dans lequel il se trouve* ».

---

\* Consultante internationale, Juge assesseur nommée par le HCR à la Cour nationale du droit d'asile.

<sup>1</sup> Directive 2004/83/CE du 29 avril 2004 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, et relatives au contenu de ces statuts, Journal officiel n° L 304 du 30/09/2004, pp. 0012-0023.

Avant d'examiner l'apport de cette nouvelle clause au droit de l'exclusion, quelques observations préliminaires sur le contexte de la naissance de la directive et sur sa transposition dans les Etats membres s'imposent dans la mesure où elles apportent un éclairage sur l'origine de la création de cette nouvelle clause d'exclusion.

Entamés au lendemain des attentats du 11 septembre 2001, les discussions et travaux préparatoires relatifs à la Directive qualification furent marqués de la ferme intention des Etats européens d'empêcher que toute personne suspectée de terrorisme ou susceptible de commettre un acte de terrorisme puisse trouver refuge dans un pays membre de l'Union<sup>2</sup>. A l'instar d'instruments complémentaires adoptés à peu près à la même époque telle que la Décision-cadre relative au mandat d'arrêt européen<sup>3</sup>, le texte de la directive est empreint du sceau de la lutte internationale contre la terreur. L'élargissement des clauses d'exclusion avec en particulier la création de la clause définie à l'article 17-1(d) excluant les personnes susceptibles de représenter une menace pour la société ou la sécurité de l'Etat membre où ils demandent l'asile en est un exemple manifeste<sup>4</sup>.

La transposition de la directive dans les ordres juridiques internes des pays de l'Union a d'ailleurs été l'occasion pour certains d'entre eux d'étendre le champ d'application de l'exclusion. Ainsi l'Allemagne en a-t-elle profité pour ajouter une clause d'exclusion supplémentaire non-conforme à la Convention de Genève au statut de réfugié. Une nouvelle disposition législative lui permet désormais de ne pas inclure dans la Convention un requérant qui constitue une menace pour la sécurité de la République fédérale ou pour sa population parce qu'il a été condamné en dernier ressort à une peine d'au moins trois ans de réclusion

---

<sup>2</sup> Voir en particulier E. GUILD et M.GARLICK, "Refugee protection, counter-terrorism, and exclusion in the European Union", *Refugee Survey Quarterly*, Vol. 29, No. 4, 2011, pp. 63-82 et J. MC ADAM, "The European Union Qualification Directive: The Creation of a Subsidiary Protection Regime", *International Journal of Refugee Law*, 2005, pp. 461-516.

<sup>3</sup> *Décision-cadre du Conseil du 13 juin 2002 relative au mandat d'arrêt européen et aux procédures de remise entre Etats membres*, 2002/584/JAI.

<sup>4</sup> L'élargissement des clauses d'exclusion ne se limitent pas à la création de la clause 17.1 d). Selon l'article 12.3, les clauses d'exclusion de la protection conventionnelle s'appliquent « *aux personnes qui sont les instigatrices des crimes ou des actes visés [...], ou qui y participent de quelque autre manière* ». Selon l'article 17.3, « *Les Etats membres peuvent exclure tout ressortissant d'un pays tiers ou apatride des personnes pouvant bénéficier de la protection subsidiaire si, avant son admission dans l'Etat membre, il a commis un ou plusieurs crimes qui ne relèvent pas du champ d'application du paragraphe 1 et qui seraient passibles d'une peine de prison s'ils avaient été commis dans l'Etat membre concerné, et s'il n'a quitté son pays d'origine que dans le but d'échapper à des sanctions résultant de ces crimes.* » Ces deux dispositions n'ont pas été transposées en droit français.

pour un crime ou un délit particulièrement grave<sup>5</sup>. De même elle a procédé à une application systématique de l'exclusion pour agissements contraires aux buts et principes des Nations Unies (clause 1F(c)) pour des personnes suspectées de terrorisme sans nécessairement nuancer leur degré d'implication et de responsabilité personnelle dans de tels agissements conformément aux recommandations du HCR<sup>6</sup>.

Dans son étude consacrée à la mise en œuvre de la directive dans les Etats membres de l'Union, le HCR ne manque d'ailleurs pas de souligner que la mise en œuvre de la directive dans les Etats de l'Union a participé au mouvement d'instrumentalisation de la clause d'exclusion à des fins de prévention du terrorisme<sup>7</sup>.

Au plan de la transposition du texte dans les ordres juridiques internes, tant la doctrine que les rapports internationaux la jugent lacunaire et divergente selon les Etats<sup>8</sup>. L'étude du Conseil européen sur les réfugiés et les exilés note que certaines dispositions de la directive n'ont pas été transposées, d'autres mal transposées, voire mal traduites dans les législations nationales<sup>9</sup>. Certains Etats comme l'Allemagne ou la Suède n'ont pas transposé l'article 17-1(d). En Allemagne par exemple, ce défaut de transposition s'explique par le fait que la nouvelle clause d'exclusion fait doublon avec une autre disposition législative donnant la possibilité de refuser l'octroi d'une autorisation de séjour à un demandeur d'asile dont la présence constitue une menace pour la sécurité nationale<sup>10</sup>.

---

<sup>5</sup> UNHCR, *Asylum in the European Union, a Study of the Implementation of the Qualification Directive*, November 2007, p. 93, 94 et 107.

<sup>6</sup> Dans sa *Note d'information sur l'application des clauses d'exclusion : article 1F de la Convention de 1951 relative au statut de réfugiés*, du 4 septembre 2003, le HCR préconise une interprétation restrictive de l'article 1F(c) « étant donné le caractère vague de cette disposition, le manque de pratique étatique cohérente et les risques d'abus » (para. 46). De même il considère sur le principe que seules les personnes ayant participé à l'exercice du pouvoir dans leur Etat ou dans des entités quasi-étatiques puissent être susceptibles de se voir appliquer cette clause (para. 47).

<sup>7</sup> UNHCR, *Asylum in the European Union, a Study of the Implementation of the Qualification Directive*, November 2007, p. 107.

<sup>8</sup> Voir en particulier : E. GUILD et M. GARLICK, op. cit., p. 76 ; K. ZWAAN (ed.), *The Qualification Directive: Central Themes, Problem Issues, and Implementation in Selected Member States*, WLP, Nijmegen, 2007 ; ECRE/ELENA, *The Impact of the EU Qualification Directive on International Protection*, October 2008.

<sup>9</sup> ECRE/ELENA, op. cit., p. 5.

<sup>10</sup> UNHCR, op. cit., p. 107.

En France, la Loi du 10 décembre 2003<sup>11</sup> transpose la directive par anticipation, soit cinq mois avant son adoption<sup>12</sup>. Elle crée un nouvel article L712-2(d) dans le Code d'entrée et de séjour des étrangers (CESEDA).

Une analyse du texte et de son application tant par l'Office français des réfugiés et des apatrides (OFPRA) que par l'ex Commission des recours des réfugiés (CRR) devenue la Cour nationale du droit d'asile (CNDA), ainsi que de sa relation avec les autres dispositions relatives à l'asile nous conduisent à faire un double constat. Le premier est que cette nouvelle clause d'exclusion se révèle relativement confuse dans son application (I). Le second est qu'elle bouleverse l'économie du droit de l'exclusion (II).

### **I – L'application confuse de la clause d'exclusion 17-1(d) de la Directive**

L'article L712-2(d) du CESEDA transforme substantiellement les termes originels de l'article 17-1(d) de la directive. Ainsi, « *la protection subsidiaire n'est pas accordée à une personne s'il existe des raisons sérieuses de penser [...] que son activité sur le territoire constitue une menace grave pour l'ordre public, la sécurité publique ou la sûreté de l'Etat* ».

Cette formulation validée par le Conseil constitutionnel<sup>13</sup> comporte néanmoins des imprécisions (1). Celles-ci confèrent subséquemment une grande marge d'appréciation aux instances de l'asile (2).

#### **1. L'imprécision du texte**

L'imprécision du texte tient essentiellement à l'absence de définition des trois éléments clé constitutifs de la clause d'exclusion : l'ordre public, la sécurité publique et la sûreté de l'Etat, la menace grave et l'activité sur le territoire.

---

<sup>11</sup> Loi n° 2003-1176 du 10 décembre 2003 modifiant la loi n° 52-893 du 25 juillet 1952 relative au droit d'asile, JORF n°286 du 11 décembre 2003, p. 21080.

<sup>12</sup> Pour un commentaire complet de la Loi du 10 décembre 2003, voir V. CHETAIL, « La réforme française de l'asile : prélude à la banalisation européenne du droit des réfugiés », *Journal du droit international*, n°3, 2004, pp. 817-865.

<sup>13</sup> Décision n° 2003-485 DC, 04 décembre 2003, para. 24 à 26.

a) L' « ordre public, la sécurité publique et la sûreté de l'Etat »

Commune à de nombreuses branches du droit<sup>14</sup>, la notion d'ordre public présente un contenu variable selon la discipline juridique. Elle est par conséquent dépourvue de définition univoque. Polysémique, elle en devient complexe, presque inaccessible dans sa nature, sa fonction et son contenu<sup>15</sup>. Cependant, quelle que soit la branche du droit, l'ordre public a trait aux règles assurant l'harmonie sociale et l'équilibre entre intérêt général et intérêts particuliers. C'est donc un ordre à la fois de limitation et de protection des libertés<sup>16</sup>. Le droit administratif positif identifie quatre buts de l'ordre public : la sécurité, la salubrité, la tranquillité et une certaine forme de moralité publique.

Elément récurrent en droit des étrangers<sup>17</sup>, l'ordre public n'en est pas plus définissable dans cette matière. Cependant, il comporte deux intentions : protéger les valeurs et intérêts fondamentaux de la communauté nationale et prévenir ou éloigner les menaces qui pèsent sur cette dernière. L'ordre public est donc une norme autorisant le législateur à prendre des dispositions spécifiques et habilitant l'Etat à agir pour limiter la présence d'un étranger sur son territoire<sup>18</sup>. Les législations nationales relatives aux étrangers des Etats membres de l'Union européenne manifestent cette préoccupation et présentent des variantes lexicales citant l'ordre public mais aussi la tranquillité publique, la sécurité publique, la santé publique, la sécurité nationale, la sécurité intérieure, l'intérêt de l'Etat<sup>19</sup>, et la sûreté de l'Etat. Ces notions permettent toutes à l'Etat de faire valoir l'intérêt de la collectivité nationale aux dépens de l'intérêt personnel. Mais elles ne sont pas non plus clairement définies juridiquement, voire elles sont floues et ambiguës<sup>20</sup>. Quant aux valeurs fondamentales que

---

<sup>14</sup> La notion d'ordre public existe entre autres en droit international, en droit européen, en droit constitutionnel, en droit administratif, en droit pénal, en droit civil, en droit du travail.

<sup>15</sup> B. LEPINEUX, *Approche institutionnelle de l'ordre public : Les fondements idéalistes de la notion à l'épreuve de son contenu réaliste*, PU Clermont-Ferrand, 2008, p. 2.

<sup>16</sup> M-C. VINCENT-LEGOUX, *Ordre public : Etude de droit comparé interne*, PUF, Paris, 2001, p. 22 et 23.

<sup>17</sup> En France, le droit des étrangers est marqué dès son origine par la préoccupation du respect de l'ordre public faute de quoi les étrangers peuvent être expulsés. Voir à ce sujet, F. JULIEN-LAFERRIERE, *Droit des étrangers*, PUF, Paris, 2000, pp. 19-21. Pour un historique du régime juridique de l'étranger eu égard au respect de l'ordre public en France, voir E. NERAUDAU-D'UNIENVILLE, *Ordre public et droit des étrangers en Europe : La notion d'ordre public en droit des étrangers à l'aune de la construction européenne*, Bruylant, Bruxelles, 2006, pp. 21-33.

<sup>18</sup> E. NERAUDAU-D'UNIENVILLE, *op.cit.*, pp. 217-218.

<sup>19</sup> *Op. cit.*, p. 19.

<sup>20</sup> Compte-rendu des débats parlementaires (Assemblée nationale) du jeudi 28 novembre 2002 concernant le projet de loi relatif à l'immigration et au séjour des étrangers sous la présidence de Rudy Salles cité par E. NERAUDAU-D'UNIENVILLE, *op. cit.*, p. 252, note 1120.

l'Etat cherche à protéger à travers elles, elles sont nombreuses, variées, relatives et changeantes d'une époque à une autre, d'un Etat à un autre<sup>21</sup>.

b) La « menace grave »

Lors des débats parlementaires ayant précédé l'adoption de la Loi du 10 décembre 2003, l'Assemblée nationale adopta un amendement de la Commission des lois avec l'avis favorable du Gouvernement, précisant que la menace devait être « grave »<sup>22</sup>. On comprend ce souci de nuancer celle-ci en fonction de son intensité pour ne retenir que les risques les plus sérieux pour l'ordre public, la sécurité publique et la sûreté de l'Etat. Cependant, ni le législateur, ni le juge constitutionnel n'ont jusqu'à présent défini des critères précis concernant la menace, encore moins concernant sa gravité. En cette absence, les caractéristiques de cette menace, *a fortiori* de cette « menace grave » ne peuvent qu'être incertaines et ne sont pas de nature à faciliter la tâche de l'OFPRA et du juge de l'asile qui devront les apprécier et les distinguer. En outre, « si l'on ajoute à cela les imprécisions liées aux différents degrés de gravité prévus par la loi, on mesure la difficulté de présenter une typologie claire des menaces pour l'ordre public avec une échelle de gravité sans équivoque. »<sup>23</sup>

La jurisprudence administrative abonde d'exemples de recours contre des refus d'entrée, de séjour, ou des mesures d'éloignement (reconduite à la frontière, expulsion, interdiction du territoire) pour des raisons de menace grave à l'ordre public<sup>24</sup>. Si elle peut fournir quelques éléments d'appréciation et d'interprétation de la notion, il n'est pas sûr qu'elle puisse servir de référence aux instances de l'asile car elle traite d'un contentieux distinct. En effet, elle se situe dans le cadre précis du refus opposé à l'étranger d'accéder ou de se maintenir sur le territoire national. En conséquence, elle a pour vocation d'apprécier les éléments constitutifs de la menace grave et de définir cette dernière eu égard à une mesure d'interdiction ou d'éloignement du territoire<sup>25</sup>. L'article L712-2(d) a un tout autre objet. Il ne s'agit pas

---

<sup>21</sup> Op. cit., p. 291.

<sup>22</sup> SENAT, *Rapport fait au nom de la commission des Lois constitutionnelles, de législation, du suffrage universel, du Règlement et d'administration générale sur le projet de loi, adopté par l'Assemblée nationale, modifiant la loi n° 52-893 du 25 juillet 1952 relative au droit d'asile*, Jean-René LECERF, 15 octobre 2003, p43.

<sup>23</sup> E. NERAUDAU-D'UNIENVILLE, op. cit., p. 253.

<sup>24</sup> Pour un développement concernant le contrôle de la menace à l'ordre public par le juge de l'entrée, du séjour et de la reconduite, voir E. NERAUDAU-D'UNIENVILLE, op. cit., pp. 364-469.

<sup>25</sup> A titre d'exemple, le Conseil d'Etat a estimé que la « menace grave » n'est pas assimilable à la commission d'infractions. Celle-ci ne peut à elle seule justifier légalement une mesure d'expulsion. (C.E, 21 janvier 1977, *Ministre de l'Intérieur c. Dridi*, Rec. p. 38, A.J.D.A., p. 527, note F. JULIEN-LAFERRIERE).

d'interdire à l'étranger demandeur d'asile menaçant l'ordre public, la sécurité publique ou la sûreté de l'Etat d'entrer et de séjourner sur le territoire, ni de le reconduire ou de l'expulser, mais de l'exclure du bénéfice de l'asile parce qu'il est indigne de cette protection, conformément à l'objet de l'exclusion tel qu'il a été conçu par les rédacteurs de la Convention de Genève<sup>26</sup>. En conséquence, la menace grave telle qu'elle apparaît à l'article L712-2(d) ne peut se définir que par rapport à une décision d'exclusion. Or une telle relation entre menace grave à l'ordre public, la sécurité publique et la sûreté de l'Etat et exclusion était inédite jusqu'à la directive. C'est donc sur la jurisprudence propre à l'asile qu'il faudra se fonder pour déterminer les contours de cette menace grave.

c) L' « activité sur le territoire »

Alors que la directive considère que la personne du demandeur représente une menace pour la société ou la sécurité de l'Etat membre dans lequel il se trouve, la loi française a souhaité être plus restrictive en disposant que « son activité sur le territoire » constitue une menace grave pour l'ordre public, la sécurité publique, la sûreté de l'Etat. Le législateur justifie ce choix par le fait que la seule présence du demandeur sur le territoire serait insuffisante pour fonder la menace grave et qu'il est nécessaire que le demandeur se livre à des « actes délibérés ».<sup>27</sup>

On peut se féliciter de ce choix de ne pas se fonder sur la seule présence du demandeur. Cependant, quelle est la nature de cette activité ? La loi ne précise pas s'il s'agit d'une infraction. De même, le texte ne dit pas si cette activité est passée ou présente. Ce défaut de qualification est fortement préjudiciable dans la mesure où il ne fait pas obstacle à l'intégration de faits et de comportements qui ne sont pas forcément illégaux. Si cela était le

---

<sup>26</sup> « Le raisonnement qui sous-tend les clauses d'exclusion et qui devrait être gardé à l'esprit lorsque leur application est envisagée, est que certains actes sont tellement graves que leurs auteurs sont jugés indignes de bénéficier de la protection internationale en tant que réfugiés. Leur but premier est de priver les personnes coupables d'actes abominables et de crimes graves de droit commun de la protection internationale accordée aux réfugiés et de s'assurer que ces personnes n'abusent pas de l'institution de l'asile afin d'éviter d'être tenues juridiquement responsables de leurs actes. », UNHCR, *Principes directeurs sur la protection internationale : Application des clauses d'exclusion : article 1F de la Convention de 1951 relative au statut des réfugiés*, HCR/GIP/03/05, 4 septembre 2003, para. 2.

<sup>27</sup> Ainsi, selon le rapport du Sénateur Jean-René LECERF, op. cit., « La menace grave à l'ordre public pourrait-elle être invoquée indépendamment d'une action délibérée de l'intéressé ? Cette question vise notamment l'hypothèse où, sur le territoire français, le demandeur serait en butte aux menées de ses persécuteurs. Il serait évidemment inconcevable de faire pâtir le requérant de menaces pour l'ordre public qu'il n'aurait en rien cherché à provoquer et de faire ainsi le jeu des persécuteurs. C'est pourquoi, votre commission vous propose un amendement tendant à faire référence non à la « présence » de l'intéressé sur le territoire mais à son « activité ». Il convient d'observer à cet égard que la convention de Genève pose le principe du respect par le réfugié des « mesures prises pour le maintien de l'ordre public » (article 2), souvent interprété comme l'obligation d'un devoir de réserve ».

cas, cela ne serait pas conforme d'une part au principe fondamental selon lequel un individu ne saurait se voir reprocher des agissements que la loi n'interdit pas ; d'autre part à la dialectique de l'exclusion qui impute nécessairement à un individu donné une responsabilité dans la commission d'infractions et d'actes graves interdits par la loi pénale interne et internationale (clauses 1F(a) et 1 F(b) de la Convention de Genève), ou condamnés par le droit international (clause 1F(c)).

La directive entend préciser dans son préambule la nature de cette activité, sans néanmoins la limiter. Elle dispose que « *la notion de sécurité nationale et d'ordre public couvre également les cas dans lesquels un ressortissant d'un pays tiers appartient à une association qui soutient le terrorisme international ou soutient une telle association* ». <sup>28</sup> On ne peut là encore que constater l'imprécision de la formule. Quels sont expressément les critères constitutifs de l'appartenance à une association soutenant le terrorisme international, ou ceux du soutien à une telle association ?

Comme précisé plus haut, l'application de l'exclusion exige qu'une évaluation précise de la responsabilité individuelle du requérant dans un acte susceptible de l'exclure de la protection soit établie. La responsabilité individuelle signifie que le requérant a contribué de manière substantielle à la commission de cet acte, en tant qu'auteur direct, instigateur, complice ou encore, dans le cas de crimes commis à grande échelle, qu'il a participé en qualité de co-auteur ou de complice à une entreprise criminelle commune. <sup>29</sup> C'est précisément l'importance de la responsabilité individuelle qu'a tenu à rappeler la Cour de justice des communautés européennes dans son arrêt rendu en grande chambre, en réponse à une question préjudicielle posée par la Cour administrative fédérale d'Allemagne <sup>30</sup>. La juridiction européenne a en effet considéré que :

- Le fait, pour une personne, d'avoir appartenu à une organisation inscrite sur la liste constituant l'annexe de la position commune 2001/931/PESC du Conseil, du 27 décembre 2001, relative à l'application de mesures spécifiques en vue de lutter contre le terrorisme, en raison de son implication dans des actes de terrorisme et d'avoir activement soutenu la lutte armée menée par cette organisation ne constitue pas automatiquement une raison sérieuse de penser que cette personne a commis un «crime grave de droit commun» ou des

---

<sup>28</sup> Considérant 28.

<sup>29</sup> Pour un développement concernant la responsabilité individuelle en matière d'exclusion voir les paragraphes 50 à 75 des Principes directeurs du HCR sur l'application des clauses d'exclusion, op. cit.

<sup>30</sup> CJCE, *Bundesrepublik Deutschland c. B et D*, C 57/09 et C 101/09, 9 novembre 2010.

«agissements contraires aux buts et aux principes des Nations unies» au sens de l'article 12-2 de la directive qualification.

- Le constat, dans un tel contexte, qu'il y a des raisons sérieuses de penser qu'une personne a commis un tel crime ou s'est rendue coupable de tels agissements est **subordonné à une appréciation au cas par cas de faits précis en vue de déterminer si des actes commis par l'organisation concernée remplissent les conditions établies par lesdites dispositions et si une responsabilité individuelle dans l'accomplissement de ces actes peut être imputée à la personne concernée, compte tenu du niveau de preuve exigé par ledit article 12-2.**

Compte tenu de l'exigence requise en matière d'exclusion, ce raisonnement de la Cour sur la responsabilité individuelle nous paraît être également applicable aux dispositions de de l'article 17-1(d) de la directive et de l'article L712-2(d) du CESEDA qui requièrent également une appréciation de faits précis et un niveau substantiel de preuve. Mais dans ce cas, quel serait le sens de déterminer une responsabilité personnelle dans une activité qui ne serait pas forcément illicite/illégale, à plus forte raison lorsque la menace grave que cette activité représente pour l'ordre public, la sécurité publique et la sûreté de l'Etat n'est pas clairement définie ?

De même comment rendre opératoires les causes d'exonération et d'atténuation de la responsabilité empruntées au droit pénal tels que la légitime défense, l'ordre de la loi, le commandement de l'autorité légitime, l'état de nécessité, la contrainte, le trouble psychique, la minorité qui entrent en jeu dans l'examen de l'exclusion et peuvent justement conduire à ne pas exclure<sup>31</sup> ? On voit mal comment elles pourraient être applicables à une activité non infractionnelle.

Il semble donc difficile de recourir à l'analyse traditionnellement requise dans l'exclusion lorsqu'il s'agit d'appliquer la clause de l'article L712-2(d) du CESEDA. Cette difficulté, ajoutée à l'imprécision du texte ne peuvent que contraindre les instances en charge de l'asile à raisonner en marge de l'examen utilisé pour les clauses classiques d'exclusion, et à disposer d'une certaine liberté d'appréciation dans son application.

---

<sup>31</sup> Principes directeurs du HCR sur l'application des clauses d'exclusion, op. cit., para. 64 à 75.

## 2. La liberté d'appréciation des instances de l'asile

L'OFPRA nous a fait communication de ses lignes directrices relatives à l'interprétation et l'application de la clause d'exclusion de l'article L712-2(d) (a). En ce qui concerne la pratique de la CRR et de la CNDA telle qu'elle a pu être analysée dans sa jurisprudence, elle n'est pas nécessairement uniforme et se révèle parfois incongrue (b).

### a) L'interprétation de l'article L712-2(d) par l'OFPRA<sup>32</sup>

L'OFPRA, à partir du système informatique *INEREC*<sup>33</sup> ne dispose pas de données statistiques relatives au nombre de personnes auxquelles qui se sont vu appliquer la clause d'exclusion de l'article L712-2(d) CESEDA. Mais cette clause a toujours été d'application exceptionnelle. Depuis son entrée en vigueur, elle ne concerne que quelques cas (en moyenne moins d'un cas par an). La CRR et la CNDA n'ont pour leur part pas encore été saisies de recours contre une décision du Directeur général de l'OFPRA sur le fondement de cette disposition.

Dans leurs grandes lignes, les critères retenus par l'Office pour évaluer la menace grave que présente l'activité du requérant sont les suivants :

- Comme le prévoit le texte, l'Office se limite à l'activité du demandeur sur le territoire français et non à sa seule présence. La menace doit donc résulter de cette activité.
- Cette menace doit être caractérisée par un certain degré de gravité : il doit s'agir d'atteintes sérieuses susceptibles d'être portées à l'ordre public et relevant, a minima, de délits au sens du Code pénal français. Sont particulièrement visés la menace terroriste et différentes formes de trafic. En conséquence pour l'Office, l'activité sur le territoire français est infractionnelle et les quelques cas d'exclusion prononcées au titre de l'article L712-2(d) concernent des cas relevant du terrorisme et du racket.
- Le regard porté sur la situation du requérant d'asile est selon l'OFPRA prospectif. Dans son appréciation de la gravité de la menace, l'administration en charge de l'asile accorde

---

<sup>32</sup> Les éléments figurant dans ce paragraphe sont issus d'une communication électronique datée du 9 novembre 2012 de Jean-Marie CRAVERO, chef de la division des affaires juridiques et internationales de l'OFPRA à l'auteur.

<sup>33</sup> Base de données des demandeurs d'asile en France.

une considération centrale à la nature des faits commis. Il faut que ces derniers soient particulièrement graves (par exemple incriminations du terrorisme, violences sexuelles, traite de personnes, trafic de stupéfiants, le proxénétisme...). L'Office tient aussi compte de leur répétition, de leur récidive et/ou d'une condamnation lourde (de plus de cinq ans) dans le passé. Une interdiction du territoire français prononcée à titre complémentaire par le juge peut être l'un des indices permettant de conclure à des raisons sérieuses de penser que les activités d'un demandeur en France constituent une menace grave. Pour autant, cette menace ne dépend pas, à la lettre, de l'existence d'une condamnation pénale. Il peut s'agir d'un faisceau d'éléments tels que l'existence d'une procédure judiciaire, la nature et le quantum de la peine encourue pour le(s) infraction(s) poursuivies, le caractère répétitif de la commission de ces infractions.

- L'OFPRA entend tenir compte de l'ensemble du comportement du demandeur pour apprécier la menace, y compris les circonstances susceptibles de lui être favorables (minorité, coopération avec les services judiciaires pour le démantèlement de réseaux par exemple, bonne conduite ultérieure, etc.). La circonstance que le demandeur ait purgé sa peine n'a en soi aucune incidence sur l'appréciation de cette menace.

Au-delà de l'appréciation de la menace, la pratique initiée par l'Office consiste à s'assurer via la Direction des affaires judiciaires du Ministère de la justice et auprès des services compétents que le requérant n'est pas déjà connu comme présentant une menace susceptible de l'exclure au titre visées de l'article L712-2 (d).

L'office souligne enfin que si la situation du demandeur devait également relever de l'une des trois autres clauses d'exclusion, celles-ci seraient en premier lieu opposées, ce qui nous autorise à nous interroger sur la place de cette nouvelle clause d'exclusion et à en déduire qu'elle aurait un caractère secondaire par rapport aux clauses d'exclusion originelles prévues par la Convention de Genève, voire qu'elle en aurait serait marquée d'une certaine redondance. La jurisprudence de la CRR et de la CNDA est riche d'enseignements à cet égard.

b) L'application de l'article L712-2(d) par la CRR et la CNDA

Le nombre de décisions d'exclusion de la Commission des recours des réfugiés et de la Cour nationale du droit d'asile fondées sur l'article L712-2(d) du CESEDA est également très faible comparé aux exclusions fondées sur les autres clauses. D'une manière générale, on peut les regrouper en deux catégories : les décisions faisant uniquement application de cette clause d'exclusion et les décisions la couplant à titre secondaire avec d'autres clauses d'exclusions, ces dernières représentant la majorité des décisions répertoriées (9 sur un total de 13 décisions identifiées)<sup>34</sup>.

- L'application unique de l'article L712-2(d)

Depuis l'entrée en vigueur du texte, seules trois décisions de la CNDA ont fait application de l'article L712-2(d) et une seule l'a écarté.

Les trois décisions d'exclusion fondées sur l'article L712-2(d) concernaient respectivement :

- un requérant de nationalité algérienne alléguant avoir des activités politiques pour le compte du Front Islamique du Salut (FIS). Déchu du statut de réfugié en Suisse en raison d'une condamnation pénale pour agression sexuelle, il a été condamné deux fois en France pour faits similaires<sup>35</sup>. La CRR a considéré que ses craintes n'étaient pas fondées, ni au regard des dispositions de la Convention de Genève, ni au titre de celles de la protection subsidiaire.
- un ressortissant du Kosovo alléguant des craintes vis-à-vis de ses anciens compagnons criminels. Condamné en Suisse où il avait été antérieurement extradé par la France pour trafic de stupéfiants, il avait été mis en cause en France pour menaces avec armes et pour vol avec effraction et condamné pour avoir refusé de se soumettre à une opération de prélèvement. Enfin, il faisait l'objet d'un signalement par les autorités suisses pour évasion d'un établissement pénitentiaire<sup>36</sup>. Dans cette affaire, la Cour n'a pas procédé à

---

<sup>34</sup> Les décisions de la CRR et de la CNDA ont été répertoriées depuis l'entrée en vigueur de la Loi du 10 décembre 2003 jusqu'à la date du 22 mai 2012.

<sup>35</sup> CRR, 25 juillet 2006, n°507465, Recueil de Jurisprudence du Conseil d'Etat et de la Commission des recours des réfugiés, Année 2006, p.106.

<sup>36</sup> CNDA, 6 avril 2009, n°634810.

l'analyse du risque pour le demandeur d'être exposé à une des menaces graves donnant droit à la protection subsidiaire en cas de retour dans son pays.

- un demandeur d'asile de nationalité russe alléguant des persécutions vis-à-vis de ses anciens compagnons membres du réseau mafieux dans lequel il opérait. Impliqué dans divers trafics d'armes et d'alcool en Fédération de Russie et avec des pays d'Extrême Orient, il avait été condamné par la justice tchèque pour plusieurs infractions (entre autres vol, et torture sur sa compagne) et faisait l'objet de trois plaintes déposées par son épouse auprès de la police française<sup>37</sup>. La Cour n'a pas non plus procédé à l'analyse du risque encouru en cas de retour dans cette affaire et a même considéré que sa seule présence du demandeur sur le territoire français constituait une menace grave pour l'ordre public, la sécurité publique et la sûreté de l'Etat.

Quant à la décision écartant la clause de l'article L712-2(d), il s'agissait d'une requérante nigériane ayant participé au fonctionnement d'un réseau de prostitution démantelé en France, condamnée par la justice française à douze mois de prison équivalent à sa détention provisoire mais ayant témoigné contre les responsables de ce réseau au cours de la procédure pénale<sup>38</sup>. La CRR a reconnu qu'elle encourait des risques en cas de retour au Nigéria de la part des membres du réseau restés sur place et que la circonstance qu'elle avait été condamnée à une peine de douze mois de prison ferme pour sa participation au fonctionnement du réseau, ne suffisait pas à considérer que son activité sur le territoire français constituait une menace grave pour l'ordre public au sens des dispositions de l'article L 712-2(d).

Le point commun entre ces quatre décisions concerne des personnes ayant fait l'objet de condamnations pénales passées ou de procédures judiciaires en France ou dans d'autres Etats européens. A cet égard, il apparaît clairement que la CRR/CNDA identifie la menace grave à l'ordre public à la commission d'infractions graves. Celles-ci sont toutefois susceptibles d'emporter la qualification de crimes graves de droit commun<sup>39</sup>. Dès lors la question qui se

---

<sup>37</sup> CNDA, 26 juin 2009, n° 639067.

<sup>38</sup> CRR, 1er février 2006, n°533907, Recueil de Jurisprudence du Conseil d'Etat et de la Commission des recours des réfugiés, Année 2006, p.44.

<sup>39</sup> Pour le HCR, pour déterminer la gravité du crime, il faut prendre en considération les facteurs tels que la nature de l'acte, le dommage réellement causé, la forme de la procédure employée pour engager des poursuites, la nature de la peine encourue pour un tel crime et si la plupart des juridictions considèreraient l'acte en question comme un crime grave. Un crime grave peut être un meurtre ou une autre infraction que la loi punit d'une peine très grave, par exemple, un meurtre, un viol, un incendie criminel et un vol à main armée. D'autres infractions pourraient également être considérées comme graves si elles associent l'usage d'armes mortelles, si entre autres elles impliquent des blessures graves sur des personnes ou s'il est prouvé que la conduite criminelle

pose est évidente : pourquoi le juge de l'asile n'a-t-il pas recouru à la clause de l'article L712-2(b) qui prévoit l'exclusion en cas crime grave de droit commun ? Si la Convention de Genève prévoit expressément la commission de ce crime en dehors du pays d'accueil, les dispositions relatives à l'exclusion de la protection subsidiaire sont beaucoup plus larges : le crime grave de droit commun peut aussi bien avoir été commis dans le pays d'origine, dans un pays tiers ou dans le pays d'accueil.

En outre, lors des travaux préparatoires à la Convention de Genève, la clause d'exclusion (b) est apparue comme ayant trois objectifs pour l'ensemble des Etats parties :

- éviter qu'un criminel de droit commun échappe à la justice de son pays ou d'un autre en profitant du statut de réfugié
- ne pas discréditer le statut de réfugié auquel est attaché une dignité particulière
- **protéger l'Etat d'accueil des risques qu'un criminel dangereux pourrait faire courir à sa population et à sa sécurité publique**<sup>40</sup>.

Le Comité permanent du HCR insiste d'ailleurs sur cette dernière condition : « *Il est important de rappeler que l'intention de cet article [1F(b)] est de concilier l'objectif de rendre justice à un réfugié, même s'il a commis un crime, et le souci de protéger la communauté du pays d'asile du danger que représentent des éléments criminels fuyant la justice* »<sup>41</sup>.

Le Conseil d'Etat s'est fait fort de ce principe dans un arrêt récent cassant une décision de la CNDA qui avait octroyé le statut de réfugié à un requérant albanais alléguant des persécutions au titre de ses opinions politiques dans son pays d'origine, arrêté en Italie puis condamné à quatre ans et huit mois de prison pour trafic de stupéfiants et libéré après deux ans et demi de détention pour bonne conduite. La CNDA avait reconnu que le requérant s'était personnellement rendu coupable de faits ayant le caractère d'un crime grave de droit commun commis en dehors du pays d'accueil au sens des stipulations de l'article 1 F(b). Cependant, il ressortait des pièces du dossier et de l'audition du requérant devant la cour qu'il avait purgé la totalité de sa peine ; qu'il avait bénéficié d'une libération anticipée pour bonne conduite. La

---

grave est habituelle. Un crime grave doit être considéré comme de droit commun lorsque des motifs personnels ou des considérations de profit sont prédominants dans le crime spécifique commis. (Principes directeurs du HCR sur l'application des clauses d'exclusion, op. cit., para. 39 à 41). En France, le Conseil constitutionnel a estimé que la gravité du crime de droit commun devait être appréciée à la lumière du droit pénal français (Décision n° 2003-485 DC, 04 décembre 2003, para. 23).

<sup>40</sup> Conseil d'Etat, Conclusions du rapporteur public dans l'affaire n° 320910, OFPRA c. B.H, Séance du 11 mars 2011.

<sup>41</sup> HCR, *Note sur les clauses d'exclusion*, EC/47/SC/CRP.29, Comité permanent, 30 mai 1997, para. 16.

cour s'estimait donc en droit de considérer, dans les circonstances de l'espèce, que le recours n'avait pas été introduit par le requérant dans le but de se soustraire à la justice ; que le crime dont il s'était rendu coupable en Italie ayant été sanctionné selon les règles du droit commun, il n'y avait pas lieu d'opposer à l'intéressé des craintes de troubles à l'ordre public ; qu'en conséquence cette circonstance autorisait la cour à admettre le requérant au bénéfice des dispositions protectrices de la convention<sup>42</sup>. Le Conseil d'Etat a au contraire considéré qu' « *en estimant que la seule circonstance que la peine à laquelle M. H. avait été condamné en Italie avait été entièrement effectuée entraînait l'inapplicabilité de la clause d'exclusion du b de l'article 1 F, la Cour nationale du droit d'asile, à laquelle il incombait de rechercher si les circonstances devaient conduire à écarter la demande de l'intéressé, en raison des crimes graves de droit commun qu'il avait commis antérieurement et si son accueil en France présentait un danger ou un risque, a entaché sa décision d'une erreur de droit.* »<sup>43</sup>

Pour le Conseil d'Etat et conformément à la vision des Etats parties à la Convention de Genève, l'octroi du statut de réfugié à l'auteur d'un crime de droit commun doit donc être subordonné à l'appréciation de la menace que cet auteur pourrait représenter pour l'ordre public et la sécurité du pays dans lequel il sollicite l'asile. Il doit en être logiquement de même pour l'octroi de la protection subsidiaire, la clause d'exclusion (b) de celle-ci étant calquée sur celle de la protection conventionnelle.

Dans les exemples cités, la clause d'exclusion de l'article L712-2(b) aurait suffi car elle remplissait à elle seule l'objet que le législateur européen a souhaité assigner à la clause d'exclusion de l'article 17-1(d) de la directive et transposé à l'article L712-2(d) du CESEDA.

Il apparaît que dans la majorité des décisions de la CNDA, il est recouru à l'article L712-2(d) à titre secondaire, après l'application principale de la clause (b) d'exclusion au titre du crime grave de droit commun.

- L'application secondaire de l'article de l'article L712-2(d)

Sur les treize décisions identifiées d'exclusion ou d'avant dire droit faisant application ou écartant la clause d'exclusion (d) pour menace à l'ordre public, la sécurité publique et la

---

<sup>42</sup> CNDA, 21 juillet 2008, n° 604719.

<sup>43</sup> CE, 4 mai 2011, n° 320910.

sûreté de l'Etat, huit ont recours à titre principal la clause (b)<sup>44</sup> pour crime grave de droit commun, et une seule pour agissements contraires aux buts et principes des Nations Unies (c)<sup>45</sup>, si bien qu'on peut s'interroger sur la pertinence de ce double emploi, en particulier eu égard au fait qu'une seule clause suffit à justifier l'exclusion.

Il n'est selon pas nous pas utile de commenter de manière détaillée les décisions recourant à la clause d'exclusion (b) en raison des développements dont elle a fait l'objet précédemment. Ces décisions confirment bien que ce sont toujours des raisons sérieuses de penser que le requérant a commis un crime grave de droit commun qui fondent l'exclusion.

Cependant, il s'avère que dans trois décisions prononçant un sursis à statuer au titre d'un supplément d'instruction, l'hypothèse de l'exclusion de la protection subsidiaire au titre de l'article L712-2 (d) est envisagée directement après celle de l'exclusion du statut de réfugié au titre du crime grave de droit commun (L711-2(b)), alors que n'est pas du tout envisagé le recours à l'exclusion de la protection subsidiaire au titre du crime de droit commun (L712-2 (b)). Ces décisions ne sont en ce sens pas logiques.

En outre, dans deux des affaires mentionnées, on comprend mal sur quelles raisons sérieuses se fonde le juge de l'asile pour penser que les activités des requérants sur le territoire national représenteraient une menace grave pour l'ordre public, la sécurité publique et la sûreté de l'Etat. Le premier cas concerne un requérant turc d'origine kurde condamné pour assistance au recel au profit du Parti des travailleurs du Kurdistan (PKK) dans son pays<sup>46</sup>. Le second est celui d'un ressortissant sri-lankais d'origine tamoule ayant ouvert une bijouterie avec des fonds de l'organisation des Tigres de libération de l'Eelam Tamoul (LTTE) et faisant des déplacements réguliers pour le compte de ce dernier entre deux villes du Sri-Lanka<sup>47</sup>. Dans ces deux décisions aucune ne mentionne une quelconque activité sur le territoire national. De même on comprend mal le recours aux dispositions de l'exclusion de la protection subsidiaire alors que les deux cas entrent en l'espèce dans le champ de la protection conventionnelle.

---

<sup>44</sup> CNDA, 23 décembre 2009, n° 638854 ; CNDA, 15 février 2010, n° 629226 ; CNDA, 22 décembre 2010, n° 10014511 ; CNDA, 3 juin 2011, n° 10018884 ; CNDA, 22 juin 2011, n° 10012658 ; CNDA, 21 décembre 2011, 09015396 ; CNDA, 21 décembre 2011, n° 11018157 ; CNDA, 7 mars 2012, n° 11005059.

<sup>45</sup> CNDA, 21 avril 2011, n° 10014066.

<sup>46</sup> CNDA, 23 décembre 2009, n° 638854.

<sup>47</sup> CNDA, 21 décembre 2011, n° 11018157.

L'application de la clause (c) concernait quant à elle un requérant de nationalité marocaine entré en France sous une fausse identité et une fausse nationalité, alléguant dans sa demande d'asile être militant sahraoui et être persécuté de ce fait, mais faisant l'objet d'un mandat d'arrêt diffusé par Interpol pour association de malfaiteurs visant la préparation d'actes terroristes et d'une demande d'extradition des autorités marocaines. Compte tenu de ces éléments et surtout des informations fournies par la Direction centrale du renseignement intérieur (DCRI) aux autorités judiciaires françaises selon lesquelles le requérant était connu des services français pour son appartenance à la mouvance djihadiste internationale, de ses liens avec des hauts cadres du mouvement Al Qaida et de son activité d'administrateur d'un site Internet utilisé pour le recrutement de combattants djihadistes, le requérant a été exclu à titre principal de la protection subsidiaire au titre d'agissements contraires aux buts et principes des Nations Unies. A titre secondaire, la cour l'a exclu au titre des dispositions de l'article L712-2(d) en raison du fait que « *les actes imputés à l'intéressé et accomplis dans l'espace virtuel via Internet ont un prolongement au-delà des frontières et, à ce titre constituent sur le territoire national une menace grave pour l'ordre public, la sécurité publique ou la sûreté de l'Etat* »<sup>48</sup>.

On comprend bien ici le souci du juge de l'asile de viser des activités menaçant gravement l'ordre public susceptibles de s'être produites sur le territoire national. Cependant, la seule exclusion pour agissements contraires aux buts et principes des Nations Unies suffit à justifier la menace que représente le requérant pour l'ordre public, la sécurité publique et la sûreté de l'Etat. De même, au nom de la nécessaire lutte contre l'impunité, le recours à l'article L712-2(d) ne se justifie pas plus par la possibilité d'intenter des poursuites pénales en France. Le recours aux trois autres clauses d'exclusion conçues par la Convention de Genève et reprises par la Directive autorisent parfaitement ces poursuites sur le fondement soit de la compétence territoriale, de la compétence personnelle ou de la compétence universelle<sup>49</sup>.

Enfin il convient de reprendre ici les orientations du Comité permanent du HCR : « *Les clauses d'exclusion indiquées à l'article 1 F de la Convention de 1951 ont pour but de soustraire au bénéfice du statut de réfugié certaines personnes en raison d'infractions graves,*

---

<sup>48</sup> CNDA, 21 avril 2011, n° 10014066.

<sup>49</sup> La France peut exercer sa compétence universelle en vertu entre autres du Statut de Rome, de la Convention internationale contre la torture et autres peines ou traitements cruels inhumains ou dégradants, de la Convention européenne pour la répression du terrorisme, de la Convention internationale pour la répression des attentats terroristes, de la Convention internationale pour la répression du financement du terrorisme (cf. art. 689 à 689-12 CPP).

*en principe avant la quête d'asile. L'idée selon laquelle une personne ne mérite pas la protection en qualité de réfugié a trait aux liens intrinsèques existant entre les idées d'humanité, d'équité et le concept de réfugié. Les objectifs primordiaux de ces clauses d'exclusion sont de priver de cette protection les auteurs d'actes haineux et de crimes graves de droit commun et de préserver le pays d'accueil de l'entrée de criminels qui présentent un danger pour la sécurité de ce pays. »<sup>50</sup>. Toutes les clauses d'exclusion envisagées par les rédacteurs de la Convention de Genève ont donc aussi pour objet de protéger l'ordre public, la sécurité publique et la sûreté de l'Etat d'accueil.*

Cette première partie consacrée à l'application de la clause d'exclusion de l'article 17-1(d) de la Directive Qualification nous invite donc à une certaine réserve quant à la valeur ajoutée, voire l'utilité de cette nouvelle clause d'exclusion par rapport à celles prévues par la Convention de Genève. Mais outre les interrogations qu'elle suscite sur son apport, la clause de l'article 17.1(d) crée un véritable bouleversement du droit de l'exclusion.

## **II – Le bouleversement du droit de l'exclusion**

Le bouleversement que produit l'apparition de la clause d'exclusion de l'article 17-1(d) de la directive dans le droit de l'exclusion se manifeste d'une part par le nivellement du droit de l'exclusion sur celui du refoulement. Mais ce nivellement s'avère hasardeux (1). D'autre part, ce bouleversement se traduit par le déplacement du sujet bénéficiaire de la protection du requérant d'asile vers l'Etat d'accueil (2).

### **1. Le nivellement hasardeux du droit de l'exclusion sur celui du refoulement**

En donnant la possibilité aux instances de l'asile d'exclure un requérant au motif que son activité sur le territoire constitue une menace grave pour l'ordre public, la sécurité publique et la sûreté de l'Etat, le législateur européen consacre une assimilation entre protection conférée par l'asile et protection de l'ordre public (a), sans toutefois l'assortir de garanties procédurales (b).

---

<sup>50</sup> HCR, *Note sur les clauses d'exclusion*, op. cit., para. 3.

a) L'assimilation entre protection conférée par l'asile et protection de l'ordre public

Dans son article 33, la Convention de Genève consacre le principe de non refoulement d'un réfugié vers des territoires où sa vie ou sa liberté serait menacée en raison de sa race, de sa religion, de sa nationalité, de son appartenance à un certain groupe social ou de ses opinions politiques. Elle établit cependant au deuxième alinéa de cet article l'exception à ce principe pour un réfugié dont on aura des raisons sérieuses de considérer comme un danger pour la sécurité du pays où il se trouve ou qui, ayant été l'objet d'une condamnation définitive pour un crime ou délit particulièrement grave, constitue une menace pour la communauté dudit pays. Ces dispositions ont été reprises à l'article 21-2 de la Directive Qualification<sup>51</sup>.

En vertu de l'exception au non-refoulement, la Convention de Genève comme la Directive qualification admettent donc qu'un réfugié puisse être refoulé lorsqu'il porte atteinte à l'ordre public, la sécurité publique et la sûreté de l'Etat qui l'a accueilli. Cependant, le HCR est formel sur la distinction entre ce principe et l'exclusion du statut de réfugié, lesquels servent des buts différents : l'article 1F concerne les personnes qui ne sont pas éligibles au statut de réfugié, l'article 33(2) vise les personnes qui ont déjà été reconnues comme réfugiés. Dans le premier cas, les actes qu'ils ont commis en dehors du pays d'accueil sont si graves qu'ils rendent leurs auteurs indignes de la protection ; dans le second, il s'agit de personnes reconnues réfugiés par le pays d'accueil qui y deviennent une très grande menace en raison de la gravité des crimes ou délits qu'ils y ont commis. L'article 32-2 « vise à protéger la sécurité du pays d'accueil et dépend de l'évaluation de l'importance de la menace actuelle ou future que le réfugié en question représente. C'est la raison pour laquelle l'article 33(2) a toujours été considéré comme une mesure de dernier ressort ayant la priorité sur les sanctions pénales et justifiée par la menace exceptionnelle que représente la personne – une menace telle que la seule façon d'y parer est d'éloigner cette personne du pays d'accueil. »<sup>52</sup>.

---

<sup>51</sup> Article 21 - Protection contre le refoulement

1. Les États membres respectent le principe de non-refoulement en vertu de leurs obligations internationales.

2. Lorsque cela ne leur est pas interdit en vertu des obligations internationales visées au paragraphe 1, les États membres peuvent refouler un réfugié, qu'il soit ou ne soit pas formellement reconnu comme tel: a) lorsqu'il y a des raisons sérieuses de considérer qu'il est une menace pour la sécurité de l'État membre où il se trouve, ou b) que, ayant été condamné en dernier ressort pour un crime particulièrement grave, il constitue une menace pour la société de cet État membre.

3. Les États membres peuvent refuser d'octroyer un titre de séjour à un réfugié qui entre dans le champ d'application du paragraphe 2, le révoquer, y mettre fin ou refuser de le renouveler.

<sup>52</sup> UNHCR, Note d'information sur l'application des clauses d'exclusion : article 1F de la Convention de 1951 relative au statut des réfugiés, op. cit., para. 10.

Dans son étude consacrée à l'application de la protection subsidiaire en Europe, le HCR insiste sur cette distinction et affirme que l'assimilation entre les exceptions au principe de non-refoulement et les clauses d'exclusion ne sont pas conformes à la Convention de Genève<sup>53</sup>.

Cette distinction a d'ailleurs été la ligne du Conseil d'Etat dans l'arrêt *Pham*<sup>54</sup>. La Haute juridiction y avait clairement consacré la séparation entre la protection liée au statut de réfugié et celle propre à l'ordre public, et avait rejeté toute confusion fonctionnelle entre les deux, dans le cas d'un requérant auquel la CRR avait retiré le statut de réfugié en se fondant sur les dispositions de l'article 33-2 de la Convention de Genève. Le Conseil d'Etat avait alors estimé que « *le deuxième alinéa [...] de l'article 33 de la convention de Genève, qui, par exception au premier alinéa du même article, permet la remise de l'étranger aux autorités de son pays d'origine, n'implique pas que le bénéfice du statut de réfugié puisse, sur son fondement, lui être retiré; qu'il suit de là que la commission, si elle a pu souverainement estimer que M. PHAM entrerait dans le champ de l'article 33 deuxième alinéa n'a pas pu légalement en déduire qu'il n'avait plus droit au bénéfice du statut de réfugié, avec la protection qui s'y attache.* »

Cette confusion fonctionnelle entre la logique de protection relative à l'asile et celle de l'ordre public est désormais consacrée par le législateur avec l'article L712-2(d) du CESEDA. En dépit de la saisine de députés contestant cette confusion<sup>55</sup>, le Conseil Constitutionnel l'a validée et estimé qu'aucune règle ni aucun principe de valeur constitutionnelle ne faisait obstacle à ce que le législateur, en définissant le régime de la protection subsidiaire, décide qu'une activité constituant une menace grave pour l'ordre public, la sécurité publique ou la sûreté de l'Etat constitue un motif d'exclusion de cette protection<sup>56</sup>.

Cependant, le droit du refoulement comporte des exigences en matière de procédure. Le nivellement du droit de l'exclusion sur celui du refoulement devrait en principe emporter les mêmes exigences. Or celles-ci n'ont pas été prévues par le législateur.

---

<sup>53</sup> UNHCR, *Asylum in the European Union, a Study of the Implementation of the Qualification Directive*, op. cit., p. 94.

<sup>54</sup> CE, SSR, 21 mai 1997, n° 148997.

<sup>55</sup> Saisine par 60 sénateurs/ 60 députés, Décision n° 2003-485 DC du 04 décembre 2003, Loi modifiant la loi n° 52-893 du 25 juillet 1952 relative au droit d'asile.

<sup>56</sup> Décision n° 2003-485 DC op. cit., para. 25.

b) L'absence de garanties procédurales normalement requises

La protection de l'ordre public est une mission de police administrative sous le contrôle du juge. L'insertion de l'article L712-2(d) dans le CESEDA instaure donc pour la première fois une compétence de police au profit des instances de l'asile. Cette mission a fait l'objet de critiques tant de la doctrine<sup>57</sup> que des députés et sénateurs à l'origine de la saisine du Conseil constitutionnel. Ces derniers ont estimé qu'en conférant à l'OFPRA une mission d'apprécier les risques d'atteintes à l'ordre public, le législateur lui assignait « *une mission contraire à la protection de l'individu consubstantielle au droit d'asile* »<sup>58</sup>. Le Conseil constitutionnel a pour sa part validé cette nouvelle mission des instances de l'asile justifiant qu'un tel choix fondé sur l'unification et la rationalisation des procédures n'appelait aucune critique de constitutionnalité.

Cependant, une compétence de police suppose l'existence d'un contrôle juridictionnel. Or le juge de l'asile qui statue en plein contentieux en premier et dernier ressort n'est pas compétent pour apprécier la légalité des décisions de l'OFPRA ni une quelconque erreur manifeste d'appréciation de ce dernier. De même, les décisions de la CNDA ne sont pas susceptibles d'appel, la seule possibilité étant le recours en cassation devant le Conseil d'Etat.

En conséquence, un requérant pour lequel sera prise une décision d'exclusion au motif que son activité sur le territoire national constitue une menace grave pour l'ordre public, la sécurité publique et la sûreté de l'Etat ne sera pas en mesure de faire apprécier par un juge indépendant la proportionnalité de la décision d'exclusion par rapport à la gravité de la menace que constitue son activité. Cette impossibilité est d'autant plus préjudiciable que les termes « ordre public », « sécurité publique », « sûreté de l'Etat », « menace grave », « activité sur le territoire national » ne sont pas définis, sont évolutifs et sujets à interprétation.

Outre le nivellement du droit de l'exclusion sur celui du refoulement, le bouleversement du droit de l'exclusion se traduit pas un déplacement du bénéfice de la protection en principe orientée vers le requérant, vers la protection de l'Etat d'accueil.

---

<sup>57</sup> V. CHETAIL, op. cit., pp. 860-861.

<sup>58</sup> Saisine par 60 sénateurs/ 60 députés, Décision n° 2003-485 DC du 04 décembre 2003, op. cit., p. 5.

## 2. Le déplacement de la protection du requérant d'asile vers l'Etat d'accueil

Le déplacement de la protection du requérant d'asile vers l'Etat d'accueil repose sur deux constats : le premier est que l'article L712-2(d) incite à faire une appréciation marginale du risque de persécution du demandeur dans son pays (a) ; le second est que les paramètres à considérer dans l'examen de la proportionnalité qui intervient parfois dans la décision d'exclusion se trouvent bouleversés au profit de la protection de l'Etat d'accueil (b).

### a) L'appréciation marginale du risque de persécution du demandeur

Le HCR recommande en principe qu'un demandeur d'asile soit préalablement inclus dans la Convention de Genève avant d'en être exclu. La pratique française de l'exclusion est conforme à cette recommandation. Concrètement, avant d'opposer à un requérant l'une des quatre clauses d'exclusion de la protection conventionnelle et subsidiaire, il faut avoir reconnu au préalable que ce dernier encourt des risques de persécution en cas de retour. Le raisonnement consiste à reconnaître pleinement ce risque mais à considérer que les actes commis par le requérant sont si graves qu'ils rendent celui-ci indigne de la protection à laquelle il devrait normalement être éligible.

Or dans certaines décisions précédemment citées et excluant ou envisageant l'exclusion sur le fondement de l'article L712-2(d), la CNDA n'a pas procédé à l'analyse d'un risque en cas de retour<sup>59</sup>.

Cette situation est somme toute logique dans la mesure où dans l'esprit de l'article 17-1(d), la menace grave que l'individu fait peser sur l'Etat d'accueil est le facteur déterminant de l'exclusion. A cet égard, l'objectif de l'article 33.2 de la Convention de Genève qui autorise l'exception au principe du refoulement est la protection du pays d'accueil<sup>60</sup>. Il n'est donc pas surprenant compte tenu de l'alignement du droit de l'exclusion sur celui du refoulement que la clause d'exclusion de l'article 17-1(d) de la directive poursuive ce même objectif.

---

<sup>59</sup> CNDA, 6 avril 2009, n° 634810 et CNDA, 26 juin 2009, n° 639067.

<sup>60</sup> R.BRUIJN, K.WOUTERS, "Terrorism and the Non-Derogability of Refoulement", *International Journal of Refugee Law*, vol. 15, n°1, 2003, p. 16.

Cette appréciation marginale du risque de persécution du demandeur au profit de la protection de l'Etat d'accueil se traduit également par un changement de paramètres des éléments à considérer dans le test de proportionnalité.

b) L'examen de proportionnalité au profit de l'Etat d'accueil

Fondamental en droit international des droits de l'homme et en droit international humanitaire, le principe de proportionnalité consiste à évaluer si une limite à un droit fondamental peut se justifier par une exception précise.

Le principe de proportionnalité n'apparaît pas dans la Convention de Genève, ni dans les travaux préparatoires qui l'ont précédée mais selon le HCR comme pour toute exception à une garantie en matière de droits de l'homme, les clauses d'exclusion doivent être appliquées d'une manière proportionnée à leur objectif. Le HCR préconise par conséquent de recourir à un examen de proportionnalité lorsque l'exclusion du statut de réfugiée est envisagée, à l'exception des crimes les plus graves relevant des clauses 1F(a) et 1F(c), donc en cas d'application de la clause 1F(b)<sup>61</sup>.

Concrètement il s'agit pour les instances de l'asile de mettre en balance la gravité de l'acte commis par le demandeur et les risques encourus par celui-ci en cas de retour. S'il est probable que l'intéressé subirait une persécution sévère, le crime en question doit être très grave pour justifier l'exclusion du demandeur.

La pratique des Etats n'est pas uniforme en la matière et nombre d'entre eux, dont la France n'ont pas recours à ce test. Mais au-delà des considérations de pratique, le test de proportionnalité tel que le conçoit le HCR ne serait pas opérant dans le cas de l'application de la clause de l'exclusion de l'article 17-1(d) de la directive ; et quand bien même un Etat habitué à le faire voudrait y recourir, il ne pourrait le faire. En effet, l'article 17-1(d) ne peut se fonder sur la gravité d'actes précis commis par le requérant puisque seule son activité sur le territoire national, voire sa seule présence constituent une menace grave susceptibles de justifier l'exclusion.

---

<sup>61</sup> UNHCR, *Note d'information sur l'application des clauses d'exclusion : article 1F de la Convention de 1951 relative au statut des réfugiés*, op. cit., para. 77 et 78.

Avec l'article 17-1(d), le test de proportionnalité consistant à peser la gravité des actes commis et le risque de persécution se trouve modifié au profit d'une autre forme d'évaluation de la proportionnalité : celle de la gravité de la menace que le demandeur représente contre le risque encouru par l'Etat d'accueil. Or ce nouvel équilibre peut conduire à des dérives et ne peut que s'éloigner des objectifs initiaux de protection conféré par l'asile puisque la protection de l'Etat d'accueil l'emporte sur la protection du demandeur.

Mais surtout, il se heurte à une limite absolue : il n'est pas envisageable de recourir à un examen de proportionnalité entre les intérêts sécuritaires d'un Etat et la protection de la personne lorsque les garanties posées par l'article 3 de la Convention européenne des droits de l'homme sont en péril. Le risque de traitement inhumain et dégradant l'emporte sur la protection de la sécurité nationale. Depuis son arrêt *Chahal contre le Royaume Uni* rendu en 1996, la Cour européenne des droits de l'homme n'a jamais transigé sur ce principe<sup>62</sup>.

En conclusion, l'article 17-1(d) de la Directive qualification semble n'apporter rien de plus que le droit de l'exclusion tel qu'il a été conçu par la Convention de Genève ne prévoit déjà. Au contraire il brouille les pistes entre le droit d'asile et le droit au séjour. Or ces pistes doivent demeurer distinctes. Il serait donc souhaitable que la Cour de justice de l'Union européenne soit saisie d'une question préjudicielle relative à son interprétation. Une telle initiative nous permettrait certainement d'y voir plus clair sur son utilité et sa pertinence.

---

<sup>62</sup> CEDH, *Chahal c. Royaume-Uni*, n° 22414/93, 15 novembre 1996, para. 79 : « L'article 3 (art. 3) consacre l'une des valeurs fondamentales des sociétés démocratiques (arrêt *Soering* précité, p. 34, par. 88). La Cour est parfaitement consciente des énormes difficultés que rencontrent à notre époque les Etats pour protéger leur population de la violence terroriste. Cependant, même en tenant compte de ces facteurs, la Convention prohibe en termes absolus la torture ou les peines ou traitements inhumains ou dégradants, quels que soient les agissements de la victime. L'article 3 (art. 3) ne prévoit pas de restrictions, en quoi il contraste avec la majorité des clauses normatives de la Convention et des Protocoles nos 1 et 4 (P1, P4), et il ne souffre nulle dérogation d'après l'article 15 (art. 15) même en cas de danger public menaçant la vie de la nation (voir l'arrêt *Irlande c. Royaume-Uni* du 18 janvier 1978, série A n° 25, p. 65, par. 163, et aussi l'arrêt *Tomasi c. France* du 27 août 1992, série A n° 241-A, p. 42, par. 115). »

## **DEUXIEME PARTIE**

### **LES RELATIONS ENTRE EXTRADITION ET EXCLUSION DU STATUT DE REFUGIE :** **ASPECTS INSTITUTIONNELS ET PROCEDURAUX**

# LES PROBLEMES D'ARTICULATION DES PROCEDURES D'ASILE, D'EXTRADITION ET D'ENTRAIDE JUDICIAIRE PENALE

Mathias Forteau et Caroline Laly-Chevalier

Sur le terrain non plus substantiel, mais cette fois-ci procédural et institutionnel, la coordination des procédures d'asile, d'extradition et d'entraide judiciaire pénale est susceptible de poser plusieurs séries de difficultés juridiques, pour tous les Etats en général, compte tenu de l'état actuel du droit international en la matière, et pour la France en particulier, au regard de la manière dont lesdites procédures sont organisées dans son ordre juridique interne.

L'analyse de ces difficultés suppose en premier lieu de rappeler brièvement comment ces procédures sont organisées dans l'ordre interne français (I). Il conviendra sur cette base de s'interroger ensuite sur l'origine des problèmes de coordination constatés (II) et de proposer une étude approfondie des dysfonctionnements correspondants et des solutions qui peuvent leur être apportées (III).

## I. Rappels préliminaires

Afin d'évaluer la nature des problèmes d'articulation qui peuvent surgir entre les procédures d'asile et les procédures d'extradition<sup>1</sup>, il est utile de rappeler brièvement les traits généraux de chacune d'entre elles.

### *a) La procédure d'extradition*

L'extradition est une procédure de caractère international relative à des faits susceptibles de constituer une infraction pénale ou ayant déjà donné lieu à une condamnation pénale, par laquelle un « Etat requérant » demande à un « Etat requis » de lui livrer un individu, soit pour le juger, soit aux fins de l'exécution d'une peine.

---

<sup>1</sup> NB : dans ce qui suit, « la procédure d'extradition » couvrira également, lorsque le problème l'affecte particulièrement, la procédure d'entraide judiciaire.

L'extradition se distingue du transfert qui est une procédure qui intéresse les juridictions pénales internationales. Celui-ci consiste en la remise aux Tribunaux pénaux internationaux ou à la Cour pénale internationale d'une personne poursuivie initialement par une juridiction nationale, en vertu du principe de la primauté des Tribunaux sur les juridictions nationales, ou du principe de complémentarité avec la CPI, pour la poursuite des crimes entrant dans leurs champs de compétence. Mécanisme de coopération entre autorités nationales et une autorité internationale, la procédure de transfert se distingue à ce titre de la procédure d'extradition qui est de nature interétatique. En conséquence, leurs régimes diffèrent. Seule cette dernière entre dans le champ de la présente étude.

La procédure d'extradition peut être régie par des traités bilatéraux ou des conventions multilatérales d'extradition, comme la Convention européenne d'extradition du 13 décembre 1957 ou le *Commonwealth Scheme for the Rendition of Fugitive Offenders*<sup>2</sup>. Elle peut également l'être par des traités qui, sans être des conventions d'extradition à proprement parler, comportent des dispositions ayant trait au droit de l'extradition. C'est le cas en particulier des conventions portant répression de certains crimes lorsqu'ils contiennent une clause *aut dedere aut judicare* en vertu de laquelle les Etats parties s'engagent à poursuivre les personnes soupçonnées d'avoir commis ces crimes ou, à défaut, à les extradier<sup>3</sup>.

Dans l'ordre juridique interne, à défaut de règle conventionnelle applicable, la procédure est généralement régie par la loi. En France, la loi n°2004-204 du 2 mars 2004 s'applique lorsque les Etats concernés ne sont pas liés par un traité. Selon les termes clairs de l'article 696 du Code de procédure pénale, lequel code régit en son Livre IV, titre X, l'entraide judiciaire internationale et dans ce cadre l'extradition, « [e]n l'absence de convention internationale en stipulant autrement, les conditions, la procédure et les effets de l'extradition sont déterminés

---

<sup>2</sup> Commonwealth Scheme for the Rendition of Fugitive Offenders as Amended in 1990, Great Britain Home Office, London, HMSO, 1966, [http://www.thecommonwealth.org/shared\\_asp\\_files/uploadedfiles/%7B717FA6D4-0DDF-4D10-853E-D250F3AE65D0%7D\\_London\\_Amendments.pdf](http://www.thecommonwealth.org/shared_asp_files/uploadedfiles/%7B717FA6D4-0DDF-4D10-853E-D250F3AE65D0%7D_London_Amendments.pdf).

<sup>3</sup> V. la très utile Etude réalisée par le Secrétariat des Nations Unies pour la Commission du droit international intitulée *Examen des conventions multilatérales qui pourraient présenter un intérêt pour les travaux de la Commission du droit international sur le sujet intitulé « L'obligation d'extrader ou de poursuivre (aut dedere aut judicare) »*, A/CN.4/630, 18 juin 2010, disponible sur le site Web de la Commission (<http://www.un.org/law/ilc/>). V. également sur l'interprétation d'une telle clause l'arrêt de la Cour internationale de Justice du 20 juillet 2012 dans l'affaire *Questions concernant l'obligation de poursuivre ou d'extrader (Belgique c. Sénégal)*, [[www.icj-cij.org](http://www.icj-cij.org)], à propos de la clause *aut dedere aut judicare* contenue dans l'importante convention contre la torture de 1984.

par les dispositions du présent chapitre. Ces dispositions s'appliquent également aux points qui n'auraient pas été réglementés par les conventions internationales ». Il convient de souligner toutefois que dans l'hypothèse où une convention internationale stipule autrement que la loi, son applicabilité en droit français reste en principe soumise à la condition qu'elle soit conforme à la Constitution française<sup>4</sup>.

D'une manière générale, la procédure d'extradition peut être soit purement administrative, soit purement judiciaire, soit encore mêler le judiciaire et l'administratif. C'est le cas le plus répandu, et c'est notamment le cas en France.

Ainsi, lorsque la France est l'Etat requis, la demande est transmise, par voie diplomatique, par le Ministère des affaires étrangères à la Chancellerie. Si la demande est recevable, la personne réclamée est immédiatement arrêtée et placée sous écrou extraditionnel. Elle est interrogée par le Procureur général, avant que le procureur général ne saisisse la Chambre de l'instruction aux fins de contrôle de la légalité d'une éventuelle extradition. La Chambre de l'instruction ne statue pas au fond mais rend un avis, susceptible de faire l'objet d'un pourvoi en cassation. Si l'avis est négatif, la demande d'extradition est rejetée de manière définitive. Si l'avis est positif au regard de la légalité, il appartient alors au Gouvernement de prendre la décision du point de vue de l'opportunité<sup>5</sup>.

Dès lors, quand le Gouvernement décide d'accorder l'extradition, il rend un décret motivé d'extradition, signé par le Premier ministre et contresigné par le Ministre de la Justice. Ce décret, qui peut parfois être assorti de réserves et de conditions, peut faire l'objet d'un recours pour excès de pouvoir devant le Conseil d'Etat.

#### *b) Le droit des réfugiés (aspects procéduraux)*

Le droit des réfugiés trouve sa source principale au plan international dans la convention de Genève relative au statut des réfugiés du 28 juillet 1951 qu'est venu compléter un protocole adopté à New York le 31 janvier 1967. Ces deux conventions ont, notamment, été relayées au plan européen par deux directives de 2004 (directive 2004/83/CE du Conseil du 29 avril

---

<sup>4</sup> V. Conseil d'Etat, 3 juillet 1996, *Koné, Leb.* p. 355.

<sup>5</sup> V. les articles 696-8 et s. du Code de procédure pénale ; l'article 696-18 al. 1 dispose en particulier que lorsque l'avis de la chambre d'instruction est favorable, « l'extradition est autorisée par décret du Premier ministre pris sur le rapport du ministre de la justice ».

2004) et 2005 (directive 2005/85/CE du Conseil du 1<sup>er</sup> décembre 2005) qui consacrent des normes minimales s'agissant des conditions, pour la première, et de la procédure, pour la seconde, à respecter pour l'octroi ou le retrait du statut de réfugié.

En France, les règles encadrant l'octroi et le retrait du statut de réfugié ont été formellement incorporées dans le Code de l'entrée et du séjour des étrangers et du droit d'asile (Livre VII – Le droit d'asile). La loi du 25 juillet 1952 et le décret du 2 mai 1953 ont par ailleurs créé un établissement public administratif, l'OFPRA, et une juridiction chargée de statuer sur les recours formés contre les décisions de refus de reconnaissance de la qualité de réfugié adoptées par le Directeur général de l'OFPRA, la Commission de recours des réfugiés (CRR) devenue la Cour nationale du droit d'asile (CNDA) par la loi n°2007-1631 du 20 novembre 2007. Le système comporte trois échelons avec l'instance de cassation que constitue le Conseil d'Etat, devant lequel un demandeur d'asile ou l'OFPRA peut former un pourvoi contre une décision de la CNDA.

On notera que dans la plupart des Etats, les instances compétentes pour connaître des recours contre les décisions de rejet de demandes d'asile sont généralement de caractère juridictionnel, et les recours devant elles sont souvent suspensifs<sup>6</sup>. Lorsqu'un double niveau de recours est prévu, le second a souvent le caractère d'une instance de cassation qui implique les plus hautes instances juridictionnelles, cours constitutionnelles ou conseils d'Etat. Le Conseil d'Etat français apparaît ainsi comme juge de l'asile au stade de la cassation.

## **II. L'origine des problèmes d'articulation des procédures applicables à l'asile et à l'extradition dans l'ordre juridique français**

La France partage avec de nombreux pays d'Europe le fait de ne pas avoir de dispositions régissant les relations entre les procédures d'asile et les procédures d'extradition, lesquelles obéissent chacune à des règles distinctes<sup>7</sup>. Il en résulte une fragmentation à la fois formelle,

---

<sup>6</sup> Voir Sénat, Direction de l'initiative parlementaire et des délégations, *Note sur la procédure de reconnaissance du droit d'asile, Allemagne-Etats-Unis-Italie-Pays-Bas-Royaume-Uni- Suède*, Mars 2012, 53 p.

<sup>7</sup> V. Comité européen pour les problèmes criminels (CDPC), Comité d'experts sur le fonctionnement des conventions européennes sur la coopération dans le domaine pénal (PC-OC), *Synthèse des réponses au questionnaire sur les relations entre les procédures d'asile et les procédures d'extradition*, PC-OC (2009) 04 rev., 13 février 2009 (ci-après « *Synthèse des réponses au questionnaire* »), par. 1 (qui indique que 16 Etats membres du Conseil de l'Europe ne possèdent aucune législation de ce type). La France fait par ailleurs partie des onze Etats qui estimaient en 2009 qu'il n'était « pas utile ni souhaitable de mettre en place de nouvelles normes du Conseil de l'Europe dans ce domaine » (*ibid.*, p. 9, par. 11). Les Etats qui disposent d'une législation

substantielle et juridictionnelle des procédures en cause (a), qui fait naître un besoin de coordination (b). Ce besoin se manifeste en particulier sur le terrain particulier des rapports entre exclusion et extradition<sup>8</sup>.

*a) La fragmentation formelle, substantielle et juridictionnelle des procédures*

Bien que l'individu dans sa relation à un territoire étranger soit le point commun aux différentes procédures en cause ici (comme objet d'une demande d'extradition ou d'entraide judiciaire émanant d'un Etat étranger dans un cas, comme demandeur d'asile ou bénéficiaire du statut de réfugié dans l'autre, titulaire à ce titre du droit de ne pas être refoulé vers l'Etat de persécution), le droit français appréhende de manière fragmentée la situation juridique des demandeurs d'asile ou des réfugiés objet d'une demande d'extradition ou d'entraide judiciaire. Cette fragmentation, qui affecte notamment l'exclu du statut de réfugié qui peut faire l'objet d'une procédure d'extradition, est d'une triple nature : elle affecte à la fois les sources des règles applicables, la substance de ces dernières ainsi que les procédures juridictionnelles ouvertes.

*S'agissant des sources*, il convient de rappeler que la procédure d'extradition est encadrée par le Code de procédure pénale – plus précisément son Livre IV, Titre X, dont le Chapitre V est intitulé « De l'extradition ». Le droit d'asile, et par conséquent la procédure d'octroi ou de retrait du statut de réfugié, sont quant à eux régis par le Code de l'entrée et du séjour des étrangers et du droit d'asile – en son Livre VII.

Il appartient bien entendu aux autorités françaises de respecter toute règle législative ou réglementaire applicable, sans égard au fait qu'elle serait ou non formellement intégrée dans tel code plutôt que dans tel autre. Il reste qu'*en pratique*, l'utilisateur habituel d'un code qui couvre en principe tout le champ de son domaine de compétence (le code de procédure pénale par exemple pour l'autorité en charge de l'extradition) n'aura pas nécessairement le réflexe de consulter d'autres codes dont le contenu pourrait cependant s'avérer pertinent. Cela devrait

---

relative aux rapports entre procédure d'asile et d'extradition n'ont quant à eux pas nécessairement mis en place un ensemble normatif complet à cet égard (v. par exemple le Titre V de la loi brésilienne du 22 juillet 1997 qui s'intéresse uniquement aux effets du statut de réfugié sur la procédure d'extradition et d'expulsion, à travers cinq brèves dispositions – Official Gazette 139 – Wednesday July 23, 1997, p. 15822).

<sup>8</sup> La procédure d'asile est étudiée dans ce qui suit dans son rapport général à la procédure d'extradition, dès lors qu'il est difficile de distinguer systématiquement ce qui relève des problèmes touchant le droit d'asile en général de ceux propres à l'exclusion. Lorsque toutefois ces derniers sont étudiés ici en tant que tels, ils le sont à ce titre.

inciter à assurer la meilleure coordination *explicite* possible entre les codes, par le biais de renvois appropriés.

Sur ce dernier point, qui touche à la *substance des règles* applicables, il apparaît que dans certains cas – importants – ladite coordination n'est pas assurée explicitement, les dispositions d'un code n'intégrant pas celles de l'autre dans les cas pourtant où il semblerait qu'elles dussent le faire.

Il est surprenant par exemple que nulle part dans le code de procédure pénale, et en particulier pas dans son article 696-4 qui dresse la liste des cas où il n'est pas permis d'extrader, il ne soit expressément énoncé qu'une procédure d'extradition ne peut pas aboutir lorsque l'individu est un réfugié et qu'il s'agit de l'extrader vers l'Etat de persécution. A cet égard, la législation française se distingue de celle d'autres Etats dans le droit interne desquels il est expressément prévu que l'extradition d'une personne est interdite s'il s'agit d'un réfugié ou si celle-ci risque d'être exposée à des tortures ou des violations graves des droits de l'homme<sup>9</sup>. Il est à noter d'ailleurs que l'interdiction possède, potentiellement, un champ plus large dès lors que l'article L 742-3 du code de l'entrée et du séjour des étrangers et du droit d'asile prévoit que le demandeur d'asile admis à séjourner en France « bénéficie du droit de s'y maintenir jusqu'à la notification de l'Office français de protection des réfugiés et apatrides ou, si un recours est formé, jusqu'à la notification de la décision de la Cour nationale du droit d'asile »<sup>10</sup>. Le code de procédure pénale mériterait d'être complété sur ce point en intégrant explicitement ce motif obligatoire de refus d'extrader, afin d'écartier toute ambiguïté.

---

<sup>9</sup> Le principe d'interdiction d'extradition des demandeurs d'asile est par exemple expressément inscrit dans le code pénal de la Bosnie-Herzégovine – Article 415 (1)(b) : « *Requirements for Extradition (1) The requirements for extradition shall be as follows: a) (...); b) that a person, whose extradition has been requested, has not been granted an asylum in Bosnia and Herzegovina, or that the person in question is not in the process of seeking asylum in Bosnia and Herzegovina* »; voir également la loi argentine n° 24767 de coopération internationale en matière pénale, 13 janvier 1997, art. 20, ou encore la loi brésilienne n° 9 474 du 22 juillet 1997 : « *Article 33. Recognition of a refugee condition shall cease the proceedings of any request for extradition based on the facts that have founded the granting of such refuge. Article 34. A request for refuge shall cease, until its final decision, any proceedings for extradition pending in administrative or judicial courts, based on the facts that have founded the granting of such refuge.* »

<sup>10</sup> Le Conseil constitutionnel a toutefois précisé de son côté que « le respect du droit d'asile, principe de valeur constitutionnelle, implique d'une manière générale que l'étranger qui se réclame de ce droit soit autorisé à demeurer provisoirement sur le territoire jusqu'à ce qu'il ait été statué sur sa demande. *Sous réserve de la conciliation de cette exigence avec la sauvegarde de l'ordre public*, l'admission au séjour qui lui est ainsi nécessairement consentie doit lui permettre (...) » (décision 93-325 DC, 13 août 1993, Journal officiel du 18 août 1993, p.11722, cons. 84, Rec. p. 224 ; v. également CE Ass, 13 décembre 1991, *Nkodia*, Lebon, p. 439 ; CE Ass., 13 décembre 1991, *Dakoury*, Lebon, p. 440).

Il en va de même d'ailleurs des engagements internationaux liant la France. La convention européenne d'extradition du 13 décembre 1957 ne mentionne pas expressément le cas du réfugié ou du demandeur d'asile parmi ceux devant conduire à un refus d'extradition<sup>11</sup>. Il en va également ainsi de la Convention établie sur la base de l'article K.3 du traité de l'Union européenne relative à l'extradition entre les États membres de l'Union européenne. Les traités bilatéraux d'extradition conclus par la France paraissent suivre cette même tendance<sup>12</sup>. Par exemple, pas plus la convention d'extradition entre le gouvernement de la République française et le gouvernement de la République de Corée du 6 juin 2006 que la convention entre le gouvernement de la République française et le gouvernement de la République de l'Inde en matière d'extradition en date du 24 janvier 2003 ne prévoient, parmi les motifs obligatoires de refus d'extradition, le cas explicite du réfugié ou du demandeur d'asile. Le constat vaut d'ailleurs également au plan européen<sup>13</sup> et au plan universel<sup>14</sup>.

Réciproquement, le code de l'entrée et du séjour des étrangers et du droit d'asile (CESEDA) n'intègre pas en tant que tels les effets qu'une demande ou une décision d'extradition pourrait produire sur l'examen d'une requête adressée par une personne se déclarant réfugié (qu'elle affecte la possibilité d'inclusion ou d'exclusion). L'article 731-3 dudit code se borne à intégrer le cas des « requêtes qui lui sont adressées par les réfugiés visés par l'une des mesures prévues par les articles 31, 32 et 33 de la convention de Genève du 28 juillet 1951

---

<sup>11</sup> L'article 3 se limite à prévoir – par le biais d'une clause sans préjudice – que « [l']application du présent article n'affectera pas les obligations que les Parties auront assumées ou assumeront aux termes de toute autre convention internationale de caractère multilatéral ». Cela couvre la convention de Genève relative au statut des réfugiés de 1951. La convention européenne autorise donc le non-refoulement ; il reste qu'elle ne le rend pas elle-même expressément obligatoire.

<sup>12</sup> A l'inverse de la pratique d'autres Etats. Il semblerait par exemple que certains des traités bilatéraux d'extradition conclus par la République tchèque mentionnent expressément l'asile comme l'un des motifs de refus d'extradition (cas de l'accord conclu en 2002 avec l'Ouzbékistan et de celui conclu en 2006 avec l'Algérie) (source : entretien par voie de courriel avec M. Jakub Pastuszek, Acting Director, International Criminal Department, Ministry of Justice of the Czech Republic, date : 6 mars 2012) ; voir aussi l'Accord d'extradition du 25 février 1975 entre l'Autriche et la Hongrie (art.3) et l'Accord d'extradition du 27 février 1978 entre l'Autriche et la Pologne (art.4). Voir également la Convention multilatérale pour la prévention ou la répression des actes de terrorisme adoptée par l'OEA le 2 février 1971 qui prévoit d'extrader les personnes soupçonnées d'avoir commis l'une quelconque des infractions énumérées à l'article 2 considérées comme des crimes de droit commun, mais qui dispose à l'article 6 : « Aucune des dispositions de la présente Convention ne doit être interprétée comme portant atteinte au droit d'asile ».

<sup>13</sup> V. l'accord entre l'Union européenne et les Etats-Unis en matière d'extradition du 25 juin 2003, *JOUE*, 19 juillet 2003, L 181/27.

<sup>14</sup> Le Traité-type d'extradition adopté par l'Assemblée générale des Nations Unies ne comporte pas davantage de référence expresse aux réfugiés et demandeurs d'asile (v. résolution du 14 décembre 1990 A/RES/45/116). Voir également le *Manuel sur l'entraide judiciaire et l'extradition*, publié par l'Office des Nations Unies contre la drogue et le crime (ONUDD) en octobre 2012, qui consacre un paragraphe au statut de réfugié et au principe de non-refoulement mais en mettant l'accent sur les limites de la protection (p. 54) et qui ne mentionne pas la situation du réfugié ou du demandeur d'asile parmi les motifs de refus de l'extradition, p. 49 ([http://www.unodc.org/documents/organized-crime/Publications/Mutual\\_Legal\\_Assistance\\_Ebook\\_F.pdf](http://www.unodc.org/documents/organized-crime/Publications/Mutual_Legal_Assistance_Ebook_F.pdf)).

relative au statut des réfugiés ». Les articles 32 et 33 de la convention de 1951 visent les cas d'« expulsion » et de « refoulement » uniquement, mais ils ont été interprétés comme s'appliquant aussi aux procédures d'extradition<sup>15</sup>. Il convient de noter toutefois que les articles L 521-1 et suivants du code de l'entrée et du séjour des étrangers appréhendent de leur côté l'« expulsion » en des termes qui ne couvrent pas à première vue l'extradition.

Il a appartenu aux juridictions compétentes de pallier, lorsqu'elles ont pu le faire, les interstices laissés ainsi libres, notamment en décidant qu'un demandeur d'asile ou un réfugié ne peut faire l'objet d'une mesure d'extradition<sup>16</sup>. Une consécration législative, ainsi qu'une insertion systématique dans les conventions conclues par la France, de cette précision jurisprudentielle seraient toutefois bienvenues pour garantir qu'aucune pratique ne puisse se développer, ne serait-ce qu'à titre occasionnel ou même involontaire, qui conduirait à l'extradition de réfugiés ou de demandeurs d'asile vers leur Etat de persécution. Cette pratique a fait l'objet de vives critiques<sup>17</sup> et il est regrettable que la Cour européenne des droits de l'homme ne l'ait pas condamnée, mais ait paru au contraire l'entériner, dans sa jurisprudence récente<sup>18</sup>.

Au *plan juridictionnel* enfin, les deux procédures ne relèvent que partiellement du même cadre.

---

<sup>15</sup> V. Conclusions n° 17(XXXI) 1980 du Comité exécutif du HCR, par. b) et e) ; Sir A. Lauterpacht et D. Bethlehem, "Avis sur la portée et le contenu du principe de non-refoulement", in *La protection des réfugiés en droit international*, Larcier, UNHCR, 2008, p. 144 ; A. Grahl-Madsen, *The Status of Refugee in International Law*, vol. II, Sijthoff Leiden, 1972, p. 87 ; G.S. Goodwin-Gill, *The Refugee in International Law*, Clarendon Press, Oxford, 1996, p. 147 ; S. Kapferer, *Legal and Protection Policy Research Series. The Interface between Extradition and Asylum*, UNHCR, Department of International Protection, PPLA/2003/05, novembre 2003, pars. 233 et s.

<sup>16</sup> V. *infra*, III, ainsi que *supra*, la contribution de Serge Slama. Dans sa réponse au questionnaire du Conseil de l'Europe précité, la France a ainsi indiqué qu'« une personne ayant fait une demande d'asile ne peut être extradée » (*Synthèse des réponses au questionnaire*, précité, p. 3, par. 2). Elle a également souligné que l'interdiction d'extrader se limitait à l'Etat du risque de persécution et aux Etats tiers susceptibles de renvoyer la personne dans son pays d'origine (*ibid.*, p. 5, par. 5). Voir notamment CE, Ass., 1<sup>er</sup> avril 1988, *Bereciartua-Echarri*, *Rec. Leb.*, p.135 ; voir conclusions du commissaire de gouvernement Vigouroux, *JCP* 1988, II, 21071.

<sup>17</sup> Voir notamment concernant plusieurs cas de demandeurs d'asile tadjiks ou kirghizes extradés vers leur pays d'origine par la Russie, <http://www.amnesty.org/fr/library/asset/EUR46/013/2011/fr/9db5dd0b-70a5-43a6-b74a-5547dc8c5dee/eur460132011fra.html> ; <http://www.amnesty.org/ar/library/asset/EUR46/032/2012/ar/0669aeb3-8818-42a3-9833-bf32f070903a/eur460322012fr.pdf>.

<sup>18</sup> V. CrEDH, *Ahorugeze v. Sweden*, n° 37075/09, 27 octobre 2011. Dans cette affaire, le requérant ressortissant rwandais et réfugié au Danemark avait été arrêté à la demande des autorités rwandaises lors d'une visite en Suède en juillet 2008. La Cour suprême et le gouvernement suédois se sont prononcés en faveur de son extradition. La Cour européenne a estimé dans son arrêt du 27 octobre 2011 que l'extradition du requérant soupçonné de génocide ne violait pas la CEDH au motif que l'on ne pouvait reprocher à la justice rwandaise un manque d'indépendance ou d'impartialité. L'arrêt se fonde notamment sur l'amélioration du système judiciaire au Rwanda (disparition de la condamnation à perpétuité dans l'isolement, notamment) et la décision adoptée en juin 2011 par le TPIR autorisant le transfert pour la première fois d'un Rwandais accusé de génocide vers le Rwanda pour qu'il y soit jugé, sans prendre en considération le statut de réfugié du requérant.

La procédure d'extradition relève en premier lieu de la compétence du juge judiciaire, la chambre de l'instruction étant chargée de rendre un avis sur la légalité de la demande d'extradition et sur l'existence éventuelle d'une erreur évidente<sup>19</sup>, lequel avis peut faire l'objet d'un pourvoi en cassation qui ne peut être fondé que sur des vices de forme de nature à priver cet avis des conditions essentielles de son existence légale<sup>20</sup>. Dans l'hypothèse où l'avis de la Chambre de l'instruction ne repousse pas la demande d'extradition et que cet avis est définitif, l'extradition peut être autorisée par décret du Premier ministre pris sur le rapport du ministre de la Justice<sup>21</sup>. Un recours pour excès de pouvoir peut alors être formé contre ce décret devant le Conseil d'Etat qui statue en premier et dernier ressort<sup>22</sup>.

La procédure relative au droit d'asile obéit quant à elle à des règles et est soumise à des instances partiellement différentes. Il appartient à la Cour nationale du droit d'asile de statuer sur les recours formés contre les décisions de rejet du Directeur général de l'Office français de protection des réfugiés et apatrides<sup>23</sup>. Les décisions de la Cour nationale du droit d'asile sont susceptibles de pourvoi devant le Conseil d'Etat.

Cette architecture juridictionnelle à double branche présente un avantage et un inconvénient. En centralisant les pourvois dans les mains du Conseil d'Etat qui est à la fois juge de premier et dernier ressort du contentieux de la légalité des décrets d'extradition et juge de cassation des décisions de la Cour nationale du droit d'asile, le législateur français s'est assuré qu'une certaine unité de vues l'emporterait en définitive, contrairement à ce qui peut se passer dans certains pays où la fragmentation juridictionnelle est plus radicale<sup>24</sup>. Dans le même temps, en

---

<sup>19</sup> V. article 696-15 du code de procédure pénale.

<sup>20</sup> *Id.*

<sup>21</sup> V. articles 696-17 et 696-18 du code de procédure pénale.

<sup>22</sup> V. article 696-18 du code de procédure pénale.

<sup>23</sup> V. article L 731-2 du Code de l'entrée et du séjour des étrangers et du droit d'asile.

<sup>24</sup> En Suisse par exemple, la procédure d'asile et la procédure d'extradition se déroulent en parallèle. Celles-ci relèvent en effet d'autorités administratives et de juridictions distinctes: Office fédéral des migrations et Tribunal administratif fédéral pour la procédure d'asile, Office fédéral de la justice et Tribunal pénal fédéral pour la procédure d'extradition. Jusqu'à récemment, contrairement à la procédure d'extradition qui l'autorise dans une mesure restreinte, la procédure d'asile ne prévoyait pas de possibilité de recours au Tribunal fédéral. Depuis le 1<sup>er</sup> avril 2011, afin d'éviter les décisions contradictoires, une révision de la loi sur l'asile, de la loi sur le Tribunal fédéral et de la loi sur l'entraide pénale internationale, a conduit à ouvrir l'accès au Tribunal fédéral *dans un nombre restreint de cas* afin que celui-ci puisse examiner la question de l'asile et de l'extradition dans une même procédure. À titre de mesures complémentaires, la révision législative prévoit d'accélérer la procédure d'asile dans ces cas particuliers et d'obliger les autorités compétentes pour la procédure d'asile à prendre en compte le dossier relatif à la procédure d'extradition et inversement. V. <http://www.ejpd.admin.ch/content/ejpd/fr/home/dokumentation/mi/2011/2011-03-08.html>. Pour une critique du nouveau régime, voir OSAR, *Avant-projet de loi fédérale sur la coordination entre la procédure d'asile et la*

attribuant au Conseil d'Etat des missions de nature différente (juge de l'extradition en premier et dernier ressort, juge du droit d'asile seulement au stade de la cassation) et en fragmentant les voies de recours (recours en légalité contre les décrets d'extradition / pourvoi en cassation contre les décisions de la Cour nationale du droit d'asile), le législateur a pris le risque que certains dysfonctionnements se produisent. En particulier, le fait que le Conseil d'Etat puisse connaître par voie d'exception d'une question relevant d'une procédure dans le cadre de sa compétence principale au titre de l'autre peut faire naître certaines difficultés quant au respect de certaines garanties procédurales applicables aux demandeurs d'asile<sup>25</sup>.

*b) Les solutions envisageables pour une meilleure coordination (aperçu général)*

Les procédures d'asile et d'extradition doivent faire l'objet d'une coordination de manière à assurer que les impératifs de chacune soient pris en compte dans le cadre de la mise en œuvre de l'autre.

Le terme de *coordination* est choisi ici à dessein. Il ne s'agit en aucune façon de faire prévaloir une procédure sur l'autre. Chacune mérite d'être respectée dans les dispositions qu'elle prévoit et dans les droits qu'elle garantit. Cela nécessite d'accorder la préférence à l'interprétation conforme de leurs exigences réciproques, autant que cela est possible en tout cas.

Le HCR indique à ce titre dans sa *Note d'orientation sur l'extradition et la protection internationale des réfugiés* du mois d'avril 2008 (ci-après « Note d'orientation de 2008 ») que

« [l]a protection internationale des réfugiés et l'application du droit pénal ne s'excluent pas mutuellement. La Convention de 1951 relative au statut des réfugiés (...) et son Protocole de 1967 ne mettent pas les réfugiés ou les demandeurs d'asile qui ont commis un crime à l'abri de poursuites et le droit international des réfugiés n'interdit pas leur extradition dans toutes les circonstances. Toutefois, lorsque la personne visée par la demande d'extradition (...) est un réfugié ou un demandeur d'asile, ses besoins de protection particuliers doivent être pris en considération »<sup>26</sup>.

---

*procédure d'extradition*, Berne, août 2009, [http://www.fluechtlingshilfe.ch/droit-d-asile/prises-de-positions/prises-de-positions?set\\_language=fr](http://www.fluechtlingshilfe.ch/droit-d-asile/prises-de-positions/prises-de-positions?set_language=fr).

<sup>25</sup> Sur ces différents points, v. *infra*, III.

<sup>26</sup> HCR, *Note d'orientation sur l'extradition et la protection internationale des réfugiés*, avril 2008, par. 2.

Cette ultime précision laisse entendre qu'il pourrait paraître légitime de donner plus d'importance au droit des réfugiés en tant qu'il met en jeu les droits fondamentaux des individus. Il a pu être défendu en ce sens que toute incompatibilité entre le droit de l'extradition et le droit des réfugiés devrait être résolue en faveur du second<sup>27</sup>. Le HCR a défendu en particulier l'idée que « la primauté de ces obligations [les obligations des droits de l'homme] par rapport à celles qui figurent dans les traités d'extradition est plutôt due à leur nature et à leur place dans la hiérarchie de l'ordre juridique international »<sup>28</sup>.

Il est douteux cependant que la nature des obligations protégeant le demandeur d'asile ou le réfugié emporte d'elle-même, en quelque sorte « intrinsèquement », leur primauté sur toute autre obligation et en particulier celles découlant du droit de l'extradition – sauf à rattacher toutes ces obligations au *jus cogens*, ce qui paraît difficile à réaliser<sup>29</sup>. Par ailleurs, les juridictions nationales ne semblent pas avoir privilégié pour l'heure une approche qui serait fondée sur l'existence d'une hiérarchie *substantielle* entre accords internationaux. En France par exemple, le juge judiciaire s'est davantage reposé sur le concept d'ordre public

---

<sup>27</sup> V. en ce sens S. Kapferer, *Legal and Protection Policy Research Series. The Interface between Extradition and Asylum*, UNHCR, Department of International Protection, PPLA/2003/05, November 2003, par. 41. Selon Mme Kapferer, "Human rights bars to extradition therefore take precedence over a duty to extradite which may exist on the basis on an agreement between the requested and the requesting State".

<sup>28</sup> Note d'orientation de 2008, précitée, par. 21.

<sup>29</sup> Il ne fait pas de doute aujourd'hui que l'interdiction de la torture relève du *jus cogens*. Cependant, cette qualité impérative ne bénéficie pas à toutes les obligations auxquelles pourrait porter atteinte le refoulement d'un réfugié. Dans l'affaire *Németh c. Canada*, 2010 CSC 56, 25 novembre 2010, la Cour suprême du Canada a souligné que le point de savoir si l'obligation de non-refoulement avait acquis à titre général le statut de *jus cogens* « ne fait pas l'unanimité parmi les théoriciens du droit international » (par. 104). Pour rappel, une norme de *jus cogens* se définit comme une norme reconnue et acceptée comme telle par la communauté internationale des Etats dans son ensemble et dont la nature impérative interdit toute dérogation conventionnelle sous peine de nullité du traité (article 53 de la convention de Vienne de 1969 sur le droit des traités entre Etats ; convention non ratifiée par la France). Comme l'a rappelé la Cour internationale de Justice dans son arrêt du 3 février 2012 dans l'affaire des *Immunités juridictionnelles de l'Etat (Allemagne c. Italie ; Grèce (intervenant))*, « [u]ne règle de *jus cogens* est une règle qui ne souffre aucune dérogation » ([www.icj-cij.org], par. 95). Quand bien même le Conseil d'Etat a considéré dans son avis n° 367169 du 21 février 2002 que la France ne peut ratifier la convention de Vienne au motif que le *jus cogens* est de contenu évolutif et qu'une telle évolution pourrait conduire à l'émergence d'une norme impérative incompatible avec la Constitution, il n'est pas douteux aujourd'hui que la France, tout en n'ayant pas ratifié la convention de Vienne de 1969, est liée par le *jus cogens* dont la nature coutumière ne peut plus guère être contestée (v. en particulier P. Daillier, M. Forteau, A. Pellet, *Droit international public*, LGDJ, Paris, 2009, p. 222-225, n° 125). En particulier, il ne peut guère être défendu que la France ne serait pas liée par cette coutume à laquelle elle aurait objecté de manière persistante et parce que précisément elle y aurait objecté (v. en ce sens l'avis d'*amicus curiae* de Gilbert Guillaume dans l'affaire *Brito Paiva* tranchée par le Conseil d'Etat le 23 décembre 2011, *RFDA*, 2012, p. 20, par. 11) au regard de la fréquence avec laquelle le *jus cogens* est désormais invoqué par des juridictions au statut desquelles la France est partie, parfois d'ailleurs au bénéfice de la France (v. par exemple CEDH, décision d'irrecevabilité du 17 mars 2009, *Ould Dah c. France*, n° 13113/03, p. 16). Il n'en demeure pas moins que le nombre des obligations de *jus cogens* demeure aujourd'hui encore très restreint et qu'il n'est pas possible d'étendre indûment l'effet juridique découlant de cette qualité particulière (v. CIJ, arrêt précité dans l'affaire des *Immunités juridictionnelles de l'Etat*, par. 96, limitant l'effet intrinsèque du caractère *cogens* d'une norme au fait qu'elle ne souffre aucune dérogation).

international (au sens du droit international privé) plutôt que sur la nature normativement supérieure dans l'ordre international de la convention européenne des droits de l'homme lorsqu'ont été opposées à celle-ci des conventions bilatérales incompatibles avec elles<sup>30</sup>. Enfin et surtout, c'est, à notre sens, mal poser le problème que de le définir en tenant pour acquis qu'une incompatibilité existerait entre le droit de l'extradition et le droit des réfugiés. Ce n'est pas en effet parce que leurs dispositions diffèrent qu'il en résulte nécessairement un conflit normatif. Dès lors qu'une application ou une interprétation conforme reste possible, les deux branches du droit peuvent tout à fait coexister<sup>31</sup>. La coordination des règles en cause constitue à ce titre le moyen à solliciter en priorité. Il en va ainsi pour plusieurs raisons.

Il convient tout d'abord de garder à l'esprit que le droit de l'extradition poursuit également des intérêts légitimes. Comme l'a par exemple indiqué le Conseil d'Etat dans sa décision du 11 juin 1997, un décret d'extradition susceptible de porter atteinte à des droits individuels « trouve, en principe, sa justification dans la nature même de la procédure d'extradition qui est de permettre, dans l'intérêt de l'ordre public et sous les conditions fixées par les dispositions qui la régissent, tant le jugement de personnes résidant en France qui sont poursuivies à l'étranger pour des crimes et des délits commis hors de France que l'exécution, par les mêmes personnes, des condamnations pénales prononcées contre elles à l'étranger pour de tels crimes ou délits »<sup>32</sup>. La Cour européenne des droits de l'homme a de son côté rappelé qu'il importait « d'assurer un juste équilibre entre les exigences de l'intérêt général de la communauté et les impératifs de la sauvegarde des droits fondamentaux de l'individu », en particulier l'intérêt de toutes les nations « à voir traduire en justice les délinquants présumés qui fuient à l'étranger », et le respect des droits de l'individu<sup>33</sup>.

Cette nécessaire conciliation est au demeurant induite par la jurisprudence du Conseil constitutionnel, à deux points de vue en particulier.

---

<sup>30</sup> V. en particulier F. Guerchoun, « La primauté constitutionnelle de la CEDH sur les conventions bilatérales donnant effet aux répudiations musulmanes », *Journal du droit international (Clunet)*, 2005, pp. 695-737.

<sup>31</sup> Le HCR a ainsi considéré qu'il était « souhaitable que les Etats qui sont déjà liés par des traités d'extradition fassent en sorte que ces traités soient appliqués compte dûment tenu du principe du non-refoulement » (HCR, *Note sur les problèmes d'extradition affectant les réfugiés*, 27 août 1980, par. 34, lettre f).

<sup>32</sup> Conseil d'Etat, 11 juin 1997, n° 180680. Dans le même sens v. Conseil d'Etat, 13 décembre 2002, n° 242395.

<sup>33</sup> V. notamment Cour EDH, *Soering c. Royaume-Uni*, 7 juillet 1979, par. 89.

En premier lieu, celui-ci a eu l'occasion de souligner « l'intérêt général qui s'attache à l'unification et à la rationalisation des procédures » dans le domaine du droit d'asile<sup>34</sup>. Cet intérêt général devrait être également pris en compte lorsque la procédure d'extradition interfère avec la procédure d'asile, en particulier pour garantir que la procédure d'extradition au cours de laquelle le statut de réfugié de la personne concernée peut être examiné ne soit pas menée en violation des garanties offertes par la procédure d'asile. Le HCR l'a souligné à sa manière, pour ce qui concerne l'exclusion en particulier et peut-être de manière un peu trop strict, au paragraphe 31 de ses *Principes directeurs sur la protection internationale : application des clauses d'exclusion : article 1F de la Convention de 1951 relative au statut des réfugiés*:

« Etant donné les graves conséquences de l'exclusion, il est essentiel que des garanties procédurales strictes soient incluses dans la procédure de détermination de l'exclusion. Les décisions d'exclusion doivent en principe être prises dans le cadre de la procédure normale de détermination du statut de réfugié et non au cours de procédures d'admissibilité ou de procédures accélérées afin qu'une évaluation complète en droit et en fait puisse avoir lieu (...) »<sup>35</sup>.

En second lieu, le Conseil constitutionnel a indiqué en 1986 que

« [l]a règle édictée par l'article 55 de la Constitution, dont le respect s'impose même dans le silence de la loi, s'applique notamment à la convention de Genève du 28 juillet 1951 sur le statut des réfugiés modifiée par le protocole de New York du 31 janvier 1967 qui ont été introduits dans l'ordre juridique interne : il appartient aux divers organes de l'Etat de veiller à l'application de ces conventions internationales dans le cadre de leurs compétences respectives. La loi peut donc rendre le refus d'accès au territoire immédiatement exécutoire sans prévoir de dérogation explicite pour les étrangers manifestant leur intention de demander le statut de réfugié, dont la situation demeure régie par les engagements internationaux précités »<sup>36</sup>.

Il résulte de ce considérant de principe que les deux corps de règles que constituent le droit de l'extradition et le droit des réfugiés coexistent naturellement – et, pour tout dire, spontanément – dans l'ordre interne français et que dans l'application de l'un, l'autre doit nécessairement être pris en compte, y compris lorsque la règle pertinente ne le prévoit pas

<sup>34</sup> 2003-485 DC, 4 décembre 2003, Journal officiel du 11 décembre 2003, p. 21085, cons. 19, 24 à 26, *Rec.*, p. 455.

<sup>35</sup> UNHCR, *Principes directeurs sur la protection internationale : Application des clauses d'exclusion : article 1F de la Convention de 1951 relative au statut des réfugiés*, HCR/GIP/03/05, 4 septembre 2003, p. 9.

<sup>36</sup> Décision 86-216 DC, 3 septembre 1986, Journal officiel du 5 septembre 1986, p. 10790, cons. 5 et 6, *Rec.*, p. 135 ; Conseil d'Etat, 25 septembre 1985, *Association France Terre d'Asile*.

expressément. Autrement dit, il ne s'agit pas de faire prévaloir l'un sur l'autre, mais d'assurer l'application concomitante des deux.

Pour ce qui concerne l'obligation de non-refoulement en particulier, dans la mesure où l'extradition suppose un accord international entre l'Etat requérant et l'Etat requis et où le principe de non-refoulement a acquis valeur coutumière en droit international et s'applique de toute manière à la grande majorité des Etats en vertu de la convention de Genève de 1951 qui lie aujourd'hui 145 Etats parties, il appartient nécessairement aux deux Etats concernés de faire en sorte que dans l'application des règles qu'ils se sont imposées en matière d'extradition, ils respectent les règles qui s'imposent également à eux au titre du droit des réfugiés. Dans une telle configuration, il convient *d'interpréter* les différentes obligations des parties de manière à ce que l'exécution de l'une ne vienne pas porter atteinte à l'exécution de l'autre. Comme le souligne à sa manière la Cour suprême du Canada, dans le contexte de son ordre juridique interne, il convient de procéder à « l'interprétation de la *Loi sur l'extradition* (...) et la *Loi sur l'immigration et la protection des réfugiés* (...) d'une façon qui concilie les obligations concurrentes relevant de l'extradition et du non-refoulement »<sup>37</sup>. A ce titre-là, il paraît acquis que deux Etats s'obligeant à extrader dans certains cas et tenus par ailleurs par l'obligation de non-refoulement ne pourront s'estimer liés par une obligation d'extrader qui entrerait en opposition avec la règle du non-refoulement<sup>38</sup>.

L'impossibilité de faire prévaloir par principe l'un des deux corps de règles sur l'autre se manifeste encore dans le fait qu'en dernier ressort, la convention de Genève de 1951 paraît accorder la prééminence aux intérêts d'ordre public par rapport à l'obligation de non-refoulement. En vertu de l'article 33, paragraphe 2, de la convention en effet, le bénéfice de l'obligation de non-refoulement « ne pourra toutefois être invoqué par un réfugié qu'il y aura des raisons sérieuses de considérer comme un danger pour la sécurité du pays où il se trouve ou qui, ayant été l'objet d'une condamnation définitive pour un crime ou délit particulièrement grave, constitue une menace pour la communauté dudit pays ». Cette disposition, qui rappelle à certains égards le mécanisme d'exclusion de l'article 1 F avec lequel elle ne se confond pas

---

<sup>37</sup> Cour suprême du Canada, *Németh c. Canada*, 2010 CSC 56, 25 novembre 2010, par. 3.

<sup>38</sup> Le raisonnement suivi par la Cour européenne des droits de l'homme dans l'affaire *Al-Jedda c. Royaume-Uni* est transposable ici, *mutatis mutandis* (7 juillet 2011, n° 27021/08, pars. 102 et s.) : il convient de développer une interprétation conforme des différentes obligations internationales des Etats.

toutefois<sup>39</sup>, autorise l'extradition d'un réfugié en dépit des risques qu'il encoure – sous réserve qu'un autre traité opposable à l'Etat extradant n'écarte pas dans les relations entre les parties concernées le jeu de cette dérogation au principe de non-refoulement<sup>40</sup>. La nécessaire conciliation de cette possibilité d'extradition avec le besoin de protection du réfugié suppose de retenir une interprétation stricte des conditions par ailleurs draconiennes qui sont posées par cette disposition, en y ajoutant le respect du principe de nécessité et de proportionnalité – en particulier pour évaluer si l'extradition *vers l'Etat de persécution* est la seule mesure possible et si elle est proportionnée au risque encouru par le réfugié. A ce titre-là, il est raisonnable de penser notamment que « même dans les cas où un Etat peut, pour des raisons autorisées, expulser ou rejeter un demandeur d'asile, il doit envisager la possibilité de l'envoyer dans un Etat tiers sûr, plutôt que dans un Etat où il serait en danger »<sup>41</sup>.

Cela ne signifie pas que l'article 33, paragraphe 2, serait privé de toute portée. La possibilité qu'il doive être appliqué dans « certaines situations d'importance majeure » est toujours aujourd'hui envisagée par les Etats, le HCR et la doctrine, mais cette possibilité doit être interprétée « avec des limites très claires »<sup>42</sup>. Il est acquis au surplus que les règles encadrant l'extradition pourront en empêcher la mise en œuvre : par exemple si l'extradition est motivée par une intention de persécution ou des motifs politiques, ou encore si elle devrait conduire à exposer la personne à un risque d'être soumis à la torture ou à des actes inhumains et dégradants<sup>43</sup>. L'interaction du droit des réfugiés et du droit de l'extradition est à la fois particulièrement complexe et heureuse ici : ce que le droit des réfugiés permet exceptionnellement de faire (extrader un réfugié malgré le principe de non-refoulement), le droit de l'extradition peut venir le limiter. Cela confirme de nouveau qu'en pratique, les deux corps de règles obéissent à une dynamique complexe de conciliation ou de coordination et non à un principe simpliste de hiérarchie. Le constat vaut pleinement pour le cas particulier de

---

<sup>39</sup> V. Sir E. Lauterpacht et D. Bethlehem, « Avis sur la portée et le contenu du principe de non-refoulement », in E. Feller, V. Türk et F. Nicholson (dir.), *La protection des réfugiés en droit international*, Larcier/UNCHR, Bruxelles, 2008, pp. 161-162.

<sup>40</sup> *Ibid.*, p. 163, citant en particulier la convention de l'OUA sur les réfugiés. Dans le cadre de l'UE, la directive 2004/83/CE du Conseil du 29 avril 2004 concernant les normes minimales relatives aux conditions que doivent remplir les ressortissants de pays tiers ou les apatrides pour pouvoir prétendre au statut de réfugié reprend en son article 21, paragraphe 2, la teneur de l'article 33, paragraphe 2, de la convention de Genève, avec toutefois une rédaction légèrement différente et en particulier l'exclusion du cas du « délit » particulièrement grave (seuls les crimes particulièrement graves sont couverts par la dérogation prévue par la directive).

<sup>41</sup> V. Sir E. Lauterpacht et D. Bethlehem, « Avis sur la portée et le contenu du principe de non-refoulement », in E. Feller, V. Türk et F. Nicholson (dir.), *La protection des réfugiés en droit international*, Larcier/UNCHR, Bruxelles, 2008, p. 163.

<sup>42</sup> *Ibid.*, p. 165. Les auteurs précisent ces limites aux pages 165-170.

<sup>43</sup> V. S. Kapferer, *Legal and Protection Policy Research Series. The Interface between Extradition and Asylum*, UNHCR, Department of International Protection, PPLA/2003/05, novembre 2003, pars. 233-239.

l'exclusion. En cas d'exclusion, les garanties générales offertes par le droit de l'extradition (par exemple les motifs possibles de refus d'extrader ou les assurances diplomatiques que la peine de mort ne sera pas appliquée) trouveront, en cas de besoin, à s'appliquer<sup>44</sup>.

En définitive, compte tenu de ce besoin de coordination, trois types de solutions sont envisageables pour répondre aux dysfonctionnements qui seront étudiés en détail dans la section qui suit :

(i) la première solution est celle du maintien du *statu quo* normatif lorsque les dispositions d'un corps de règles suffisent *par elles-mêmes* à répondre aux préoccupations de l'autre<sup>45</sup> : par exemple, certains des motifs obligatoires de refus d'extradition visés à l'article 696-4 du Code de procédure pénale qui valent pour toute personne peuvent parfaitement être invoqués pour empêcher l'extradition d'un réfugié ou d'un exclu préalablement inclus, sans qu'il soit nécessaire de se fonder, en tant que tel, sur le statut de réfugié de cette personne (cas par exemple d'une demande d'extradition demandée dans un but politique, ou lorsque la personne réclamée serait jugée par un tribunal n'assurant pas les garanties fondamentales de procédure et de protection des droits de la défense<sup>46</sup>) ; de même, il est entendu que les différentes garanties substantielles dont bénéficie toute personne objet d'une demande d'extradition (ou d'expulsion) peuvent s'appliquer à un réfugié, un demandeur d'asile ou un exclu (on songe particulièrement ici à l'obligation de non-extradition ou de non-expulsion d'une personne vers un Etat où il existe des motifs sérieux de croire qu'elle risque d'être soumise à la torture ou à des peines ou traitements cruels, inhumains ou dégradants<sup>47</sup>)<sup>48</sup> ;

---

<sup>44</sup> V. *infra*, la contribution de Jean Matrigne.

<sup>45</sup> Les conclusions de la première partie de cette étude sont à ce titre d'une grande utilité : les différentes convergences matérielles constatées entre le droit des réfugiés et le droit de l'extradition permettent de s'en tenir au *statu quo* dans la mesure (mais dans la mesure seulement) où le droit de l'extradition permettrait, grâce à ces convergences, d'intégrer indirectement les garanties du droit des réfugiés.

<sup>46</sup> V. à cet égard HCR, *Note d'orientation sur l'extradition et la protection internationale des réfugiés*, avril 2008, p. 18, note 59 : le HCR relève à propos de l'article 3, paragraphe 2, de la convention européenne d'extradition de 1957 prohibant l'extradition lorsque « la Partie requise a des raisons sérieuses de croire que la demande d'extradition motivée par une infraction de droit commun a été présentée aux fins de poursuivre ou de punir un individu pour des considérations de race, de religion, de nationalité ou d'opinions politiques ou que la situation de cet individu risque d'être aggravée pour l'une ou l'autre de ces raisons », que « [l]e Tribunal fédéral suisse a fait référence à cette disposition comme l'expression concrète du principe de non-refoulement inscrit dans le droit des réfugiés dans le contexte du droit de l'extradition (voir les décisions du 18 décembre 1990 (...) ; 11 septembre 1996 (...) ; et 14 décembre 2005) ». Telle a également été la démarche suivie par la Cour suprême du Canada dans l'affaire *Németh c. Canada*, 2010 CSC 56, 25 novembre 2010, pars. 58, 68 et s. et 77.

<sup>47</sup> V. en matière d'extradition la célèbre jurisprudence *Soering* de la Cour européenne des droits de l'homme précitée ; v. dans ce cadre notamment les affaires CourEDH, *Chamaiev et autres c. Géorgie et Russie*, 12 avril 2005 ; et CourEDH, *Ismailov et autres c. Russie*, 24 avril 2008. En matière d'expulsion, v. en particulier l'article

(ii) la deuxième solution, qui est complémentaire de la précédente, consisterait à inscrire *formellement* dans la loi (ou les traités conclus par la France) les garanties offertes par l'un des deux corps de règles lorsque celles-ci ont vocation à s'appliquer dans le cadre de la mise en œuvre de l'autre corps de règles ; il s'agirait ici d'opérer uniquement à *droit constant*, l'objectif étant simplement de rendre plus visible une règle qui s'applique en tout état de cause (par exemple, il serait opportun d'inscrire explicitement dans le code de procédure pénale la règle – d'ores-et-déjà applicable dans l'ordre interne français – selon laquelle l'extradition est interdite vers l'Etat de persécution si la personne est un réfugié<sup>49</sup>) ;

(iii) une troisième et dernière solution, rendue nécessaire en cas d'insuffisance des deux premières, est de *modifier* le droit français lorsque celui-ci ne garantit pas, *en l'état* des dispositions conventionnelles, législatives et réglementaires applicables, le respect des règles de l'un ou l'autre corps de règles. Il en va particulièrement ainsi lorsque les garanties offertes par le droit de l'extradition ne prennent pas suffisamment en compte le besoin de protection particulier du demandeur d'asile, du réfugié ou de l'exclu<sup>50</sup>. Dans une telle situation, le recours à une règle de primauté d'une obligation sur l'autre ne saurait suffire : d'une part, elle pourrait s'avérer aléatoire dans sa mise en œuvre, en contradiction avec l'impératif de sécurité juridique ; d'autre part, elle supposerait que l'obligation écartée ne soit pas respectée, ce qui ne constitue pas une solution juridiquement très heureuse. Encore une fois, l'objectif prioritaire doit être l'application conforme des deux corps de règles et ce n'est qu'en cas d'impossibilité d'y parvenir qu'une préférence devrait être accordée alors à l'un des deux corps de règles – vraisemblablement le droit des réfugiés compte tenu du rang assigné aujourd'hui aux droits fondamentaux de la personne humaine, dans l'ordre interne français (protection constitutionnelle en particulier) comme dans l'ordre international.

---

24, et son commentaire, du projet d'articles sur l'expulsion des étrangers adopté en première lecture en août 2012 par la Commission du droit international des Nations Unies, A/67/10, pp. 60-63.

<sup>48</sup> Sur les différentes garanties offertes par le droit de l'extradition (et le droit international des droits de l'homme), qui pourraient être utilisées au bénéfice d'un demandeur d'asile ou d'un réfugié, v. en particulier M. Bossuyt, *Strasbourg et les demandeurs d'asile : des juges sur un terrain glissant*, Bruxelles, Bruylant, 2010 ; HCR, *Note d'orientation sur l'extradition et la protection internationale des réfugiés*, avril 2008, pars. 5 et 17-20.

<sup>49</sup> V. d'ailleurs en ce sens HCR, *Note d'orientation sur l'extradition et la protection internationale des réfugiés*, avril 2008, par. 39.

<sup>50</sup> V. sur ce point HCR, *Note d'orientation sur l'extradition et la protection internationale des réfugiés*, avril 2008, par. 45.

Dans la section qui suit, on s'attachera à mettre en relief les dysfonctionnements constatés dans l'articulation des procédures d'extradition et d'asile en s'efforçant de proposer systématiquement, pour les résoudre, le recours à l'une des trois solutions susvisées, en précisant les contours.

### **III. Les dysfonctionnements constatés dans l'articulation des deux procédures d'asile et d'extradition**

Ceux-ci sont multiples. Pour les besoins de la clarté de l'exposé, ils méritent d'être rangés dans cinq grandes catégories tenant compte des différentes étapes des procédures en cause, tout en gardant à l'esprit qu'en pratique, celles-ci se superposent souvent<sup>51</sup>. Les premiers dysfonctionnements, ou points de friction, entre les deux procédures concernent la coopération entre les autorités d'asile et d'extradition (a). Les seconds posent la question de l'existence éventuelle d'un ordre particulier de priorité d'une procédure par rapport à l'autre (b). Les troisièmes touchent au respect des garanties procédurales dues au demandeur d'asile lorsque le statut de réfugié est discuté par voie d'exception devant le juge de l'extradition (c). Les quatrièmes concernent l'effet à attribuer aux décisions du juge d'asile dans le cadre de la procédure pendante devant le juge de l'extradition, et réciproquement (d). Une cinquième série d'interrogations, de nature plus transversale, touche enfin au sort de la confidentialité des données concernant le demandeur d'asile ou le réfugié lorsqu'elles sont sollicitées aux fins d'une procédure d'extradition (e).

#### *a) La coopération entre les autorités d'asile et d'extradition*

En France, la procédure d'asile et la procédure d'extradition se déroulent suivant des règles distinctes. Il convient par conséquent de réfléchir, en tout premier lieu, à l'amélioration de la coopération, en particulier en matière d'échange d'informations, entre les autorités chargées de la procédure d'asile, d'une part, et les autorités compétentes en matière d'extradition, d'autre part.

Le Conseil de l'Europe a indiqué en 2008 à cet égard qu'il existait dans l'ordre interne français « une coordination entre les différentes autorités responsables des procédures d'asile

---

<sup>51</sup> La question de la confidentialité des données (e) se pose par exemple notamment dans le cadre de la coopération entre les autorités d'asile et d'extradition (a).

et d'extradition »<sup>52</sup>. Celle-ci est cependant de nature plutôt informelle. La France a apporté sur ce point les précisions suivantes :

« Les autorités judiciaires peuvent solliciter par le biais de complément d'information auprès de l'OFPRA des informations quant à l'état d'avancement de la procédure d'asile ou quant à l'application du statut en cas de difficulté. Les motivations et les éléments du dossier ne peuvent être communiqués en vertu du principe de confidentialité des informations. L'OFPRA peut en revanche avoir accès aux décisions judiciaires rendant un avis favorable ou défavorable à l'extradition »<sup>53</sup>.

Une coopération plus étoffée et mieux encadrée paraît cependant requise.

Une meilleure coopération entre les autorités de l'asile et la Chancellerie, notamment le Bureau d'entraide judiciaire internationale qui centralise les demandes d'entraide judiciaire internationale et les demandes d'extradition, permettrait en particulier d'éviter une détention aux fins d'extradition trop longue<sup>54</sup> en obligeant les autorités compétentes pour la procédure d'asile à prendre en compte le dossier relatif à la procédure d'extradition, ainsi qu'inversement, et en aboutissant ce faisant à une prise de décision sensiblement plus rapide. On soulignera à ce titre la mention des informations émanant du Bureau d'entraide judiciaire pénale internationale dans une décision de la CNDA du 12 juillet 2012 (n°11014578) concluant au non-lieu à statuer au motif que le requérant faisant l'objet d'une demande d'extradition était retourné, selon les informations transmises, volontairement dans son Etat d'origine.

Cette amélioration de la coopération permettrait de surmonter certaines contraintes temporelles. A ce titre, il convient de rappeler que le temps à allouer à l'autorité d'asile pour lui permettre de statuer dans le respect des garanties procédurales requises sur la qualité de réfugié d'une personne objet d'une demande d'extradition peut entraîner un allongement tel des délais de détention aux fins d'extradition que ceux-ci en viennent à devenir excessifs et, partant, contraires au droit international des droits de l'homme. En effet, la détention aux fins d'extradition, ou d'expulsion, doit être limitée à un laps de temps raisonnablement nécessaire

---

<sup>52</sup> *Synthèse des réponses au questionnaire*, précité, p. 8, par. 9.

<sup>53</sup> Comité européen pour les problèmes criminels (CDPC), Comité d'experts sur le fonctionnement des conventions européennes sur la coopération dans le domaine pénal (PC-OC), *Réponses au questionnaire sur les relations entre les procédures d'asile et les procédures d'extradition*, PC-OC (2008) Rev 3, 9 avril 2009, p. 32, par. 9.

<sup>54</sup> Sur cette exigence, v. CourEDH, *Quinn c. Espagne*, n°18580/91, 22 mars 1995.

à l'exécution de cette mesure et ne peut être d'une durée excessive<sup>55</sup>. Or, en tant qu'il suppose un examen circonstancié et qu'il est susceptible d'appel, l'examen de la demande par l'autorité d'asile implique une durée incompressible qui paraît difficilement conciliable avec le maintien prolongé sous écrou extraditionnel de la personne concernée<sup>56</sup>. Si la durée durant laquelle la demande d'asile doit être examinée devait être réduite à l'excès pour tenir compte des besoins particuliers de la procédure d'extradition<sup>57</sup>, l'Etat français se trouverait en contravention avec ses obligations dans le champ du droit international des droits de l'homme<sup>58</sup>. La coopération entre autorités d'asile et d'extradition peut s'avérer tout à fait utile à cet égard en favorisant une prise de décision à la fois plus rapide et mieux éclairée grâce à un partage d'informations plus fluide.

---

<sup>55</sup> V. en matière d'expulsion l'article 19, paragraphe 2, lettre a), du projet d'articles de la Commission du droit international sur l'expulsion des étrangers, ainsi que son commentaire (se référant en particulier à l'affaire *Chahal c. Royaume-Uni* tranchée en 1996 par la Cour européenne des droits de l'homme, CourEDH, *Chahal c. Royaume-Uni*, n°22414/93, 15 novembre 1996) (A/67/10, pp. 49-50). V. également Cour internationale de Justice, *Ahmadou Sadio Diallo (République de Guinée c. République démocratique du Congo)*, arrêt du 30 novembre 2010, *CIJ Recueil 2010*, pars. 77 et 79.

<sup>56</sup> V. à cet égard Cour suprême du Canada, *Németh c. Canada*, 2010 CSC 56, 25 novembre 2010, par. 30 : « (...) il est improbable, compte tenu des délais applicables aux décisions du ministre en matière d'extradition, que le législateur ait voulu que ces décisions soient subordonnées à des demandes du MCI visant la perte ou la révocation du statut de réfugié en application de la LIPR. Suivant le paragraphe 40(1) et l'al. 40(5)b) de la LE, l'arrêté d'extradition est pris dans les quatre-vingt dix jours suivant l'ordonnance d'incarcération, délai qui peut être prorogé de soixante jours sur présentation d'observations par l'intéressé. Il n'est pas réaliste de penser que, dans des délais aussi courts, le ministre pourrait, préalablement à l'exercice de son pouvoir d'extradition, requérir du MCI qu'il demande à la Section de la protection des réfugiés de révoquer le statut de réfugié ou d'en constater la perte et attendre l'issue du processus ». Voir également, Comité européen pour les problèmes criminels (CDPC), *Provisional arrest and detention pending extradition, Time limit applicable in each country*, PC-OC/INF71, 15 octobre 2004. A titre d'exemple, l'Article 16 (Arrestation Provisoire) de la Convention européenne d'extradition de 1957 prévoit un délai de 18 à 40 jours : « [...] L'arrestation provisoire pourra prendre fin si, dans le délai de 18 jours après l'arrestation, la Partie requise n'a pas été saisie de la demande d'extradition et des pièces mentionnées à l'Article 12 ; elle ne devra en aucun cas excéder 40 jours après l'arrestation. Toutefois, la mise en liberté provisoire est possible à tout moment, sauf pour la Partie requise à prendre toute mesure qu'elle estimera nécessaire en vue d'éviter la fuite de l'individu réclamé [...] », voir Comité européen pour les problèmes criminels, *Arrestation provisoire – réserves et déclarations des Etats membres*, PC-OC (2000)16, 2 mai 2000.

<sup>57</sup> On notera que la directive 2005/85/CE du Conseil du 1<sup>er</sup> décembre 2005 n'envisage la procédure accélérée que dans certains cas précis et notamment si « le demandeur représente un danger pour la sécurité nationale ou l'ordre public de l'Etat membre ou le demandeur a fait l'objet d'une décision d'éloignement forcé pour des motifs graves de sécurité nationale ou d'ordre public au regard du droit national ». L'examen en procédure prioritaire d'un requérant faisant l'objet d'une demande d'extradition n'est donc pas *a priori* envisageable dès lors qu'elle ne relève pas de ce dernier cas de figure.

<sup>58</sup> La France a été ainsi récemment condamnée par la Cour européenne des droits de l'homme au motif que la procédure prioritaire d'examen de l'asile, qui permet un examen accéléré de la demande, n'était pas compatible avec les garanties procédurales essentielles visant à protéger le requérant contre un refoulement arbitraire (v. affaire *I.M. c. France*, 2 février 2012, n° 9152/09, pars. 127-160) ; UNHCR, *Consultations mondiales sur la protection internationale/troisième session : Processus d'asile (Procédures d'asile justes et efficaces)*, EC/GC/01/12, 31 mai 2001, pp. 7 et s ; UNHCR, *Improving Asylum Procedures. Comparative Analysis and Recommendations for Law and Practice, A UNHCR Research Project on the Application of Key Provisions of the Asylum Procedures Directive in Selected Member States*, March 2010, p. 53 sur les procédures prioritaires et les conséquences qu'elles engendrent au plan des droits procéduraux des demandeurs d'asile.

Il se trouve en effet que les informations révélées dans le contexte de la procédure d'extradition peuvent avoir une incidence sur la détermination de la demande d'asile et notamment sur l'application des clauses d'exclusion, tandis qu'inversement, l'issue de la procédure d'asile constituera un élément essentiel que l'Etat requis devra prendre en considération lorsqu'il cherchera à établir si la personne réclamée peut ou non être légalement extradée.

D'une manière générale, une demande d'extradition ou d'entraide judiciaire pénale déclenchera la nécessité, pour les autorités de l'asile qui en auront connaissance, d'examiner dans un premier temps si le demandeur d'asile ne cherche pas à échapper à des poursuites légitimes ou à une peine pour des actes criminels qu'il aurait commis, plutôt qu'à des persécutions. La réalité des risques de poursuites judiciaires auxquels l'intéressé serait exposé en cas de retour dans son pays d'origine ne suffit pas à l'inclure dans le champ de la Convention de Genève de 1951. Afin de remplir les critères d'éligibilité au statut de réfugié, encore faut-il que les risques encourus constituent des persécutions au sens de la Convention de Genève et qu'ils soient impérativement liés à l'un des motifs énoncés en son article 1A2. Dans sa *Note d'orientation de 2008*, le HCR rappelle que si « (...) un requérant fuit la justice plutôt que des persécutions, alors il ne répond pas à la définition du réfugié énoncée à l'article 1A2 de la Convention de 1951 »<sup>59</sup>. Il appartient donc aux autorités de l'asile de déterminer si les poursuites engagées à l'encontre du requérant sont légitimes ou, au contraire, utilisées par l'Etat requérant comme un moyen de persécution en raison de l'un des motifs prévus à l'article 1A2 de la Convention de Genève.

Enfin, l'OFPRA et la CNDA doivent examiner s'il existe un lien entre l'un de ces motifs et les risques de mauvais traitements encourus par le requérant dans le cadre de la procédure pénale engagée à son encontre qui sous-tend la demande d'extradition. Les éléments de preuve émanant des services de renseignements ou découlant de la procédure d'extradition lorsque le dossier est transmis lors de l'examen de la demande d'asile, peuvent, dans ces cas

---

<sup>59</sup> HCR, *Note d'orientation sur l'extradition et la protection internationale des réfugiés*, avril 2008, par. 74 ; voir également *Guide des procédures et critères à appliquer pour déterminer le statut de réfugié au regard de la Convention de 1951 et du Protocole de 1967 relatifs au statut des réfugiés*, par. 56 : « Il faut distinguer nettement la persécution d'avec le châtement prévu pour une infraction de droit commun. Les personnes qui s'enfuient pour échapper aux poursuites ou au châtement pour une infraction de ce genre ne sont normalement pas des réfugiés. Il convient de rappeler qu'un réfugié est une victime – ou une victime en puissance – de l'injustice, et non une personne qui cherche à fuir la justice ».

précis, utilement éclairer les autorités dans leur appréciation<sup>60</sup>. Dans sa Note précitée de 2008, le HCR insiste sur le fait que « la fiabilité des informations relatives à la demande d'extradition, ainsi que leur importance au regard des critères d'éligibilité au statut de réfugié doivent être évaluées à la lumière de l'ensemble des circonstances du cas »<sup>61</sup>. Dans ce contexte, les informations communiquées à l'Etat requis sur la base d'une Notice rouge émise par Interpol à la demande d'un Etat membre<sup>62</sup> doivent être examinées de la même manière, et avec les mêmes précautions que si elles étaient soumises directement par l'Etat requérant<sup>63</sup>. Dans l'affaire *R.*, du 11 avril 2011, par exemple, la CNDA a conclu, au regard des éléments du dossier, et notamment à l'appui des documents transmis par les services français, que les poursuites menées à l'encontre de l'intéressé s'inscrivaient dans le cadre légal de la lutte antiterroriste et n'apparaissaient pas être menées dans un but politique<sup>64</sup>. En elles-mêmes, les poursuites n'ont pas été considérées comme constitutives d'une persécution au sens de la Convention de Genève<sup>65</sup>.

S'il est établi au contraire que la personne réclamée aux fins d'extradition répond bien aux critères de l'inclusion de la définition de réfugié et qu'elle peut donc faire valoir qu'elle a des raisons sérieuses de craindre des persécutions en cas de retour dans son pays, la demande d'extradition ou les informations relatives à une telle demande rendent souvent nécessaire d'envisager l'exclusion fondée sur l'article 1F de la Convention de 1951. Les autorités

---

<sup>60</sup> Voir sur le sujet G. Noll, *Proof, Evidentiary Assessment and Credibility in Asylum Procedures*, Martinus Nijhoff Publishers, Leiden, Boston, 2005.

<sup>61</sup> HCR, *Note d'orientation sur l'extradition et la protection internationale des réfugiés*, avril 2008, p ar. 73.

<sup>62</sup> La Notice Rouge sert de support à la diffusion internationale d'un mandat d'arrêt émanant des autorités judiciaires d'un Etat membre et demande l'arrestation d'un individu en vue de son extradition. Les notices rouges sont communiquées aux autorités judiciaires, qui décident ensuite de délivrer ou non un mandat d'arrêt en vue de l'arrestation provisoire de la personne recherchée. Ainsi, même si elle contient des informations policières utiles à l'autorité judiciaire, elle reste un document communiqué par une autorité judiciaire d'un Etat à celle d'un autre Etat ; sur la question, voir Comité européen pour les problèmes criminels, *Respect des droits de l'homme et mandats d'arrêt aux fins d'extradition*, PC-OC INF 22, 31 mars 2000. Sur le champ d'application de l'article 3 de la Constitution d'Interpol (Art. 3 : « Toute activité ou intervention dans des questions ou affaires présentant un caractère politique, militaire, religieux ou racial est rigoureusement interdite à l'Organisation »), voir Interpol, *Demandes de recherches internationales*, Résolution AGN/20/RES/11, 1951 et <http://www.interpol.int/public/ICPO/LegalMaterials/FactSheets/FS12fr.asp>.

<sup>63</sup> Voir encore sur la diffusion des notices rouges sur Internet, Interpol '*Wanted by Interpol*' goes live on the Internet, Interpol Press Release CPN°01/00/COM&PR, 25 February 2000, <http://www.interpol.int/Public/ICPO/PressReleases/PR2000/PR200001.asp>

<sup>64</sup> « Considérant, toutefois, qu'il ne ressort ni des pièces du dossier ni de ses déclarations que les poursuites engagées contre le requérant soient menées dans un but politique ; qu'à ce titre, elles ne sont pas constitutives de persécutions au sens de la convention de Genève ; qu'en tout état de cause, les actes qualifiés de terroristes ne relèvent pas, d'une manière générale, du champ de ladite convention ; que les craintes invoquées, tenant aux mesures de police et de procédure commandées par l'obligation de garantir la sécurité publique, dont pourrait faire l'objet le requérant à son arrivée au Maroc du fait de la nature et du degré de son implication dans la mouvance islamiste la plus radicale, ne relèvent pas du champ d'application de l'article 1, A, 2 de ladite convention dès lors que celles-ci s'inscrivent dans le cadre légal de la lutte antiterroriste ».

<sup>65</sup> Voir également CNDA, 7 mars 2012, M. Vitaly A., n° 11005492 et 11007713.

peuvent en effet se trouver en présence d'éléments qui montrent que la personne concernée peut avoir commis ou participé à la commission de crimes visés dans cette disposition. Dans les trois alinéas de l'article 1F, l'exclusion repose sur de simples soupçons. Le texte dit qu'il suffit qu'« il y ait des raisons sérieuses de penser » que la personne a commis un acte répréhensible. Il n'est en principe pas besoin de preuves pénales pour justifier l'exclusion. Pour autant, la jurisprudence récente de la Cour de justice de l'Union européenne tout comme celle du Conseil d'Etat sont venues affiner les critères d'appréciation et de preuve de l'exclusion<sup>66</sup>. Pour que l'exclusion soit justifiée, il doit être établi que la personne concernée a engagé sa responsabilité individuelle pour les crimes prévus à l'article 1 F de la Convention de 1951. Les autorités de l'asile, sur qui repose la charge de la preuve<sup>67</sup>, doivent donc être en mesure d'évaluer s'il existe des éléments de preuve clairs et crédibles qui permettent d'établir qu'il y a « des raisons sérieuses de penser » que la personne réclamée a commis l'un des crimes relevant de l'article 1F. Il est par conséquent plus que souhaitable que les différentes administrations puissent partager l'information dans les dossiers mettant en cause des questions de criminalité et d'atteinte à la sûreté de l'Etat, et qui peuvent faire l'objet d'une demande d'entraide judiciaire internationale.

Cette coopération pourrait prendre plusieurs formes.

Comme le rappelle le HCR, les autorités en charge d'examiner la demande d'asile d'une personne qui fait aussi l'objet d'une demande d'extradition « (...) doivent évaluer soigneusement l'affirmation de l'Etat requérant selon laquelle la personne réclamée a été impliquée dans des agissements criminels »<sup>68</sup>. A cet égard, les informations transmises par l'Etat requérant ne constituent pas en elles-mêmes et à elles seules la preuve de la responsabilité personnelle de la personne réclamée pour les crimes prévus à l'article 1F. Parmi « les circonstances » à la lumière desquelles la fiabilité des informations transmises par l'Etat requérant doit être évaluée par les autorités d'asile, les rapports émanant des services de renseignements, dans les affaires liées au terrorisme ou à la grande criminalité notamment, peuvent constituer des informations déterminantes dans l'évaluation de l'OFPRA ou de la CNDA. Les services de renseignement peuvent en effet corroborer les informations

---

<sup>66</sup> CE, n° 320630, 14 juin 2010 ; CE, n°312833, 26 janvier 2011. Voir également CJUE, *Aydin Salahadin Abdulla e.a. contre Allemagne*, arrêt du 2 mars 2010, C-175/08, C-176/08, C-178/08 et C-179/08.

<sup>67</sup> G. Geoff, « Exclusion and Evidenciary Assesment » in G. Noll, *Proof, Evidenciary Assessment and Credibility in Asylum Procedures*, Martinus Nijhoff Publishers, Leiden, Boston, 2005, p. 168.

<sup>68</sup> HCR, *Note d'orientation sur l'extradition et la protection internationale des réfugiés*, avril 2008, par. 71.

transmises par l'Etat d'origine, et apporter des éléments supplémentaires obtenus dans le cadre de leurs propres investigations ou de leurs échanges avec les services de renseignements étrangers. D'une manière générale, si les informations qui doivent être fournies à l'appui d'une demande d'extradition par l'Etat requérant ne suffisent pas pour conduire les autorités de l'asile à justifier l'exclusion du requérant, les informations transmises par les services de l'Etat requis, et notamment dans le cas français, par les services français spécialisés dans la lutte anti-terroriste<sup>69</sup>, de même que les jugements de condamnation des juridictions nationales de l'Etat requis<sup>70</sup>, constituent une source fiable sur la base de laquelle un certain nombre d'actes répréhensibles sont susceptibles d'être imputés à la personne réclamée aux fins de l'exclusion du statut de réfugié.

Il a pu être suggéré par ailleurs que des unités spécialisées en matière d'exclusion au sein de l'institution responsable de la détermination du statut de réfugié soient mises en place pour traiter des cas d'exclusion afin de garantir que ceux-ci soient examinés par les personnes les plus spécialisées en la matière et autoriser dans le même temps un traitement rapide des demandes, ce qui peut présenter un intérêt certain lorsque la personne est placée sous écrou extraditionnel<sup>71</sup>. L'exigence de rapidité a d'ailleurs une double dimension puisque, d'une part, elle doit viser à éviter une détention excessive, mais aussi parce que, d'autre part, et en sens inverse, le droit français prévoit que la personne doit être remise à l'Etat requérant dans un délai de sept jours suivant la date de l'arrestation consécutive à l'adoption de la décision d'extrader, « faute de quoi elle est mise en liberté d'office » en vertu de l'article 696-22 du code de procédure pénale.

Certains Etats ont ainsi créé des unités spéciales auxquelles sont transférés tous les cas présentant *a priori* un risque pour la sécurité de l'Etat ou ceux pour lesquels l'on soupçonne que le demandeur d'asile a participé à des activités criminelles graves, crimes de guerre ou actes terroristes, ou lorsque de tels soupçons apparaissent pendant la procédure menée au

---

<sup>69</sup> Cf CNDA 21 avril 2011, affaire R. n° 10014066 : « Considérant, à cet égard, et en dépit de ses dénégations concernant ses liens avec la mouvance djihadiste internationale, que M. R. (...) est connu des services français pour son appartenance à ladite mouvance et pour ses liens avec les hauts cadres d'Al Qaida ; (...) il n'en demeure pas moins qu'au regard de l'ensemble des éléments du dossier, il y a des raisons sérieuses de penser que M. R. a participé en toute connaissance de cause à la diffusion de la propagande de la mouvance djihadiste internationale et à l'incitation à commettre des actes de terrorisme ».

<sup>70</sup> La mention d'un jugement du TGI de Paris peut constituer pour l'OFPPRA et la CNDA une source fiable sur la base de laquelle des actes répréhensibles peuvent être imputés

<sup>71</sup> Comité européen pour les problèmes criminels (CDPC), *Provisional Arrest and Detention Pending Extradition, Time Limit Applicable in Each Country*, PC-OC/INF71, 15 octobre 2004.

cours de l'instruction de la procédure d'asile. Dans son rapport « Entre la sauvegarde de la sécurité intérieure et le respect des obligations et des instruments internationaux en matière de protection », la Commission européenne a suggéré que ces unités puissent avoir accès à toutes les informations disponibles sur le pays d'origine, au besoin celles classées secret-défense, ainsi que développer des liens de collaboration avec les services de renseignements et les autorités chargées des poursuites pénales<sup>72</sup>.

Cette coopération avec les services de renseignements renvoie à la question de l'utilisation des preuves confidentielles. Dans certains cas, il peut apparaître nécessaire que la source des informations concernant le requérant reste anonyme<sup>73</sup>. L'utilisation dans ce cas doit en être faite de manière exceptionnelle et ne doit pas être contraire au droit du requérant à une procédure contradictoire, juste et équitable<sup>74</sup>.

Le Conseil d'Etat a d'ailleurs rappelé ce principe dans un arrêt en date du 22 octobre 2012 en reprochant à la Cour nationale du droit d'asile d'avoir motivé sa décision de rejet sur la base

---

<sup>72</sup> Voir Document de travail de la Commission - *Rapport entre la sauvegarde de la sécurité intérieure et le respect des obligations et des instruments internationaux en matière de protection*, COM/2001/0743 final, point 1.5.1.

<sup>73</sup> Voir notamment pour une appréciation des informations transmises par l'Australian Security and Intelligence Organization, *Kaddari v. Minister for Immigration and Multicultural Affairs*, (Fed ct Australia) FCA 659, 18 May 2000, par. 13 ; ou encore pour un examen précis des sources d'informations provenant notamment des services de renseignements, Refugee Status Appeals Authority (New-Zealand), *Refugee Appeal No. 74540*, 1 August 2003, (*Zaoui*) : Décision d'octroi du statut de réfugié (Ahmed Zaoui) par la *Refugee Status Appeals Authority* de Nouvelle Zélande à un ressortissant algérien membre du FIS pour défaut de preuve de son exclusion pour participation à des activités terroristes dans la mesure où les informations provenaient des services secrets (SIS) de Nouvelle Zélande, que la High Court exigeait de rendre publiques. Le SIS avait diffusé un résumé des allégations contenant des informations non classifiées, ce qui n'a pas paru suffisant à la High Court.

<sup>74</sup> On pourra consulter sur ce point, M. Bliss, « 'Serious Reasons for Considering' : Minimum Standards of Procedural Fairness in the Application of the Article 1F Exclusion Clauses », *IJRL* 2000, pp. 121-123 qui renvoie aux procédures et à la pratique des tribunaux pénaux internationaux et de la cour pénale internationale. Voir également UNHCR, *Note d'information sur l'application des clauses d'exclusion : article 1F de la Convention de 1951 relative au statut de réfugiés*, Genève, 4 septembre 2003, par. 112 et 113. Un résumé des éléments confidentiels peut parfois être présenté au requérant, voir *Ali v. Reno* (1993) 829 F Supp. 1434 et s. Pour une censure de l'examen de preuves confidentielles en dehors de toute procédure juste et équitable, Federal Court of Australia, *S214 of 2002 v Minister for Immigration and Multicultural and Indigenous Affairs*, [2004] FCAFC 66, 26 March 2004, par. 157. Voir également CourEDH, *Chahal c. Royaume-Uni*, n°22414/93, 15 novembre 1996 : « « 131. La Cour reconnaît que l'utilisation d'informations confidentielles peut se révéler indispensable lorsque la sécurité nationale est en jeu. Cela ne signifie cependant pas que les autorités nationales échappent à tout contrôle des tribunaux internes dès lors qu'elles affirment que l'affaire touche à la sécurité nationale et au terrorisme (voir, *mutatis mutandis*, l'arrêt Fox, Campbell et Hartley c. Royaume-Uni du 30 août 1990, série A n° 182, p. 17, par. 34, et l'arrêt *Murray c. Royaume-Uni* du 28 octobre 1994, série A n° 300-A, p. 27, par. 58). La Cour attache de l'importance au fait que, comme les *amici curiae* l'ont signalé dans le contexte de l'article 13 (art. 13) (paragraphe 144 ci-dessous), au Canada, une forme plus efficace de contrôle juridictionnel a été mise au point pour les affaires de ce genre. Cela illustre bien l'existence de techniques permettant de concilier, d'une part, les soucis légitimes de sécurité quant à la nature et aux sources de renseignements et, de l'autre, la nécessité d'accorder en suffisance au justiciable le bénéfice des règles de procédure ».

de « sources » dont aucune pièce du dossier ne permettait d'identifier l'origine, la nature et le contenu, « en faisant ainsi reposer sa décision sur des éléments d'information susceptibles de confirmer ou d'infirmer des circonstances de fait propres au demandeur d'asile (...) qui n'avaient pas été soumises au contradictoire »<sup>75</sup>. En tous les cas, même si la source des preuves confidentielles pourrait devoir rester cachée pour des raisons de sécurité nationale, leur contenu général doit pouvoir être soumis au principe du contradictoire s'il doit servir à des fins d'exclusion<sup>76</sup>.

Sans aller jusqu'à créer une « unité F », du type de celle que le Danemark a mise en place au sein du Service de l'immigration et qui travaille en étroite collaboration avec les services judiciaires afin d'alerter ces derniers lorsque l'unité a des raisons de croire que le demandeur d'asile a commis des crimes internationaux<sup>77</sup>, les Etats peuvent mettre en place des structures afin de mieux remplir leurs obligations en droit international en matière de lutte contre l'impunité des crimes les plus graves et qui peuvent permettre un accès facilité à l'échange d'informations entre les services concernés, dans le respect des droits de la personne<sup>78</sup>.

Cette nécessaire coordination est d'ailleurs encouragée par la décision 2003/335/JAI du Conseil du 8 mai 2003 concernant les enquêtes et les poursuites pénales relatives aux génocides, aux crimes contre l'humanité et aux crimes de guerre qui indique que « les autorités nationales compétentes en matière de répression et d'immigration, bien qu'ayant chacune des tâches et des responsabilités propres, devraient coopérer très étroitement pour permettre aux autorités nationales compétentes de mener des enquêtes et des poursuites efficaces à propos de tels crimes »<sup>79</sup>. La France s'est ainsi dotée, depuis janvier 2012, d'un pôle judiciaire spécialisé dans les crimes de guerre, crimes contre l'humanité, génocide et torture<sup>80</sup>. Il pourrait être utile de formaliser les modalités de coopération entre l'OFPPA et la

---

<sup>75</sup> CE n°328265, 22 octobre 2012.

<sup>76</sup> Voir la décision de rejet du Conseil d'Etat n° 297406 du 31 juillet 2009, saisi par l'OFPPA d'un recours en révision de la décision de la CRR reconnaissant la qualité de réfugié à un requérant biélorusse à la suite de l'émission d'un mandat d'arrêt à raison d'un crime de droit commun et la mise en œuvre des mécanismes de coopération d'Interpol. L'OFPPA avait argué de la valeur probante de plusieurs documents issus d'Interpol de la police française, sans les soumettre au juge du fond.

<sup>77</sup> Bureau spécial pour les crimes internationaux (SICO, Special International Crimes Office), Danemark, rapport annuel 2009, [http://www.sico.ankl.dk/media/SICO\\_2009\\_-\\_Summary\\_in\\_English.pdf](http://www.sico.ankl.dk/media/SICO_2009_-_Summary_in_English.pdf)

<sup>78</sup> V. en particulier sur ce point REDRESS and FIDH, *Strategies for the Effective Investigation and Prosecution of Serious International Crimes : The Practice of Specialised War Crimes Units*, December 2010, 31 p.

<sup>79</sup> Décision 2003/335/JAI du Conseil du 8 mai 2003 concernant les enquêtes et les poursuites pénales relatives aux génocides, aux crimes contre l'humanité et aux crimes de guerre.

<sup>80</sup> V. la loi (n°2011-1862) du 13 décembre 2011 relative à la répartition des contentieux et à l'allègement de certaines procédures juridictionnelles.

CNDA et le pôle spécialisé, par la signature d'un accord, par exemple, en ce qui concerne les dossiers définitivement rejetés en application de l'article 1F de la Convention de Genève relative au statut des réfugiés, mais aussi ceux qui, au stade de l'instruction de la demande d'asile, font apparaître des éléments susceptibles de fonder l'exclusion du requérant au statut de réfugié et qui pourraient requérir un partage d'informations révélées par les enquêtes aux fins d'extradition. On reviendra ultérieurement sur la nécessité absolue du respect, dans ce cadre, du principe de confidentialité relative à la demande d'asile (*infra*, e)).

*b) L'ordre de priorité de chaque procédure par rapport à l'autre*

La Convention de 1951 ne paraît pas exiger que priorité soit donnée à la procédure d'asile sur la procédure d'extradition. Il est entendu que si la procédure d'extradition devait aboutir à une autorisation d'extrader vers l'Etat de persécution, cette décision ne pourrait être mise en œuvre à l'égard d'un réfugié sans porter atteinte à l'obligation de non-refoulement. Mais dans la mesure où la procédure d'extradition peut parfaitement se conclure par une décision de non-extradition fondée sur un motif propre au droit de l'extradition, il ne paraît pas justifié d'exiger que, en tout cas par principe, toute procédure d'extradition soit suspendue le temps que l'autorité d'asile se prononce sur la qualité de réfugié de la personne objet de la demande d'extradition<sup>81</sup>.

En France, aucun texte ne prévoit la priorité d'une procédure sur l'autre. En 2009, la France a ainsi déclaré en réponse à un questionnaire du Comité d'experts sur le fonctionnement des conventions européennes sur la coopération dans le domaine pénal dont la synthèse a été réalisée en février 2009 que, contrairement à la pratique de treize autres Etats membres dont le droit interne organise la priorité de la procédure d'asile, en France « les procédures d'extradition et d'asile sont deux procédures distinctes, menées indépendamment l'une de l'autre ». La France a indiqué toutefois qu'« une suspension de la première est possible en attendant l'issue de la seconde »<sup>82</sup>, et précisé que « dans l'attente de la décision de l'OFPRA, la juridiction peut surseoir à statuer, ce qu'elle fait en pratique, même si elle n'y est pas contrainte »<sup>83</sup>. Une telle pratique mériterait d'être consacrée dans les textes.

<sup>81</sup> Tel a été le raisonnement suivi par la United States Court of Appeals for the Ninth Circuit le 28 août 2000 dans l'affaire *Kulvir Singh Barapind v. Janet Rio*, No. 99-16668.

<sup>82</sup> *Synthèse des réponses au questionnaire*, précitée, p. 3, par. 3.1.

<sup>83</sup> Comité européen pour les problèmes criminels (CDPC), Comité d'experts sur le fonctionnement des conventions européennes sur la coopération dans le domaine pénal (PC-OC), *Réponses au questionnaire sur les*

Cela étant dit, l'ordre dans lequel les décisions sont rendues dans chacune de procédure peut avoir son importance et il convient par conséquent de s'interroger plus avant sur la manière de coordonner au mieux les deux procédures lorsqu'elles sont susceptibles de se dérouler parallèlement.

A certains égards, le CESEDA accorde la priorité à la procédure d'asile. Cela ne concerne toutefois pas l'articulation des procédures *juridictionnelles* ; par ailleurs, cette priorité n'a rien d'automatique puisqu'elle suppose une initiative en ce sens du réfugié<sup>84</sup> ; de plus, en tant qu'elle vise « le réfugié », elle couvre une personne qui a déjà obtenu ce statut ; enfin, elle n'aboutit pas à une décision qui serait contraignante pour les autorités en charge de l'extradition.

En vertu de l'article R 733-21 du CESEDA, il est en effet prévu que « le réfugié auquel il est fait application d'une des mesures prévues aux articles 31, 32 et 33 de la convention de Genève relative au statut des réfugiés [ce qui inclut, on l'a rappelé, les mesures d'extradition] peut adresser une requête à la Cour nationale du droit d'asile ». Cette requête, qui doit être adressée à la Cour dans un délai d'une semaine à compter de la notification de la mesure en question, est examinée par la Cour qui reçoit dans les dix jours les observations éventuelles du ministre de l'intérieur et du ministre chargé de l'asile, en vertu de l'article R 733-22. L'article R 733-23 prévoit que, à l'issue de cette procédure, « la cour formule un avis motivé sur le maintien ou l'annulation de la mesure qui a provoqué la requête » et que « cet avis est transmis sans délai au ministre de l'intérieur et au ministre chargé de l'asile par lettre recommandée avec demande d'avis de réception ».

La manière dont cette procédure est conçue suggère qu'à son issue, le juge de l'extradition est doté du pouvoir de dernier mot et qu'il n'est pas lié par la décision de la CNDA. Il est vrai qu'il s'agira du Conseil d'Etat qui est à la fois juge de cassation dans le domaine de l'asile et juge de premier et dernier ressort dans le domaine de l'extradition. On peut se demander toutefois dans quelle mesure le déclenchement de cette procédure accélérée empêche le

---

*relations entre les procédures d'asile et les procédures d'extradition*, PC-OC (2008) Rev 3, 9 avril 2009, p. 28, par. 3.1. (soulignement et caractères gras dans l'original).

<sup>84</sup> V. ainsi Conseil d'Etat, 11 juin 2010, n° 334454 : « Considérant, en premier lieu, qu'aucune disposition n'exigeait que le décret attaqué fût pris après consultation de l'OFPRA ; que, par suite, le moyen tiré de l'absence de consultation de cet organisme ne saurait être accueilli ».

recours parallèle à la procédure de droit commun devant la CNDA puis, en cassation, le Conseil d'Etat. Par ailleurs, cette procédure intervient nécessairement *après* que la décision d'extradition a été adoptée. C'est ce que précise l'article R 733-21 qui conditionne le dépôt d'une requête au fait qu'il « est fait » application d'une mesure d'extradition au réfugié et l'article R 733-23 qui n'envisage que « le maintien ou l'annulation » de la mesure en question.

Il paraîtrait plus cohérent d'organiser, de manière plus générale d'ailleurs (qu'il s'agisse d'un demandeur d'asile ou d'une personne ayant déjà obtenu le statut de réfugié), un sursis à décider en matière d'extradition dans l'attente d'une *décision* du juge de l'asile suivant la procédure de droit commun applicable, quitte à en accélérer les délais en cas d'urgence mais alors sous réserve que cela soit compatible avec les exigences propres au droit des réfugiés.

Certains droits étrangers organisent de leur côté un effet suspensif, voire exclusif, inverse. Leur analyse est instructive par la mise en relief des lacunes qui les affectent.

Aux termes de l'article L 105(1) de la Loi canadienne sur l'immigration et la protection des réfugiés adoptée le 1<sup>er</sup> novembre 2001, la Section de protection des réfugiés (SPR) doit surseoir à l'examen de toute affaire si la personne est visée par un arrêté introductif d'instance pris au titre de l'article 15 de la Loi sur l'extradition pour une infraction punissable aux termes d'une loi fédérale canadienne d'un emprisonnement d'une durée maximale égale, ou supérieure à dix ans et ceci tant qu'il n'a pas été statué en dernier ressort sur la demande d'extradition<sup>85</sup>. A l'issue de l'examen de la demande d'extradition, selon l'article 105 (2), ce n'est que si la personne est remise en liberté sans conditions que la procédure d'examen de la demande d'asile se poursuit comme si la procédure d'extradition n'avait jamais eu lieu.

---

<sup>85</sup> Aux termes de l'article L 103, la Section de protection des réfugiés (SPR) doit suspendre les procédures en cours si elle est avisée par l'agent que l'affaire est déferée à la Section de l'immigration en vue d'obtenir des renseignements confirmant que la personne est inadmissible pour des motifs de sécurité, pour atteinte aux droits de la personne ou aux droits internationaux, pour des motifs de grande criminalité ou de criminalité organisée. Dans ce cadre la procédure est suspendue pendant toute la durée de l'enquête. Il est également prévu que les procédures de traitement de la demande d'asile par la SPR sont suspendues si le demandeur est accusé d'une infraction punissable d'un emprisonnement maximal égal ou supérieur à 10 ans et si l'agent estime qu'il est nécessaire d'attendre la décision du tribunal. Ce n'est que si les conclusions de la Section de l'immigration ou si le tribunal n'estiment pas que la demande est irrecevable que les procédures de reconnaissance de protection pourront se poursuivre.

Au contraire, si la personne est incarcérée sous le régime de l'article 29 de la Loi d'extradition pour une infraction punissable d'une peine maximale d'emprisonnement d'au moins 10 ans, l'arrêté visant cette personne est, aux termes de l'article L 105 (3), purement et simplement assimilé au rejet de la demande d'asile fondé sur l'article 1F b) de la Convention de Genève de 1951, alors même que la demande d'asile et les conditions d'application des clauses d'exclusion n'auront pas été examinées. Le Canada procède ainsi directement à l'exclusion du requérant sans qu'aucune garantie relative à l'examen de sa demande n'ait pu être assurée. L'intéressé peut certes faire appel de son incarcération devant la cour d'appel, mais celle-ci n'a pas le pouvoir de se prononcer sur la demande d'asile et le rejet de l'examen de la demande d'asile découlant de l'article L 105 (3) n'est, lui, pas susceptible d'appel.

La procédure d'extradition verrouille donc tout examen de la demande d'asile.

On pourra certes faire valoir que le ministre a la possibilité de refuser l'extradition s'il est convaincu, aux termes de l'article 44 (1) b) de la loi sur l'extradition, que « la demande d'extradition est présentée dans le but de poursuivre ou de punir l'intéressé pour des motifs fondés sur la race, la nationalité, l'origine ethnique, la langue, la couleur, la religion, les convictions politiques, le sexe, l'orientation sexuelle, l'âge, le handicap physique ou mental ou le statut de l'intéressé, ou (qu') il pourrait être porté atteinte à sa situation pour l'un de ces motifs ». Cet article ne recouvre toutefois pas exactement l'article 1 A2 de la Convention de Genève, si bien que l'on peut s'interroger sur les garanties qu'une telle procédure offre au demandeur d'asile qui se voit barrer l'accès à la procédure d'asile devant les juridictions spécialisées dans le même temps.

La demande d'extradition d'un demandeur d'asile ne doit pas empêcher ce dernier d'avoir accès à la procédure d'asile, précisément car la procédure d'extradition peut aboutir au renvoi du demandeur d'asile dans le pays où il déclare être exposé à des persécutions. En tous les cas, et contrairement à ce que la Commission européenne soutient dans son Rapport « entre la sauvegarde de la sécurité intérieure et le respect des obligations et des instruments internationaux en matière de protection » rédigé aux lendemains des attentats de septembre 2001<sup>86</sup>, une demande d'asile ne doit pas être déclarée irrecevable du seul fait de l'existence d'une demande d'extradition ou au seul motif qu'elle a été soumise après qu'une demande

---

<sup>86</sup> Document de travail de la Commission - *Rapport entre la sauvegarde de la sécurité intérieure et le respect des obligations et des instruments internationaux en matière de protection* COM/2001/0743 final.

d'extradition a été reçue par les autorités de l'Etat requis. La Commission allait jusqu'à suggérer que la présentation d'une demande d'extradition par un Etat autre que le pays d'origine du demandeur d'asile (ou l'inculpation par une juridiction pénale internationale) pourrait constituer un nouveau motif d'irrecevabilité en vertu de l'article 25 de la directive 2005/85/CE du Conseil relative à des normes minimales concernant la procédure d'octroi et de retrait du statut de réfugié dans les Etats membres<sup>87</sup>.

En droit français, aucune règle ne prévoyant la priorité d'une procédure sur l'autre, il appartient à l'une ou l'autre autorité de décider, si elle l'estime opportun, de surseoir à statuer dans l'attente de la décision définitive rendue dans le cadre de l'autre procédure. En pratique, rien n'interdit cependant aux autorités de l'asile et de l'extradition de poursuivre parallèlement l'examen des dossiers qui leur sont soumis à propos de la même personne

Une distinction doit être faite à cet égard selon que la demande d'extradition, ou d'entraide judiciaire internationale, émane du pays d'origine d'un demandeur d'asile ou d'un pays autre que le pays d'origine.

1° Dans le cas d'une demande d'extradition émanant du pays d'origine du demandeur d'asile

Dans la première hypothèse et compte tenu des implications qu'une telle décision peut avoir sur l'issue de la procédure d'extradition demandée par l'Etat d'origine, il apparaît nécessaire que la demande d'asile puisse faire l'objet d'une décision finale avant l'*adoption* du décret d'extradition ou en tous les cas avant sa *mise en application*. En effet, le recours contre le décret d'extradition n'est pas, en principe, suspensif de son exécution et le demandeur pourrait être extradé vers son pays d'origine avant même que sa demande ait pu être examinée. On notera que l'article 7, paragraphe 2, de la directive « procédures » 2005/85/CE du 1<sup>er</sup> décembre 2005 prévoit que les Etats membres ne peuvent prévoir d'exception au droit pour le demandeur de rester dans l'Etat membre jusqu'à ce que l'autorité responsable de la détermination se soit prononcée que dans l'hypothèse où « une personne est, le cas échéant, livrée ou extradée vers, soit un autre Etat membre en vertu des obligations découlant d'un

---

<sup>87</sup> Voir toutefois l'article 33 de la proposition modifiée de Directive du Parlement européen et du Conseil relative à des procédures communes pour l'octroi et le retrait du statut conféré par la protection internationale (refonte), COM(2011)319 final. En faveur du rejet d'une demande de suspension de la procédure d'extradition jusqu'à la fin de la procédure de l'asile, voir *R. (on the application of Karpichkov and another) v. Latvia and the Republic of South Africa and another*, Queens Bench Division (Administrative Court), CO/2553/2000, 26 April 2001, <http://policy.mofcom.gov.cn/en/fcase!fetch.html?libcode=fcase&id=2063c5ce-05c5-4f7c-9b9f-f4b63653f902>.

mandat d'arrêt européen ou pour d'autres raisons, *soit un pays tiers*, soit une cour ou un tribunal pénal international ». Ce n'est que dans sa proposition de refonte de la Directive que la mention « à l'exception du pays d'origine du demandeur concerné » est insérée, de même qu'est précisé dans un nouveau paragraphe 3 qu' « [u]n Etat membre ne peut extraditer un demandeur vers un pays tiers conformément au paragraphe 2 que lorsque les autorités compétentes se sont assurées que la décision d'extradition n'entraînera pas de refoulement direct ou indirect en violation des obligations internationales de l'Etat membre »<sup>88</sup>.

L'affaire *Tebourski*, qui concernait une mesure d'expulsion et dont on transposera les enseignements aux mesures d'extradition, a pu embarrasser la France et mis en lumière la nécessité de veiller à ce que, dans l'intérêt du requérant, la procédure d'asile puisse être conduite à son terme avant d'envisager les mesures de renvoi. M. Tebourski, demandeur d'asile tunisien condamné en Espagne pour son implication dans l'assassinat du Commandant Massoud, avait été placé en procédure prioritaire et expulsé vers la Tunisie avant que la Commission de recours des réfugiés (CRR) n'ait statué sur sa demande d'asile et malgré une demande du Comité contre la torture de surseoir à son expulsion. La CRR l'a certes exclu du statut de réfugié, mais avait au préalable établi la réalité de ses craintes de persécution en Tunisie<sup>89</sup>. La France a par la suite été condamnée par le Comité contre la torture pour violation des articles 3 et 22 de la Convention contre la torture<sup>90</sup>.

Encore faut-il, il est vrai, que les autorités d'extradition aient connaissance de l'existence d'une demande d'asile. Bien souvent, c'est le requérant lui-même ou son conseil qui informe les autorités d'extradition de son statut de réfugié ou de demandeur d'asile – et cela n'a rien de systématique. L'existence de deux procédures distinctes peut au demeurant conduire ce dernier à penser qu'il n'a pas à soulever ce moyen dans le cadre de la procédure d'extradition.

---

<sup>88</sup> Voir les commentaires du Comité européen pour les problèmes criminels du Conseil de l'Europe, *The European Commission's amended proposal for a New Directive on Common Procedures for granting and withdrawing International Protection Status— relation between Asylum and Extradition in the European Union*, Discussion paper proposed by Mr Jakub PASTUSZEK (Czech Republic), 7 November 2011.

<sup>89</sup> CRR, 17 octobre 2006, 585731, *Tebourski*, *Jurisprudence du Conseil d'Etat et de la Commission des recours des réfugiés*, 2006, p. 103.

<sup>90</sup> Comité contre la torture, *A.T. v. France*, CAT 300/2006, 11 Mai 2007 ; voir également Comité des droits de l'homme, *Alzery v. Sweden*, n° 1416/2005, 25 octobre 2006 à propos d'un requérant égyptien alléguant une procédure judiciaire contre lui dans son pays, exclu du statut de réfugié en Suède (activités terroristes en Egypte et danger pour la sécurité de la Suède sur la base d'informations fournies par la police anti-terroriste suédoise) et expulsé vers l'Egypte (pas de demande d'extradition) au motif que les assurances diplomatiques étaient suffisantes. Le considérant victime de traitements inhumains et dégradants par la Suède, puis de tortures par l'Egypte, le Comité, s'il conclut à une violation des 7, 7 combiné à l'art. 2 PIDCP et 1 du Protocole additionnel, considère que la Suède n'a pas violé l'art. 13 PIDCP (§11.10) au motif qu'elle a agi ainsi du fait que le demandeur constituait un danger pour la sécurité nationale.

Réciproquement, tout comme elles pourraient souhaiter attendre l'issue d'une procédure pénale menée au niveau national et directement liée aux motifs de persécutions invoqués par le requérant, pour être en mesure d'apprécier une clause d'exclusion, les autorités d'asile peuvent souhaiter attendre l'avis de la Chambre d'instruction sur la demande d'extradition. Il est cependant entendu que les autorités d'asile pas plus qu'elles ne sont liées par la décision du juge pénal, ne seront liées par l'avis de la Chambre d'instruction ou la décision de la Cour de cassation qui constituera un élément d'appréciation parmi d'autres de la réalité des menaces, mais qui, en matière d'exclusion et de charge de la preuve pesant sur les autorités chargées de la détermination du statut de réfugié, pourra éclairer les officiers de protection ou les formations de jugements dans la prise de décision.

Par conséquent, s'il peut apparaître prudent de suspendre la procédure d'asile jusqu'à ce que les poursuites pénales soient closes ou que la Cour de cassation se soit prononcée, en revanche, la demande d'asile devrait faire l'objet d'une décision finale avant l'adoption du décret d'extradition ou la mise en œuvre de toute mesure d'extradition.

Rien ne s'oppose en revanche à ce que le réfugié, le demandeur d'asile ou la personne exclue du statut de réfugié puisse être extradé vers un Etat autre que son Etat d'origine.

2° Dans le cas d'une demande d'extradition émanant d'un pays autre que le pays d'origine du demandeur d'asile

La personne réclamée peut, dans certaines circonstances, être extradée avant que sa demande d'asile n'ait fait l'objet d'une décision finale par les autorités de l'Etat requis. Dans ce contexte, la procédure pénale aura la primauté sur la poursuite de la procédure d'asile proprement dite<sup>91</sup>. L'Etat requis devra veiller à ce que l'Etat requérant respecte bien le principe de spécialité, selon lequel l'individu pour lequel l'extradition a été demandée ne peut être poursuivi, jugé et détenu que pour les faits qui ont motivé l'extradition ou qui sont postérieurs à l'extradition. Il doit également veiller à ce que la procédure soit conforme au droit international des réfugiés. Partant, l'Etat requis doit s'assurer que le demandeur d'asile puisse avoir accès aux procédures de détermination de l'asile conformes au droit international

---

<sup>91</sup> Document de travail de la Commission - *Rapport entre la sauvegarde de la sécurité intérieure et le respect des obligations et des instruments internationaux en matière de protection*, I/COM/2001/0743 final.

des réfugiés et bénéficier de toutes les autres garanties juridiques qu'offre le droit de l'extradition et le droit international des droits de l'homme, et notamment les assurances tenant à la non-réextradition depuis l'Etat requérant vers son pays d'origine. Selon la France,

« [l]a personne peut être extradée vers un autre Etat, toutefois, des garanties doivent être demandées (...). La Cour de cassation a été amenée à plusieurs occasions, à censurer des chambres de l'instruction qui n'avaient pas, alors que le moyen avait été soulevé, sollicité de l'autorité judiciaire de l'Etat requérant « *des informations complémentaires sur le sort qui serait réservé à l'intéressé à l'issue de sa peine au regard tant des dispositions de l'article 3 CEDH que de la Convention de Genève du 28 juillet 1951* ». Par ailleurs, pour ensuite ré-extradée vers un Etat tiers, l'accord de ré-extradition de la France est nécessaire et ne pourra être donné (vers son pays d'origine) si la personne bénéficie du statut de réfugié politique »<sup>92</sup>.

La procédure d'asile ne sera « décongelée »<sup>93</sup> en principe qu'à l'issue de la procédure pénale et des poursuites dans l'Etat requérant. L'individu peut en effet être réadmis dans l'Etat requis.

Le choix de faire primer une procédure sur l'autre semble, dans cette hypothèse, dicté par des considérations d'opportunité politique. Il n'est pas certain qu'il faille, à l'instar de ce que défend la Commission européenne, institutionnaliser la suspension ou le report *sine die* de la procédure d'asile, au motif qu'une demande d'extradition relative à une infraction grave et provenant d'un pays autre que l'Etat d'origine du demandeur d'asile serait pendante<sup>94</sup>. Dès lors que les deux procédures poursuivent des finalités distinctes, quelles que soient leurs interactions, elles doivent pouvoir en principe être menées chacune de leur côté à terme, dans la mesure où l'autre le permet.

---

<sup>92</sup> Comité européen pour les problèmes criminels (CDPC), Comité d'experts sur le fonctionnement des conventions européennes sur la coopération dans le domaine pénal (PC-OC), *Réponses au questionnaire sur les relations entre les procédures d'asile et les procédures d'extradition*, PC-OC (2008) Rev 3, 9 avril 2009, p. 31, par. 5 ; voir également, UNHCR, *Note on Diplomatic Assurances and International Refugee Protection*, 2006 ; pour des exemples autrichiens d'extraditions alors que la procédure d'asile était encore pendante, Amnesty International, *Human Rights Dissolving at the Borders? Counter-terrorism and EU Criminal Law*, 31 May 2005, p. 32.

<sup>93</sup> Document de travail de la Commission - *Rapport entre la sauvegarde de la sécurité intérieure et le respect des obligations et des instruments internationaux en matière de protection* COM/2001/0743 final.

<sup>94</sup> *Id.*

*c) Le respect des garanties procédurales dues au demandeur d'asile lorsque le statut de réfugié est discuté par voie d'exception devant le juge de l'extradition*

L'un des autres dysfonctionnements constatés tient au fait que le juge de l'extradition susceptible de connaître par voie d'exception d'une question relevant du droit de l'asile n'offre pas nécessairement les mêmes garanties procédurales en la matière que les autorités compétentes en principe pour statuer sur la qualité de réfugié. Plus largement, la revendication d'une compétence par voie d'exception pose la question de l'articulation des recours entre l'autorité juridictionnelle dotée de la compétence de principe en matière d'asile et celle qui prétend agir par voie d'exception dans ce domaine.

Le Conseil d'Etat est très attaché aux garanties juridictionnelles en la matière. Il n'a pas manqué notamment de rappeler le principe du contradictoire en annulant une décision de la CNDA qui avait rejeté le recours du requérant en lui opposant la clause d'exclusion sans avoir mis l'intéressé à même de s'en expliquer dans le cadre de la procédure écrite<sup>95</sup>. Mais le respect du contradictoire ne permet pas nécessairement de couvrir l'ensemble des garanties juridictionnelles en jeu dans le cadre de la procédure d'asile<sup>96</sup>.

Ces différentes difficultés se sont tout particulièrement montrées dans la récente affaire Evgeny B. Visé par une demande d'extradition émanant de la Russie, M. Evgeny B. avait fait l'objet d'un décret d'extradition intervenu le 3 février 2011. L'un des moyens d'illégalité du décret que celui-ci souleva devant le Conseil d'Etat saisi en sa qualité de juge de la légalité des décrets d'extradition fut de faire valoir que le décret était illégal en tant qu'il avait été adopté à une date à laquelle M. Evgeny B. avait déjà formé une demande de reconnaissance de la qualité de réfugié devant l'OFPRA et en tant, au surplus, qu'étant un réfugié, il ne pouvait faire l'objet d'une mesure d'extradition vers la Russie. M. Evgeny B. évoquait plus précisément le fait que le Conseil d'Etat ne pouvait statuer par voie d'exception sur sa qualité de réfugié dans le cadre d'une procédure judiciaire relative à la légalité du décret d'extradition dans la mesure où il avait formé un recours contre la décision de rejet de l'OFPRA, lequel recours était pendant devant la Cour nationale du droit d'asile. En substance, cela revenait à

---

<sup>95</sup> CE, n°329909, 14 mars 2011.

<sup>96</sup> Sur l'obligation de soumettre au contradictoire les éléments d'information susceptibles de confirmer ou d'infirmier des circonstances de fait propres au demandeur d'asile ou spécifiques à son récit, CE n°328265, 22 octobre 2012. Voir encore Canada, Minister of Citizenship and Immigration, *Malouf v. Canada*, IMM-2186-94,31 October 1994 (la notification effective et dans les délais au requérant de l'invocation de la clause d'exclusion doit être prévue afin de lui permettre d'y répondre).

considérer que le Conseil d'Etat devait en sa qualité de juge de l'extradition surseoir à statuer dans l'attente de la décision de la CNDA. Le moyen impliquait de considérer que les garanties offertes par la procédure applicable à l'examen du statut de réfugié ne pouvaient être respectées si le Conseil d'Etat décidait par voie d'exception de trancher lui-même la question dans le cadre de la procédure d'extradition.

De fait, le caractère écrit de la procédure devant le Conseil d'Etat semble difficilement permettre d'examiner comme il se doit si la personne objet de la procédure d'extradition a droit au bénéfice du statut de réfugié. Par ailleurs, dans la mesure où la transmission aux autorités françaises d'une demande d'extradition peut permettre de faire émerger le risque de persécution, que la demande d'extradition viendrait en quelque sorte matérialiser, il paraîtrait opportun que le juge d'asile se prononce dans un premier temps, avant que la procédure d'extradition suive son cours. Dans le même temps, prévoir de manière absolue que le Conseil d'Etat doit surseoir à statuer peut favoriser les demandes dilatoires<sup>97</sup>. Cela explique très certainement que le Conseil d'Etat ait très tôt considéré qu'il lui appartient de statuer sur la qualité de réfugié lorsque le moyen est soulevé à l'occasion d'un recours pour excès de pouvoir contre un décret d'extradition, dans l'hypothèse où l'OFPRA n'a pas encore été saisie. Ce faisant, le Conseil d'Etat avait bien avant l'affaire Evgeny B. affirmé son pouvoir de statuer par voie d'exception sur la qualité de réfugié ou son exclusion, en s'appuyant sur le caractère matériel de la définition du réfugié dans la convention de Genève de 1951<sup>98</sup>.

Dans sa décision du 30 décembre 2011, le Conseil d'Etat a finalement rejeté les prétentions du requérant et confirmé que rien ne l'empêchait de connaître par voie d'exception de la question de la qualité de réfugié de M. Evgeny B., quand bien même la question serait pendante devant la Cour nationale du droit d'asile. Selon le Conseil, d'une part, « la seule circonstance que le requérant ait déposé une demande de statut de réfugié et se soit vu remettre une autorisation provisoire de séjour en application de l'article L. 742-1 du code d'entrée et de séjour des étrangers et du droit d'asile ne faisait pas obstacle à ce que le Gouvernement français procédât à son extradition », d'autre part, « il appartient au Conseil d'Etat statuant sur la légalité du décret d'extradition et saisi d'une demande de contestation

---

<sup>97</sup> Sur ces différents points, v. en particulier les conclusions du rapporteur public dans l'affaire Evgeny B, séance du 14 décembre 2011, lecture du 30 décembre 2011, n° 347624.

<sup>98</sup> V. notamment Conseil d'Etat, 26 septembre 1984, n° 62849 : « eu égard à la gravité de l'infraction de droit commun qui lui est reprochée et au sérieux des présomptions qui pèsent sur lui, M. Martinez Beitztegui n'est pas fondé à se prévaloir de la qualité de réfugié au sens de la convention précitée pour soutenir qu'il ne pouvait être extradé ».

sur ce point, d'apprécier, au vu des éléments qui lui sont soumis et en faisant, le cas échéant, usage de ses pouvoirs d'instruction, si le requérant peut se prévaloir de la qualité de réfugié pour s'opposer à l'exécution du décret ».

En réservant l'usage, « le cas échéant », de ses « pouvoirs d'instruction », le Conseil d'Etat paraît être conscient qu'il ne peut statuer sur le statut de réfugié que sur la base d'éléments de preuve suffisants dont il doit lui-même solliciter la production si ceux qui lui sont présentés ne suffisent pas à décider en connaissance de cause<sup>99</sup>. Dans le même temps, on peut se demander si cela permet vraiment de pallier l'absence d'audition contradictoire du demandeur d'asile. On doit noter toutefois que le 14 juin 2010, le CE a décidé dans l'affaire *OFPRA c. H* de faire usage de son pouvoir d'instruction en organisant la tenue d'une audience d'instruction, laquelle a eu lieu le 3 novembre 2010, au cours de laquelle ont été entendus l'intéressé et l'Office français de protection des réfugiés et apatrides. Ce précédent pourrait inaugurer une pratique bienvenue. Il reste cependant qu'il est difficile, à la seule lecture de l'arrêt du CE du 27 juillet 2012 statuant sur la demande d'asile du requérant, de se faire une idée précise de la mesure dans laquelle le pouvoir d'instruction ainsi utilisé a répondu véritablement et effectivement aux garanties procédurales requises. Il est regrettable par ailleurs que l'arrêt du CE soit intervenu plus de deux ans après l'ouverture de l'instruction<sup>100</sup>.

Enfin, une incertitude naît de la solution de principe adoptée par le Conseil d'Etat : celui-ci ayant décidé que M. Evgeny B. ne pouvait pas se voir reconnaître la qualité de réfugié « pour s'opposer à l'exécution du décret », la question de l'effet à attribuer à cette décision demeure en suspens à deux niveaux : met-elle fin, par elle-même, à la procédure en cours devant la Cour nationale du droit d'asile (le Conseil d'Etat étant, par ailleurs, juge de cassation des décisions de la CNDA) ? En cas de réponse négative, la décision du Conseil d'Etat lie-t-elle la CNDA ? Il est à noter sur ce dernier point que le Conseil ne prévoit pas que sa décision doit être transmise à la Cour, comme cela serait le cas dans le cadre d'un mécanisme de renvoi préjudiciel.

---

<sup>99</sup> En cela, la jurisprudence du Conseil paraît évoluer. Dans une décision du 19 février 2007, celui-ci se limitait encore à indiquer « qu'il ne ressort pas des *pièces du dossier*, que M. Meyer, qui n'a d'ailleurs engagé aucune procédure devant l'OFPRA, soit fondé à prétendre à la qualité de réfugié ; que, par suite, le requérant ne saurait utilement invoquer, à l'encontre du décret attaqué, les règles de droit applicables aux réfugiés » (n° 295904).

<sup>100</sup> CE, 27 juillet 2012, *OFPRA c. M. A.*, n°323669 et CE, 27 juillet 2012, *OFPRA c. M. H.*, n° 323671.

La CNDA a rendu le 12 juillet 2012 sa décision dans cette affaire (n° 11014578). Elle a paru estimer que la décision du Conseil d'Etat n'avait pas mis fin à la procédure ouverte devant elle. D'une part en effet, la Cour ne cite à aucun endroit la décision du Conseil d'Etat du 30 décembre 2011, alors pourtant qu'elle se réfère au fait que M. Evgeny B. a contesté la mesure d'extradition prise à son encontre. D'autre part, elle ne rejette pas définitivement la demande de M. Evgeny B. Elle considère uniquement que, dans la mesure où celui-ci se trouvait au moment de sa décision sur le territoire de son pays d'origine, ceci a « pour conséquence d'interrompre *provisoirement* l'instruction de son affaire dès lors que le recours est, dans ces conditions, *temporairement* sans objet ; qu'il appartient à son auteur, en cas de retour en France, de s'adresser à la Cour nationale du droit d'asile afin qu'il y soit statué ». M. Evgeny B. étant en Russie, conclut la Cour, sa demande « est *actuellement* sans objet ». Une telle décision suppose nécessairement que la Cour nationale du droit d'asile ne s'estime pas liée, à supposer qu'elle en ait eu officiellement connaissance, par la décision du Conseil d'Etat statuant en sa qualité de juge de l'extradition. Quand bien même celui-ci a décidé que M. Evgeny B. n'est pas un réfugié, la CNDA estime qu'elle est encore en droit de déterminer si le requérant peut bénéficier de ce statut, dans l'hypothèse où celui-ci reviendrait sur le sol français.

L'affaire Evgeny B. témoigne ainsi des difficultés que pose l'existence en France de deux procédures distinctes, en partie entremêlées, qui ne sont pas expressément coordonnées.

Il importe de souligner par ailleurs que l'examen par le juge de l'extradition par voie d'exception de la qualité de réfugié ne serait pas non plus pleinement compatible avec d'autres exigences procédurales requises par le HCR. Dans sa Note d'orientation de 2008, celui-ci relève en particulier que

« (...) le processus d'extradition doit offrir à la personne concernée des garanties de procédure appropriées. Celles-ci doivent notamment comprendre la possibilité pour la personne réclamée de présenter des observations aux instances d'extradition concernant les dangers auxquels elle risque d'être exposée en cas de remise à l'Etat requérant, et celle de faire appel d'une décision selon laquelle la protection contre le refoulement ne lui est pas applicable »<sup>101</sup>.

---

<sup>101</sup> HCR, *Note d'orientation sur l'extradition et la protection internationale des réfugiés*, avril 2008, p. 24, note 79.

Le Conseil d'Etat étant juge *en premier et dernier ressort* de la légalité des décrets d'extradition, il en découle que l'exigence d'un appel – à supposer qu'elle soit de droit international coutumier, ce qui paraît fort discutable – ne serait donc pas respectée pour l'heure en droit français dans cette configuration très particulière. Ce genre de situations dans lesquelles l'organisation de la procédure d'extradition ne permet pas de remplir entièrement les garanties requises d'une procédure d'asile font conclure au HCR que « la décision relative à la demande d'asile et celle concernant la demande d'extradition doivent être prises dans des procédures séparées »<sup>102</sup>. Autrement dit, aux yeux du HCR, seul un mécanisme de sursis à statuer et de renvoi préjudiciel serait de nature à permettre le respect du droit des réfugiés par le droit de l'extradition. Il importe de noter cependant que le HCR semble adopter, à d'autres égards, une position plus flexible et, pour dire vrai, plus en phase avec l'état actuel du droit en la matière. Dans sa Note d'orientation de 2008, celui-ci indique en particulier que

« (...) il serait généralement prudent de mener les procédures d'extradition et d'asile parallèlement. Une telle démarche serait bénéfique pour des raisons d'efficacité et parce que le processus d'extradition peut mettre à jour des informations ayant une incidence sur l'éligibilité de la personne réclamée au statut de réfugié et qui doivent donc être prises en compte par les autorités d'asile. Il peut toutefois être nécessaire de suspendre la prise de décision sur une demande d'extradition en attendant que la détermination de l'asile soit finale »<sup>103</sup>.

*d) L'effet à attribuer aux décisions du juge d'asile dans le cadre de la procédure pendante devant le juge de l'extradition (et réciproquement)*

La question de l'effet réciproque des décisions se pose à trois niveaux distincts. Dans un cadre purement interne, elle concerne en premier l'effet des décisions des autorités d'extradition sur celles de l'asile (1°) et en second lieu, et réciproquement, l'effet des décisions des autorités d'asile sur celles de l'extradition (2°). Elle concerne également le cas particulier de l'effet à attribuer, dans l'ordre interne français, aux décisions adoptées par une autorité étrangère (3°).

---

<sup>102</sup> HCR, *Note d'orientation sur l'extradition et la protection internationale des réfugiés*, avril 2008, par. 61.

<sup>103</sup> *Ibid.*, par. 66. Le HCR cite à ce titre « un certain nombre d'arrêts du Tribunal fédéral suisse, qui a conclu que dans les cas où une procédure d'asile est encore en cours, l'extradition de la personne réclamée ne peut être accordée qu'à condition que les autorités d'asile ne lui octroient pas l'asile (...) » (*ibid.*, note 93).

## 1° Effet des décisions des autorités d'extradition sur celles de l'asile

Alors même que les procédures sont distinctes, rien n'empêche les autorités de l'asile de prendre en compte l'avis des autorités d'extradition dans l'appréciation que ces dernières portent sur des craintes de persécution ou sur l'existence de crimes susceptibles de conduire à l'exclusion du requérant du statut de réfugié. Ainsi, si la demande d'extradition des autorités de l'Etat requérant et l'avis rendu par la justice française ne lient pas juridiquement les autorités d'asile, l'instruction des dossiers ne saurait pour autant en faire abstraction puisque c'est notamment sur cette base que les instances d'asile peuvent envisager les conséquences, pour l'intéressé, d'une remise directe aux mains des autorités de l'Etat requérant. Si les autorités de l'asile examinent toujours, dans le cadre de l'instruction, les craintes vis-à-vis des autorités du pays d'origine lorsqu'elles sont présentées comme l'acteur des persécutions, la procédure d'extradition amène l'OFPRA et la CNDA à cibler plus particulièrement les craintes dans le cadre d'une remise directe aux mains des autorités du pays d'origine, en envisageant alors systématiquement l'hypothèse des poursuites judiciaires qui devraient s'en suivre. Dès lors, l'avis rendu par la Chambre d'instruction de la Cour d'appel a une incidence directe sur l'appréciation des risques encourus par le requérant en cas de retour puisqu'en se prononçant favorablement sur l'extradition de ce dernier, la justice française autorise sa remise directe aux autorités de l'Etat requérant conformément aux conventions d'extradition qui lient la France et l'Etat requérant<sup>104</sup>. Dans ce contexte, les autorités d'asile tiendront pour fondés les risques de poursuites judiciaires auxquels le requérant serait exposé en cas de retour dans l'Etat requérant, sans que le constat de la probabilité de poursuites pénales engagées à son encontre puisse suffire à inclure le cas du requérant dans le champ d'application de la Convention de Genève.

Dans ses décisions, la Cour nationale du droit d'asile a pu ainsi faire référence expresse à l'avis de la Chambre de l'accusation<sup>105</sup>. Pour autant, le juge de l'asile ne s'estime pas lié par les constats du juge de l'extradition<sup>106</sup>. Il ne saurait en être autrement. En effet, le droit de

---

<sup>104</sup> Voir par exemple, convention franco-marocaine d'aide mutuelle judiciaire, d'exequatur des jugements et d'extradition du 5 octobre 1957 ou encore la convention d'extradition entre la République française et le Royaume du Maroc du 18 avril 2008.

<sup>105</sup> CRR, 22 janvier 1983, *Al Moussalem*, n°23524 ; CNDA 21 avril 2011, affaire R. n° 10014066. Voir toutefois la formulation curieuse de la CRR dans la décision *Aranceta*, du 2 septembre 1992, n°0095403.

<sup>106</sup> Voir les décisions CNDA, 7 mars 2012, *M. Vitaly A.*, n° 11005492 et 11007713 concernant un oligarque russe visé par une demande d'arrestation provisoire en vue d'une extradition présentée par les autorités russes par le canal Interpol, au sujet de laquelle la chambre d'instruction de la Cour d'appel d'Aix-en-Provence a émis un avis défavorable en soulignant les risques de procès inéquitable et la privation arbitraire de liberté.

l'extradition n'exige en quelque sorte qu'une preuve *prima facie* de la commission de l'acte répréhensible pour autoriser l'extradition afin que la personne réclamée soit jugée par l'Etat requérant. Dans le contexte de l'extradition, un juge saisi d'une affaire doit disposer d'éléments recevables pour décider qu'il existe suffisamment de preuves de la commission d'une infraction pour que le fugitif soit jugé dans l'État requis et soit donc extradable vers l'État requérant. Cette norme du *prima facie* est bien plus faible que celle des « raisons sérieuses de penser » de l'article 1F de la Convention de Genève de 1951 qui conduira à l'adoption d'une décision définitive de rejet ou de reconnaissance du statut de réfugié<sup>107</sup>. Le standard de preuve exigé dans chacune des procédures ne permet pas, par conséquent, de conclure à un effet de la décision de l'autorité d'extradition sur les autorités d'asile autre que probatoire<sup>108</sup>.

## 2° L'effet des décisions des autorités d'asile sur celles de l'extradition

Réciproquement, la question se pose de savoir si le juge de l'extradition est lié par la décision de l'autorité compétente accordant ou n'accordant pas le statut de réfugié ou incluant ou excluant, et dans quelle mesure il peut l'être.

Le HCR estime sur ce point que « la détermination du statut de réfugié par les autorités d'asile doit être contraignante pour tous les organes et institutions nationaux qui traitent la requête » d'extradition, en citant, comme exemple, les décisions des instances d'asile en Suisse ainsi que « celles de la Commission de recours des réfugiés en France (voir Conseil d'Etat, Ass. 25

---

<sup>107</sup> On pourra consulter sur ce point G. Gilbert, "Current Issues in the Application of the Exclusion Clauses" in E. Feller, V. Türk and F. Nicholson (eds.), *Refugee Protection in International Law: UNHCR's Global Consultations on International Protection*, Cambridge University Press, Cambridge, 2003, p 425 à 478, p. 470. Voir également en matière de standard de preuve pour l'extradition, P. Langford, « Extradition and Fundamental Rights: the Perspective of the European Court of Human Rights », *The International Journal of Human Rights* Vol. 13, No. 4, September 2009, pp. 512–529, p. 518.; M. Bliss, "Serious Reasons for Considering: Minimum Standards of Procedural Fairness in the Application of the Article F Exclusion Clauses", *International Journal of Refugee Law*, Vol. 12 Special Supplementary Issue, 2000; *contra*, Commission de l'immigration et du statut de réfugié du Canada, *Chapitre 7 – Normes et charge de la preuve*, <http://www.irb.gc.ca/fra/brdcom/references/legjur/alltous/weiapp/pages/evidence07.aspx> : « Lorsque la clause d'exclusion F s'applique, la norme prend la forme de « raisons sérieuses de penser » ; cette norme est moins rigoureuse que la prépondérance des probabilités » (*balance of probabilities* en anglais).

<sup>108</sup> Pour la France, ce n'est que lorsque des demandeurs d'asile ont fait l'objet de mandats d'arrêt émis par les juridictions pénales internationales que les faits examinés peuvent constituer un motif de refus de l'asile conformément à l'article 1F, voir notamment pour le cas de ressortissants rwandais, *Synthèse des réponses au questionnaire*, précité, p. 4.

mars 1988, *Bereciartua-Echarri (...)* »<sup>109</sup>. S'agissant de la Suisse, la première Cour de droit public du Tribunal fédéral suisse a ainsi estimé dans un arrêt du 7 novembre 2006 que :

« [L]orsque la personne visée par une demande d'extradition a déposé une demande d'asile en Suisse, l'autorité qui accorde l'extradition doit éviter que les obligations conventionnelles en matière d'extradition n'entrent en conflit avec les obligations de la Suisse découlant de la Convention relative au statut des réfugiés (...). Elle doit ainsi statuer sous réserve du cas où l'asile serait accordé (...). Lorsque l'asile a déjà été accordé, l'autorité d'extradition est liée par cette décision et il n'y a plus de possibilité pour une extradition (principe du non-refoulement (...)). Lorsqu'en revanche l'asile a été préalablement refusé par une décision entrée en force, le Tribunal fédéral, saisi d'une objection relative au délit politique, ne peut faire abstraction de cette décision, dans la mesure où les conditions de reconnaissance du statut de réfugié dépendent de critères analogues à ceux qui sont posés à l'article 3 par 2 CEEextr (...). Le Tribunal fédéral statue certes librement dans le cadre de l'article 55 EIMP. Toutefois, dans le souci d'éviter des décisions contradictoires, il ne s'écarte en principe pas des faits constatés dans le cadre de la procédure d'asile – sous réserve notamment de faits nouveaux – et ne s'écarte pas non plus sans raison des considérations ayant conduit au refus de l'asile »<sup>110</sup>.

Comme cela a déjà été indiqué plus haut, rares sont les Etats qui ont prévu dans leur législation une référence expresse au statut de réfugié comme motif obligatoire de refus de l'extradition vers l'Etat de persécution<sup>111</sup>. Il va pourtant de soi que les autorités étatiques requises de donner suite à une demande d'extradition sont liées par l'obligation de non-refoulement découlant du droit des réfugiés en son article 33 §1 et du droit international des droits de l'homme. L'Etat requis doit donc veiller à ce que toute décision relative à une demande d'extradition concernant un réfugié respecte les obligations découlant du principe de non-refoulement et tienne compte de l'interdiction de renvoyer une personne dans un pays où elle risque d'être persécutée.

---

<sup>109</sup> HCR, *Note d'orientation sur l'extradition et la protection internationale des réfugiés*, avril 2008, par. 52. Dans son jugement *Németh c. Canada*, 2010 CSC 56, 25 novembre 2010, la Cour suprême du Canada a considéré quant à elle que « la nature temporelle de la notion de réfugié au sens de la Convention [l'appréciation du risque s'effectue au moment du renvoi envisagé] ne permet pas de faire valoir l'argument que des conclusions officielles antérieures en matière de protection des réfugiés ont un 'effet obligatoire' » (par. 50). Si l'on comprend la logique de l'argument, il n'en demeure pas moins que le retenir mettrait à bas tout le système de reconnaissance juridictionnelle de la qualité de réfugié, laquelle serait toujours de nature précaire et susceptible de remise en cause, en-dehors de toute procédure juridictionnelle de révision ou de retrait. La Cour suprême du Canada semble cependant uniquement en déduire que « l'engagement international du Canada relatif au non-refoulement ne l'assujettit donc pas à un régime procédural particulier en matière d'extradition » (pars. 51-52).

<sup>110</sup> (Suisse) arrêt du 7 novembre 2006 de la première Cour de droit public du Tribunal fédéral, par. 2.5.

<sup>111</sup> Voir *supra*, II.. L'Allemagne au contraire prévoit expressément à la section 4 de la Loi sur la procédure d'asile que les décisions des instances d'asile ne sont pas contraignantes aux fins de l'extradition.

A défaut d'une prévision législative expresse en ce sens, ce sont les juridictions nationales qui ont consacré ce principe<sup>112</sup>.

En France, la Cour de cassation a tout d'abord estimé qu'il incombait à la chambre d'instruction de s'assurer que la demande d'extradition, si elle était exécutée, n'aboutirait pas à un manquement à l'obligation de non-refoulement, y compris dans l'hypothèse du refoulement indirect<sup>113</sup>. Le Conseil d'Etat, saisi d'un recours contre le décret autorisant l'extradition d'un requérant, a quant à lui considéré qu'il est lié par une décision de reconnaissance du statut de réfugié rendue par la CRR/CNDA lorsque celle-ci est devenue définitive et lorsqu'il n'a pas été demandé par ailleurs que le statut de réfugié soit retiré. Dans un arrêt d'Assemblée du 1<sup>er</sup> avril 1988, le Conseil d'Etat a en effet décidé que, s'agissant d'un ressortissant espagnol dont l'extradition était demandée alors qu'il « bénéficiait de la qualité de réfugié en vertu d'une décision du 21 juin 1973, maintenue par une décision du 30 juillet 1984 de la commission des recours des réfugiés, non contestée par le directeur de l'office français de protection des réfugiés et apatrides et devenue définitive »,

« les principes généraux du droit applicables aux réfugiés, résultant notamment de la définition précitée de la Convention de Genève, font obstacle à ce qu'un réfugié soit remis, de quelque manière que ce soit, par un Etat qui lui reconnaît cette qualité, aux autorités de son pays d'origine, sous la seule réserve des exceptions prévues pour des motifs de sécurité nationale par ladite convention ; qu'en l'espèce, le Garde des sceaux, ministre de la justice n'invoque aucun de ces motifs ; qu'ainsi, et alors qu'il appartenait au gouvernement, s'il s'y croyait fondé, de demander à l'office français de protection des réfugiés et apatrides, de cesser de reconnaître la qualité de réfugié à M. X..., le statut de ce dernier faisait obstacle à ce que le gouvernement pût légalement décider de le livrer, sur leur demande, aux autorités espagnoles ; que le décret attaqué est dès lors entaché d'excès de pouvoir »<sup>114</sup>.

Le Conseil d'Etat peut également s'appuyer à titre surabondant sur la décision de rejet de la demande de statut de réfugié<sup>115</sup>. Dans ces différents cas de figure, il ne saurait décider d'exclure un réfugié à l'occasion de l'appréciation de la légalité du décret d'extradition. Il ne pourrait exceptionnellement le faire qu'à l'occasion du réexamen du statut de réfugié de la

---

<sup>112</sup> Cour suprême du Canada, *Németh c. Canada (Justice)*, 2010 CSC 56, 25 novembre 2010 ; Tribunal fédéral suisse, 1<sup>ère</sup> cour de droit public, *A contre office fédéral de la justice*, n°1A.206/2006, 7 novembre 2006.

<sup>113</sup> Cour de cassation, ch. crim., 21 novembre 2007, n° 07-87499.

<sup>114</sup> CE Ass, 1<sup>er</sup> avril 1988, *Bereciartua Echarri*, n° 85234.

<sup>115</sup> V. Conseil d'Etat, 22 décembre 2011, n° 348270 : « aucun des éléments du dossier n'est de nature à accréditer les allégations du requérant [selon lesquelles l'infraction pour laquelle son extradition serait demandée serait à caractère politique] dont, *au demeurant*, la demande de statut de réfugié a été rejetée ».

personne réclamée dans le cadre d'une procédure d'annulation ou de révocation dudit statut<sup>116</sup>.

Dans l'hypothèse où les autorités d'asile ont conclu au rejet de la reconnaissance du statut de réfugié sur le fondement de l'article 1F, le Conseil d'Etat, juge de l'extradition, reste tenu par la décision devenue définitive de la CNDA. Il ne saurait, à l'occasion de l'examen du décret autorisant l'extradition, conclure, par voie d'exception, à la reconnaissance du statut de réfugié. Cela ne l'empêche toutefois pas, il convient de le noter, d'annuler le décret sur une autre base que le principe de non-refoulement des réfugiés, en invoquant par exemple le fait que l'extradition exposerait le requérant à des risques de traitements inhumains et dégradants en violation des stipulations de l'article 3 de la convention européenne des droits de l'homme. Lorsque la décision en matière d'asile n'est pas encore devenue définitive, en revanche, rien n'empêche *a priori* le Conseil d'Etat, juge de cassation des décisions des autorités d'asile, d'exercer un contrôle sur la qualification retenue par les autorités d'asile lorsqu'il statue sur le décret d'extradition.

Il convient enfin de s'interroger sur le cas particulier de l'effet d'une décision d'exclusion précédée d'une inclusion.

En principe, à partir du moment où la personne réclamée a fait l'objet d'un rejet de sa demande de protection de la part des autorités de l'asile fondé sur les clauses d'exclusion de la Convention de Genève de 1951 ou de l'article L 722, rien ne devrait s'opposer à ce que la personne soit extradée. En effet, à supposer que l'on fasse entrer l'extradition dans le champ d'application de l'article 33 de la Convention de Genève de 1951, le principe de non-refoulement n'est opposable qu'à l'égard d'une personne bénéficiant de la qualité de réfugié ou des demandeurs d'asile.

Toutefois, la décision d'exclure le requérant du statut de réfugié peut ne pas être sans incidence sur l'issue de la procédure d'extradition. En effet, la question se pose de savoir si le juge de l'extradition, dans son appréciation de la légalité du décret d'extradition et notamment des craintes d'atteintes graves du requérant, est pareillement tenu par le constat préalable de

---

<sup>116</sup> En revanche, le Conseil d'Etat peut tout à fait décider d'exclure les requérants sur le fondement de l'article 1F si les personnes se prévalent devant lui pour la première fois du statut de réfugié, *Lujamnio Gladeano et Urizar Mugoito*, CE 14 décembre 1987, n° 88522. V. également sur les difficultés que cela peut poser, *supra*, c).

l'inclusion du requérant dans le champ de la Convention de Genève quand bien même ce dernier aurait fait ensuite l'objet d'une décision d'exclusion<sup>117</sup>.

Le gouvernement français a pu déclarer devant la Cour européenne des droits de l'homme saisie de l'affaire *Boutagni c. France* qu'il prenait acte de la décision de rejet de l'OFPRA sur le fondement de l'article 1F et admis que « malgré le rejet de sa demande d'asile, la reconnaissance par l'OFPRA que M. Boutagni pourrait subir des mauvais traitements en cas de retour au Maroc s'oppos[ait] dorénavant, en droit français, à ce que soit exécutée la mesure d'expulsion vers ce pays, en application de l'article L.513-2 du CESEDA »<sup>118</sup>.

Il n'est pas certain toutefois que l'appréciation par l'OFPRA des risques encourus constitue une indication contraignante pour le Conseil d'Etat saisi dans le cadre d'un recours contre un décret d'extradition.

Tout au plus pourrait-on faire valoir que dans le souci d'éviter des décisions contradictoires, le Conseil d'Etat devrait ne pas s'écarter des constats opérés dans le cadre de la procédure d'asile – à tout le moins lorsque la décision est devenue définitive<sup>119</sup>. Ce raisonnement vaut *fortiori* lorsque la personne réclamée est exclue de la protection subsidiaire sur la base de l'article L712-2 du CESEDA, après avoir été incluse sur le fondement de l'article L 712-1 qui prévoit la protection de la personne qui établit qu'elle est exposée dans son pays à la menace notamment de la peine de mort (§1) ou de torture ou de traitements inhumains ou dégradants (§2). Ce dernier paragraphe étant directement inspiré de l'article 3 de la CEDH, une décision

---

<sup>117</sup> Sur le mécanisme d'inclusion avant exclusion, voir UNHCR, *Note d'information sur l'application des clauses d'exclusion : article 1F de la Convention de 1951 relative au statut de réfugiés*, Genève, 4 septembre 2003, pp. 21 et s. ; S. Kapferer, "Exclusion Clauses in Europe – A Comparative Overview of State Practice in France, Belgium and the United Kingdom", *International Journal of Refugee Law*, Vol. 12 Special Supplementary Issue, 2000 ; D. Kosar, "Inclusion before Exclusion or Vice Versa: What the Qualification Directive and the Court of Justice Do (Not) Say", *2011 Nordic Asylum Law Seminar. The State of International Refugee Law, EU Harmonization and the Nordic Legacy*, 26-27 May 2011, Copenhagen, qui compare la Convention de Genève qui préconise le mécanisme inclusion avant exclusion et la Directive Qualification qui ne dit rien sur ce point.

<sup>118</sup> CourEDH, 18 novembre 2010, *Boutagni c. France*, par.42. Cet arrêt a pour origine la requête de M. Boutagni, ressortissant marocain qui alléguait être exposé à des risques de traitements inhumains et dégradants ainsi qu'à des actes de torture en cas de retour au Maroc. Sur la base des rapports internationaux disponibles et considérant le profil du requérant qui avait été condamné en France « pour participation à une association de malfaiteurs en vue de la préparation d'un acte terroriste », la Cour a estimé que le risque de violation de l'article 3 de la CEDH était réel en cas de retour au Maroc.

<sup>119</sup> Voir Tribunal fédéral suisse, 1<sup>ère</sup> cour de droit public, *A contre office fédéral de la justice*, n°1A.206/2006, 7 novembre 2006, pour le raisonnement en matière de rejet de l'asile. Dans l'affaire *Belasri-Ashri contre Espagne*, on note que les autorités espagnoles avaient rejeté la demande d'asile du requérant égyptien et que l'Espagne rejetait aussi l'extradition demandée par l'Egypte pour les actes du prévenu qualifiés d'infractions politiques, Cour EDH, *Bilasi-Ashri c. Espagne*, n° 3314/02, 26 novembre 2002.

du Conseil d'Etat qui rejetterait le recours en annulation du décret d'extradition en écartant les risques de violation de l'article 3 CEDH viendrait contredire la décision définitive du juge de l'asile.

C'est pourtant ce à quoi aboutit la décision du Conseil d'Etat en date du 22 mai 2012<sup>120</sup>. Alors même que la CNDA avait conclu aux risques de mauvais traitements en cas de retour au Maroc avant d'exclure le requérant sur le fondement de l'article L 712-2 du CESEDA, le Conseil d'Etat, saisi d'un recours en annulation du décret du 11 juillet 2011 accordant son extradition aux autorités marocaines, rejette la requête, considérant notamment que le requérant n'apportait aucun élément permettant d'établir la réalité des risques de traitements inhumains ou dégradants en violation des stipulations de l'article 3 de la CEDH<sup>121</sup>. Le Conseil d'Etat, juge de cassation en matière d'asile, ne s'estime ainsi pas lié par la reconnaissance par la CNDA des risques encourus par le requérant quand il statue sur la légalité du décret d'extradition.

Le gouvernement français a sursis à l'exécution du décret depuis la saisine par le requérant de la Cour européenne des droits de l'homme au titre de l'article 39 de la CEDH, mais il est très improbable qu'il considère que la constatation par l'OFPRA puis par la CNDA des risques encourus par M. R. en cas de retour au Maroc soit de nature à empêcher l'exécution du décret d'extradition, le Conseil d'Etat ayant statué en sens contraire<sup>122</sup>. Au regard de la jurisprudence de la Cour EDH, la France s'expose à une condamnation au titre de l'article 3 de la CEDH, ce qui, si telle est l'issue, devrait conduire les autorités françaises à en tirer les conséquences idoines.

3° L'effet à attribuer, dans l'ordre interne français, aux décisions adoptées par une autorité étrangère

L'effet *international* qu'une décision en matière d'extradition peut produire sur une procédure d'asile (ou réciproquement) soulève bien entendu des problèmes particuliers. A la question de

---

<sup>120</sup> N°352952.

<sup>121</sup> Conseil d'Etat, n°352952, R., 22 mai 2012.

<sup>122</sup> L'affaire est toujours pendante devant la Cour européenne des droits de l'homme (n° 25393/10, *Rafaa c. France*). Dans l'affaire *Daoudi*, le Gouvernement français n'avait pas considéré que la constatation par la CNDA des risques encourus par le requérant en cas de retour en Algérie était de nature à empêcher son expulsion. La France avait été condamnée pour violation de l'article 3 de la CEDH, Cour EDH, *Daoudi c. France*, 3 décembre 2009.

l'effet *intrinsèque* à accorder à une telle décision, analysée précédemment dans le contexte exclusif de l'ordre juridique interne français, s'ajoute ici une question ressortissant au droit international privé consistant à déterminer dans quelle mesure une décision *étrangère* possède quelque effet juridique en droit français. En 2009, le Comité d'experts sur le fonctionnement des conventions européennes sur la coopération dans le domaine pénal indiquait ainsi dans la synthèse des réponses au questionnaire adressé aux Etats membres du Conseil de l'Europe en 2008 que

« [o]nze Etats membres [parmi lesquels figure la France] considèrent que la reconnaissance du statut de réfugié ou de toute autre forme de protection internationale par un Etat tiers n'a pas d'effet contraignant dans la procédure d'extradition, mais qu'elle peut être prise en compte dans la décision. La France a précisé qu'elle reconnaît la protection internationale accordée par les Etats membres de l'UE ou les Etats parties à la Convention de Dublin [désormais le règlement Dublin II<sup>123</sup>]<sup>124</sup> ».

De fait, à défaut de stipulation conventionnelle en disposant autrement, l'effet d'une décision rendue par une autorité étrangère en droit français obéit au régime de droit commun applicable aux décisions étrangères. L'existence d'une règle de reconnaissance mutuelle, à l'instar de celle retenue dans le système de Dublin, permettra de donner automatiquement à la décision étrangère un effet équivalent à une décision qui aurait été rendue dans le même domaine par une autorité française<sup>125</sup>. A défaut, la décision étrangère, émanant d'une autorité compétente selon la *lex auctoris* étrangère, sera soumise à une exigence d'*exequatur*<sup>126</sup>. Dans tous les cas, il est entendu que cette décision étrangère, si elle n'est pas dotée d'effet exécutoire, disposera au moins d'une certaine force probatoire. La France précisait ainsi en 2009 qu'elle

« ne reconnaît pas en tant que telles ces décisions (sauf entre Etats membres de l'UE en application de la Convention de Dublin II), toutefois cet état de fait est nécessairement pris en compte pour l'appréciation des risques que présenterait pour l'intéressé une extradition vers son Etat d'origine, de même que la nature politique de la demande »<sup>127</sup>.

---

<sup>123</sup> Règlement (CE) n° 343/2003 du Conseil du 18 février 2003 établissant les critères et mécanismes de détermination de l'Etat membre responsable de l'examen d'une demande d'asile présentée dans l'un des Etats membres par un ressortissant d'un pays tiers.

<sup>124</sup> *Synthèse des réponses au questionnaire*, précitée, p. 7, par. 7.

<sup>125</sup> Sur le mécanisme de la reconnaissance mutuelle, v. notamment M.-L. Niboyet, G. de Geouffre de la Pradelle, *Droit international privé*, LGDJ, Paris, 2011, pp. 243-255.

<sup>126</sup> *Ibid.*, p. 242.

<sup>127</sup> Comité européen pour les problèmes criminels (CDPC), Comité d'experts sur le fonctionnement des conventions européennes sur la coopération dans le domaine pénal (PC-OC), *Réponses au questionnaire sur les*

De son côté, le HCR estime que « la détermination par un Etat qu'une personne est un réfugié en vertu de la Convention de 1951 a un effet extraterritorial, du moins concernant les autres parties à cette Convention »<sup>128</sup>. Le HCR paraît ainsi estimer que la décision de l'autorité étrangère serait dotée d'une force obligatoire directe dans l'ordre juridique du for. La teneur des exceptions que le HCR admet à l'endroit de cet « effet extraterritorial » révèle cependant que l'autorité du for dispose en réalité toujours d'un pouvoir de réexamen du dossier et de contrôle du bien-fondé de l'appréciation de l'autorité étrangère<sup>129</sup>. Il ne semble donc pas s'agir, à proprement parler, d'un « effet extraterritorial » au sens que celui-ci aurait dans le cadre d'un mécanisme de reconnaissance mutuelle – mécanisme qu'au demeurant la Convention de 1951 n'organise pas<sup>130</sup>. Par « effet extraterritorial », le HCR semble en définitive viser l'effet probatoire et non l'effet exécutoire de la décision rendue par l'autorité étrangère.

Les Etats qui reconnaissent que leur sont opposables les décisions de reconnaissance du statut de réfugié adoptées par les autorités compétentes d'Etats tiers peuvent être amenés à remettre en cause ce statut si la personne réclamée devait tomber sous le coup d'une des clauses d'exclusion prévues par la Convention de 1951. En ce cas, la logique voudrait que les autorités d'asile en informent l'Etat tiers ayant reconnu le statut, aux fins de révision de celui-ci.

On précisera que lorsque la détermination du statut de la personne réclamée a été faite par le HCR, en vertu de son mandat de protection internationale, et selon la définition stricte de la détermination en application des articles 6 et 7 de son Statut, la décision du HCR est, elle, opposable à l'Etat requis qui devra tenir compte de cette reconnaissance dans le cadre des

---

*relations entre les procédures d'asile et les procédures d'extradition*, PC-OC (2008) Rev 3, 9 avril 2009, p. 31, par. 7.

<sup>128</sup> HCR, *Note d'orientation sur l'extradition et la protection internationale des réfugiés*, avril 2008, par. 55.

<sup>129</sup> *Id.* : « Le statut de réfugié déterminé dans un Etat partie ne doit être remis en question par un autre Etat partie que dans des cas exceptionnels s'il apparaît que l'intéressé ne remplit manifestement pas les conditions requises par la Convention de 1951, par exemple s'il est découvert des faits indiquant que les déclarations initialement faites étaient frauduleuses ou montrant que l'intéressé tombe sous le coup d'une des clauses d'exclusion prévues par la Convention de 1951 ».

<sup>130</sup> Dans sa Conclusion n° XII de 1978 sur l'effet extraterritorial de la détermination du statut de réfugié, le Comité exécutif du HCR a estimé « qu'il est inhérent au but même de la Convention de 1951 et du Protocole de 1967 que le statut de réfugié déterminé par un Etat contractant soit reconnu par les autres Etats contractants ». C'est reconnaître que la Convention n'organise pas de mécanisme de reconnaissance mutuelle, lequel devrait pour cette raison être déduit de manière implicite du « but même » de la Convention. Il est douteux qu'un tel fondement (« il est inhérent au but ») suffise à créer, dans les ordres juridiques internes, un mécanisme de reconnaissance mutuelle.

procédures d'extradition<sup>131</sup>. Ainsi, les autorités d'asile de l'Etat requis ne pourront remettre en cause le statut de réfugié en invoquant des clauses d'exclusion que le HCR aura écartées. Dans ce contexte, la reconnaissance du statut de réfugié aura les mêmes conséquences sur la procédure d'extradition que la reconnaissance effectuée par l'Etat requis lui-même<sup>132</sup>.

Si les autorités d'extradition d'un Etat ont eu connaissance de ce que la personne réclamée bénéficiait de la reconnaissance du statut de réfugié par un autre Etat, il appartient auxdites autorités de mener toutes les investigations nécessaires, dans le cadre de leur pouvoir d'instruction, et de solliciter les autorités du pays tiers pour déterminer si la personne concernée risque des persécutions dans l'Etat requérant. La Cour constitutionnelle allemande a tranché en ce sens en considérant que le tribunal chargé de statuer sur l'extradition devait tenir compte de la possibilité de persécution dans l'Etat requérant et que la reconnaissance d'une personne en tant que réfugié par les autorités allemandes ou *celles d'un autre pays* devait être considérée comme la preuve de l'existence d'un risque de persécution<sup>133</sup>.

*e) L'obligation de confidentialité dans les rapports entre procédure d'asile et procédure d'extradition*

La recherche de la conciliation entre les procédures d'asile et d'extradition ne doit pas masquer la réalité de certaines difficultés tenant notamment à l'équilibre que doit trouver l'Etat requis, dans sa relation avec l'Etat requérant, entre le respect de l'obligation de confidentialité de la procédure d'asile d'un côté, et la prise en compte des nécessités de transparence et de publicité dans le cadre de la procédure pénale, de l'autre côté (1°). Cette question se double de celle de savoir jusqu'à quel point les autorités d'extradition de l'Etat requis peuvent avoir accès aux informations en possession des autorités d'asile de ce même Etat requis (2°).

---

<sup>131</sup> Voir article L 711-1 du CESEDA : « La qualité de réfugié est reconnue à toute personne persécutée en raison de son action en faveur de la liberté ainsi qu'à toute personne sur laquelle le haut-commissariat des Nations unies pour les réfugiés exerce son mandat aux termes des articles 6 et 7 de son statut tel qu'adopté par l'Assemblée générale des Nations Unies le 14 décembre 1950 ou qui répond aux définitions de l'article 1er de la convention de Genève du 28 juillet 1951 relative au statut des réfugiés. Ces personnes sont régies par les dispositions applicables aux réfugiés en vertu de la convention de Genève susmentionnée ». Voir notamment CNDA, 18 décembre 2008, 601918, *Mlle A* ; CNDA, 9 mars 2012, M. Mehrad F., n°11022879. Sur la nature juridique du réfugié « sous mandat », voir UNHCR, *MM (Iran) v. Secretary of State for the Home Department - Written Submission on Behalf of the United Nations High Commissioner for Refugees*, 3 August 2010, C5/2009/2479, available at: <http://www.unhcr.org/refworld/docid/4c6aa7db2.html>.

<sup>132</sup> V. HCR, *Note d'orientation sur l'extradition et la protection internationale des réfugiés*, avril 2008, par. 56.

<sup>133</sup> Arrêt du 4 novembre 1979, 1 BvR 654/79.

## 1°) La confidentialité dans les relations avec l'Etat requérant

Dans le cadre de l'extradition, la procédure est de type accusatoire et de nature publique et contradictoire. La Cour de cassation a ainsi considéré dans un arrêt du 31 mai 1988 qu'« il résulte de l'article 14 de la loi du 10 mars 1927 que la procédure instituée devant la Chambre d'accusation en matière d'extradition est essentiellement contradictoire et doit être suspendue en l'absence de l'étranger ». Dans un arrêt du 30 mai 1995, la chambre criminelle de la Cour de cassation précisait par ailleurs qu'« en matière d'extradition, l'audience de la chambre d'accusation est publique, à moins qu'il n'en soit décidé autrement sur la demande du ministère public ou du comparant ». L'article 696-16 du code de procédure pénale prévoit explicitement dans ce cadre la possibilité d'un accès de l'Etat requérant à la procédure d'extradition, y compris la possibilité que celui-ci intervienne dans la procédure<sup>134</sup>.

La procédure d'extradition tout comme les accords de coopération et d'entraide judiciaire conduisent par ailleurs à des échanges d'information entre Etats. La volonté légitime des Etats de se doter de moyens plus efficaces pour lutter contre la criminalité organisée et prévenir les actes terroristes a conduit d'ailleurs à la multiplication de projets de lois ou d'accords entre Etats privilégiant la transmission de données personnelles, notamment dans le cadre de commissions rogatoires et d'enquêtes criminelles.

Or, lorsque la procédure pénale met en cause un réfugié ou un demandeur d'asile, il est entendu que les mesures prises dans le cadre de cette procédure, quelles qu'elles soient, doivent s'inscrire dans le respect du principe de confidentialité consacré en droit international des droits de l'homme et au cœur de la protection internationale dans le cadre du traitement des demandes d'asile<sup>135</sup>.

---

<sup>134</sup> Article 696-16 du code de procédure pénale : « La chambre de l'instruction peut, par une décision qui n'est susceptible d'aucun recours, autoriser l'Etat requérant à intervenir à l'audience au cours de laquelle la demande d'extradition est examinée, par l'intermédiaire d'une personne habilitée par ledit Etat à cet effet. Lorsque l'Etat requérant est autorisé à intervenir, il ne devient pas partie à la procédure ».

<sup>135</sup> Directive 2005/85/CE du Conseil du 1er décembre 2005 relative à des normes minimales concernant la procédure d'octroi et de retrait du statut de réfugié dans les États membres ; UNHCR, *Advisory Opinion on the Rules of Confidentiality Regarding Asylum Information*, UNHCR Representation in Japan, 31 March 2005 ; UNHCR, *Guide des procédures et critères à appliquer pour déterminer le statut de réfugié au regard de la Convention de 1951 et du Protocole de 1967 relatifs au statut des réfugiés* HCR/1P/4/FRE/REV.1, UNHCR 1979, réédité en 2012, pars. 198 et 200.

Les articles du code de procédure pénale applicables en l'absence d'une convention applicable entre la France et l'Etat étranger et relatifs aux informations transmises dans le cadre de l'entraide judiciaire internationale offrent à cet égard une protection très insuffisante de la confidentialité en matière d'asile<sup>136</sup>. Que l'article 696-5 du code de procédure pénale prévoit que l'interrogatoire ou la confrontation d'une personne poursuivie ne peut être effectué qu'avec son consentement ne paraît pas suffisant à cet égard. De même, le fait que l'article 696-16 du code de procédure pénale ne fasse que permettre à la Chambre de l'instruction d'autoriser l'Etat requérant à intervenir à l'audience au cours de laquelle la demande d'extradition est examinée et ne confère aucun droit d'intervention à l'Etat requérant, n'est pas une garantie suffisante que le principe de confidentialité sera respecté. De même aussi la possibilité offerte au juge de l'extradition d'ordonner le huis-clos ou l'exclusion de personnes déterminées s'il est d'avis que la moralité publique, le maintien de l'ordre ou la bonne administration de la justice l'exige<sup>137</sup>, qui pourrait être utilisée pour s'assurer que les informations relatives à la demande d'asile ne soient pas publiquement dévoilées lors d'une audience relative à la demande d'extradition, n'est pas nécessairement suffisante, compte tenu de l'importance qui s'attache au principe de confidentialité et au caractère absolu de ce principe.

---

<sup>136</sup> Article 694-4 du code de procédure pénale: « Si l'exécution d'une demande d'entraide émanant d'une autorité judiciaire étrangère est de nature à porter atteinte à l'ordre public ou aux intérêts essentiels de la Nation, le procureur de la République saisi de cette demande ou avisé de cette demande en application du troisième alinéa de l'article 694-1 la transmet au procureur général qui détermine, s'il y a lieu, d'en saisir le ministre de la justice et donne, le cas échéant, avis de cette transmission au juge d'instruction. S'il est saisi, le ministre de la justice informe l'autorité requérante, le cas échéant, de ce qu'il ne peut être donné suite, totalement ou partiellement, à sa demande. Cette information est notifiée à l'autorité judiciaire concernée et fait obstacle à l'exécution de la demande d'entraide ou au retour des pièces d'exécution ».

<sup>137</sup> En France, l'article 696-13 du Code de procédure pénale prévoit ainsi que l'audience devant la chambre de l'instruction est publique « sauf si la publicité de l'audience est de nature à nuire au bon déroulement de la procédure en cours, aux intérêts d'un tiers ou à la dignité de la personne ». Voir également, comme exemple comparé, l'article 166 de la Loi canadienne sur l'immigration et la protection des réfugiés, L.C. 2001, ch. 27 : S'agissant des séances des sections : a) elles sont, en principe, tenues en public; b) sur demande ou d'office, la section peut accorder le huis clos ou toute autre mesure jugée nécessaire pour assurer la confidentialité des débats sur preuve, après examen de toutes les solutions de rechange à sa disposition, que, selon le cas : (i) il y a une sérieuse possibilité que la vie, la liberté ou la sécurité d'une personne puisse être mise en danger par la publicité des débats, (ii) il y a un risque sérieux d'atteinte au droit à une procédure équitable de sorte que la nécessité d'empêcher la divulgation de renseignements l'emporte sur l'intérêt qu'a la société à la publicité des débats, (iii) il y a un risque sérieux de divulgation de questions touchant la sécurité publique; c) les affaires intéressant le demandeur d'asile devant la Section de la protection des réfugiés et la Section de l'immigration et les demandes d'annulation et de constat de perte sont tenues à huis clos, ainsi que celles devant la Section d'appel des réfugiés; d) toutefois, sur demande ou d'office, la publicité des débats peut être accordée, assortie de toute mesure jugée nécessaire pour assurer la confidentialité des débats, sur preuve, après examen de toutes les solutions de rechange à la disposition de la section et des facteurs visés à l'alinéa b), qu'il est indiqué de le faire; e) malgré les alinéas b) et c) le représentant ou mandataire du Haut-Commissariat des Nations Unies pour les réfugiés peut participer à titre d'observateur aux séances touchant les demandeurs d'asile ou les personnes protégées; f) il ne peut toutefois participer à tout ou partie des séances où sont en cause des renseignements ou autres éléments de preuve qui font l'objet d'une demande d'interdiction de divulgation au titre de l'article 86, tant qu'elle n'est pas rejetée, ou dont la divulgation a été interdite.

Le principe de confidentialité des éléments d'information détenus par les instances de l'asile relatifs à une personne qui sollicite la qualité de réfugié a été reconnu par le Conseil constitutionnel comme garantie essentielle du droit d'asile, et qualifié de principe de valeur constitutionnelle qui implique que les demandeurs d'asile bénéficient d'une protection particulière<sup>138</sup>.

La Cour nationale du droit d'asile a jugé à son tour clairement que

« la confidentialité des éléments d'information relatifs à la personne sollicitant l'asile en France constitue une garantie essentielle du droit d'asile, principe de valeur constitutionnelle. L'obligation pour les autorités du pays responsable de l'examen des demandes d'asile d'assurer le respect de cette garantie résulte également des dispositions législatives relatives à l'inviolabilité des documents détenus par l'OFPRA, tels qu'interprétés à la lumière de la directive du conseil du 1<sup>er</sup> décembre 2005 relatif à des normes minimales concernant la procédure d'octroi et de retrait du statut de réfugié, directive n°2005/85/CE »<sup>139</sup>.

L'article 22 de la directive en effet précise que dans le cadre de l'examen des cas particuliers, les Etats membres ne doivent pas divulguer des informations concernant une demande d'asile, à l'auteur ou aux auteurs présumés des persécutions<sup>140</sup>. Il est également précisé que les Etats membres ne doivent pas non plus chercher à obtenir des informations, dès lors que cette recherche conduit à informer l'auteur ou les auteurs des persécutions de l'existence d'une demande d'asile et que l'intégrité physique du demandeur d'asile, ou celles des proches du pays d'origine, pourrait s'en trouver menacée. Au plan procédural par ailleurs, l'article 38, paragraphe 1, lettre d), de la même directive énonce clairement que « lorsque des informations sur un cas individuel sont recueillies aux fins du réexamen du statut de réfugié », ce qui peut être le cas au cours d'une procédure d'extradition, les Etats membres doivent veiller à ce que ces informations

---

<sup>138</sup> V. décision 2003-485 DC, 4 décembre 2003, Journal officiel du 11 décembre 2003, p. 21085, cons. 43 à 47, Rec. p. 455.

<sup>139</sup> CNDA, 1er juin 2007, n° 561440. V. également l'article L 722-3 du code de l'entrée et du séjour des étrangers et du droit d'asile.

<sup>140</sup> Il est à noter par ailleurs que l'article 36 de la directive 2004/83/CE impose aux Etats membres de veiller à ce que les autorités et autres organisations qui mettent en œuvre cette directive « soient tenues par le devoir de réserve prévu dans le droit national en ce qui concerne les informations dont elles ont connaissance du fait de leur travail ». Cet article a été complété par l'article 41 de la directive 2005/85 aux termes duquel « les Etats membres veillent à ce que les autorités chargées de mettre en œuvre la présente directive soient liées par le principe de confidentialité, tel que défini dans le droit national, pour les informations qu'elles obtiendraient dans le cadre de leur travail ».

« ne soient pas obtenues auprès du (des) auteur(s) des persécutions, ce qui aurait pour effet que cet (ces) auteur(s) serai(en)t directement informé(s) du fait que la personne concernée est un réfugié dont le statut est en cours de réexamen et que cela ne compromette pas l'intégrité physique de la personne et des membres de sa famille, ni la liberté et la sécurité des membres de sa famille vivant toujours dans le pays d'origine ».

Dans sa décision du 1<sup>er</sup> juin 2007, la CNDA explique ainsi que « la méconnaissance de cette obligation peut avoir pour conséquence l'aggravation des craintes exprimées, voire créer à elle seule les conditions d'une exposition à des persécutions ou à des menaces graves »<sup>141</sup>.

C'est un principe fondamental en effet de la protection des réfugiés et des demandeurs d'asile que les informations relatives aux demandeurs d'asile (données personnelles, localisation, fait d'avoir demandé l'asile, ...) ne doivent en aucun cas tomber entre les mains de l'Etat persécuteur<sup>142</sup>. Le risque existe que des membres de la famille du demandeur d'asile restés dans le pays d'origine soient mis en danger, que le demandeur d'asile lui-même puisse être en danger dans le pays d'accueil ou encore qu'il puisse faire l'objet de représailles lors de son retour éventuel dans le pays d'origine. Le Comité des droits de l'homme a eu l'occasion d'insister sur le fait que des mesures efficaces devaient être prises afin de veiller à ce que les informations relatives à la vie privée d'une personne ne tombent pas entre les mains de tierces parties qui pourraient les utiliser à des fins incompatibles avec le droit international des droits de l'homme<sup>143</sup>. La divulgation d'informations sans raisons légitimes constituerait une violation du droit du réfugié au respect de sa vie privée<sup>144</sup>. Ces différents éléments exigent qu'un régime particulièrement protecteur de la confidentialité soit mis en place.

---

<sup>141</sup> CNDA, 1<sup>er</sup> juin 2007, n° 561440 et 573524.

<sup>142</sup> UNHCR, *Procedural Standards for Refugee Status Determination under UNHCR's Mandate*, 1 September 2005 : voir 2.1 sur la confidentialité en général ; M. Le Rutte, « Sécurité et traitement des données personnelles. Quels impacts sur les réfugiés et les demandeurs d'asile ? », *Cultures et conflits*, 2009, p. 89.

<sup>143</sup> Voir Comité des droits de l'homme, *Observation générale No. 16 : article 17 (Droit au respect de sa vie privée)*, *Le droit au respect de sa vie privée, de sa famille, de son domicile et de sa correspondance, et à la protection de son honneur et de sa réputation*, U.N. Doc. HRI/GEN/1/Rev.1, 8 avril 1988, par. 10, disponible à l'adresse <http://www.unhcr.org/refworld/docid/453883f922.html>.

<sup>144</sup> Article 12 de la Déclaration universelle des droits de l'homme ; article 17(1) du PIDCP ; article 8 de la CEDH ; article 11 de la CADH. V. également en particulier l'article 13, paragraphe 2, de la directive 2005/85/CE du Conseil du 1<sup>er</sup> décembre 2005, qui dispose que l'entretien personnel avec le demandeur d'asile « a lieu dans des conditions garantissant dûment la confidentialité » ; United States Court of Appeal, Eight Circuit, no 06-3717, no 06-3718, 10 December 2007, à propos d'un litige concernant le respect de la confidentialité d'une demande d'asile après transmission des actes de naissance aux autorités ouzbeks par les fonctionnaires de l'ambassade des USA.

Ce n'est que si le demandeur d'asile ou le réfugié y consent que la divulgation d'information peut être conforme au droit<sup>145</sup>. La cour d'appel d'Auckland a ainsi considéré, dans sa décision du 17 juillet 2009, que le requérant avait, par son comportement, implicitement voire explicitement levé son droit à la confidentialité, tel que la Section 129 T (4) de l'Immigration Act de 1987 le prévoit<sup>146</sup>.

On notera que le fait que dans certains Etats, comme la France, les audiences devant les juridictions d'appel des décisions de rejet de reconnaissance du statut de réfugié soient publiques ne doit pas s'interpréter comme signifiant qu'il y aurait une levée automatique de la confidentialité<sup>147</sup>. De ce point de vue, l'article R 733-17 du CESEDA disposant qu'en principe « les audiences de la Cour sont publiques » paraît entrer directement en contradiction avec le principe de confidentialité. L'anonymat des décisions rendues par la Cour ne saurait suffire à assurer le respect de ce principe dès lors que toute personne, à commencer par les représentants de l'Etat de persécution, peuvent assister aux audiences de la Cour. Il conviendrait dès lors qu'une réflexion particulière soit menée sur les réformes à apporter à l'organisation de l'audience devant la CNDA qui soit de nature à concilier les garanties d'un procès équitable et d'un examen approfondi de la demande d'asile avec les exigences de confidentialité.

Dans le cadre d'une demande d'extradition ou d'une procédure d'entraide judiciaire pénale, l'Etat requis est tenu de s'abstenir de transmettre tout renseignement personnel ou toute autre information concernant la personne ciblée, ou à tout le moins de limiter les informations

---

<sup>145</sup> Voir aux Etats-Unis la Section 208.6 qui dispose que “[i]nformation contained in or pertaining to any asylum application . . . shall not be disclosed without the written consent of the applicant.” 8 C.F.R. § 208.6(a) et son interprétation dans un memorandum *Memorandum from Bo Cooper, INS General Counsel, to Jeffrey Weiss, INS Director of Int'l Affairs, Confidentiality of Asylum Applications and Overseas Verification of Documents and Application Information* (June 21, 2001) (“Cooper Memo”), available at <http://judiciary.house.gov/legacy/82238.pdf> at 39-45; U.S. Citizenship and Immigration Services, *Fact Sheet: Federal Regulations Protecting the Confidentiality of Asylum Applicants* (June 3, 2005) (“Fact Sheet”), available at <http://www.uscis.gov/files/presentation/FctSheetConf061505.pdf>. : “Generally, confidentiality of an asylum application is breached when information contained therein or pertaining thereto is disclosed to a third party, and the disclosure is of a nature that allows the third party to link the identity of the applicant to: (1) the fact that the applicant has applied for asylum; (2) specific facts or allegations pertaining to the individual asylum claim contained in an asylum application; or (3) facts or allegations that are sufficient to give rise to a reasonable inference that the applicant has applied for asylum”. Voir *Averianova v. Mukasey, Attorney General*, No. 06-3717, No. 06-3718, United States Court of Appeals for the Eighth Circuit, 10 December 2007, available at: <http://www.unhcr.org/refworld/docid/48abd585d.html>.

<sup>146</sup> New Zealand Refugee Status Appeal Authority, n° 76204, 17 July 2009, § 34.

<sup>147</sup> UNHCR, *Advisory Opinion on the Rules of Confidentiality Regarding Asylum Information*, UNHCR Representation in Japan, 31 March 2005, p. 4.

communiquées à l'Etat requérant de telle sorte que la protection de la personne puisse être assurée.

Le principe de confidentialité de la procédure d'asile s'oppose à ce que les individus soient entendus, dans le cadre d'une commission rogatoire, comme témoins en présence de représentants officiels, ou par des agents français agissant en son nom, de l'Etat par rapport auquel elles auraient des craintes de persécutions. Ainsi, si, en vertu de l'article 2 de la Convention relative au statut des réfugiés de 1951, « tout réfugié a, à l'égard du pays où il se trouve, des devoirs qui comportent notamment l'obligation de se conformer aux lois et règlements (...) », et notamment les obligations découlant du Code de procédure pénale, la nature protectrice de son statut juridique présente des spécificités qui entraînent des dérogations à cette règle. Non seulement, le réfugié ou demandeur d'asile peut s'opposer au contact avec les autorités dont il craint des persécutions mais a même le droit d'en être protégé par l'Etat d'accueil.

Ces restrictions peuvent toutefois être interprétées comme entravant la bonne coopération entre Etats, notamment dans le contexte de la lutte contre le terrorisme et la grande criminalité, et conduire au non-respect par les Etats de leurs obligations envers leurs partenaires.

Il convient par conséquent de trouver un juste équilibre entre les exigences de chacun des corps de règles applicables. L'échange de données entre les Etats peut, dans certains contextes, se révéler extrêmement important, et l'on ne saurait nier que des contacts avec les autorités du pays d'origine du requérant puissent se révéler nécessaires en cas d'activités terroristes présumées ou lorsque la sécurité nationale de l'Etat est en jeu. A ce titre, le UNHCR reconnaît les intérêts légitimes des Etats d'obtenir des informations concernant un réfugié ou un demandeur d'asile pour des raisons de sécurité nationale et de répression des infractions pénales<sup>148</sup>.

---

<sup>148</sup> Voir UNHCR, *Addressing Security Concerns without Undermining Refugee Protection*, November 2001, pars. 11 et 12 ; voir également UNHCR, *Procedural Standards for Refugee Status Determination under UNHCR's Mandate*, 1 September 2005, Voir 2.1 sur la confidentialité en général et 4.6.8 sur la confidentialité en cas d'exclusion ; cf. *Convention du Conseil de l'Europe pour la protection des personnes à l'égard du traitement automatisé des données à caractère personnel*, du 28 janvier 1981. La Convention dont le but est de garantir, sur le territoire de chaque Partie, à toute personne physique le respect de ses droits et de ses libertés fondamentales, et notamment de son droit à la vie privée, à l'égard du traitement automatisé des données à caractère personnel la concernant, prévoit notamment, à l'article 9, qu'il est possible d'y déroger lorsqu'une telle dérogation, prévue par la loi de la Partie, constitue une mesure nécessaire dans une société démocratique à

D'une manière générale, on mentionnera les recommandations que le UNHCR a pu faire s'agissant des contacts susceptibles d'être pris à titre exceptionnel avec les autorités de l'Etat d'origine, dans le cadre de l'instruction des demandes d'asile<sup>149</sup>. Ces propositions peuvent utilement guider les autorités administratives et judiciaires de l'Etat requis dans le cadre de procédures d'enquête, sur base d'accords d'extradition ou de coopération judiciaire pénale, lorsqu'il est jugé nécessaire de contacter les autorités du pays d'origine de la personne demandée pour obtenir des informations supplémentaires ne pouvant être obtenues qu'auprès de ces autorités.

Ainsi, toutes les demandes de renseignements auprès des autorités du pays d'origine doivent rester générales et ne pas laisser apparaître l'identité ou les données personnelles du requérant qui permettraient de l'identifier. Il est également suggéré que les autorités de l'Etat ne prennent pas contact avec des entités du pays d'origine, de quelque nature qu'elles soient, gouvernementales ou non, pour vérifier l'authenticité des documents qui ont été soumis par le requérant<sup>150</sup>. Enfin, d'une manière générale, toute enquête concernant un requérant ou des documents le concernant doit faire l'objet de son consentement, sauf lorsque la sécurité de l'Etat est en jeu.

S'il est en revanche un aspect sur lequel les Etats ne sauraient déroger, à toutes les étapes de la procédure d'extradition ou de l'entraide judiciaire internationale, c'est l'exigence de ne pas révéler l'existence-même de la demande d'asile.

Il ressort de ceci que toute situation qui conduirait, à tout le moins qui contraindrait, le demandeur d'asile ou le réfugié, ou les membres de sa famille, à révéler aux fins d'une procédure d'extradition (ou d'entraide judiciaire) certaines informations préjudiciables au respect de sa personne et pourraient mettre sa vie en danger, serait contraire à l'esprit, et

---

*la protection de la sécurité de l'Etat, à la sûreté publique, aux intérêts monétaires de l'Etat ou à la répression des infractions pénales. Voir encore, UN General Assembly, Guidelines for the Regulation of Computerized Personal Data Files, 14 December 1990, disponible à <http://www.unhcr.org/refworld/docid/3ddcafaac.html>.*

<sup>149</sup> UNHCR, *Advisory opinion on the rules of confidentiality regarding asylum information*, UNHCR Representation in Japan, 31 March 2005, p. 8 ; UNHCR, *Procedural Standards for Refugee Status Determination under UNHCR's Mandate*, 1 September 2005: voir 2.1 sur la confidentialité en général et 4.6.8 sur la confidentialité en cas d'exclusion.

<sup>150</sup> Voir la Section 208.6 Disclosure to third parties, Code of Federal Regulations of the United States of America, en vertu duquel "[i]nformation contained in or pertaining to any asylum application . . . shall not be disclosed without the written consent of the applicant." 8 C.F.R. § 208.6(a).

certainement aussi au dispositif, de la Convention de Genève de 1951, au droit des réfugiés et au droit international des droits de l'homme.

Pour autant, la France reste tenue au respect de ses obligations conventionnelles avec lesquelles les règles internationales relatives au droit des réfugiés doivent être conciliées. En cas d'incompatibilité des obligations en cause, rien ne semble interdire en droit français l'autorité exécutive à préférer l'application d'une convention à une autre<sup>151</sup>. Cela étant dit, l'interprétation conforme des obligations concernées doit être privilégiée et, en l'occurrence, une conciliation par voie d'interprétation paraît possible et déboucher sur une articulation satisfaisante des intérêts et règles en jeu.

Aux termes de l'article 1<sup>er</sup> de la Convention européenne d'entraide judiciaire pénale du 20 avril 1959, « les parties contractantes s'engagent à s'accorder mutuellement, selon les dispositions de la présente convention, l'aide judiciaire *la plus large possible* dans toute procédure visant des infractions dont la répression est, au moment où l'entraide est demandée, de la compétence des autorités judiciaires de la partie requérante ».

C'est un principe largement admis en droit international que les engagements internationaux apparemment contradictoires doivent être interprétés de manière à coordonner leurs effets plutôt qu'à consacrer leurs divergences<sup>152</sup>. Aussi est-il permis, et même nécessaire, d'interpréter l'article 1<sup>er</sup> de la convention d'entraide judiciaire susmentionnée comme impliquant que l'obligation de s'accorder l'aide judiciaire « la plus large possible » ne peut s'interpréter comme devant conduire l'Etat à ne pas respecter ses autres obligations. Les Etats sont en effet supposés s'engager sans déroger à leurs obligations antérieures<sup>153</sup>. L'Etat veillera

---

<sup>151</sup> C'est ce qui semble ressortir en tout cas de la décision du Conseil d'Etat réuni en Assemblée du 23 décembre 2011, *Brito Paiva*, n° 303678, *RFDA*, janvier-février 2012, p. 17 : « (...) peut être utilement invoqué, à l'appui d'une décision administrative qui fait application des stipulations inconditionnelles d'un traité ou d'un accord international, un moyen tiré de l'incompatibilité des stipulations dont il a été fait application par la décision en cause, avec celles d'un autre traité ou accord international ; (...) que, dans l'hypothèse où (...) il n'apparaît pas possible, ni d'assurer la conciliation des stipulations entre elles, ni de déterminer lesquelles doivent dans le cas d'espèce être écartées, il appartient au juge administratif de faire application de la norme internationale dans le champ de laquelle la décision administrative a été contestée a entendu se placer et pour l'application de laquelle cette décision a été prise et d'écarter, en conséquence, le moyen tiré de son incompatibilité avec l'autre norme internationale invoquée, sans préjudice des conséquences qui pourraient en être tirées en matière d'engagement de la responsabilité de l'Etat tant dans l'ordre international que dans l'ordre interne ».

<sup>152</sup> Voir le rapport du groupe d'étude de la Commission du droit international (CDI), « Fragmentation du droit international : difficultés découlant de la diversification et de l'expansion du droit international », *A/CN.4/L.682*, 13 avril 2006.

<sup>153</sup> Rousseau (Ch.), « De la compatibilité des normes juridiques contradictoires dans l'ordre international », *RGDIP* 1932, p. 153 ; voir également Sir Robert Jennings et Sir Arthur Watts (ed.), *Oppenheim's International*

donc à appliquer les conventions d'entraide judiciaire internationale en retenant l'interprétation qui cadre le mieux avec les exigences du droit des réfugiés. La Cour internationale de Justice l'a souligné dans l'affaire *Djibouti c. France* à propos de la convention d'entraide pénale de 1986 en indiquant que « si selon l'article premier, l'entraide judiciaire doit être « la plus large possible », c'est qu'il existe des situations où elle ne pourra être envisagée »<sup>154</sup>. La détermination de ces situations est laissée à l'appréciation de l'Etat requis agissant de bonne foi.

Les conventions d'entraide judiciaire internationale comportent souvent des clauses dérogatoires sur le modèle de l'article 2 de la Convention de 1959 aux termes desquelles « l'entraide judiciaire pourra être refusée : a) si la demande se rapporte à des infractions considérées par la partie requise soit comme des infractions politiques, soit comme des infractions connexes à des infractions politiques, soit comme des infractions fiscales ; b) si la *partie requise estime* que l'exécution de la demande est de nature à porter atteinte à la souveraineté, à la sécurité, à l'ordre public ou à d'autres intérêts essentiels de son pays ».

L'alinéa a) n'appelle pas de commentaires particuliers déjà amplement discutés dans le domaine du droit de l'extradition<sup>155</sup>. Les clauses d'ordre public sont en revanche de ces clauses volontairement imprécises que les Etats insèrent dans les traités qui les lient pour s'accorder une marge d'appréciation dans l'exécution de leurs obligations conventionnelles et limiter l'intensité du contrôle du juge<sup>156</sup>. Ces « self-judging » clauses permettent aux Etats d'écarter l'application des dispositions du traité dans certains cas particuliers pour préserver leurs intérêts, mais aussi pour réaliser certains buts légitimes. La clause d'ordre public pourrait ainsi légitimement être invoquée, du moment qu'elle l'est de bonne foi, dans une affaire intéressant un demandeur d'asile ou un réfugié.

---

Law, Londres, Longman, 1992, p. 127 ; voir encore CIJ, *Affaire du Droit de passage sur le territoire indien* (exceptions préliminaires), (Portugal c. inde), *CIJ Recueil 1957*, p. 21 : « C'est une règle d'interprétation qu'un texte émanant d'un Gouvernement doit, en principe, être interprété comme produisant et étant destiné à produire des effets conformes et non pas contraires au droit existant ». Pour une application récente dans le domaine de droits de l'homme, voir CrEDH 12 septembre 2012, *Nada c. Suisse*, req. 10593/08, pars. 169 et s.

<sup>154</sup> *Affaire relative à certaines questions concernant l'entraide judiciaire en matière pénale (Djibouti c. France)*, arrêt du 4 juin 2008, *CIJ Recueil 2008*, par. 123.

<sup>155</sup> A. Mc Nair, « Extradition and Extraterritorial Asylum Based on Opinion of the Law Officers of the Crown », *BYIL* 1951, p. 172-203; G. Gibert, *Aspects of Extradition Law*, Nijhoff, 1991; A. Huet et R. Koering-Joulin, *Droit pénal international*, 2005, PUF, Paris.

<sup>156</sup> Pour une appréciation des clauses de « sécurité nationale », voir Th. Christakis, « L'Etat avant le droit ? L'exception de sécurité nationale en droit international », *RGDIP* 2008, pp. 1-44.

Il convient toutefois d'apprécier ces dispositions à la lumière de l'obligation de motivation, telle qu'elle peut découler de l'article 19 de la Convention de 1959 par exemple qui précise que « tout refus d'entraide judiciaire sera motivé ». Le contrôle du juge pourra notamment se porter sur le respect de cette obligation. Or, l'exigence de confidentialité doit être respectée à tous les stades du processus d'extradition, y compris lors de la communication à l'Etat requérant des motifs du refus d'extrader ou de répondre aux demandes de coopération judiciaire spécifiques dans une affaire concernant un réfugié ou un demandeur d'asile.

A ce stade, l'affaire *Djibouti c. France* tranchée en 2008 par la Cour internationale de Justice est à nouveau susceptible d'apporter des éléments de réponse. La Cour a retenu dans cette affaire une conception souple de l'obligation de motivation du refus d'entraide judiciaire. Elle a certes exigé que l'Etat requis motive formellement son refus, en précisant à cet égard qu'« une simple référence à l'article » de la convention autorisant le refus pour certains motifs limitativement énumérés « n'aurait pas suffi à satisfaire à l'obligation incombant à la France ». Autrement dit, il appartient à l'Etat requis de motiver non seulement en droit, mais aussi en fait, son refus<sup>157</sup>. Cela étant dit, la Cour n'a pas estimé nécessaire d'aller au-delà de la formule selon laquelle « [q]uelques brèves explications supplémentaires auraient été de mise »<sup>158</sup>. Cela paraît laisser une certaine marge d'appréciation de nature à respecter le principe de confidentialité découlant des obligations de l'Etat en matière de droit des réfugiés.

---

<sup>157</sup> On notera ainsi que l'absence de motivation du refus d'extrader était au cœur d'une affaire dans laquelle le Gouvernement français a été censuré par le Conseil d'Etat dans une décision en date du 14 décembre 1994, le Conseil d'Etat ayant reproché en l'espèce à la France de ne pas avoir donné de précisions sur les circonstances ayant conduit au retrait de décrets d'extradition de ressortissants iraniens vers la Suisse : considérant qu'aux termes de l'article 1er de la convention européenne d'extradition : « Obligation d'extrader. Les parties contractantes s'engagent à se livrer réciproquement, selon les règles et sous les conditions déterminées par les articles suivants, les individus qui sont poursuivis pour une infraction ou recherchés aux fins d'exécution d'une mesure de sûreté par les autorités judiciaires de la partie requérante », le Conseil d'Etat constate qu'« il ressort des pièces du dossier que l'ensemble des conditions auxquelles la convention européenne d'extradition subordonne l'obligation d'extrader prévue par les dispositions précitées de son article 1er se trouvaient remplies dans le cas des ressortissants iraniens Z... et Y... recherchés pour assassinat par les autorités suisses et appréhendés le 16 novembre 1992 sur le territoire français ; que cette extradition a d'ailleurs été accordée par les décrets susmentionnés du 31 août 1993 ; que si le gouvernement soutient qu'à la date de la décision attaquée par laquelle il a prononcé le retrait de ces décrets des circonstances postérieures à leur signature en rendaient l'exécution illégale, il ne fournit en tout état de cause aucune précision sur la nature de ces circonstances ; que, dès lors, le Gouvernement suisse est fondé à soutenir que la décision attaquée est intervenue en violation de la convention européenne d'extradition et à demander qu'elle soit annulée pour ce motif ».

<sup>158</sup> *Affaire relative à certaines questions concernant l'entraide judiciaire en matière pénale (Djibouti c. France)*, arrêt du 4 juin 2008, *CIJ Recueil 2008*, par. 152. La Cour précise à cet égard : « Il ne s'agit pas là simplement d'une question de courtoisie. L'Etat requis dispose ainsi de la possibilité de démontrer sa bonne foi en cas de refus de la demande. Cela peut aussi permettre à l'Etat requérant de déterminer si sa demande de commission rogatoire pourrait être modifiée de manière à éviter les obstacles à son exécution énoncés à l'article 2 ».

Au demeurant, il n'est pas acquis que ce qui vaut au plan de l'entraide judiciaire entendue au sens strict soit transposable à la question différente de la transmission d'informations dans le cadre d'une procédure d'extradition<sup>159</sup>. Pour ce qui concerne ce dernier point, l'article 696-45 du code de procédure pénale applicable en matière d'extradition se démarque de l'article 694-4 précité applicable aux demandes d'entraide judiciaire : celui-là conçoit plus généreusement les limites à la transmission d'informations en disposant que « lorsque, dans une cause pénale instruite à l'étranger, le gouvernement étranger juge nécessaire la communication de pièces à conviction ou de documents se trouvant entre les mains des autorités françaises, la demande est transmise suivant les formes prévues aux articles 696-8 et 696-9. Il y est donné suite, à moins que des considérations particulières ne s'y opposent, et sous l'obligation de renvoyer les pièces et documents dans le plus bref délai ».

Afin de garantir un respect entier du principe de confidentialité, il pourrait donc s'avérer opportun de généraliser ce que prévoit l'article 695-9-35 du code de procédure pénale s'agissant des demandes d'informations émises par les services français au sein de l'Union européenne. Cet article prévoit que « les informations obtenues ne peuvent être utilisées à d'autres fins que celles pour lesquelles elles ont été communiquées qu'avec l'accord de l'Etat membre qui les a transmises ». Il s'agit là, *mutatis mutandis*, d'une application du principe de spécialité.

Il paraîtrait particulièrement bienvenu que la législation française intègre le principe selon lequel : (i) les informations transmises à l'Etat requérant ne peuvent servir qu'aux fins de la procédure pénale pour laquelle la demande d'informations a été entreprise ; (ii) étant précisé qu'en cas de risque d'utilisation de ces informations à des fins de persécution, l'Etat français puisse valablement refuser de donner suite à la demande de transmission desdites informations au motif qu'elles seraient utilisées à une fin autre que celle d'une procédure pénale.

---

<sup>159</sup> La convention européenne d'entraide judiciaire en matière pénale précitée précise notamment dans son préambule que « l'entraide judiciaire est une matière connexe à celle de l'extradition qui a déjà fait l'objet d'une convention en date du 13 décembre 1957 », ce qui revient à les distinguer en partie.

## 2°) Le respect du principe de confidentialité entre les différentes autorités de l'Etat requis

La seconde série de problèmes soulevés par la confidentialité des procédures concerne celui du partage d'informations entre les différentes autorités de l'Etat requis, autorités de l'asile et autorités de l'extradition dans le déroulement des procédures qui leur sont propres. Les autorités d'asile sont en effet tenues au respect du principe de confidentialité dans leur échange d'information avec le pays d'origine du requérant, mais aussi avec les différentes autorités de l'Etat requis.

Il est vrai que l'article R 723-2 alinéa 2 du CESEDA prévoit uniquement que « la collecte d'informations nécessaires à l'instruction du dossier ne doit pas avoir pour effet la divulgation *directe*, aux auteurs présumés de persécution à l'encontre de l'étranger demandeur d'asile, d'informations concernant la demande d'asile ou le fait qu'une demande d'asile a été introduite ». Cette formulation, qui reprend en substance l'article 22 b) de la directive de 2005/85/CE du Conseil du 1<sup>er</sup> décembre 2005 relatives aux normes minimales concernant la procédure d'octroi et de retrait du statut de réfugié dans les Etats membres<sup>160</sup>, paraît impliquer que seule la divulgation interétatique est prohibée, sans couvrir la divulgation entre autorités de l'Etat requis – la divulgation « indirecte » pouvant par exemple résulter d'une divulgation d'information des autorités d'asile aux autorités pénales du même pays, lesquelles les transmettraient ensuite aux autorités de l'Etat requérant. On notera que l'article 30 de la proposition de directive relative à des procédures communes pour l'octroi et le retrait du statut conféré par la protection internationale (refonte) n'écarte que partiellement cette terminologie ambiguë de la directive de 2005<sup>161</sup>. Est-ce à dire que les autorités de l'Etat d'origine pourraient avoir connaissance de ces éléments de manière *indirecte*, et qu'entendre par là ?

D'une manière générale, la divulgation de données doit être conforme aux principes généraux relatifs à la protection des données. Par conséquent toute communication entre les différents

---

<sup>160</sup> Article 22, « Collecte d'informations relatives à des cas particuliers ».

<sup>161</sup> Proposition modifiée de Directive du Parlement européen et du Conseil relative à des procédures communes pour l'octroi et le retrait du statut conféré par la protection internationale (refonte), COM(2011) 319 final : « Dans le cadre de l'examen de cas particuliers, les États membres: a) ne divulguent pas à l'auteur (ou aux auteurs) présumé(s) de persécutions ou d'atteintes graves à l'encontre du demandeur d'asile les informations concernant une demande de protection internationale d'asile, ou le fait qu'une demande a été introduite; b) ne cherchent pas à obtenir du ou des auteurs présumés de persécutions ou d'atteintes graves à l'encontre du demandeur des informations d'une manière telle que cet ou ces auteurs soi(en)t directement informé(s) qu'une demande a été introduite par le demandeur en question, et que l'intégrité physique de ce dernier et des personnes à sa charge, ou la liberté et la sécurité des membres de sa famille qui séjournent encore dans son pays d'origine, soient compromises ».

services de l'Etat requis est soumise aux principes de protection des données applicables et doit par conséquent s'inscrire dans les limites posées par la nature et l'étendue des données pouvant être transmises.

Il est entendu que certaines données ne doivent pouvoir être accessibles qu'aux autorités de l'asile<sup>162</sup>. Si en revanche, *en raison de sa finalité et de ses modalités*, la divulgation des éléments d'informations ne porte pas atteinte à la sécurité de la personne ou de ses proches, le Conseil constitutionnel français a estimé qu'elle était conforme à la Constitution. On a suggéré plus tôt que les autorités d'asile puissent avoir la responsabilité de la décision de communiquer les informations aux autorités d'extradition.

Les préoccupations croissantes des gouvernements en matière de sécurité nationale ont vu se multiplier ces dernières années les systèmes d'informations dans les domaines du maintien de l'ordre et de la justice, qui viennent s'ajouter aux systèmes d'informations dans le domaine de l'asile. Les propositions qui ont été faites en vue de leur interopérabilité et le partage des données entre les Etats membres et avec les Etats tiers posent question quant aux risques encourus du point de vue de la protection des données et de la sécurité des réfugiés.

L'accès des services répressifs au fichier de l'OFPRA contenant les données relatives aux demandeurs d'asile a ainsi été clairement écarté par le Conseil constitutionnel, à l'occasion de son examen de la loi n°97-396 du 24 avril 1997. Le Conseil constitutionnel a fermement affirmé à cette occasion que

« la confidentialité des éléments d'information détenus par l'office français de protection des réfugiés et des apatrides relatifs à la personne sollicitant en France la qualité de réfugié est une garantie essentielle du droit d'asile, principe de valeur constitutionnelle qui implique notamment que les demandeurs du statut de réfugié bénéficient d'une protection particulière ; qu'il en résulte que seuls les agents habilités à mettre en œuvre le droit d'asile, notamment par l'octroi du statut de réfugié, peuvent avoir accès à ces informations, en particulier aux empreintes digitales des demandeurs du statut de réfugié ».

Le Conseil en a tiré en l'espèce la conclusion que

---

<sup>162</sup> En ce sens, voir la décision du Conseil d'Etat du 28 septembre 2007 n° 299732, qui précise que « la procédure doit garantir que les services préfectoraux n'avaient pas connaissance d'informations confidentielles relatives à la personne sollicitant la qualité de réfugié, auquel seuls les agents habilités à mettre en œuvre le droit d'asile peuvent avoir accès ».

« dès lors, la possibilité donnée à des agents des services du ministère de l'intérieur et de la gendarmerie nationale d'accéder aux données du fichier informatisé des empreintes digitales des demandeurs du statut de réfugié créé à l'office français de protection des réfugiés et apatrides prive d'une garantie légale l'exigence de valeur constitutionnelle posée par le Préambule de la Constitution de 1946 »<sup>163</sup>.

La discussion trouve un prolongement dans la proposition de refonte du règlement (CE) n°2725/2000 relatif à la création du système Eurodac pour la comparaison des empreintes digitales pour l'application effective de la convention de Dublin présentée par la Commission européenne en 2008 et 2009. Le 30 mai 2012, à la demande des Etats membres, la Commission a modifié sa proposition pour prévoir également l'accès aux données Eurodac par les autorités répressives des Etats membres et Europol à des fins répressives<sup>164</sup>. La demande d'accéder pour des besoins d'enquête judiciaire au fichier Eurodac a émergé après les attentats de Madrid en 2004 et est présentée par les services répressifs des Etats membres comme étant particulièrement utile dans le cadre de la lutte contre le terrorisme en permettant notamment de retracer le parcours de l'individu suspect dans les différents pays de l'Union<sup>165</sup>. L'accès est ainsi proposé « à des fins de consultation dans le cours de l'exercice de leurs fonctions dans les domaines de la prévention, de la détection et de l'investigation des crimes terroristes et autres crimes graves ».

La proposition de la Commission constitue une modification substantielle de la finalité du système Eurodac. En effet, Eurodac a été créé comme un système d'information ayant pour but de déterminer l'Etat membre responsable d'examiner une demande d'asile et non de lutter contre les infractions terroristes et autres infractions graves. Or, aux termes de l'article 6-2° de la loi du 6 janvier 1978 modifiée, les données sont collectées pour des finalités déterminées, explicites et légitimes et ne doivent pas être traitées ultérieurement de manière incompatible avec ces finalités. Si la lutte contre les infractions terroristes et autres infractions graves peuvent constituer un motif légitime pour autoriser un traitement de données à caractère personnel, il n'en demeure pas moins que ce traitement est incompatible avec les finalités pour lesquelles les données sont initialement collectées et enregistrées dans Eurodac. Dès lors, l'ajout d'une finalité supplémentaire au dispositif pour lesquelles les données sont

---

<sup>163</sup> Décision 97-389 DC, 22 avril 1997, *Loi portant diverses dispositions relatives à l'immigration*, cons. 26 et 27, *Rec.* p. 45.

<sup>164</sup> COM(2012)254 final.

<sup>165</sup> Voir proposition de résolution européenne, Sénat, n° 678, session extraordinaire de 2011-2012.

initialement collectées et enregistrées dans Eurodac ne suffit pas à légitimer en soi l'accès aux services répressifs et apparaît sans doute disproportionné par rapport au gain attendu<sup>166</sup>.

Il est en effet indiscutable que le fait de permettre l'accès aux données personnelles des demandeurs d'asile à une catégorie supplémentaire d'autorités, et notamment aux autorités répressives nationales, constitue une limitation au droit à la confidentialité de ces données.

La série de garanties introduites par la Commission peut ne pas permettre de remédier aux difficultés que constitue l'atteinte à la protection des demandeurs d'asile<sup>167</sup>. A ce titre, si la décision-cadre 2008/977/JAI sur la protection des données en matière de coopération policière, judiciaire et pénale est applicable, elle ne garantit pas un niveau de protection élevé<sup>168</sup>.

Le HCR a d'ailleurs fait des recommandations en la matière en juin 2012 et s'est montré inquiet des conséquences directes sur le droit à la vie privée des demandeurs d'asile et des réfugiés. L'Agence des Nations Unies souligne les risques élevés qu'une telle décision pourrait engendrer pour les demandeurs d'asile et leurs familles, si l'information devait être partagée avec les pays d'origine<sup>169</sup>.

Qui plus est, il convient de garder à l'esprit lors des négociations dans ce domaine que ces échanges d'informations par l'intermédiaire d'Interpol sont susceptibles d'entraîner eux-

---

<sup>166</sup> Voir notamment les réserves émises par la CNIL, le G29 (groupe des autorités nationales de protection des données des Etats membres de l'Union Européenne), l'Agence européenne des droits fondamentaux et le Contrôleur européen de la protection des données, Piazza, in *Cultures et conflits*, p. 94 ; Brouwer (ER), « Eurodac : Its Limitations and Temptations », *European Journal of Migration and Law*, 2002, p. 233.

<sup>167</sup> La proposition de 2012 offre deux avancées pour garantir la confidentialité des données des demandeurs d'asile : premièrement, ces autorités n'ont accès au traitement EURODAC qu'à des fins de prévention, détection et enquête en matière d'infractions terroristes et autres infractions pénales graves, telles que définies par les décisions du Conseil relatives à la lutte contre le terrorisme et au mandat d'arrêt européen ; deuxièmement, l'accès des autorités répressives n'est pas un accès direct mais une demande de transfert de données faite auprès de « guichets nationaux » pour chaque cas spécifique et seulement s'il existe des motifs raisonnables de penser que cette comparaison contribuera à la prévention ou à la détection des infractions pénales. Seraient donc exclues la comparaison avec les données d'Eurodac pour les infractions sans caractère de gravité ainsi que la comparaison systématique ou massive de données des demandeurs d'asile.

<sup>168</sup> Décision-cadre 2008/977/JAI du Conseil relative à la protection des données à caractère personnel traitées dans le cadre de la coopération policière et judiciaire en matière pénale - 27 novembre 2008.

<sup>169</sup> UNHCR, *Working to complete the Common European Asylum System*, UNHCR's recommandations to Cyprus for its EU Presidency, June-December 2012, p. 3.

mêmes des persécutions ou des atteintes graves si l'Etat persécuteur devait se servir des informations pour délivrer des mandats dans le cadre de procédures contournées<sup>170</sup>.

La question centrale est donc de savoir si certaines informations concernant le requérant peuvent légitimement être transmises aux autorités nationales d'extradition, et dans quelle mesure.

Dans sa décision du 20 juin 2008, la Cour suprême néo-zélandaise adopte une position favorable à la coopération, encadrée, entre les autorités et à la transmission d'informations. Le requérant, débouté de sa demande d'asile en première instance, avait obtenu de la Haute Cour statuant à la majorité que des informations le concernant ne soient pas transmises aux autorités nationales d'extradition. L'Authority ayant fait appel de la décision devant la Cour suprême, cette dernière devait trancher la question de l'interprétation de l'article 129 T 3 (b) de l'Immigration Act de 1987 en vertu duquel l'obligation de confidentialité n'empêchait pas la divulgation de certains éléments d'information « to an officer or employee of a Government department or other Crown agency whose functions in relation to the claimant or other person require knowledge of those particulars ». La Haute Cour avait considéré qu'il fallait interpréter l'article en cause comme restreignant l'accès aux informations uniquement aux autorités de l'asile et ne permettant donc pas la divulgation aux agents de l'extradition ou susceptibles d'engager des poursuites contre le requérant<sup>171</sup>.

La Cour suprême a cassé la décision de la Haute Cour. Elle rappelle certes dans un premier temps que l'article 129 T devrait être interprété à la lumière du principe selon lequel l'obligation de confidentialité s'impose dès l'instant où la sécurité du réfugié ou de ses proches en cause<sup>172</sup>. Dans un second temps, la Cour dresse la liste d'une série de questions nécessaires à la grille de lecture de l'article 129. Ainsi, la Cour s'interroge sur les éléments d'informations susceptibles d'être transmis, les autorités envers lesquelles cette information peut être divulguée, le but poursuivi par cette divulgation et enfin si les dispositions de la Convention de 1951 sur le droit des réfugiés sont utiles à l'interprétation de l'article litigieux.

---

<sup>170</sup> Adrian Karatnycky, *When 'Criminal' is Political. Repressive regimes are manipulating Interpol*, The Washington Times, December 2000 : [http://www.eurasia.org.ru/archive/2000/analyse\\_en/12\\_31\\_Criminalpolitical\\_eng.htm](http://www.eurasia.org.ru/archive/2000/analyse_en/12_31_Criminalpolitical_eng.htm); M. Le Rutte, « Sécurité et traitement des données personnelles, quels impacts sur les réfugiés et les demandeurs d'asile », *Cultures et Conflits*, 2009/4, n° 76, p. 94.

<sup>171</sup> Supreme Court of New Zeland, *Attorney-General and X and Refugee Status Appeals Authority*, SC 69/2007 [2008] NZSC 48, 20 juin 2008, par. 6

<sup>172</sup> *Ibid*, par. 10.

Aux termes de son analyse, la Cour prend appui sur l'article 1 F de la Convention de Genève en faisant valoir que l'une des raisons d'être de la clause d'exclusion fondée sur l'article 1Fa) était précisément de s'assurer que les criminels de guerre puissent échapper à l'extradition ou aux poursuites dans l'Etat d'accueil. Or, souligne la Cour, « the ability of this country to give effect to Article 1 F(a) would be prejudiced if s 129 T(3)(b) were interpreted so as to exclude disclosure to officers and employees considering extradition or prosecution »<sup>173</sup>.

Par conséquent, selon la Cour néozélandaise, les dispositions de la loi relatives à la confidentialité d'une demande d'asile (article 129T de la loi sur l'immigration de 1987) ne s'opposent pas à ce que des informations relatives à cette demande soient transmises à des fonctionnaires chargés d'examiner les possibilités d'extrader ou de poursuivre une personne accusée d'un crime au titre de l'article 1Fa<sup>174</sup>. Sans préciser quelles peuvent être ces informations, la Cour insiste sur une divulgation limitée, et selon les circonstances. La Cour précise ainsi que le principe reste celui de la confidentialité de l'examen de la demande d'asile et qu'

« [i]t is entirely understandable that statutory confidentiality should attach to the information, much of it likely to be of a personal and sensitive nature, which an applicant provides. The right to confidentiality should be modified only to the extent strictly necessary to give effect to the limited disclosure which 129 T permits »<sup>175</sup>.

Pourraient par conséquent être exclues de la communication aux autorités nationales d'extradition toutes les informations de nature trop sensible pour la sécurité du requérant et de ses proches.

---

<sup>173</sup> *Ibid*, par. 15.

<sup>174</sup> En ce sens, Supreme Court of New-Zealand, *Attorney-General v. X*, SC 69/2007 [2008] NZSC 48, 17 April 2008.

<sup>175</sup> Voir également Auckland High Court, *MA v Attorney-General*, CIV 2006-404-1371, 21 September 2007 à propos de l'utilisation de documents saisis par la police dans le cadre de l'annulation du statut de réfugié du requérant : «86. It is well settled that no person is permitted to divulge to the world information which he has received in confidence unless he has just cause for doing so: *Gartside v Outram* (1856) 26 LJ Ch 113. Whatever the source or derivation of this principle (as to which see Gareth Jones, (1970) 86 LQR 463) the obligation depends on the broad rule of equity that he who receives information in confidence shall not take unfair advantage of it. One of the recognised exceptions to the rule is the quaintly called defence of "iniquity" which is now more appropriately described as a defence of public interest: *Commonwealth of Australia v John Fairfax & Sons Ltd* (1980) 147 CLR 39. "The true doctrine is, that there is no confidence as to the disclosure of iniquity": Wood V-C in *Gartside v Outram* (1856) 26 LJ Ch 113, 114. (...) It extends to crimes, frauds and misdeeds, committed as well as in contemplation, and to disclosures of things done in breach of national security, provided always, and this is essential, that the disclosure of them is in the public interest ».

Cette décision conforte l'idée selon laquelle les instances d'asile seraient les plus outillées pour apprécier la nature et l'étendue des informations qui pourraient être transmises. Dans ce contexte, il apparaît opportun d'attendre la fin de la procédure d'asile pour décider de la divulgation d'éléments, dans la mesure où l'issue de la procédure peut avoir un effet sur la question de la communication d'informations<sup>176</sup>.

On peut souligner l'intérêt de la procédure suisse qui prévoit que l'Office fédéral de la police doit déférer à l'Office fédéral chargé de l'asile toute demande d'information concernant un réfugié ou un demandeur d'asile, y compris dans le contexte de l'extradition et d'affaires connexes. Une telle procédure pourrait mettre l'Etat à l'abri des poursuites pour violation de ses obligations conventionnelles au regard du droit des réfugiés et du droit international des droits de l'homme.

C'est également en ce sens que la Commission consultative des Droits de l'homme du Grand-Duché de Luxembourg saisie d'une demande d'avis sur le Projet de loi 5986 relative à l'accès des autorités judiciaires, de la Police et de l'inspection générale de la Police à certains traitements de données à caractère personnel mis en œuvre par des personnes morales de droit public, en mars 2009, a travaillé. Dans son avis 04/2009, elle appelait le Ministère de la Justice à préciser dans le texte de loi les garanties prévues pour respecter le principe de la confidentialité des informations concernant un demandeur de protection internationale en cas de transmission de données sur des demandeurs d'asile à des pays tiers, notamment dans le cadre de commissions rogatoires et d'enquêtes criminelles<sup>177</sup>. La Commission rappelle son souhait de voir l'accès aux données concernant des demandeurs d'asile limité aux seuls agents chargés de l'instruction de ces demandes, conformément à la loi luxembourgeoise sur le droit d'asile et la loi sur l'immigration.

---

<sup>176</sup> *Ibid.*, par. 17.

<sup>177</sup> Commission consultative des Droits de l'Homme du Grand-Duché de Luxembourg sur le projet de loi 5986 relatif à l'accès des autorités judiciaires, de la Police et de l'Inspection générale de la Police à certains traitements de données à caractère personnel mis en œuvre par des personnes morales de droit public et portant modification du Code d'instruction criminelle, et de la loi modifiée du 31 mai 1999 sur la Police et l'Inspection générale de la Police, Luxembourg, le 31 mars 2009, Avis 04/2009, [http://www.ccdh.public.lu/fr/avis/2009/avis\\_PL\\_5986.doc](http://www.ccdh.public.lu/fr/avis/2009/avis_PL_5986.doc). Cette précision n'apparaît pas dans la loi adoptée le 5 juin 2009, Doc. parl. 5986; sess. ord. 2008-2009, 16 juin 2009.

**ACCORDER L'ASILE OU EXTRADER ?  
RECHERCHE SUR LA JURISPRUDENCE DU CONSEIL D'ETAT SUR  
L'ARTICULATION ENTRE LE STATUT DE REFUGIE ET LE DROIT DE  
L'EXTRADITION**

Serge Slama\*

L'adage *aut dedere aut judicare* («extrader ou poursuivre») est l'adaptation moderne d'une expression utilisée par Grotius : *aut dedere aut punire* (« extrader ou punir »)<sup>1</sup>. Mais notre contribution ne consistera pas à se pencher sur la portée exacte de cette clause<sup>2</sup> mais à examiner l'articulation du statut de réfugié et du droit de l'extradition réalisée par le Conseil d'Etat dans sa jurisprudence qui repose sur une double alternative : *accorder le statut de réfugié ou extrader* d'une part et, sa réciproque, *retirer le statut de réfugié et extrader*, d'autre part.

Le Conseil d'Etat a de longue date développé une jurisprudence protégeant les réfugiés de l'extradition. Les administrativistes connaissent les principales jurisprudences dans ce domaine car elles figurent aussi bien aux *Grands arrêts de la jurisprudence administrative* (Daloz) qu'aux *Grandes décisions de la jurisprudence administrative* (PUF). Dame Kirkwood<sup>3</sup> et Messieurs Winter<sup>4</sup>, Bereciartua-Echarri<sup>5</sup>, Astudillo Calleja<sup>6</sup>, Klaus Croissant<sup>7</sup>, Lujambio Galdeano<sup>8</sup>, Cesare Battisti<sup>9</sup> en sont les héros. Leurs parcours mêlent engagements politiques, parfois violents, à l'extrême gauche ou dans des mouvements autonomistes, exil en France, obtention de l'asile ou du statut de réfugié puis exclusion de celui-ci (ou pour Battisti

---

\* Maître de conférences en droit public, à l'Université d'Evry-Val-d'Essonne, chercheur rattaché au CREDOF, visiting scholar au Boston College Law.

1 Hugo Grotius, *De Jure Belli ac Pacis*, livre II, chap. XXI, par. III et IV. (*Le droit de la guerre et de la paix*, nouvelle traduction par Jean Barbeyrac, Amsterdam, Pierre de Coup, 1724, vol. I, p. 639) cité par Zdzislaw Galicki, « L'obligation d'extrader ou de poursuivre («aut dedere aut judicare») en droit international, Observations préliminaires, annexe Rapport de la Commission du droit international Cinquante-sixième session 3 mai-4 juin et 5 juillet-6 août 2004, p.327 (<http://untreaty.un.org/ilc/reports/2004/french/annex.pdf>)

2 Sur la portée de la clause *aut dedere aut judicare* v. la contribution de Caroline Laly-Chevalier et Mathias Forteau, Les problèmes d'articulation des procédures d'asile, d'extradition et d'entraide judiciaire pénale, p. 157 et V. également sur l'interprétation d'une telle clause l'arrêt de la Cour internationale de Justice du 20 juillet 2012 dans l'affaire *Questions concernant l'obligation de poursuivre ou d'extrader (Belgique c. Sénégal)*, [[www.icj-cij.org](http://www.icj-cij.org)].

3 CE, Ass., 30 mai 1952, *Dme Kirkwood* : Rec. CE 1952, p. 291 ; RDP 1952, 781, concl. Letourneur, note M. Waline.

4 CE, Ass., 15 février 1980, *Winter*, Rec. CE, p. 87 ; D. 1980, p. 449, concl. D. Labetoulle.

5 CE, Ass., 1er avr. 1988, *Bereciartua-Echarri*, Rec. CE, p. 135, JCP 1988. II. 21071, concl. Ch. Vigouroux

6 CE 24 juin 1977, *Astudillo Calleja*, Rec. CE, p. 290, concl. B. Genevois.

7 CE 7 juill. 1978, *Klaus Croissant*, Rec. CE, p. 292, concl. G. Braibant

8 CE, Ass., 26 septembre 1984, *Lujambio Galdeano*, N° 62847, Rec. CE, p. 307 ; J.C.P. 1984, II, 20346, concl. B. Genevois ; AJDA 1984, p. 669, chr. Schoettl et S. Hubac.

9 CE 18 mars 2005, *Battisti*, req. no 273714, Rec. CE, p. 114, *RGDI publ.* 1995. 3. 706, concl. Ch. Vigouroux.

renonciation à la protection présidentielle). Les noms de commissaire du gouvernement associés aux conclusions sur ces affaires ne sont pas moins illustres : Braibant, Morisot, Labetoulle, Genevois, Vigouroux ou encore, avec l'arrêt *Koné*<sup>10</sup>, Delarue. On peut ajouter, plus récemment encore, une jurisprudence qui reprend et consolide les principes posés par cette jurisprudence trentenaire : l'arrêt *Bachurin*<sup>11</sup>.

Dans l'affaire *Bereciartua-Echarri*, Christian Vigouroux posait déjà les questions essentielles sur l'articulation entre le statut de réfugié et la procédure d'extradition. Il demandait alors l'Assemblée du Conseil d'Etat d'une part si la Convention de Genève, et notamment son article 3 interdit « l'extradition d'un réfugié politique vers son pays d'origine ? » et d'autre part, si la clause d'exclusion de l'article 1er b) du F de cette même convention empêche un réfugié qui aurait « commis un crime grave de droit commun » en dehors du pays d'accueil « de se prévaloir de la qualité de réfugié » et, dans l'affirmative si le Conseil d'Etat est compétent pour constater cette exclusion.

En répondant à ces interrogations, le Conseil d'Etat s'est efforcé dans sa jurisprudence de concilier l'obligation d'extrader un étranger ou un apatride et la protection due aux réfugiés. Les deux obligations – d'extrader et de ne pas refouler les réfugiés – sont liées à des engagements internationaux de la France (accords bilatéraux d'un côté ; article 33 de la Convention de Genève, Convention européenne de 1957 sur l'extradition, articles 2 et 3 de la Convention européenne des droits de l'homme de l'autre) ainsi qu'à un certain nombre de principe de valeur constitutionnelle (article 66-1 de la Constitution prohibant la peine de mort ; sauvegarde de la dignité de la personne humaine, droit d'asile, PFRLR de non extradition pour motif politique).

L'analyse de la jurisprudence du Conseil d'Etat fait apparaître **une impossibilité quasi-absolue d'extrader un étranger dont le statut de réfugié est en cours d'examen ou reconnu** (1.). Il doit donc être **nécessairement procédé préalablement à l'exclusion du statut de réfugié pour extrader** (2.).

---

10 CE 3 juill. 1996, *Koné*, RFDA 1996. 880, concl. J.-M. Delarue et 891, not. H. Labayle; AJDA 1996. 722, chron. D. Chauvaux et T.-X. Girardot.

11 CE 30 déc. 2011, *Bachurin*, req. no 347624, AJDA 2012. 18. Cette affaire est rendue d'ailleurs sous présidence Vigouroux qui a marqué cette matière de son empreinte.

## 1. Impossibilité quasi-absolue d'extrader un réfugié reconnu ou en cours d'examen

Cette impossibilité quasi-absolue d'extrader un réfugié vers son pays d'origine vaut, en raison du caractère recognitif du statut, aussi bien pour l'étranger auquel cette qualité a été reconnue (1.1.) et, de manière plus relative, pour celui qui en fait la demande et dont le statut n'a pas encore été déterminé (1.2.). Assez logiquement, le demandeur d'asile débouté est en principe extradable. Toutefois si la procédure d'extradition est toujours en cours et qu'il fait l'objet d'une obligation de quitter le territoire français, le juge administratif censure l'arrêté de destination vers le pays ayant requis l'extradition (1.3).

### 1.1. La protection quasi-absolue du réfugié contre une extradition vers son pays d'origine

Le principe a été clairement affirmé par l'Assemblée du Conseil d'État dans l'arrêt du 1er avril 1988, *Bereciartua-Echarri*. Faisant une lecture extensive et protectrice de l'article 33 de la Convention de Genève, le Conseil d'Etat estime que « *les principes généraux du droit applicables aux réfugiés, résultant notamment de la définition précitée de la Convention de Genève, font obstacle à ce qu'un réfugié soit remis, de quelque manière que ce soit, par un État qui lui reconnaît cette qualité, aux autorités de son pays d'origine* ». Il admet néanmoins la prise en compte « *des exceptions prévues pour des motifs de sécurité nationale par ladite convention* ».

**1.1.1. Préalablement à l'arrêt *Bereciartua-Echarri* de 1988, la jurisprudence du Conseil d'Etat n'était pas clairement fixée.** Depuis 1966, le juge administratif reconnaît certes sa compétence par voie d'exception pour déterminer la qualité de réfugié dans le cadre d'un contentieux contre le décret d'extradition<sup>12</sup>. Mais, concrètement, lorsque le moyen était développé à l'encontre d'une décision d'extradition, le Conseil avait refusé dans les cas d'espèce au postulant cette qualité. Les deux affaires les plus marquantes sont les affaires *Klauss Croissant* et *Gabor Winter* dans lesquelles le juge administratif suprême a estimé qu'« *il ne résulte pas des pièces versées au dossier qu'il n'ait pu se prévaloir de la protection de*

---

12 CE, Sect., 9 novembre 1966, *Tombouros*, Rec CE, p. 593 ; D. 1967, concl. G. Braibant. Le Président Braibant expliquait que le Conseil d'Etat a ainsi « *voulu donner aux réfugiés une chance supplémentaire de justifier de leur qualité et de faire valoir leurs droits* ». A cette époque il n'existait pas encore de demande d'avis sur une question de droit permettant une question préjudicielle à l'intérieur de l'ordre de juridiction administrative.

[son] pays ou n'ait voulu, en raison des craintes de persécution qu'il aurait éprouvées "avec raison" pour l'une des causes ci-dessus énumérées se réclamer de cette protection » et donc que « dans ces conditions », il n'était pas fondé à se prévaloir de la qualité de réfugié au sens de cette disposition de la Convention.

**Les commissaires du gouvernement avaient une position contrastée sur cette question.** Dans l'affaire *Croissant* de 1978, M. Morisot estimait que l'article 33 de la Convention de Genève ne s'appliquait pas à l'extradition. Différents arguments pouvaient être mobilisés en ce sens :

- *premièrement*, la lettre de l'article 33, dans les versions anglaise et française, cite « l'expulsion » et « le refoulement » sans mentionner « l'extradition » ;
- *deuxièmement*, l'extradition est *a priori* entourée de garanties diplomatiques et juridictionnelles qui n'exposent pas l'étranger réfugié aux mêmes risques que l'expulsion.
- *troisièmement*, la jurisprudence des autres juridictions était défavorable :
  - > dans **un avis du 4 novembre 1954**<sup>13</sup> la Commission des recours des réfugiés a refusé d'examiner un décret d'extradition en application de l'article 5 b) de la loi n° 52-893 du 25 juillet 1952 (qui prévoyait la consultation de la CRR) en estimant qu'il ne s'agissait pas d'une mesure visée par l'article 33 ;
  - > dans **une décision du 21 septembre 1984**, la Chambre criminelle de la Cour de cassation, passant outre aux conclusions de son avocat général<sup>14</sup> a posé en principe que « l'article 33 de la Convention de Genève [...] concerne seulement l'expulsion et le refoulement, mesures administratives juridiquement différentes de l'extradition ».

A l'inverse, dans les affaires *Gabor Winter* de 1980 et *Lujambio Galdeano* de 1984 MM. Labetoulle et Genevois avait marqué leurs préférences pour une interprétation large de l'article 33 incluant l'extradition.

**1.1.2. A partir de 1988, les éléments avancés par Christian Vigouroux vont déterminer l'Assemblée à reconnaître qu'un réfugié ne peut être extradé vers son pays d'origine.** Il s'agissait pour le commissaire du gouvernement de donner « *tout son effet utile* »

---

13 *Rec CE*, p. 27.

14 *RFDA*, mars 1985, concl. M. Clerget.

à la Convention de Genève, quitte à alourdir la procédure d'extradition par la consultation de la CRR.

La rédaction de l'article 33 de la Convention de Genève pouvait prêter à discussion:

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

Comment fallait-il lire<sup>15</sup> ces notions « *d'expulsion ou de refoulements* » ?

Selon les conclusions Vigouroux<sup>16</sup>, 3 types de considérations pouvaient être prises en compte :

*1°/ L'histoire de l'article 33 :*

*> ni le texte de l'article 33 ni les travaux préparatoires de la conférence des plénipotentiaires de 1950 ne sont absolument déterminants :*

*Pour le texte*, même si l'extradition n'est pas mentionnée, l'expression « *de quelque manière que ce soit* » peut permettre de privilégier un critère matériel, c'est-à-dire l'interdiction de la remise du réfugié aux autorités de son pays d'origine quelle que soit la procédure retenue.

*Pour les travaux préparatoires* : les négociateurs ont entendu préserver l'autonomie des traités d'extradition, alors exclusivement bilatéraux, sans faire de différences sur le fond du droit entre expulsion et extradition du réfugié qu'il n'a jamais été question de livrer au pays d'origine.

De nombreux participants aux conférences internationales spécialisées qui se sont succédées admettent que l'interdiction de l'article 33 couvre aussi l'extradition<sup>17</sup>. Les règles de combinaison des traités posées par l'article 30 de la Convention de Vienne sur les traités permettent d'appliquer cumulativement la Convention de Genève et les conventions d'extradition.

---

15 Rappelons que jusqu'à l'arrêt Gisti de 1990 le CE n'interprétait pas lui-même les stipulations obscures d'une convention mais renvoyait au ministère des affaires étrangères en question préjudicielle.

16 Concl. préc. Les références suivantes sont issues de ces conclusions.

17 Cf. le rapport de l'ambassadeur François Leduc chef de la délégation française à la conférence des Nations Unies sur l'asile territorial en 1977 : *Annuaire fr. dr. int.* 1977, p. 232.

> *la doctrine était divisée :*

- si certains auteurs s'en tenaient à l'interprétation littérale<sup>18</sup> ;
- la plupart des auteurs exprimaient leurs réserves ou leur nette opposition à l'extradition d'un réfugié en faveur de son pays d'origine<sup>19</sup>. C'était aussi le cas de membres du Conseil d'Etat<sup>20</sup>.

2°/ *La pratique nationale et internationale :*

> *au niveau national :*

*Les textes antérieurs à la Convention de Genève* affirmaient déjà qu'un réfugié doit être protégé contre un retour forcé dans le pays qu'il a fui (conventions des 28 octobre 1933 et 10 février 1938 et résolution de l'Assemblée générale des Nations Unies du 12 février 1946 : « aucun réfugié... ne sera contraint de retourner dans son pays d'origine »).

*Jusqu'en 1977*, ni les demandeurs d'asile ni les réfugiés n'étaient extradés vers leur pays d'origine. Dans ses observations sur l'affaire *Astudillo Calleja* de 1977 le Garde des Sceaux écrivait d'ailleurs : « *il est en effet de règle de ne pas accorder l'extradition demandée par leur pays d'origine des étrangers ayant obtenu le statut de réfugié* ». En 1982, le communiqué du Conseil des ministres du 10 novembre précisait : « *le gouvernement continuera de refuser l'extradition des personnes bénéficiant de l'asile politique en France dès lors qu'elle sera réclamée pour les faits à raison desquels cet asile a été accordé et qu'existe un risque d'aggravation de la situation de l'intéressé en raison de ses opinions politiques ou de sa race* ».

Ce n'est donc qu'à la fin des années soixante-dix, en particulier avec les affaires *Croissant* et *Gabor Winter* que la question s'est posée. Le décret d'extradition de *Bereciartua-Echarri*, adopté par Pasqua pendant la Cohabitation, mettra fin à cette tradition de non livraison des réfugiés. On retrouvera d'ailleurs le même débat lors de l'extradition de Cesare Battisti malgré la promesse de François Mitterrand de 1985.

---

<sup>18</sup> Charles Rousseau, *Rev. dr. int. publ.* 1985, p. 1070.

<sup>19</sup> Henri Labayle, *RFDA* 1985, p. 196 ; Chauvy, *L'extradition*, Que sais-je ?, p. 52 ; F. Julien-Laferrière, « L'évolution récente du droit français de l'extradition », *Rev. dr. publ.* 1979, p. 833 ; Merle et Vitu, *Traité de droit criminel*, 1984, p. 403 ; Robinson, *Commentary on the Convention relating to the status of refugees*, 1953, p. 165 ; Kalin, *Das Prinzip des Non Refoulement*, 1982, p. 257 ou P. Weis, *Unpublished, Commentary on the convention Relating to the status of refugees*, p. 413.

<sup>20</sup> ●livier Dutheillet de Lamothe et Yves Robineau, *chr.*, *AJDA* 1978. 563 sur l'affaire *Croissant* ; Frédéric Tiberghien, *La protection des réfugiés en France*, 1984, p. 98 et s. ; B. Genevois, *Études et documents 1982-1983*, p. 59 et Jean-Claude Bonichot, « L'évolution récente du droit de l'extradition passive en France », *Annuaire fr. dr. int.* 1984, p. 39.

> *Sur le plan international* : la même réserve vis-à-vis de l'extradition d'un réfugié vers son pays d'origine existait déjà au moment de l'affaire de *Bereciartua-Echarri* de 1988.

La plupart des cours constitutionnelles refusent dès cette époque l'extradition d'un réfugié (Autriche, Belgique, Italie, Pays-Bas, Grande-Bretagne). Seules les juridictions suprêmes suisse et allemande interprétaient alors l'article 33 de la Convention de Genève comme ne traitant pas directement de l'extradition. Mais l'extradition d'un réfugié vers son pays d'origine était refusée sur un autre terrain.

Plusieurs institutions internationales s'opposaient au refoulement du réfugié vers son pays d'origine quelle que soit la technique juridique utilisée, y compris l'extradition<sup>21</sup>.

### *3°/ L'objet de la Convention de Genève :*

La Convention de Genève de 1951 a pour seul objet de définir, reconnaître et protéger le réfugié. Au-delà des stipulations techniques sur la condition juridique, l'emploi, le bien-être ou la reconnaissance administrative du réfugié, l'essentiel de la convention tient en deux articles :

> l'article 1er définit le réfugié comme celui qui « *craind avec raison d'être persécuté du fait de sa race, de sa religion, de sa nationalité, de son appartenance à un certain groupe social ou de ses opinions politiques* »

> l'article 33 garantit le réfugié contre un retour forcé dans le pays d'origine sous la seule réserve de la menace pour la sécurité du pays d'accueil qui n'est pas invoquée en l'espèce. Respecter la convention en lui donnant son effet utile, exclut l'extradition du réfugié vers le pays dont il a fui avec raison les persécutions.

Dans ce contexte, « *de quelque manière que ce soit* » signifie nécessairement la prohibition de l'extradition des réfugiés sinon le risque serait grand de voir les Etats requérants détourner cette procédure pour obtenir le retour d'opposants.

Dans l'arrêt d'Assemblée *Bereciartua-Echarri*, le Conseil d'Etat suit son commissaire du gouvernement en consacrant ce principe général de droit – non pas de l'extradition – mais applicable aux réfugiés « *résultant notamment de la définition [de l'article 33] de la Convention de Genève* ». Ce principe veut donc qu'un réfugié ne peut être remis « *de quelque manière que ce soit* » par un État qui lui reconnaît cette qualité, aux autorités de son pays

---

21 Résolution du comité exécutif du Haut-commissariat des Nations Unies aux réfugiés 1980, n° 17-XXXI) ; Recommandation n° R.84 (1) du 25 janvier 1984 du comité des ministres du Conseil de l'Europe sur la protection des personnes.

d'origine, « *sous la seule réserve des exceptions prévues pour des motifs de sécurité nationale par ladite convention* ».

Comme on l'a dit, il s'était préalablement reconnu compétent pour reconnaître le statut de réfugié dans le cadre du contentieux contre le décret d'extradition. Mais qu'en est-il pour les demandeurs d'asile et les apatrides ?

## **1.2. La protection relative des demandeurs d'asile et l'absence de protection des apatrides**

### **1.2.1. S'agissant des demandeurs d'asile, la protection contre l'extradition est plus relative.**

Dans les affaires *Croissant* et *Gabor Winter* le Conseil d'Etat se reconnaît déjà compétent pour examiner leur demande de statut de réfugié tout en écartant en l'espèce tout risque de persécution (v. *supra*). Ainsi, il refuse la qualité de réfugié si la demande d'asile a été rejetée par un autre Etat membre de l'Union européenne et valide un décret d'extradition du 2 mars 2009 vers la Russie en estimant que si le requérant « *se prévaut de la qualité de réfugié au sens de la convention de Genève du 28 juillet 1951, il ne résulte pas des pièces versées au dossier que l'intéressé, dont la demande de statut de réfugié auprès des autorités luxembourgeoises a été rejetée et qui ne justifie pas, par ses seules déclarations, des craintes de persécutions qu'il allègue, soit fondé à invoquer le bénéfice de cette convention, même s'il a déposé une demande en ce sens auprès des autorités françaises, d'ailleurs après l'intervention du décret attaqué* »<sup>22</sup>.

Plus récemment, dans l'affaire *Bachurin* le Conseil d'Etat reprend et développe ces principes en affirmant *d'une part* que la seule circonstance que le requérant ait déposé une demande de statut de réfugié et se soit vu remettre une autorisation provisoire de séjour en application de l'article L. 742-1 du CESEDA (c'est-à-dire en qualité de demandeur d'asile) ne fait pas obstacle à ce que le gouvernement français procédât à son extradition. Toutefois, *d'autre part*, il se reconnaît expressément compétent dans le cadre de l'examen de la légalité du décret d'extradition et saisi d'une demande de contestation sur ce point, pour apprécier, au vu des éléments qui lui sont soumis et en faisant, le cas échéant, usage de ses pouvoirs

---

<sup>22</sup> CE, 18 novembre 2009, n° 326619.

d'instruction, si le requérant peut se prévaloir de la qualité de réfugié pour s'opposer à l'exécution du décret.

C'est donc dans le cadre du contentieux du décret d'extradition – qui prend les atours d'un plein contentieux – que le juge administratif suprême examine la demande de statut de réfugié au regard des pièces du dossier et en utilisant le cas échéant ses pouvoirs d'instruction.

On regrettera néanmoins que dans la procédure l'OFPRA<sup>23</sup> ou la CNDA ne soit en aucun lieu consultée – elle est pourtant le juge « naturel » de la détermination du statut du réfugié. On regrettera surtout que le HCR soit ainsi évincé par le Conseil d'Etat alors même qu'il a un rôle à jouer dans la procédure d'attribution du statut – rôle consacré non seulement par la Convention de Genève mais aussi par le Conseil constitutionnel dans sa décision de mai 1998 sur la loi Chevènement. Comme le notent Caroline Laly-Chevalier et Mathias Forteau le contrôle opéré par le juge de l'extradition par voie d'exception n'offre pas nécessairement les mêmes garanties procédurales que celles résultant de l'intervention des autorités compétentes en principe pour statuer sur la qualité de réfugié.

**1.2.2. S'agissant des apatrides, le Conseil d'Etat a, a priori, une posture encore moins protectrice.** Il estime en effet qu'un apatride peut être extradé, y compris vers le pays dont il a eu la nationalité. En l'espèce, la Pologne avait sollicité auprès des autorités françaises l'extradition de M. Sokolowski afin qu'il exécute la peine d'emprisonnement à laquelle il avait été condamné en 1985 pour des faits de récidive de vol et de destruction de biens. Ce dernier, qui s'est depuis vu reconnaître la qualité d'apatride, demandait au Conseil d'Etat l'annulation du décret du 19 octobre 2009 accordant son extradition aux autorités polonaises, soutenant notamment qu'en tant qu'apatride, il ne pouvait pas être extradé vers son pays d'origine. Or, pour le Conseil d'Etat, *d'une part*, contrairement aux stipulations de l'article 33 de la convention de Genève de 1951 sur les réfugiés, celles de la convention de New York relative au statut des apatrides du 28 septembre 1954 « *ne font pas obstacle à l'extradition d'un apatride* ». *D'autre part*, il écarte « *l'existence d'un principe général du droit de l'extradition faisant obstacle à une telle extradition, y compris vers un Etat dont la personne réclamée a eu la nationalité* » alors même qu'en l'occurrence le requérant s'est vu reconnaître la qualité d'apatride par l'OFPRA. Le Conseil d'Etat rejette par ailleurs les allégations selon lesquelles le

---

<sup>23</sup> CE, 11 juin 2010, n° 334454 : « Considérant, en premier lieu, qu'aucune disposition n'exigeait que le décret attaqué fût pris après consultation de l'OFPRA ; que, par suite, le moyen tiré de l'absence de consultation de cet organisme ne saurait être accueilli ».

système judiciaire polonais ne respecterait pas les droits et libertés fondamentaux de la personne humaine, ainsi que l'exigent les principes généraux du droit de l'extradition ou l'atteinte, dans le cas d'espèce, de l'article 8 de la CEDH<sup>24</sup>. Le moyen d'atteinte à l'article 3 de la CEDH n'a pas été développé. Il aurait pu empêcher une telle extradition dans le cas où il existerait des risques de mauvais traitements<sup>25</sup>. Mais dans ce cas-là on se retrouverait devant un paradoxe : les PGD ne protègent pas les apatrides de l'extradition vers un pays dans lequel ils risquent de mauvais traitements... On constatera une situation comparable s'agissant de la clause d'exclusion

### **1.3. L'absence de protection des déboutés du droit d'asile sauf s'ils sont en cours de procédure d'extradition (nullité de l'arrêté de destination vers le pays d'extradition)**

Plusieurs arrêts de cours d'administratives d'appel témoignent d'une jurisprudence émergente sur la protection du demandeur d'asile débouté.

1.3.1. **Certes, une fois définitivement débouté du droit d'asile, l'étranger est extradable puisqu'il ne peut plus prétendre à la protection de l'article 33 de la Convention de Genève.** Cela résulte d'une jurisprudence constante du Conseil d'Etat dès lors que l'extradition n'est pas demandée dans un but politique<sup>26</sup>. Ainsi, s'agissant de la d'une extradition demandée par la Turquie d'un Kurde débouté du droit d'asile le Conseil d'Etat confirme le décret en relevant que en écartant « *le caractère politique de l'infraction qui lui est reprochée par les autorités turques* » et en estimant qu' « *aucun des éléments du dossier n'est de nature à accréditer les allégations du requérant dont, au demeurant, la demande de statut de réfugié a été rejetée* »<sup>27</sup>. De même dans l'affaire Battisti, le Conseil rappelle que « *les déclarations faites par le Président de la République [François Mitterrand], le 20 avril 1985, lors du congrès d'un mouvement de défense des droits de l'homme, au sujet du traitement par les autorités françaises des demandes d'extradition de ressortissants italiens ayant participé à des actions terroristes en Italie et installés depuis de nombreuses années en France, ces propos, qui doivent, au demeurant, être rapprochés de ceux tenus à plusieurs*

---

24 CE, 11 juin 2010, *Sokolowski*, n°334454, AJDA 2010. 1177, obs. J-M. Pastor

25 v. par ex. CEDH 12 avril 2005, affaire *Chamaïev et autres c. Géorgie et Russie*, n°36378/02.

<sup>26</sup> CE, 13 décembre 2002, n°242045. Même si dans cette décision le Conseil d'Etat ne pose pas de considérant de principe les faits font apparaître qu'on était bien en présence d'un étranger débouté du droit d'asile.

<sup>27</sup> CE, 22 décembre 2011, n°348270.

reprises par la même autorité sur le même sujet, qui réservaient le cas des personnes reconnues coupables dans leur pays, comme le requérant, de crimes de sang, sont, en eux-mêmes, dépourvus d'effet juridique »<sup>28</sup> et qu'intéressé n'a donc jamais eu le statut de réfugié ou bénéficié juridiquement de l'asile en France susceptibles de faire obstacle à son extradition vers l'Italie.

**1.3.2. Mais tant que la procédure d'extradition n'est pas achevée il est légalement impossible d'édicter une mesure d'éloignement d'un étranger vers le pays requérant l'extradition** – sinon cela reviendrait à permettre le contournement des garanties apportées par cette procédure. Ainsi, la CAA de Versailles estime qu'un étranger qui est sous écrou extraditionnel ne peut faire l'objet d'une OQTF fixant comme pays de destination la Turquie tant que la procédure d'extradition est en cours. En l'espèce, le requérant a été placé sous écrou extraditionnel depuis le 29 octobre 2010 à la suite de la demande d'extradition faite par la Turquie pour l'exécution d'un reliquat d'une peine de prison prononcée contre lui par arrêt du 7 mars 2006 le condamnant à onze ans et huit mois de prison pour homicide volontaire. L'OFPRA et la CNDA avaient rejeté sa demande d'asile. Il a fait une demande de réexamen compte tenu « *d'éléments nouveaux depuis l'intervention des décisions de l'OFPRA et de la CNDA et, en particulier, de la circonstance que deux membres de sa famille sont arrivés en France en février 2011 pour y solliciter l'asile* ». La CAA annule le jugement du TA de Cergy-Pontoise qui avait rejeté sa demande tendant à l'annulation de l'arrêté du préfet du Val-d'Oise du 12 mai 2011 refusant de lui délivrer un titre de séjour et lui faisant obligation de quitter le territoire français à destination de son pays d'origine en relevant simplement « *qu'il est constant qu'à la date de la décision attaquée, les autorités françaises n'avaient pas statué sur cette demande* » et que par suite « *le préfet du Val-d'Oise ne pouvait légalement, sans porter atteinte au bon déroulement de la procédure d'extradition, fixer la Turquie comme pays à destination duquel le requérant pourrait être reconduit d'office* »<sup>29</sup>. Dans une autre décision la CAA de Versailles annule pareillement la décision fixant le pays de renvoi. En l'espèce, la demande d'asile a été rejetée par la CNDA le 2 décembre 2010. La requérante soutenait qu'elle encourrait des risques en cas de retour au Kazakhstan, où elle aurait été victime de violences et de discriminations et où les accusations formulées contre elle l'ont été à titre de représailles après la situation dénoncée par sa famille à raison de spoliations et agressions par des personnes kazakhes, du fait de ses origines cosaques et devait donc être

<sup>28</sup> CE, 18 mars 2005, *Battisti*, n°273714.

<sup>29</sup> CAA Versailles, 25 septembre 2012, n°11VE03700.

regardée comme se prévalant des dispositions de l'article L. 513-2 du code de l'entrée et du séjour des étrangers et du droit d'asile. Relevant que l'avis défavorable du 30 novembre 2010 de la chambre d'instruction de la cour d'appel de Poitiers donné à la demande d'extradition formulée par les autorités kazakhes n'est pas devenu définitif la cour estime que cela « *fait obstacle en vertu de l'article 696-17 du code de procédure pénale à ce que l'extradition soit accordée aux autorités kazakhes* » et que le préfet ne pouvait alors sans méconnaître l'article L. 513-2 du CESDEA désigner le Kazakhstan comme pays de renvoi<sup>30</sup>.

La même cour estime, fort logiquement que dès lors que la procédure d'extradition est achevée l'éloignement d'un étrangers débouté définitivement du droit d'asile est possible vers le pays requérant l'extradition<sup>31</sup>.

Si l'extradition d'un réfugié n'est pas légalement possible, il est donc nécessaire de l'exclure du statut pour pouvoir l'extrader.

## **1. La nécessité d'exclure préalablement du statut de réfugié pour extrader**

La question du recours à la clause d'exclusion de l'article 1er F-b) de la Convention de Genève pour écarter la protection de réfugiés ayant commis de graves crimes a été posée au Conseil d'Etat à la même période – fin des années soixante-dix / début des années quatre-vingt. Pour faire usage de la clause d'exclusion dans le cadre du contrôle de la légalité d'un décret d'extradition, le Conseil d'Etat distingue si l'intéressé est en cours d'examen ou a obtenu la reconnaissance du statut de réfugié. Dans le premier cas le Conseil d'Etat se reconnaît compétent pour exclure de lui-même le demandeur d'asile du statut de réfugié (2.1). Dans le second, il s'estime incompétent pour exclure un réfugié du statut qui lui a été accordé (2.2).

### **2.1. La compétence pour le Conseil d'Etat pour exclure du statut de réfugié un demandeur d'asile en application de la clause d'exclusion**

2.1.1. En 1984, dans l'arrêt *Lujambio Galdeano*, l'Assemblée du Conseil d'Etat a reconnu la compétence du juge administratif pour appliquer par lui-même la clause d'exclusion à un demandeur d'asile refusé le statut de réfugié compte tenu de la gravité de

---

<sup>30</sup> CAA de Bordeaux, 5 juillet 2012, n°12BX00137.

<sup>31</sup> CAA Bordeaux, 5 juillet 2012, n°12BX00138.

l'infraction attribuées à des militants basques accusés d'assassinat par bandes armées. Dans le considérant de principe il estime en effet au regard des dispositions du paragraphe F-2° de l'article 1er de la Convention de Genève sur le statut des réfugiés « *qu'eu égard à la gravité de l'infraction de droit commun qui lui est reprochée et au sérieux des présomptions qui pèsent sur lui, M. Lujambio Galdenao n'est pas fondé à se prévaloir de la qualité de réfugié au sens de la convention précitée pour soutenir qu'il ne pouvait être extradé* »<sup>32</sup>. Le Conseil d'Etat utilise donc ici la clause d'exclusion comme une clause d'empêchement à l'accès au statut de réfugié.

A noter que le commissaire du gouvernement, Bruno Genevois proposait plutôt de se placer sur le terrain du défaut de persécution comme dans les affaires *Croissant* et *Winter*<sup>33</sup>.

**2.1.2. Bien évidemment la clause d'exclusion peut, d'abord et avant tout, être actionnée par l'OPFRA et la CNDA et le Conseil d'Etat peut être amené à en connaître dans le cadre d'un pouvoir en cassation formé contre la décision d'exclusion.**

> C'est ce qui se produit dans l'affaire Agathe Kanziga-Habyarimana, la veuve de Juvénal Habyarimana le président de la République du Rwanda décédé le 6 avril 1994. Elle est souvent considérée par certains comme la véritable patronne de l'Akazu (accusation qu'elle nie). Accueillie en France après l'attentat du 6 avril 1994 contre son mari, elle y réside toujours<sup>34</sup>. Sa demande d'asile, déposée en janvier 2004, a été rejetée par l'OFPRA le 4 janvier 2007. Après treize ans de séjour en France, son recours est rejeté le 15 février 2007 par la Commission des recours des réfugiés (CRR), qui souligne notamment son rôle présumé dans le génocide rwandais de 1994 (pour la CRR, il existe des raisons sérieuses de penser qu'elle aurait participé « en tant qu'instigatrice ou complice » au « crime de génocide », selon les termes de la décision) et l'a en conséquence exclue du bénéfice de la convention de Genève et de la protection subsidiaire. La CRR juge également que ses déclarations, « *non crédibles, [et] doivent être regardées comme traduisant sa volonté d'occulter les activités qui ont en réalité été les siennes durant la période de préparation, de planification et d'exécution du génocide* ». Le 16 octobre 2009, le Conseil d'Etat rejette son pourvoi en cassation en estimant

<sup>32</sup> CE, Ass., 26 septembre 1984, *Lujambio Galdeano*, n° 62847, *préc.*

<sup>33</sup> CE, 16 octobre 2009, *Mme Habyarimana*, n°311793. V. pour un précédent : CE, 14 décembre 1987, *Urizar Murgoitio*.

<sup>34</sup> Le 6 décembre 2012 la cour administrative d'appel a annulé le refus de séjour et enjoint la préfecture de l'Essonne à délivrer un titre de séjour (« Rwanda : Agathe Habyarimana bientôt régularisée en France ? », *Jeune Afrique*, 07/12/2012), compte tenu semble-t-il de ses attaches familiales en France (la décision n'est pas accessible sur Légifrance).

que la CRR « n'a pas davantage commis d'erreur de droit, ni omis de tirer les conséquences légales de ses constatations, en se fondant sur l'existence de raisons sérieuses de penser que [la requérante] aurait commis un crime au sens du a) de l'article 1er F de la convention de Genève, alors même qu'elle avait quitté le Rwanda le 9 avril 1994, dès lors qu'elle s'est légalement fondée, pour porter cette appréciation, sur le rôle central de l'intéressée au sein d'un régime au pouvoir avant le 6 avril 1994 qui avait préparé et planifié le génocide ainsi que sur ses agissements personnels dans la période décisive du déclenchement du génocide entre le 6 et le 9 avril 1994 et sur les liens qu'elle a ensuite continué à entretenir avec les auteurs du génocide »<sup>35</sup>. Par arrêt du 28 septembre 2011, la Cour d'Appel de Paris a refusé l'extradition<sup>36</sup>. Rappelons que, dans un cas d'espèce, la Cour EDH a admis l'extradition de génocidaires vers le Rwanda<sup>37</sup>.

Non extraditable, il reste à savoir si elle sera jugée en France. Le 6 mai 2007, le parquet d'Evry ouvre une information judiciaire contre X pour « *complicité de génocide et de crime contre l'humanité* », après une plainte d'un collectif associatif<sup>38</sup>. Elle a été interpellée le 2 mars 2010 en Essonne sur la base du mandat d'arrêt international émis par les autorités rwandaises puis rapidement relâchée. En novembre 2007, le parquet d'Evry a été dessaisi au profit de celui de Paris qui a ouvert une information judiciaire le 13 mars 2008 qui semble s'éterniser...

> On peut signaler aussi parce qu'elle soulève des problématiques assez proches l'affaire *Kamel Daoudi*<sup>39</sup> même si elle n'a pas trait à la procédure d'extradition. Ce ressortissant franco-algérien, dénaturalisé en 2002 à la suite de sa condamnation pénale pour une incrimination terroriste, n'a pu être expulsé vers l'Algérie car, après avoir prononcé une mesure provisoire, la Cour européenne a reconnu le risque de tortures ou de traitements inhumains et dégradants en cas de renvoi<sup>40</sup>. L'intéressé a donc été depuis assigné à résidence en rase campagne sans statut aux frais du gouvernement. Il a demandé le statut de réfugié ou

---

35 S. Slama, « Implication dans la préparation du génocide rwandais et clause d'exclusion du statut de réfugié (CE, 16 octobre 2009, *Mme Agathe Habyarimana*) », *Actualité droits-libertés*, 22 octobre 2009.

36 « La justice française rejette la demande d'extradition vers le Rwanda de la veuve du président Habyarimana », *RFI / AFP*, 28 septembre 2011. Cette décision n'est pas accessible et le motif opposé à la demande d'extradition n'est pas connu.

37 Cour EDH, 5e Sect. 27 octobre 2011, *Ahorugeze c. Suède*, n° 37075/09, *Actualités Droits-Libertés* du 30 octobre 2011 par Nicolas Hervieu. Le 29 mars 2012 la cour d'appel de Rouen a admis l'extradition de Claude Muhayimana pour des faits présumés de génocide et de crimes contre l'humanité suite à un mandat d'arrêt international lancé en décembre 2011 à son encontre. Il s'est toutefois pourvu en cassation (« Génocide rwandais : une cour française autorise une extradition vers Kigali », *RFI* 31 mars 2012).

38 <http://www.collectifpartiescivilesrwanda.fr/nos-actions/actions-en-justice/agate-kanziga-habyarimana/>

39 V. aussi l'affaire Tebourski évoquée par C. Laly-Chevalier et M. Forteau, p.XX

40 Cour EDH, 5e Sect. 3 décembre 2009, *Daoudi c. France*, n° 19576/08.

la protection subsidiaire qui lui ont été refusés par OFPRA/ CNDA par application de la clause d'exclusion. Saisi d'un pourvoi en cassation introduit par Kamel Daoudi contre la décision de la CNDA, le Conseil d'Etat a transmis une QPC portant sur la clause d'exclusion de l'article L.712-2 CESEDA (en l'estimant non « sérieuse » mais « nouvelle » au regard de l'invocation de l'article 66-1 de la Constitution abolissant la peine de mort)<sup>41</sup>. Il a refusé de poser une question préjudicielle à la Cour de Luxembourg sur la conformité de l'article 17 de la directive 2000/83 du 29 avril 2004 au droit de l'Union, en particulier à l'article 2 de la CDFUE abolissant la peine de mort<sup>42</sup>. Dans l'affaire Habyarimana, il avait en effet déjà jugé que l'invocation d'une violation « par ricochet » de l'article 3 de la CEDH à l'encontre des dispositions du CESEDA critiquées étaient inopérante car la décision sur le droit au bénéfice du statut de réfugié ou de la protection subsidiaire n'a, par elle-même, ni pour objet ni pour effet de conférer ou de retirer au demandeur le droit de séjourner en France, ni de fixer le pays de destination où il devrait le cas échéant être reconduit<sup>43</sup>.

Ces affaires sont révélatrices de la complexité et de l'enchevêtrement des procédures d'expulsion ou d'extradition avec les procédures de détermination d'une protection internationale ou d'exclusion de celle-ci.

S'il est possible au Conseil d'Etat d'exclure un demandeur d'asile du statut de réfugié ; en revanche il ne se reconnaît pas compétent pour exclure, par lui-même, dans le cadre de l'examen de la légalité du décret d'extradition, un réfugié du statut.

## **2.2. L'incompétence du Conseil d'Etat pour exclure par lui-même, dans le cadre d'une procédure d'extradition, un réfugié du statut**

A la différence des cas précédemment recensés (Croissant, Gabor Winter, Lujambio Galdeano, Bachurin), José Maria Bereciartua Echarri dit « Txema » n'était pas demandeur d'asile mais détenteur du statut de réfugié. Celui-ci lui avait été reconnu à la suite d'une décision juridictionnelle devenue définitive (après bien des rebondissements d'ailleurs). Ce militant basque de nationalité espagnole était entré en France en avril 1973. Il avait obtenu la

---

41 Cons. const., déc. 2010-79-●PC, 17 décembre 2010, *Kamel D.*, ADL du 17 décembre 2010 par S. Slama: estimant que les dispositions législatives en cause se bornent à tirer les conséquences nécessaires de dispositions inconditionnelles et précises de la directive « qualification », le Conseil constitutionnel s'est déclaré incompétent et a prononcé, dans l'éventuelle attente d'une décision de la CJUE, un non-lieu à statuer.

42 CE, 8 octobre 2010, *K. Daoudi*, n° 338505.

43 CE, 16 octobre 2009, *Mme Habyarimana*, préc.

reconnaissance par l'OFPRA de la qualité de réfugié le 21 juin 1973. En 1979, compte tenu du changement de circonstances politiques survenu en Espagne avec la fin du franquisme, le gouvernement français décida de faire jouer la clause de cessation de l'article 1° -C.5° de la Convention de Genève du 28 juillet 1951. Ce retrait était confirmé le 15 juin 1983 par la CRR. Mais sur recours de l'intéressé, cette confirmation a été annulée par une décision du Conseil d'État du 2 mai 1984 (req. n° 53189) pour erreur de droit commise par la commission en appliquant aux réfugiés « *de droit commun* » une stipulation de la convention spéciale aux « *réfugiés statutaires* » de l'entre-deux guerres. Son statut était donc rétabli et compte tenu du caractère recognitif des décisions d'octroi il est juridiquement considéré comme ayant toujours bénéficié du statut de réfugié politique depuis son entrée en France en 1973<sup>44</sup>. Mais les autorités espagnoles lui reprochaient d'utiliser le territoire français comme base arrière pour commettre des forfaits en Espagne au nom de l'organisation « E.T.A. militaire ». Interpellé à Hendaye (Pyrénées-Atlantiques) le 30 juillet 1986 par la police de l'air et des frontières, il a été placé sous écrou extraditionnel. C'est dans le cadre de la procédure contre le décret du 30 janvier 1987 accordant son extradition que le Conseil d'Etat est amené à déterminer pour la première fois s'il pouvait appliquer la clause d'exclusion pour « retirer » la qualité précédemment accordée<sup>45</sup>. Suivant son commissaire du gouvernement Christian Vigouroux, le Conseil d'Etat va se déclarer incompétent pour trois raisons :

- *en premier lieu*, l'Assemblée a estimé que le Conseil d'Etat n'avait pas à se substituer au gouvernement pour retirer la qualité de réfugié reconnue par la CRR. Il estime ne pas disposer de la totalité des éléments notamment diplomatiques et judiciaires dont dispose l'administration (l'argument est d'ailleurs paradoxal car cela vaut aussi pour l'attribution du statut de réfugié).
- *en second lieu*, juridiquement l'accord du statut du réfugié est encore possible car dans la logique de la jurisprudence *Tombouros* de 1966 le Conseil examine le statut de réfugié uniquement parce qu'il s'agit d'un examen par la voie de l'exception d'illégalité et donc qu'il est encore dans les délais car elle est perpétuelle. Cela est d'ailleurs justifié par l'intérêt du demandeur. Or ce raisonnement n'est pas transposable lorsqu'il s'agit de retirer une qualité reconnue définitivement par la CRR/CNDA.

---

44 Commission des recours 11 octobre 1962 *Szczepankowski*, n° 4774, AJDA, février 1977 chr. M. Azibert et M. de Boisdeffre.

45 Cette affaire Bereciartua était d'autant plus complexe qu'il était accusé par les autorités espagnoles d'avoir commis des crimes non pas avant l'obtention du statut – comme le prévoit la Convention de Genève – mais après.

- *en troisième lieu*, retirer la qualité de réfugié à propos d'un recours portant sur l'extradition reviendrait à « fragiliser » considérablement la protection accordée au réfugié. Comme le notait Vigouroux, « à l'occasion de tout litige où sa qualité de réfugié serait invoquée l'étranger « protégé » par la Convention de Genève pourrait voir un juge judiciaire ou administratif lui retirer sa qualité : qu'il s'agisse d'assignation à résidence (Cons. d'État 26 juillet 1978, Benaran Ordenana : Lebon, table p. 812), de titre de voyage, c'est le précédent Toumbouros, du bénéfice de la loi du 22 novembre 1985 sur les réfugiés professeurs associés d'université, et pour le juge judiciaire par exemple de régime matrimonial (Paris 9 janvier 1968 : Rev. crit. dr. int. pr. 1969, p. 69). Et ce qu'une juridiction aurait retiré une autre pourrait le reconnaître à nouveau entraînant une confusion certaine » (concl. préc.). C'est donc dans l'intérêt de la bonne administration de la justice et dans celui des réfugiés que le juge administratif ne se reconnaît pas compétent en 1988 pour retirer le statut de réfugié

Dans son considérant de principe, le Conseil d'Etat renvoie donc au gouvernement la compétence pour retirer éventuellement, dans les conditions prévues par la loi, le statut de réfugié Il retient en effet « qu'il appartenait au gouvernement, s'il s'y croyait fondé, de demander à l'office français de protection des réfugiés et apatrides, de cesser de reconnaître la qualité de réfugié à M. X..., le statut de ce dernier faisait obstacle à ce que le gouvernement pût légalement décider de le livrer, sur leur demande, aux autorités espagnoles ; que le décret attaqué est dès lors entaché d'excès de pouvoir ».

On constate donc que s'il est possible de retirer le statut de réfugié pour extrader un étranger, cela ne peut se faire sans garanties procédurales suffisantes.

## LA SITUATION DE L'EXCLU AU REGARD DU DROIT DE L'EXTRADITION

Jean Matringe\*

La question de droit est aisée à énoncer<sup>1</sup> : l'exclu du bénéfice du statut de réfugié peut-il ou non être extradé, doit-il être extradé ou est-il protégé contre toute extradition (et dans ce cas de toute procédure judiciaire) ? Dans sa dimension morale et politique, elle est éminemment plus délicate : Cette personne tenue pour indigne de la protection du droit des réfugiés en tant qu'on a des raisons sérieuses de penser qu'elle a commis de graves crimes doit-elle pour cette raison être abandonnée sans protection y compris à une entité qui la persécuterait elle-même, doit-elle ou peut-elle au contraire et tout de même être protégée de cette dernière sauf à devenir complice de sa persécution, doit-elle et peut-elle être jugée pour ses crimes supposés sans que cela prenne la forme d'une persécution ? Les raffinements du droit international - ou la grossièreté de ses traits - conduisent dans la pratique à des réponses nuancées dégagées non sans difficulté et avec des imprécisions et contradictions internes de la rencontre de deux logiques antinomiques, celle de la protection de la personne humaine et celle du respect des prérogatives pénales des Etats. Un équilibre se cherche dont la mise en œuvre est incontestablement délicate.

La réponse à cette question dépend d'abord de l'objet du statut de réfugié dont l'individu est exclu. A-t-il pour objet, direct ou indirect, de soustraire un individu à l'emprise (y compris judiciaire) de l'Etat qui veut le poursuivre et juger et qu'il fuit, ce que fut l'asile pendant une période de l'histoire ? L'exclusion de son bénéfice devrait dans ce cas abandonner cet individu à cet Etat. A-t-il un autre objet (même s'il peut avoir cet effet) ? L'exclusion aurait alors également un autre objet (même si elle peut avoir cet effet). Or l'objet de l'asile et du statut de réfugié ont varié avec le temps de même que leurs relations avec la question de l'extradition comme mode de coopération en matière pénale des Etats (ou entités antérieures). L'époque contemporaine connaît elle-même de très fortes et rapides évolutions

---

\* Professeur à l'Université de Versailles Saint-Quentin.

<sup>1</sup> Pour les raisons tenant à l'architecture du colloque et de l'ouvrage, on s'intéresse ici seulement à l'hypothèse de la personne déjà exclue et non à celle du demandeur du statut de réfugié qui pourrait être exclu. On ne s'intéressera pas notamment à la procédure même de l'exclusion, qu'elle soit faite au moment de l'éligibilité au statut ou, ultérieurement, par le biais d'une procédure d'annulation ou de révocation du statut de réfugié d'une personne dont on aura découvert ultérieurement qu'elle aurait dû être exclue ou encore dans le cadre de l'examen d'une demande d'extradition. De même, concentrant notre étude sur l'extradition, on ne traitera pas de la remise de personnes aux juridictions internationales ou du mandat d'arrêt européen.

en la matière qui, en outre et c'est une nouveauté qu'on ne pourra pas développer ici, inscrivent notre question dans celle des politiques migratoires à l'égard desquelles elles auraient dû rester étrangères. Car l'exclusion est parfois vue par les Etats comme un moyen de réduire l'accès des étrangers au statut de réfugié et plus généralement à l'asile, leviers sur lesquels les Etats jouent de manière croissante pour limiter l'immigration.

La réponse à cette question dépend plus exactement, en droit, de l'articulation de plusieurs branches du droit international et des droits étatiques. C'est après avoir posé cette prémisse qu'on pourra présenter les règles applicables de l'articulation desquelles dépend le traitement de chaque cas.

Il convient cependant de « définir » dès l'abord ce qu'est l'exclu.

Préliminaire : ce qu'est l'« exclu »

L'« exclu » est une création de la doctrine et de la pratique construite à partir de dispositions de la convention de Genève relative au statut des réfugiés<sup>2</sup>, en particulier l'article 1 F reproduit, avec quelques variantes, dans d'autres énoncés internationaux.

### ***La convention de Genève relative au statut des réfugiés***

Les dispositions pertinentes de la Convention de Genève de 1951 sont les articles 1 D<sup>3</sup>, 1 E<sup>4</sup> et 1 F<sup>5</sup>.

La règle commune qui gouverne le statut de ces personnes (et peut expliquer que la doctrine et la pratique aient cru y voir une « exclusion ») est que celles-ci ne bénéficient pas de la protection internationale posée par la convention de 1951.

Ces dispositions ne relèvent toutefois pas de la même logique en ce sens que les articles 1D et 1E semblent s'inscrire dans une prise en considération de l'« utilité » pour un individu

---

<sup>2</sup> Adoptée le 28 juillet 1951, entrée en vigueur le 22 avril 1954, *R.T.N.U.*, vol. 189, I-2545.

<sup>3</sup> « Cette convention ne sera pas applicable aux personnes qui bénéficient actuellement d'une protection ou d'une assistance de la part d'un organisme ou d'une institution des Nations Unies autre que le Haut Commissaire des Nations Unies pour les réfugiés »

<sup>4</sup> « Cette convention ne sera pas applicable à une personne considérée par les autorités compétentes du pays dans lequel cette personne a établi sa résidence comme ayant les droits et les obligations attachés à la possession de la nationalité de ce pays ».

<sup>5</sup> « Les dispositions de cette convention ne seront pas applicables aux personnes dont on aura des raisons sérieuses de penser : a) Qu'elles ont commis un crime contre la paix, un crime de guerre ou un crime contre l'humanité, au sens des instruments internationaux élaborés pour prévoir des dispositions relatives à ces crimes ; b) Qu'elles ont commis un crime grave de droit commun en dehors du pays d'accueil avant d'y être admises comme réfugiées ; c) Qu'elles se sont rendues coupables d'agissements contraires aux buts et aux principes des Nations Unies ».

de la protection de la convention tandis que l'article 1F porte sur le « mérite » de celle-ci : les deux premiers articles expriment l'idée que la protection de 1951 ne vaut pas pour des personnes déjà protégées à un autre titre, soit par une organisation internationale soit par un Etat ; le troisième vise quant à lui, au lendemain de la barbarie nazie, à empêcher des personnes de jouir d'une protection internationale dont elles ne seraient pas dignes<sup>6</sup>. Ce sont ces exclus qui nous intéressent car ce sont eux qui sont à l'intersection du droit des réfugiés et du droit de l'extradition, outre d'autres branches.

L'idée, en effet, qui gouverne la clause 1F telle qu'elle est généralement interprétée est celle selon laquelle certaines personnes qui répondent aux conditions d'établissement de la qualité de réfugié au sens de l'article 1A (l'« exclusion » présupposant une « inclusion » préalable) ne mériteraient pas le statut attaché à cette dernière si l'autorité chargée de l'éligibilité à la qualité de réfugié a des raisons sérieuses de penser qu'elles ont adopté un des comportements visés<sup>7</sup>. Il s'agit de priver ces personnes de la protection internationale instituée par la Convention<sup>8</sup> afin de garantir l'intégrité du statut de réfugié<sup>9</sup>.

---

<sup>6</sup> En ce sens, entre autres, C. BEYANI, J. FITZPATRICK, W. KÁLIN, M. Zard, « Introduction », in *12 Int. J. Refugee Law, Special Supplementary Issue on Exclusion*, 2000, pp. 1-8, 1. Sur la distinction, cf. notamment UNHCR, Protection Policy and Legal Advice Section, Department of International Protection, 4 septembre 2003, *Note d'information sur l'application des clauses d'exclusion : article 1F de la Convention de 1951 relative au statut des réfugiés*, Introduction, D. L'idée d'exclure des individus de la protection internationale avait été auparavant consacrée bien que sans considération de « mérite » dans la convention du 10 février 1938 sur le statut des réfugiés provenant d'Allemagne, *R.T.S.D.N.*, vol. 192, n° 4461, p. 61 dont l'article 1 (2) disposait : « Ne sont pas comprises dans cette définition les personnes qui quitteront l'Allemagne pour des raisons de convenance purement personnelle ». Selon D. ALLAND (in « Le dispositif international du droit de l'asile », in *Droit d'asile et des réfugiés*, Société Française pour le Droit International, Paris, Pedone, 1997, pp. 13-81, 29), « En excluant de la sorte du champ de la convention ces personnes on se préoccupe, pour la première fois, des motifs qui sont à l'origine du départ du pays d'origine ». Déjà, Grotius put écrire que seuls certains étrangers « méritent » la protection de l'asile, citant comme à l'accoutumé divers anciens auteurs : « Les droits tant vantés des suppliants [...] ne servent, en effet qu'à ceux qui sont les victimes d'une haine imméritée, et non à ceux qui ont commis quelque chose de nuisible à la société humaine ou aux autres hommes », *Le droit de la guerre et de la paix (De juri belli ac pacis)* [1625], trad. P. Pradier-Fodéré, D. Alland, S. Goyard-Fabre éd., Paris, P.U.F., Coll. Léviathan, 1999, 868 p., Liv. II, ch. XXI, V, 1, p. 516. Ainsi, les criminels « doivent donc être punis, ou livrés, ou certainement écartés », *ibidem*, Liv. II, ch. XXI, V, 4, p. 518.

<sup>7</sup> En ce sens HCR, Comité permanent, 30 mai 1997, *Note sur les clauses d'exclusion*, EC/47/CS/CRP.29, § 5 ; UNHCR, 4 septembre 2003, *Principes directeurs sur la protection internationale : Application des clauses d'exclusion : article 1F de la Convention de 1951 relative au statut des réfugiés*, HCR/GIP/03/05, § 2. De même S. KAPFERER, « Exclusion Clauses in Europe – a Comparative Overview of State Practice in France, Belgium and the United Kingdom », *12 Int. J. Refugee Law*, 2000, pp. 195-221, 195 ; J. SLOAN, « The Application of Article 1F of the 1951 Convention in Canada and the United States », *12 Int. J. Refugee Law*, 2000 (suppl 1), pp. 222-248, 242. Voir, déjà, la lettre de M. MARTENS au Secrétaire général de l'Institut de droit international annexée à l'article de A. TEICHMANN, « Les délits politiques, le récidive et l'extradition », *R.D.I.L.C.*, 1879, pp. 475-527, pp. 521-523 au sujet du « droit d'asile ».

<sup>8</sup> En ce sens, HCR, Comité permanent, 30 mai 1997, *Note sur les clauses d'exclusion*, EC/47/CS/CRP.29, § 3 : « Si la protection fournie par le droit des réfugiés permettait d'offrir la protection aux auteurs de graves délits, la pratique de la protection internationale entrerait directement en conflit avec le droit national et international et s'inscrirait en faux contre la nature humaine et pacifique du concept de l'asile ».

<sup>9</sup> En ce sens, UNHCR, Comité exécutif, 17 octobre 1997, Conclusion n° 82 (XLVIII) – 1997 sur la sauvegarde de l'asile où le Comité exécutif rappelle « v) La nécessité d'appliquer scrupuleusement les clauses d'exclusion prévues à l'article 1 F de la Convention de 1951 et dans d'autres instruments internationaux pertinents pour

L'article 1 de la convention de 1951 est assurément mal rédigé puisque le A de l'article premier parle d'applicabilité du terme « réfugié » - dans la logique du titre de cet article : « Définition du terme réfugié » - quand les C, D, E et F se réfèrent - sous le même titre - à l'applicabilité de la convention elle-même. Cette différence de formulation pouvait être interprétée de différentes manières. On pouvait, en s'attachant au titre général de l'article premier qui les couvre avec le A, interpréter les clauses 1D, 1E et 1F comme concernant à la fois la qualité et le statut de réfugié (il y a inapplicabilité de l'ensemble de la convention). Cependant, si on interprétait l'inapplicabilité de la convention comme totale, ce que semble prescrire les C, D et E, cette inapplicabilité devrait également concerner le A en sorte que quelqu'un entrant dans le champ d'application du F ne pourrait bénéficier de l'appréciation de ses craintes de persécution. Dans ce cas, il faudrait, face à un demandeur, se demander d'abord s'il relève du F pour ne s'intéresser à ses craintes qu'en cas de réponse négative. L'acceptation générale de l'idée d'exclusion fait qu'on dit, sans grand respect pour la signification des mots, des autorités qui font cela qu'elles procèdent à l'« exclusion » avant l'« inclusion ». D'ailleurs, les autorités qui procèdent ainsi déclarent elles-mêmes, sans qu'on comprenne pourquoi, qu'elles procèdent à l'exclusion avant l'inclusion ...). En réalité, il n'y aurait dans ce cas aucune « exclusion » puisque le demandeur n'a été inclus dans rien, ni le statut ni la qualité. On aurait pu sinon interpréter les C, D et E, en se concentrant sur leur formulation propre et en les scindant du A, comme n'excluant pas la qualité de réfugié, mais jouant sur le seul bénéfice du statut qui y est attaché. On aurait ainsi eu deux types de personnes ayant la qualité de réfugié au sens de la convention : ceux qui auraient eu la qualité de réfugié et auraient en outre bénéficié du statut posé par les articles suivants de la convention et ceux qui n'auraient eu que la qualité. Dans ce cas, on aurait bien eu applicabilité du terme « réfugié » mais inapplicabilité des dispositions substantielles de la convention. Cette solution aurait présenté un intérêt pratique : la règle énoncée à l'article 33 aurait pu bénéficier, en tant que règle coutumière (ce qu'elle est), aux seconds en tant que réfugiés définis par la seule considération d'une crainte de persécution don on aurait tenu compte en interdisant leur renvoi vers l'Etat persécuteur sans pour autant leur accorder l'ensemble du régime conventionnel). Formulée en terme d'applicabilité, cette solution aurait consisté à considérer que l'inapplicabilité de la convention ne vaut pas pour le A qui prévoit une autre règle concernant l'applicabilité du terme réfugié. Ici non plus le terme exclusion

---

veiller à ce que l'intégrité de l'institution de l'asile ne soit pas atteinte par l'octroi d'une protection à ceux qui ne peuvent s'en prévaloir ».

n'aurait pas été approprié puisque le demandeur aurait été inclus et le serait resté dans la qualité sans pourtant accéder au statut.

Une autre interprétation fut adoptée, qui est l'interprétation dominante. Elle consiste à appliquer le 1A à toute personne demandant le statut pour ensuite décider que la convention (ce 1A y compris) lui est inapplicable. Pratiquement, cela signifie qu'il faut procéder d'abord à l'applicabilité du terme réfugié au demandeur, c'est-à-dire à l'éligibilité à sa qualité de réfugié, pour ensuite lui opposer l'inapplicabilité de la convention. Cette solution pose un problème logique qui consiste à appliquer une disposition de la convention (le 1A) à une personne à laquelle on décide de ne pas appliquer cette convention. Elle pose également un problème pratique qu'on verra plus précisément qui consiste à affirmer qu'une personne craint bien des persécutions mais peut être remise à son persécuteur puisque la protection contre une telle remise posée par l'article 33 de la convention n'est applicable qu'aux réfugiés auxquels toute la convention est applicable, lequel article 33, en tant que règle spéciale fait échec à l'application à eux de la règle coutumière correspondante (on verra plus loin la difficile articulation entre les articles 1A, 1F et 33)). C'est pourtant ainsi que le texte est généralement interprété : il est considéré que l'article 1F concerne non seulement la qualité de réfugié mais également le statut qui y est attaché avec cette nuance que l'inapplicabilité de la convention qu'il prescrit ne vaut pas pour le A... Seule cette approche peut expliquer l'utilisation dans la pratique du terme « exclusion » qui est absent de la convention elle-même : les demandeurs entrant dans ce schéma sont d'abord inclus dans la qualité avant d'en être exclus pour une raison autre que celles posées dans le A, aune inclusion dans le statut n'étant quant à elle opérée) Elle ne la justifie cependant pas pour deux raisons : d'une part, on l'a dit, il n'est pas entièrement exclu du champ d'application de la convention puisque le 1A lui est, au moins transitoirement, applicable ; d'autre part, car l'individu qui entre dans le champ de l'article 1F n'a jamais été véritablement « inclus » dans la qualité de réfugié (il n'est pas un réfugié au sens de la convention) sauf à titre préliminaire dans le raisonnement conduisant à dire qu'il ne mérite pas la protection. L'exclu est donc dans la pratique dominante celui dont l'autorité d'éligibilité dit qu'il craint avec raison des persécutions mais ne mérite pas la qualité de réfugié dont découle l'applicabilité à lui des dispositions substantielles de la convention de 1951. Ce hiatus entre le besoin reconnu de protection et l'absence d'une telle protection par la convention explique en large partie les difficultés relatives à l'exclusion, notamment en matière d'extradition.

### *Les autres énoncés internationaux*

Bien qu'on réfléchira ici essentiellement à partir de la convention de 1951, il convient de noter que cette institution de l'exclusion se trouve également dans la convention de l'OUA régissant les aspects propres aux problèmes des réfugiés en Afrique<sup>10</sup>.

On trouve également une disposition obéissant au même principe sinon aux mêmes modalités, aux articles 12 et 17 de la Directive 2004/83/CE du Conseil de l'Union européenne du 29 avril 2004 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, et relative au contenu de ces statuts. Ces articles, intitulés « Exclusion », concernent respectivement les demandeurs du statut de réfugié et les demandeurs de la protection subsidiaire<sup>11</sup>. De même, l'article 28 § 1 de la directive 2001/55/CE du Conseil du 20 juillet

---

<sup>10</sup> *R.T.N.U.*, vol. 1001, I-14691, article I.5 : « Les dispositions de la présente Convention ne sont pas applicables à toute personne dont l'Etat d'asile a des raisons sérieuses de penser : a) qu'elle a commis un crime contre la paix, un crime de guerre ou un crime contre l'humanité, au sens des instruments internationaux élaborés pour prévoir des dispositions relatives à ces crimes ; b) qu'elle a commis un crime grave de caractère non politique en dehors du pays d'accueil avant d'être admise comme réfugiée ; c) qu'elle s'est rendue coupable d'agissements contraires aux objectifs et aux principes de l'Organisation de l'Unité Africaine ; d) qu'elle s'est rendue coupable d'agissements contraires aux buts et aux principes des Nations Unies ». Le HCR estime dans sa note de 2008 que deux autres clauses, bien que formulées comme « clauses de cessation » « reposent en fait sur des considérations d'exclusion. Il s'agit de l'article I(4)(f) (« La présente Convention cesse de s'appliquer dans les cas suivant à toute personne jouissant du statut de réfugié : [...] si elle a commis un crime grave de caractère non politique en dehors du pays d'accueil après y avoir été admise comme réfugiée ») et de l'article I(4)(g) (« si elle a enfreint gravement les buts poursuivis par la présente Convention »). Voir également l'article 12 de la convention interaméricaine contre le terrorisme de 2002 qui stipule que chaque Etat partie doit prendre les mesures appropriées, conformément au droit national et au droit international, pour garantir que le statut de réfugié n'est pas accordé à une personne pour laquelle il y a de sérieuses raisons pour considérer qu'elle a commis une infraction établie dans un des instruments mentionnés à l'article 2 [relatifs à la répression de crimes internationaux]. L'article 13 pose la même règle pour le refus d'octroyer l'asile.

<sup>11</sup> Selon le paragraphe 2 du premier : « Tout ressortissant d'un pays tiers ou apatride est exclu du statut de réfugié lorsqu'il y a des raisons sérieuses de penser : a) qu'il a commis un crime contre la paix, un crime de guerre ou un crime contre l'humanité au sens des instruments internationaux élaborés pour prévoir des dispositions relatives à ces crimes ; b) qu'il a commis un crime grave de droit commun en dehors du pays de refuge avant d'être admis comme réfugié, c'est-à-dire avant la date d'obtention du titre de séjour délivré sur la base du statut de réfugié ; les actions particulièrement cruelles, même si elles sont commises avec un objectif prétendument politique, pourront recevoir la qualification de crimes graves de droit commun ; c) qu'il s'est rendu coupable d'agissements contraires aux buts et aux principes des Nations Unies tels qu'ils figurent dans le préambule et aux articles 1 et 2 de la Charte des Nations Unies », le paragraphe 3 précisant : « Le paragraphe 2 s'applique aux personnes qui sont les instigatrices des crimes ou des actes visés par ledit paragraphe, ou qui y participent de quelque autre manière ».

L'article 17 prévoit une exclusion beaucoup plus large : « 1. Un ressortissant d'un pays tiers ou un apatride est exclu des personnes pouvant bénéficier de la protection subsidiaire s'il existe des motifs sérieux de considérer : a) qu'il a commis un crime contre la paix, un crime de guerre ou un crime contre l'humanité au sens des instruments internationaux élaborés pour prévoir des dispositions relatives à ces crimes ; b) qu'il a commis un crime grave de droit commun ; c) qu'il s'est rendu coupable d'agissements contraires aux buts et aux principes des Nations Unies tels qu'ils sont énoncés dans le préambule et aux articles 1 et 2 de la Charte des Nations Unies ; d) qu'il représente une menace pour la société ou la sécurité de l'Etat membre dans lequel il se trouve. 2. Le paragraphe 1 s'applique aux personnes qui sont les instigatrices des crimes ou des actes visés par ledit paragraphe, ou qui y participent de quelque autre manière. 3. Les Etats membres peuvent exclure tout

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 Etats membres pour accueillir ces personnes et supporter les conséquences de cet accueil prévoit que les Etats membres peuvent exclure du bénéfice de cette protection certaines personnes<sup>12</sup>.

### I. Le statut d'exclu à la confluence de plusieurs branches du droit

D'une manière générale, le statut de l'exclu est à la confluence de plusieurs branches du droit qui ne coïncident pas : le droit des réfugiés, le droit de l'asile, le droit de l'extradition, le droit des droits de l'homme, le droit pénal ainsi que, de plus en plus, le droit de la paix et de la sécurité internationales (en particulier en matière de terrorisme<sup>13</sup>), chaque branche ayant une dimension internationale et interne.

---

ressortissant d'un pays tiers ou apatride des personnes pouvant bénéficier de la protection subsidiaire si, avant son admission dans l'Etat membre, il a commis un ou plusieurs crimes qui ne relèvent pas du champ d'application du paragraphe 1 et qui seraient passibles d'une peine de prison s'ils avaient été commis dans l'Etat membre concerné, et s'il n'a quitté son pays d'origine que dans le but d'échapper à des sanctions résultant de ces crimes ».

L'art. L. 712-2 du CESEDA énonce également des cas d'exclusion plus larges que la convention de 1951 : « La protection subsidiaire n'est pas accordée à une personne s'il existe des raisons sérieuses de penser : a) Qu'elle a commis un crime contre la paix, un crime de guerre ou un crime contre l'humanité ; b) Qu'elle a commis un crime grave de droit commun ; c) Qu'elle s'est rendue coupable d'agissements contraires aux buts et aux principes des Nations unies ; d) Que son activité sur le territoire constitue une menace grave pour l'ordre public, la sécurité publique ou la sûreté de l'Etat ».

<sup>12</sup> Celles « a) dont on aura des raisons sérieuses de penser : i) qu'elles ont commis un crime contre la paix, un crime de guerre ou un crime contre l'humanité, au sens des instruments internationaux élaborés pour prévoir des dispositions relatives à ces crimes ; ii) qu'elles ont commis un crime grave de droit commun en dehors de l'Etat membre d'accueil avant d'y être admises en tant que bénéficiaires de la protection temporaire. La gravité de la persécution à laquelle il faut s'attendre doit être considérée par rapport à la nature du crime dont l'intéressé est soupçonné. Les actions particulièrement cruelles, même si elles sont commises avec un objectif prétendument politique, peuvent recevoir la qualification de crimes graves de droit commun. Cela vaut pour les participants au crime comme pour les investigateurs de celui-ci ; iii) qu'elles se sont rendues coupables d'agissements contraires aux buts et aux principes des Nations Unies ; b) dont on aura des motifs raisonnables de penser qu'elles représentent un danger pour la sécurité nationale de l'Etat membre d'accueil ou, ayant été l'objet d'une condamnation définitive pour un crime ou délit particulièrement grave, qu'elles constituent une menace pour la communauté de cet Etat membre d'accueil ».

<sup>13</sup> Le Conseil de sécurité énonce ainsi régulièrement une sorte d'obligation d'exclusion des terroristes. Ainsi, *in* S/RES/1373 (2001) du 28 septembre 2001, il demanda à tous les Etats, notamment, de prendre les mesures appropriées, conformément au droit international, y compris les normes internationales relatives aux droits de l'homme, afin de s'assurer, avant d'octroyer le statut de réfugié, que les demandeurs d'asile n'ont pas organisé ou facilité la perpétration d'actes de terrorisme et n'y ont pas participé, ainsi que de veiller, conformément toujours au droit international, à ce que les auteurs ou les organisateurs d'actes de terrorisme ou ceux qui facilitent de tels actes ne détournent pas à leur profit le statut de réfugié. De même, *in* S/RES/1624 (2005) du 14 septembre 2005, le Conseil appela tous les Etats à adopter des mesures qui peuvent être nécessaires et appropriées, dans le respect de leurs obligations internationales, pour, notamment, « Refuser l'asile à toute personne au sujet de laquelle on dispose d'informations crédibles et pertinentes selon lesquelles il existe des raisons sérieuses de penser qu'elle est coupable d'une [incitation à commettre un ou des actes de terrorisme] ». V. également, expressément, A/RES/60/288 intitulée « La stratégie antiterroriste mondiale de l'Organisation des Nations Unies », Annexe, II.7 où les Etats se dirent déterminés à « Prendre les mesures voulues, avant d'accorder l'asile, pour veiller à ce que le demandeur ne soit pas engagé dans des activités terroristes et, après

### 1.1. Le triptyque Droit des réfugiés / droit de l'extradition / droit de l'asile

L'histoire et l'intelligence du droit international des réfugiés doit se comprendre, d'abord, en regard du droit relatif à l'asile, lequel doit lui-même être appréhendé à la lumière de l'histoire du droit relatif à l'extradition en tant que, s'il n'en est certes pas issu, son évolution a été marquée par celle de ce dernier<sup>14</sup>. Et si ces droits sont aujourd'hui en partie distincts, ils sont portés par des problématiques voisines : Tel individu réclamé pour une infraction doit-il ou peut-il être remis à l'Etat étranger requérant ou mérite-t-il, peut-il ou doit-il recevoir protection contre cet Etat, cette protection pouvant consister dans l'asile territorial, dans l'octroi du statut de réfugié ou dans une simple tolérance ?<sup>15</sup> Cette problématique est vieille comme ces deux institutions : l'asile est-il ouvert à tous, y compris les criminels qui fuient le jeu normal de la justice de leur Etat de nationalité ou doit-il être réservé à une catégorie particulière – et comment déterminer celle-ci – d'étrangers ?<sup>16</sup> Les réponses données à ces questions par le droit de l'extradition, le droit de l'asile puis le droit des réfugiés ont pu changer dans le temps en sorte que leurs relations restent encore aujourd'hui très complexes.

Pour se faire une idée des problèmes ainsi rencontrés, on peut examiner ces droits par couples.

---

avoir accordé l'asile, pour veiller à ce que le statut de réfugié ne soit pas utilisé d'une manière contraire aux dispositions visées au paragraphe 1 de la section III ci-dess[ous] » et A/RES/62/159, § 6, où l'Assemblée générale « Prie *instamment* les Etats [...] d'examiner dans le strict respect de cette obligation [de non-refoulement] et des autres garanties légales, la validité d'une décision accordant le statut de réfugié à une personne s'il apparaît, au vu d'éléments de preuve fiables et pertinents, que celle-ci a commis des actes criminels quels qu'ils soient, y compris des actes terroristes, tombant sous le coup des clauses d'exclusion prévues dans le droit international des réfugiés ».

<sup>14</sup> Sur ce point, entre autres, D. ALLAND, « Le dispositif international du droit de l'asile », *op. cit.*, pp. 21-23 et 66-68 et V. CHETAIL, « Théorie et pratique de l'asile en droit international classique : étude sur les origines conceptuelles et normatives du droit international des réfugiés », *R.G.D.I.P.*, t. CXV, 2011-3, pp. 625-652, 634.

<sup>15</sup> V. déjà C. BECCARIA (1738-1794), *Des délits et des peines* (1764), trad. M. Chevallier, Paris, Flammarion, GF n° 1267, 1991, 182 p., § XXXV « Du droit d'asile », p. 157 : « [L]e droit d'asile est-il juste, et l'usage établi entre les nations de se rendre réciproquement les coupables est-il utile ou non ? [...]. Entre l'impunité et l'asile il n'y a qu'une différence de degré et, comme la certitude du châtement fait plus d'impression que sa rigueur, les asiles invitent plus au crime que les peines n'en éloignent. Multiplier les asiles, c'est former autant de petits Etats souverains, car là où l'on échappe au pouvoir des lois il peut s'en établir de nouvelles, opposées aux lois communes et d'un esprit contraire à celui de la société dans son ensemble. Toute l'histoire montre que les asiles ont donné naissance à de grandes révolutions dans les Etats et dans les idées. Mais est-il donc utile que les nations se rendent réciproquement leurs criminels ? Sans doute, la conviction de ne pas trouver le moindre coin de terre où les véritables délits ne soient pas punis serait un moyen efficace de les prévenir. Mais je n'oserais trancher cette question tant que des lois plus conformes aux besoins de l'humanité, des peines plus modérés, des esprits affranchis de l'arbitraire et de l'opinion n'assureront pas les droits de l'innocence opprimée et de la vertu bafouée, tant que la raison universelle qui unit toujours plus étroitement les intérêts du trône à ceux des sujets n'aura pas relégué la tyrannie dans les vastes plaines de l'Asie ».

<sup>16</sup> V. notamment D. ALLAND, « Le dispositif international du droit de l'asile », *op. cit.*, pp. 18 ss.

### 1.1.1. Asile et statut de réfugié

Il faut immédiatement faire attention au fait que les « exclus » ne le sont que de la convention relative au statut de réfugié (ou d'un autre texte mentionné *supra*), ce qui ne veut pas dire qu'ils sont exclus de l'asile qu'un Etat partie à la convention (ou à cet autre instrument) voudrait leur accorder et pourrait unilatéralement leur accorder même en leur refusant le statut de réfugié. Car l'« asile » et le « statut de réfugié » (ou plus généralement la « protection des réfugiés ») sont deux institutions distinctes<sup>17</sup>.

1° L'asile est en effet une « protection » qui ne s'articule pas autour de la persécution. Sa première acceptation consistait plutôt dans une protection contre des poursuites judiciaires, même non persécutrices<sup>18</sup> et aujourd'hui encore, un Etat peut accorder l'asile à un individu indépendamment de toute question de persécution et donc d'un « droit » à se voir reconnaître la qualité de réfugié. En ce sens, l'histoire de l'asile montre bien qu'il a joué d'abord et pendant longtemps, non pour protéger des individus de persécutions mais plutôt des criminels de droit commun (y compris donc ceux dont la convention de 1951 dit aujourd'hui qu'ils sont exclus du bénéfice du statut de réfugié) de l'action de la justice<sup>19</sup> avant, finalement et après des évolutions sur lesquelles on ne peut revenir ici, de bénéficier aux criminels politiques et persécutés et non aux criminels de droit commun (visés aujourd'hui à l'article 1 F b) de la convention de 1951) grâce en particulier à la clause de non extradition pour infraction politique.

2° De même leur régime est-il différent puisque l'asile n'est qu'un espace déterminé de protection sans présenter un régime particulier pour ceux qui en bénéficient tandis que le statut de réfugié octroyé sur le fondement de la convention de 1951 (ou autre protection prévue par un des instruments susmentionnés) est une protection internationale non exclusivement territoriale qui est déterminée par un régime juridique précis.

### 1.1.2. Droit des réfugiés et extradition

La complexité des rapports entre le droit des réfugiés et le droit de l'extradition tient à plusieurs facteurs.

<sup>17</sup> Cf. notamment en ce sens E. W. VIERDAG, « « Asylum » and « Refugee » in International Law », *N.I.L.R.*, Vol. 24 – Issue 1-2, 1977, pp. 287-303, *passim*.

<sup>18</sup> V. en ce sens, entre autres, J. FITZPATRICK, « The Post-Exclusion Phase : Extradition, Prosecution and Expulsion », *International Journal of Refugee Law*, 2000, pp. 272-292, 273 ; D. ALLAND, « Le dispositif international du droit de l'asile. Rapport général », *op. cit.*, p. 18 au sujet de certains exemples d'asiles grecs et romains.

<sup>19</sup> V. notamment D. ALLAND, *op. cit.* ; J. FITZPATRICK, *op. cit.*, p. 273.

1° Ces deux « branches » du droit international utilisent des concepts communs, en particulier la qualification de l'infraction comme politique ou de droit commun [et jouent toutes les deux sur ces concepts, notamment au sujet du terrorisme], la gravité du crime de droit commun [seul le crime « grave » de droit commun justifie l'exclusion de l'article 1 F b) et les traités d'extradition exigent souvent un minimum de gravité du crime ou de la peine encourue pour justifier l'extradition] ou encore le motif de la demande d'extradition ou de la fuite d'un Etat. Mais cette utilisation est faite dans des logiques qui ne sont pas identiques [sauf semble-t-il, aujourd'hui, en matière de terrorisme dont la « déqualification » en crime de droit commun (voir *infra*) permet simultanément qu'il soit rangé dans le 1 F b) et qu'il entre dans le champ de l'obligation d'extrader]<sup>20</sup>. Ainsi ces deux droits ont-ils évolué au regard de l'évolution de la pensée politique et juridique et des pratiques, notamment autour de ces concepts de crime politique ou de droit commun et de crime particulièrement grave car le droit des réfugiés a tenu à ne pas admettre sous sa protection certains types de crimes.

2° De même, les deux institutions que constituent l'exclusion et l'extradition n'ont pas le même effet. Ainsi, l'exclusion n'équivaut pas à remettre la personne aux autorités de l'Etat requérant (parce que, par exemple, l'Etat requis peut (ou doit) juger lui-même l'exclu sous certaines conditions et peut lui accorder l'asile « territorial ») ni à lui refuser l'asile ou un droit de séjour<sup>21</sup>. De son côté, l'extradition va plus loin que le refus de l'asile et encore plus loin, ainsi que noté par le représentant français lors des travaux préparatoires de la convention de 1951 qui distingua bien plusieurs fois l'asile du statut de réfugié<sup>22</sup>, que l'exclusion du statut de réfugié. Si, dit autrement, l'octroi du statut et l'exclusion peuvent avoir quelque chose à voir avec l'extradition et une extradition avec l'exclusion, il n'y a pas d'identité ni

---

<sup>20</sup> V. ainsi UNHCR, Protection Policy and Legal Advice Section, Department of International Protection, 4 septembre 2003, *Note d'information sur l'application des clauses d'exclusion : article 1F de la Convention de 1951 relative au statut des réfugiés*, § 41 : « La pratique des Etats relative au concept de « droit commun » est variée, certaines juridictions empruntant plus que d'autres les approches employées en matière de droit de l'extradition ». D'ailleurs le HCR lui-même établit un lien dans la même note : « De plus en plus, les traités d'extradition spécifient que certains crimes, en particulier ceux qualifiés d'actes de terrorisme, doivent être considérés comme de droit commun de par leurs objectifs (bien que de tels traités contiennent également habituellement des clauses de non-persécution). Une telle indication est importante pour déterminer l'élément politique d'un crime dans le contexte de l'article 1F mais doit néanmoins être prise en compte à la lumière de tous les facteurs pertinents ».

<sup>21</sup> En ce sens, notamment, CE, 16 octobre 2009, *Kanziga [veuve Habyarimana] c. OFPRA*, n° 311793, publié aux *Tables*, *R.G.D.I.P.* 2010.662, note C. BRAMI : « la décision qui se prononce sur le droit au bénéfice du statut de réfugié et à la protection subsidiaire n'a par elle-même ni pour objet ni pour effet de conférer ou de retirer au demandeur le droit de séjourner en France ni de fixer le pays de destination où il devrait le cas échéant être reconduit ».

<sup>22</sup> Conférence de plénipotentiaires sur le statut des réfugiés et des apatrides : Compte rendu analytique de la vingt-neuvième séance, tenue au Palais des Nations, à Genève, le jeudi 19 juillet 1951, à 15 heures, A/CONF.2/SR.29, 28 novembre 1951.

même parallélisme des actes mais au mieux une pertinence réciproque qui dépend d'un très grand nombre de paramètres.

En ce sens, les normes relatives à ces différentes institutions ne renvoient pas souvent les unes aux autres car la question de l'asile s'est émancipée de la question extraditionnelle dans laquelle a pu être fondue un moment<sup>23</sup> et la question des réfugiés de celle de l'asile. Ainsi, ni la convention de 1951 ni les autres instruments en matière de statut de réfugié ne se réfèrent expressément aux questions de l'asile, de l'extradition ou du jugement des exclus<sup>24</sup>. De leur côté, les normes en matière d'extradition ne se réfèrent pas expressément, sauf rares exceptions<sup>25</sup>, au droit des réfugiés ou à l'asile. Tout se passe donc dans une sorte de « non-dit » ou « entre-dit » normatif : on peut penser l'un par rapport à l'autre sans déterminer expressément leurs relations réciproques, l'asile se perdant dans les confins entre le droit de l'extradition et le droit des réfugiés. Si, ainsi, le refus d'extrader pour infraction politique a pu paraître comme une forme de l'asile, il n'a jamais été posé ainsi par les normes relatives à l'extradition pendant que le droit des réfugiés a pu consacrer des motifs d'exclusion qui auraient très bien pu faire l'objet de normes extraditionnelles (on pense précisément aux motifs d'exclusion de l'article 1F de la convention de 1951), mais sans se référer à celles-ci. Cela s'explique parce que leur objet est différent - coopération judiciaire en matière pénale

---

<sup>23</sup> V. notamment V. CHETAIL, « Théorie et pratique de l'asile en droit international classique : étude sur les origines conceptuelles et normatives du droit international des réfugiés », *op. cit.*, p. 649.

<sup>24</sup> La question des rapports entre la convention de 1951 et les traités d'extradition a été très peu développée lors de la Conférence des plénipotentiaires. On peut cependant citer les représentants de la Belgique, d'Israël et du Royaume-Uni *in* Conférence de plénipotentiaires sur le statut des réfugiés et des apatrides : Compte rendu analytique de la vingt-quatrième séance, tenue au Palais des Nations à Genève le mardi 17 juillet 1951, à 9 heures 30, A/CONF.2/SR.24 ainsi que le représentant du H.C.R. qui demanda de faire concorder le statut du H.C.R. qui se réfère aux traités d'extradition et le texte de la convention tel que négocié à ce moment : « Il y a lieu de relever qu'aux termes du statut du Haut Commissariat pour les réfugiés (A/CONF.2/4), chapitre II, paragraphe 7 d), trois catégories de « réfugiés » ne relèvent pas de la compétence du Haut Commissaire : deux de ces catégories sont celles indiquées dans la section E du projet de convention et la troisième comprend les personnes qui ont commis un crime ou délit visé par les dispositions des traités d'extradition. Il serait peut-être indiqué de faire concorder les deux dispositions ». V. également les débats *in* Conférence de plénipotentiaires sur le statut des réfugiés et des apatrides : Compte rendu analytique de la vingt-neuvième séance, tenue au Palais des Nations, à Genève, le jeudi 19 juillet 1951, à 15 heures, A/CONF.2/SR.29, 28 novembre 1951 et les interventions de la France et de la Belgique, des Pays-Bas, de la Suède ainsi que de la Yougoslavie qui affirma que le problème de savoir si l'on doit accorder à des criminels le statut de réfugiés n'est pas le problème de l'extradition.

<sup>25</sup> Voir ainsi le lien entre extradition et asile dans la Résolution 3074 (XXVIII) de l'Assemblée générale des Nations Unies du 3 décembre 1973 portant Principes de la coopération internationale en ce qui concerne le dépistage, l'arrestation, l'extradition et le châtement des individus coupables de crimes de guerre et de crimes contre l'humanité, § 5 : « Les individus contre lesquels il existe des preuves établissant qu'ils ont commis des crimes de guerre et des crimes contre l'humanité doivent être traduits en justice et, s'ils sont reconnus coupables, châtiés, en règle générale, dans les pays où ils ont commis ces crimes. A cet égard, les Etats coopèrent pour tout ce qui touche à l'extradition de ces individus » ; § 7 : « Conformément à l'article premier de la Déclaration sur l'asile territorial, en date du 14 décembre 1967, les Etats n'accordent pas l'asile à des individus dont on a de sérieuses raisons de penser qu'ils ont commis un crime contre la paix, un crime de guerre ou un crime contre l'humanité ».

d'un côté, protection particulière ou non de certaines personnes fragiles de l'autre –<sup>26</sup> et que, par conséquent, leurs concepts et/ou critères ne sont pas tout à fait les mêmes (par exemple, il n'y a pas identité entre les crimes susceptibles de donner lieu à extradition et ceux pouvant justifier l'exclusion).

Bien sûr, l'institution de l'exclusion est au cœur de ces problématiques en tant qu'elle joue sur la protection accordée par le droit des réfugiés et, par conséquent et en creux, peut jouer sur l'extradition<sup>27</sup>.

Il convient à ce titre de souligner que les acteurs de ces mécanismes jouent de ces ambiguïtés. Tout d'abord, le « criminel » peut chercher à bénéficier de l'asile ou du statut de réfugié pour échapper à l'extradition (d'où les règles visant à empêcher l'abus de l'asile<sup>28</sup> et l'institution d'une clause d'exclusion). L'Etat requérant peut quant à lui vouloir utiliser la procédure extraditionnelle pour récupérer une personne aux fins de persécution (d'où l'établissement de clauses limitant l'obligation d'extrader si la demande est présentée aux fins de persécution ; v. *infra*). L'Etat requis aux fins d'extradition, enfin, peut être pris entre ces deux stratégies et peut vouloir en développer une lui-même, que ce soit en matière d'asile, en matière d'octroi ou non du statut de réfugié ou en matière de coopération judiciaire en matière pénale avec les autres Etats<sup>29</sup>.

---

<sup>26</sup> En ce sens, Conférence de plénipotentiaires sur le statut des réfugiés et des apatrides : compte rendu analytique de la seizième séance, 23 novembre 1951, A/CONF.2/SR.16, l'intervention du représentant du Conseil lors des débats sur l'article, alors 28, du projet de convention relatif à la défense d'expulsion et de refoulement sur les frontières des territoires où la vie ou la liberté du réfugié est menacée : « La question des traités d'extradition entre pays refuge et pays de persécution ne relève pas de la Conseil ».

<sup>27</sup> Voir ainsi UNHCR, Protection Policy and Legal Advice Section, Department of International Protection, 4 septembre 2003, *Note d'information sur l'application des clauses d'exclusion : article 1F de la Conseil de 1951 relative au statut des réfugiés*, par. 3 : « Le raisonnement qui sous-tend les clauses d'exclusion est double. Premièrement, certains actes sont tellement graves que leurs auteurs sont jugés indignes de bénéficier de la protection internationale en tant que réfugiés. Deuxièmement, le cadre de l'asile ne doit pas entraver la bonne marche de la justice à l'égard des grands criminels. Tout en gardant à l'esprit ces objectifs sous-jacents en interprétant les clauses d'exclusion, il doit être tenu compte de l'objectif humanitaire principal de la Conseil de 1951 ». De même, UNHCR, Section de la politique de protection et des conseils juridiques, Division des services de la protection internationale, *Note d'orientation sur l'extradition et la protection internationale des réfugiés*, avril 2008, §§ 61-62.

<sup>28</sup> V. J.-G. BLUNTSCHLI, *Le droit international codifié*, trad. M. C. Lardy, A. Rivier, 5<sup>ème</sup> ed., Paris, Guillaumin et Cie Editeurs, 1895, 602 p., article 396 : « Chaque Etat a le droit de donner asile sur son territoire aux personnes accusées de crimes politiques. Il n'est jamais tenu de les extrader ou de les expulser. Mais il a le droit d'empêcher que ces personnes n'abusent de l'asile pour menacer l'ordre public et la sécurité des autres Etats, et doit prendre les mesures nécessaires pour prévenir les actes de ce genre », l'auteur développant son propos dans la note 2 sous l'article où il semble que l'abus dont il est question est celui de profiter de l'asile pour continuer le crime politique et non celui de profiter d'une impunité pour des crimes de droit commun.

<sup>29</sup> Voir en ce sens la note 1 de J.-G. Bluntschli sous l'article 396 de son *Droit international codifié* : « Les nouveaux traités reconnaissent tous la distinction, contestée par quelques criminalistes, entre les délits politiques et les délits communs. Les Etats qui se prononcent en principe pour l'extradition de tous les criminels, et même des criminels politiques, accordent cependant de fait un asile aux réfugiés pour lesquels ils ont des sympathies. Les crimes politiques sont nécessairement dirigés contre la constitution et le système politique d'un Etat donné ; ils ne sont donc pas un danger pour les autres Etats. Il n'existe pas nécessairement de solidarité politique entre les divers gouvernements, et il peut arriver que les tendances et les principes de l'Etat qui demande l'extradition

## 1.2. L'influence d'autres branches du droit

Encore faut-il noter que d'autres branches du droit s'intéressent désormais aux mêmes questions. En plus des tensions entre droit de l'asile, droit des réfugiés et droit de l'extradition, se sont ainsi ajoutées de nouvelles avec l'apparition de normes, techniques et institutions qui régissent en partie les mêmes problèmes dans un esprit qui leur est propre et peut recouper ou au contraire entrer en collision avec les branches précitées.

1° D'une part, le droit international relatif aux droits de l'homme a pour objet de protéger toute personne, quelles que soient les infractions qu'elle ait pu commettre et qui donc peut ne pas mériter le statut de réfugié ni la protection de l'Etat requis mais ne pourrait pas non plus être extradée en toute situation.

2° D'autre part, le droit produit par le Conseil de sécurité dont l'objet principal est, aux fins de maintien ou d'établissement de la paix et de la sécurité internationales, d'assurer l'efficacité de la répression des personnes coupables de crimes qui, selon une qualification faite par lui, menaceraient ou rompraient la paix et la sécurité internationales. Ainsi, le Conseil peut-il décider du sort de catégories de personnes dont certaines peuvent relever de l'article 1F<sup>30</sup> et intervient même dans le jeu des qualifications pertinentes pour la mise en œuvre de ces droits<sup>31</sup>.

3° La question est compliquée également par le fait que, avec l'avènement de juridiction internationales ou internationalisées, les criminels susceptibles de relever d'une clause d'exclusion ne sont plus toujours justiciables de seuls tribunaux étatiques, mais de nouvelles juridictions à l'égard desquelles le mécanisme de l'extradition est étranger et que ce dernier

---

et de l'Etat qui donne asile à l'accusé, soient entièrement différents. Celui qu'on punit dans un pays comme coupable d'un crime politique, sera peut être regardé ailleurs comme un martyr de la liberté ; les autorités qui le poursuivent au nom du droit seront peut-être considérées dans un autre Etat comme ennemies du droit et de la justice. Sans même que les opinions soient aussi diamétralement opposées, on voit parfois les juges se laisser facilement influencer dans les procès politiques par la passion, l'ambition, la crainte du gouvernement ou d'un parti puissant ».

<sup>30</sup> V. *infra* et, par exemple, la résolution 978 du 27 février 1995 dans l'affaire rwandaise où le Conseil, § 5 : « Prie instamment les Etats sur le territoire desquels des actes de violence grave se sont produits dans les camps de réfugiés d'arrêter et de mettre en détention, conformément à leur législation nationale et aux normes applicables du droit international, et de soumettre aux autorités chargées d'exercer des poursuites les personnes contre lesquelles il existe des preuves suffisantes qu'elles ont incité à de tels actes ou qu'elles y ont participé [...] ».

<sup>31</sup> V. ainsi l'importante résolution 1373 du 28 septembre 2001, en particulier son paragraphe 2, où il décida que les Etats doivent refuser de donner refuge à ceux qui financent, organisent, appuient ou commettent des actes de terrorisme ou en recèlent les auteurs ; veiller à ce que toutes personnes qui participent au financement, à l'organisation, à la préparation ou à la perpétration de tels actes ou qui y apportent un appui soient traduites en justice et à ce que ces actes soient érigés en infractions graves dans leur droit national et à ce que la peine infligée soit à la mesure de la gravité des actes.

n'est plus la seule technique de remise d'un criminel à un tribunal compétent pour le poursuivre, juger ou punir.

4° Le statut de l'exclu dépend encore des interactions entre le droit international et le droit interne. En effet, et par exemple, la France a intégré l'article 1<sup>er</sup> de la convention de 1951 dans le traitement d'une question plus large que celle du droit des réfugiés, le droit de l'asile, les deux questions étant très mal distinguées<sup>32</sup>. Car le droit français reconnaît également un droit d'asile indépendant du droit au statut international de réfugié ainsi que cela est prévu dans le préambule de la Constitution de 1946 (« Tout homme persécuté en raison de son action en faveur de la liberté a droit d'asile sur les territoires de la République »<sup>33</sup>). Sur un autre plan, le droit interne peut comprendre des normes applicables en matière d'extradition qui pourront commander l'issue du processus, indépendamment ou cumulativement avec des énoncés internationaux, notamment des normes ayant pour objet la protection de certains droits de l'homme et de l'enfant ou des considérations humanitaires.

### ***1.3. L'absence de système articulé***

Un constat, toutefois, est simple à faire : il n'existe aucun système articulé qui gouverne le statut des exclus en droit international comme à notre connaissance en droit étatique, notamment la question de leur soumission à un juge devant lequel ils seraient appelés à répondre des crimes pour le soupçon desquels ils ont été exclus<sup>34</sup>. La coexistence des différents corpus susmentionnés conduit au fait que les questions de l'extradition [comme de l'expulsion ou du jugement par l'Etat qui accueille la demande de statut de réfugié] et l'exclusion ne se rencontrent que de manière « fortuite »<sup>35</sup>. Certes, l'exclusion pourrait dans certaines circonstances être suivie d'une extradition. Cependant elle ne saurait y conduire elle-même, notamment parce que l'Etat requis peut en vertu du droit de l'extradition ne pas être tenu d'extrader et même s'estimer tenu de ne pas extrader ou parce que d'autres normes,

---

<sup>32</sup> Ainsi, l'article L. 711-1 du Code de l'entrée et du séjour des étrangers et du droit d'asile énonce : « La qualité de réfugié est reconnue à toute personne persécutée en raison de son action en faveur la liberté ainsi qu'à toute personne sur la laquelle le haut-commissariat des Nations unies pour les réfugiés exerce son mandat aux termes des articles 6 et 7 de son statut tel qu'adopté par l'Assemblée générale des nations Unies le 14 décembre 1950 ou qui répond aux définitions de l'article 1<sup>er</sup> de la Convention de Genève du 28 juillet 1951 relative au statut des réfugiés. Ces personnes sont régies par les dispositions applicables aux réfugiés en vertu de la Convention de Genève susmentionnée ».

<sup>33</sup> En outre, l'article 53-1, § 2 précise bien, après avoir un renvoi implicite au règlement Dublin II : « même si la demande [en matière d'asile] n'entre pas dans leur compétence en vertu de ces accords, les autorités de la République ont toujours le droit de donner asile à tout étranger persécuté en raison de son action en faveur de la liberté ou qui sollicite la protection de la France pour un autre motif »

<sup>34</sup> V. en ce sens J. FITZPATRICK, « The Post-Exclusion Phase : Extradition, Prosecution and Expulsion », *op. cit.*, p. 272.

<sup>35</sup> V. en ce sens *ibidem, passim*.

même si l'extradition était possible voire obligatoire en vertu du droit applicable à ce mécanisme, le lui interdiraient, notamment l'interdiction de refoulement posée par des normes de protection des droits de l'homme.

Si on veut, en somme, faire les liens entre les différents corps de normes susceptibles d'être appliqués, il y a trois hypothèses envisageables, étant précisé que l'exclusion ne commande rien en elle-même en matière d'extradition, mais est seulement un des éléments à prendre en compte que la logique de notre contribution exige de considérer en premier : 1° L'exclu doit être extradé ; 2° L'exclu peut ou non être extradé ; 3° L'exclu ne peut pas être extradé, non pas sur le fondement du droit des réfugiés (car le principe de non-refoulement de 1951 ne s'applique pas aux non réfugiés et le droit à l'unité familiale ne bénéficierait pas aux exclus pour bénéficier de la convention<sup>36</sup>), mais sur celui des droits de l'homme (en particulier le principe de non-refoulement) ou du droit de l'extradition applicable (par exemple, une clause de « non persécution » (v. *infra*)). Ces trois solutions dépendront bien sûr de l'interprétation des différents droits en vigueur par les différentes autorités susceptibles d'être saisies des deux questions ainsi que du standard de preuve appliqué par elles puisque les textes internationaux ne se réfèrent pas aux mêmes standards en la matière.

Nous n'articulerons pas les développements qui suivent sur ces trois hypothèses car l'entremêlement des normes qui les commandent conduirait à des développements inégaux et répétitifs. On raisonnera par corps de normes applicables pour aller du moins prescriptif au plus. Disons déjà que le droit des réfugiés (le seul auquel doit s'intéresser en principe l'autorité chargée de l'éligibilité) n'interdisant ni n'obligeant l'extradition, la question est régie par d'autres normes. Le droit international des droits de l'homme ne s'y opposant sauf cas particuliers, l'essentiel dépendra, hors intervention du Conseil de sécurité, de l'existence ou non d'un traité d'extradition ou d'une clause d'extradition d'un traité relatif à la répression d'un crime international applicable.

C'est donc par touches successives que nous pourrons au mieux saisir la question posée dès l'abord.

---

<sup>36</sup> Sue ce dernier point, UNHCR, 4 septembre 2003, *Principes directeurs sur la protection internationale : Application des clauses d'exclusion : article 1F de la Convention de 1951 relative au statut des réfugiés*, HCR/GIP/03/05, § 29 : « Lorsque le requérant principal est exclu du statut de réfugié, les personnes à sa charge devront établir qu'elles peuvent bénéficier du statut de réfugié pour des motifs personnels. Si ces dernières sont reconnues au titre de réfugiée, la personne exclue ne pourra pas bénéficier de l'unité de famille pour s'assurer une protection ou une assistance en tant que réfugié ». D'ailleurs, ainsi que souligné par G. Gilbert, le fait que le chef de famille a été exclu peut être un indice que les autres membres de la famille risqueraient des persécutions (*in Current issues in the Application of the Exclusion Clauses*, 2001 cité in ELENA, *International course on the application of Article 1C and Article 1F of the 1951 Convention Relating to the Status of Refugees*, 17-19 January, 2003, Denmark, § 5.5).

## II. L'indifférence du droit des réfugiés à l'égard de l'extradition de l'exclu

La convention de Genève de 1951 ne s'intéresse pas à la question de l'extradition ni à celle du jugement des exclus puisqu'elle ne pose pas d'interdiction ou d'obligation d'extrader les exclus ni de juger ceux-ci ni encore ne pose l'interdiction pour les Etats d'accorder à l'individu l'asile ou un droit de séjour pour d'autres motifs que la protection de la convention<sup>37</sup>.

Limitant le bénéfice du principe de non refoulement aux réfugiés, celle-ci semble permettre *a contrario* l'extradition de ceux qui sont déclarés ne pas mériter cette qualité. Toutefois, elle n'interdit pas aux Etats d'accorder l'asile à une personne à laquelle ils n'auraient pas donné le statut de réfugié sur le fondement de l'article 1 F.

### **2.1. Le silence de la convention de Genève concernant l'extradition**

Selon le texte de 1951, rien d'autre n'est précisé que l'inapplicabilité de la convention aux exclus, notamment sur la faculté, le droit, l'obligation ou l'interdiction pour un Etat de l'accueillir, de le poursuivre ou de l'expulser voire l'extrader<sup>38</sup>.

Le silence de la convention (ainsi que les autres conventions en matière de statut de réfugié) concernant les questions d'extradition ou de jugement des exclus<sup>39</sup> contraste avec la Déclaration universelle des droits de l'homme, le statut du HCR et la Constitution de l'OIR<sup>40</sup>

---

<sup>37</sup> En ce sens, UNHCR, 4 septembre 2003, *Principes directeurs sur la protection internationale : Application des clauses d'exclusion : article 1F de la Convention de 1951 relative au statut des réfugiés*, HCR/GIP/03/05, § 8.

<sup>38</sup> En ce sens, France, CE, 16 octobre 2009, *Kanziga [veuve Habyarimana] c. OFPRA*, n° 311793, *R.G.D.I.P.* 2010.662, note C. BRAMI : « Considérant [...] que la décision qui se prononce sur le droit au bénéfice du statut de réfugié et à la protection subsidiaire n'a par elle-même ni pour objet ni pour effet de conférer ou de retirer au demandeur le droit de séjourner en France ni de fixer le pays de destination où il devrait le cas échéant être reconduit ».

<sup>39</sup> Le représentant du Royaume-Uni avait bien noté que le projet de Convention ne mentionnait ni le droit d'asile ni le principe de l'extradition et prônait l'étanchéité des institutions : « A cet égard, l'action des Etats est régie par des traités portant spécialement sur l'extradition, il incomberait donc aux Etats de prendre les mesures nécessaires dans chaque cas particulier en tenant compte des obligations que leur imposent ces traités. L'article 28 ne parle que de l'expulsion ou du retour d'un réfugié, et M. Hoare préférerait qu'il ne fût fait mention de l'extradition à aucun endroit de la Convention, car c'est là comme il l'a déjà dit, une question dont le règlement doit être assuré par les arrangements relatifs à l'extradition qui sont en vigueur entre les divers pays » *in* Conférence de plénipotentiaires sur le statut des réfugiés et des apatrides : Compte rendu analytique de la vingt-neuvième séance, tenue au Palais des Nations, à Genève, le jeudi 19 juillet 1951, à 15 heures, A/CONF.2/SR.29, 28 novembre 1951.

<sup>40</sup> Alors que la Constitution de l'Organisation internationale pour les réfugiés s'inscrit essentiellement dans une optique de gestion des personnes déplacées, il est prescrit à l'annexe I, § 1 c) : « Ainsi qu'il est stipulé dans la

qui faisaient un lien entre statut et extradition puisqu'ils posaient l'exclusion de ceux qui veulent échapper à la justice « normale » de leur Etat.

On peut lire toutefois, dans un texte du HCR que l'exclusion a un « rôle » « comme moyen d'assurer que les fugitifs sont traduits en justice »...<sup>41</sup> Un tel rôle ne ressort évidemment pas de la Convention de 1951 qui n'impose pas à l'Etat qui procède à l'éligibilité de remettre celui qu'il aura « exclu » à un tribunal compétent (ni de le juger). On ne croit pas non plus qu'il découle du statut du HCR qui fait pourtant le lien entre protection et extradition<sup>42</sup> ni de l'article 14 de la Déclaration universelle des droits de l'homme<sup>43</sup>. Si ces deux textes, en effet, marquent bien la volonté de ne pas accorder la protection internationale à certains criminels et si le second place expressément la question de la non invocabilité du droit de demander asile « dans le cas de poursuites réellement fondées », ils n'obligent ni ne recommandent aucunement aux Etats qui les trouveraient sur leur territoire de les extraditer aux fins de faciliter leur poursuite ou châtement. Dit autrement, même s'ils peuvent paraître s'inspirer de l'idée qu'ils ne sauraient servir à protéger certains criminels du cours de la justice, ils ne sont pas rédigés dans les termes du droit de l'extradition et semblent s'inscrire

---

résolution adoptée le 16 février 1946 par le Conseil économique et social, aucune assistance internationale ne devra être accordée aux traîtres, quislings et criminels de guerre, et rien de devra empêcher qu'ils ne soient livrés et punis ». Or, ces personnes font partie de celles exclues, pour absence de mérite, ainsi qu'il découle du § 2 de la Section A de la première partie de la même annexe : « Sous réserve des dispositions des sections C et D et de celles de la deuxième partie de la présente Annexe concernant l'exclusion de la compétence de l'Organisation des criminels de guerre, des quislings et des traîtres, le terme « réfugié » s'applique aussi à [...] ». La clause d'exclusion est la deuxième partie de l'Annexe I intitulée « Personnes qui ne relèveront pas de la compétence de l'Organisation ». Il y était stipulé : « 1. Les criminels de guerre, quislings et traîtres. 2. Toutes autres personnes dont on peut prouver : a) qu'elles ont aidé l'ennemi à persécuter les populations civiles de pays qui sont membres de l'Organisation des Nations Unies ; ou b) qu'elles ont, depuis le début de la deuxième guerre mondiale, volontairement aidé les forces ennemies dans leurs opérations contre les Nations Unies ». D'ailleurs, le § 3 de la deuxième partie de l'Annexe mentionne comme partie ne relevant pas de la compétence de l'organisation « Les criminels de droit commun tombant sous le coup des dispositions des traités d'extradition ». La distinction entre les « méritants » et les non « méritants » figurait déjà clairement dans la résolution adoptée par l'Assemblée générale le 12 février 1946 (résolution de l'Assemblée générale des Nations Unies 8 (I), 12 février 1946, *Question des réfugiés*), sp. dans le préambule : « Reconnaissant [...] la nécessité de faire une distinction nette entre les réfugiés authentiques et les personnes déplacées d'une part, et les criminels de guerre, les Quislings et les traîtres [...] d'autre part » avant de se référer aux personnes qui font valoir des « raisons satisfaisantes » pour ne pas retourner dans leur pays d'origine, pourvu qu'elles ne tombent pas sous le coup du paragraphe (d). Ce dernier établissait un lien exprès entre asile/exclusion et extradition : « considère qu'aucune action entreprise en application de la présente résolution ne devra faire obstacle de façon quelconque à la livraison et au châtement des criminels de guerre, des Quislings et des traîtres conformément aux conventions et accords internationaux présents ou futurs ».

<sup>41</sup> UNHCR, *Note d'information sur l'application des clauses d'exclusion : article 1F de la Convention de 1951 relative au statut des réfugiés*, op. cit., § 4.

<sup>42</sup> Statut du HCR, § 7 : « Il est entendu que le mandat du Haut Commissaire, tel qu'il est défini au paragraphe 6 ci-dessus, ne s'exerce pas : [...] d) Sur les personnes dont on a des raisons sérieuses de penser qu'elles ont commis un délit visé par les dispositions des traités d'extradition ou un crime défini à l'article VI du Statut du tribunal militaire international approuvé à Londres ou par les dispositions de l'alinéa 2 de l'article 14 de la Déclaration universelle des droits de l'homme ».

<sup>43</sup> « 1. Devant la persécution, toute personne a le droit de chercher asile et de bénéficier de l'asile en d'autres pays. / 2. Ce droit ne peut être invoqué dans le cas de poursuites réellement fondées sur un crime de droit commun ou sur des agissements contraires aux buts et aux principes des Nations Unies ».

plutôt dans une autre logique qui serait celle de la sauvegarde de l'intégrité du système de protection internationale qu'ils posent ou auquel ils invitent en distinguant les demandeurs d'asile<sup>44</sup>.

Il convient cependant de noter la pratique onusienne consistant à affirmer expressément que la Convention de 1951 ne saurait servir de fondement à une protection des terroristes<sup>45</sup>, et implicitement que les actes de terrorisme relèvent de l'article 1 F c)<sup>46</sup>, tout cela en invitant à soumettre ceux-ci au régime de l'obligation d'extradition.

## 2.2. La question du bénéfice du principe de non-refoulement de 1951 pour les exclus

— Une interprétation littérale du texte du paragraphe 1 devrait conduire à estimer que l'article 33 ne bénéficie qu'aux réfugiés, ce que les exclus ne seraient pas en vertu du jeu du 1 F. C'est l'interprétation retenue par le HCR<sup>47</sup> ainsi que par le Conseil de sécurité<sup>48</sup> et plusieurs

---

<sup>44</sup> V. en ce sens les interventions du représentant de la France : « il est nécessaire, dans l'article qui définit le terme "réfugié", d'assurer le triage des réfugiés afin d'éliminer les criminels de droit commun. Il y a suffisamment de réfugiés de bonne foi pour que l'on ne confonde pas avec ceux-ci de vulgaires criminels de droit commun » et « Dans le cadre de la convention, l'article premier joue le rôle d'un filtre pour l'admission des réfugiés de bonne foi », in Conférence de plénipotentiaires sur le statut des réfugiés et des apatrides : Compte rendu analytique de la vingt-quatrième séance, tenue au Palais des Nations à Genève le mardi 17 juillet 1951, à 9 heures 30, 27 novembre 1951, A/CONF.2/SR.24 (v. aussi à la vingt-neuvième séance où il parle de l'entrée de réfugiés dont les agissements discréditeraient le statut) ; de même, celle du représentant de la R.F.A. : « L'objet réel de la section E de l'article premier est d'exclure du bénéfice de la Convention les individus considérés comme criminels, pour la raison qu'ils ne doivent pas être mis sur un pied d'égalité avec les réfugiés de bonne foi », in *ibidem*.

<sup>45</sup> V. notamment l'annexe à la résolution 51/210 de l'A.G.N.U. portant « Déclaration complétant la Déclaration de 1994 sur les mesures visant à éliminer le terrorisme international », préambule, cons. 6 : « Considérant que la convention relative au statut des réfugiés, faite à Genève le 28 juillet 1951, ne peut être invoquée pour protéger les auteurs d'actes de terrorisme » ; § 3 : « Les Etats membres de l'Organisation des Nations Unies réaffirment que les Etats devraient prendre les mesures voulues [...] pour s'assurer que le demandeur d'asile n'a pas participé à des activités terroristes [...] » et § 4 : « Les Etats membres de l'Organisation des Nations Unies soulignent que les demandeurs d'asile qui attendent qu'il soit donné suite à leur demande ne peuvent tirer parti de cette circonstance pour éviter d'être poursuivis pour avoir commis des actes de terrorisme ». V. également A/RES/60/158, 28 février 2006, § 5 : « *Prie instamment* les Etats de respecter pleinement l'obligation de non-refoulement imposée par le droit international des réfugiés et le droit international des droits de l'homme et, par ailleurs, d'examiner, dans le strict respect de cette obligation et des autres garanties légales, la validité d'une décision accordant le statut de réfugié à une personne s'il apparaît, au vu d'éléments de preuve fiables et pertinents, que celle-ci a commis des actes criminels quels qu'ils soient, y compris des actes terroristes, tombant sous le coup des clauses d'exclusion prévues dans le droit international des réfugiés » (de manière similaire, A/RES/62/159, 11 mars 2008, § 6).

<sup>46</sup> V. notamment l'annexe à la résolution 51/210 de l'A.G.N.U. précitée, § 2 : « Les Etats membres de l'Organisation des Nations Unies réaffirment que les actes, méthodes et pratiques terroristes sont contraires aux buts et principes des Nations Unies ; ils déclarent que sont également contraires aux buts et principes des Nations Unies, pour les personnes qui s'y livrent-scieusement, le financement et la planification d'actes de terrorisme et l'incitation à de tels actes ».

<sup>47</sup> V., entre autres, Comité permanent, 30 mai 1997, *Note sur les clauses d'exclusion*, EC/47/CS/CRP.29, § 25. De même UNHCR, Section de la politique de protection et des conseils juridiques, Division des services de la protection internationale, *Note d'orientation sur l'extradition et la protection internationale des réfugiés*, avril 2008, §§ 11 et 34.

juridictions nationales<sup>49</sup>. A priori, pour les mêmes raisons, un exclu pourrait être légalement extradé.

— Une difficulté réside toutefois dans le fait que les « exclus » au titre de l'article 1F ont d'abord – par « définition » et donc en principe dans le raisonnement qui a conduit à les déclarer exclus, même si la pratique sur ce point n'est pas uniforme<sup>50</sup> - été inclus. Cela signifie qu'ils répondent aux critères de l'article 1A<sup>51</sup>, donc qu'ils craignent avec raison des persécutions. Voilà des personnes craignant avec raison une persécution (sinon elles ne relèveraient tout simplement pas du A et, n'étant pas « incluses », ne pourraient logiquement être « exclues » si ce terme a bien une signification) mais ne bénéficiant pas de l'élément de protection établi par l'article 33 – la défense d'expulsion et de refoulement sur les frontières des territoires où leur vie ou liberté serait menacée « en raison de [leur] race, de [leur] religion, de [leur] nationalité, de [leur] appartenance à un certain groupe social ou de [leurs] opinions politiques » c'est-à-dire en cas de risque de persécution ...<sup>52</sup> – Pour parer à cette difficulté « morale », le H.C.R. estime – mais *praeter* ou *contra legem* – que la décision

---

<sup>48</sup> P. ex., S/RES/1624 (2005), 14 septembre 2005, préambule, cons. 7 : « *rappelant aussi* que les protections offertes par la Convention relative aux réfugiés et son Protocole ne s'appliquent pas à une personne au sujet de laquelle il existe des raisons sérieuses de penser qu'elle est coupable d'agissements contraires aux buts et principes des Nations Unies » (le Conseil réaffirmant au considérant suivant « que les actes, méthodes et pratiques terroristes sont contraires aux buts et principes de l'Organisation des Nations Unies et que le financement et l'organisation d'actes de terrorisme ou l'incitation à de tels actes en connaissance de cause sont également contraires aux buts et principes de l'Organisation des Nations Unies »).

<sup>49</sup> V. ainsi Suisse, Ire Cour de droit public, 7 novembre 2006, A. c. *Office fédéral de la justice*, CH TF 132 II 469, arrêt 1A.172/2006/1A.206/2006, § 2.5.

<sup>50</sup> Le HCR prévoit lui-même, sans grande attention à la signification des mots, que, parfois, l'exclusion peut être examinée avant l'inclusion in UNHCR, 4 septembre 2003, *Principes directeurs sur la protection internationale : Application des clauses d'exclusion : article 1F de la Convention de 1951 relative au statut des réfugiés*, HCR/GIP/03/05, § 31. Sur la diversité de la pratique des Etats, voire au sein d'un même Etat, et certaines de ses ambiguïtés, voir, entre autres, P. HOENIG, « Exclusion from Refugee Protection in Europe : An Attempt at Legal Conceptualization », *Refugee Watch*, Issue n° 29 <<http://www.mcrg.ac.in/rw%20files/RW29.htm#R2>> ; S. KAPFERER, « Exclusion Clauses in Europe – a Comparative Overview of State Practice in France, Belgium and the United Kingdom », *op. cit.*, pp. 215-217, ; J. SLOAN, « The Application of Article 1F of the 1951 Convention in Canada and the United States », *Int. J. Refugee Law* (2000) 12 (suppl 1), pp. 22-248, 229-230.

<sup>51</sup> En ce sens, entre autres UNHCR, Protection Policy and Legal Advice Section, Department of International Protection, 4 septembre 2003, *Note d'information sur l'application des clauses d'exclusion : article 1F de la Convention de 1951 relative au statut des réfugiés*, § 1 : les exclus « répondent par ailleurs aux conditions requises pour être reconnues comme réfugiées » ; UNHCR, 4 septembre 2003, *Principes directeurs sur la protection internationale : Application des clauses d'exclusion : article 1F de la Convention de 1951 relative au statut des réfugiés*, HCR/GIP/03/05, § 1 ; note du HCR de 2008, § 80 : « L'exclusion consiste à refuser la protection internationale accordée aux réfugiés à des personnes qui sinon répondraient aux critères de la définition du réfugié énoncés à l'article 1A(2) de la convention de 1951 mais pour lesquelles il y a des raisons sérieuses de penser qu'elles ont commis certains crimes graves ou actes abominables ». V. aussi, entre autres, France, Commission de l'immigration et du statut de réfugié (Section du statut de réfugié), 27 janvier 2000, M92-10133 ; France, CRR, 17 septembre 2007, *M. Kandiah Komethakathas*, n° 580965 ; France, CE, 7 avril 2010, n° 319840 ; France, CE, 26 janvier 2011, *M. Marcel A*, n° 312833.

<sup>52</sup> En ce sens, HCR, Comité permanent, 30 mai 1997, Note sur les clauses d'exclusion, EC/47/CS/CRP.29, § 5 : « Refuser de protéger une personne du retour dans le pays d'origine où elle a une crainte fondée de persécution peut se traduire par la poursuite de la persécution, ou pire ».

d'exclusion doit prendre en compte les risques de persécution du demandeur en cas de retour dans son pays d'origine<sup>53</sup>. Cette position, reprise par certaines jurisprudences nationales<sup>54</sup>, n'est certainement pas heureuse d'un point de vue méthodologique, la convention ne prescrivant pas cet examen et l'esprit de l'article 1 F s'en trouvant malmené. Certes, elle paraît répondre à une certaine « humanisation » de la phase d'exclusion puisque seraient pris en considération les risques de persécution. C'est cependant oublier qu'il ne saurait y avoir de « balance » ou « proportionnalité » à examiner à ce stade puisque l'exclusion ne consiste pas dans une remise de l'exclu à l'Etat persécuteur. C'est également oublier que ce jeu combiné de l'article 1 F tel que généralement interprété avec l'article 33 ne protège que ceux qui sont « dignes » de la protection conventionnelle.

Il y a donc un interstice dans la convention qui reconnaît que des personnes craignent des persécutions mais peuvent y être exposées. En ce sens, la convention de 1951 n'est pas une convention de protection des droits de l'homme ni un traité contre les persécutions en général, mais seulement contre celles qui affectent certaines personnes.

Si, cependant, l'exclu du statut ne jouit pas d'une interdiction de refoulement dans le cadre du droit international des réfugiés, il pourra tout de même faire échec à une extradition en invoquant un principe de non refoulement d'une autre origine, comme le droit de l'extradition lui-même et le droit international des droits de l'homme<sup>55</sup>.

### III. La protection de l'exclu contre l'extradition par le droit des droits de l'homme

L'interdiction d'extrader peut provenir indirectement (ou « par ricochet ») du droit international des droits de l'homme. Si celui-ci, en effet, n'a pas vocation à régir spécialement l'extradition, il connaît un principe de « non-refoulement » plus large que celui de la

---

<sup>53</sup> HCR, Comité permanent, 30 mai 1997, Note sur les clauses d'exclusion, EC/47/CS/CRP.29, § 18 : « Même si la nature grave et non politique d'un crime est établie, il faut procéder à un exercice comparatif avant d'invoquer cette clause d'exclusion. Cette comparaison aura pour but de s'assurer que l'exclusion ne se traduira pas par des souffrances plus grandes pour l'auteur que celles que justifient les crimes présumés. En conséquence, la gravité doit être évaluée en fonction du niveau de persécution auquel l'auteur sera probablement confronté dans le pays d'origine. Si la persécution crainte est si grave qu'elle mette en danger la vie ou la liberté de l'auteur, alors seul un délit extrêmement grave justifiera l'application de cette clause d'exclusion (note 9 : « Lorsque la comparaison entre la gravité du délit et le niveau de persécution craint penche en faveur de la non-exclusion, l'Etat accordant l'asile peut décider que le délit relève de sa compétence ») ».

<sup>54</sup> Pour un aperçu du caractère partagé de la jurisprudence des Etats européens, v. notamment P. HOENIG, *op. cit.*, § 2.

<sup>55</sup> En ce sens, UNHCR, Section de la politique de protection et des conseils juridiques, Division des services de la protection internationale, *Note d'orientation sur l'extradition et la protection internationale des réfugiés*, avril 2008, § 85.

convention de 1951, interdisant pour « tous les étrangers » plusieurs types de « renvois », en particulier ceux vers un pays où ils risquent la torture et des traitements inhumains ou dégradants (ce que sont les exclus si on les considère comme relevant du champ de l'article 1A avant de se voir refuser le bénéfice du statut). Ainsi, le droit international des droits de l'homme remplit-il en partie cet interstice qu'on a observé dans la convention de 1951.

La Cour européenne des droits de l'homme déclara d'une manière générale : « La Convention ne fait pas obstacle à une coopération entre les Etats membres, dans le cadre de traités d'extradition ou en matière d'expulsion, visant à traduire en justice des délinquants en fuite, pour autant que cette coopération ne porte atteinte à aucun droit particulier consacré par la Convention »<sup>56</sup>. De même, le Comité des droits de l'homme affirma : « Si un Etat procède à l'extradition d'une personne relevant de sa juridiction dans des circonstances telles qu'il en résulte un risque réel pour que les droits de l'intéressé au regard du Pacte soient violés dans une autre juridiction, l'Etat partie lui-même peut être coupable d'une violation du Pacte »<sup>57</sup>.

En réalité, les condamnations de mesures d'extradition n'ont été faites que sur le fondement de quelques droits et à certains conditions. Il conviendra d'examiner l'articulation de cette protection aux normes extraditionnelles, étant noté au préalable que le fait de ne pas accorder la qualité et le statut de réfugié n'est pas incompatible avec l'obligation de non-refoulement si l'Etat garde la personne en cause ou l'extrade vers un Etat où elle ne risque pas de traitement contraire aux prescriptions du droit international des droits de l'homme.

### ***3.1. Les énoncés du Droit des droits de l'homme***

Certains énoncés du droit international des droits de l'homme (tels qu'interprétés par les organes chargés du contrôle de leur mise en œuvre) censurent donc les extraditions qui contreviendraient à certains droits de l'homme. Nous ne nous arrêtons ici, en guise d'illustration, qu'à quelques exemples<sup>58</sup>.

---

<sup>56</sup> Cour EDH [GC], 12 mai 2005, *Öcalan c/ Turquie*, n° 46221/99, § 86.

<sup>57</sup> C.D.H., 18 novembre 1993, *Joseph Kindler c. Canada*, Communication n° 470/1991, CCPR/C/48/D/470/1991, § 13.2.

<sup>58</sup> Pour une vue plus générale concernant la convention européenne des droits de l'homme, cf., notamment, M. den HEIJER, « Whose Rights and Which Rights ? The Continuing Story of Non-Refoulement under the European Convention on Human Rights », *European Journal of Migration and Law*, n° 10, 2008, pp. 277-314 et H. BATTJES, « The Soering Threshold : Why Only Fundamental Values prohibit Refoulement in ECHR Case Law », *European Journal of Migration Law*, n° 11, 2009, pp. 205-219.

### 3.1.1. L'interdiction d'extrader en cas de risque de torture et traitements inhumains ou dégradants

L'« exclu » peut, dans certaines conditions, bénéficier d'une protection que le droit des réfugiés lui refuse en vertu d'instruments relatifs à la protection des droits de l'homme<sup>59</sup>, en particulier du principe de non-refoulement, qui peuvent interdire ou limiter le jeu normal de l'extradition si la personne concernée risque la torture et des traitements inhumains, cruels ou dégradants ou, dans une moindre mesure, la peine de mort. En ce sens, elle constitue un « correctif » au jeu des articles 1F et 33 de 1951 qui permettent le renvoi d'un exclu à ses autorités de persécution.

L'idée qu'il ne conviendrait pas pour l'Etat requis d'une demande d'extradition de renvoyer la personne intéressée dans certaines circonstances a devancé la consécration du principe tel qu'il est énoncé en 1951 avec certainement un objet plus large<sup>60</sup>. Ainsi, l'interdiction de l'extradition, ainsi que de l'expulsion<sup>61</sup>, consacrée par le droit international

---

<sup>59</sup> En ce sens UNHCR, Protection Policy and Legal Advice Section, Department of International Protection, 4 septembre 2003, *Note d'information sur l'application des clauses d'exclusion : article 1F de la Convention de 1951 relative au statut des réfugiés*, § 22.

<sup>60</sup> Voir déjà d'une manière générale J.-G. BLUNTSCHLI, *Le droit international codifié*, trad. M. C. Lardy, A. Rivier, 5<sup>ème</sup> ed., Paris, Guillaumin et Cie Editeurs, 1895, 602 p., note 1 sous l'article 397 : « Un Etat ne peut être contraint à recevoir chez lui des criminels ou des personnes accusées d'un crime, parce que les étrangers de cette espèce peuvent, suivant les circonstances, menacer la sûreté des habitants ou de l'Etat lui-même. Mais l'Etat a cependant l'obligation morale d'agir avec humanité ; le renvoi ou l'extradition des réfugiés politiques pourra donc, suivant le cas, constituer soit une violation du droit, soit une cruauté blâmable. Comme tempérament, on facilite parfois le départ pour un pays tiers disposé à accorder l'asile ».

<sup>61</sup> Pour cette dernière, voir Cour EDH [GC], 15 novembre 1996, *Chahal c/ Royaume-Uni*, n° 22414/93 où la Cour insista sur la plus grande protection offerte par l'article 3 que les articles 32 et 33 de la convention de 1951, § 80 : « L'interdiction des mauvais traitements énoncée à l'article 3 est tout aussi absolue en matière d'expulsion. Ainsi, chaque fois qu'il y a des motifs sérieux et avérés de croire qu'une personne courra un risque réel d'être soumise à des traitements contraires à l'article 3 si elle est expulsée vers un autre Etat, la responsabilité de l'Etat contractant - la protéger de tels traitements - est engagée en cas d'expulsion. Dans ces conditions, les agissements de la personne considérée, aussi indésirables ou dangereux soient-ils, ne sauraient entrer en ligne de compte. La protection assurée par l'article 3 est donc plus large que celle prévue aux articles 32 et 33 de la Convention des Nations Unies de 1951 relative au statut des réfugiés », la Cour précisant, § 81, qu'il n'y a aucune balance à opérer entre les risques encourus par l'individu en cas d'expulsion et ceux de l'Etat en cas contraire : « Le paragraphe 88 de l'arrêt *Soering* précité, qui porte sur une extradition vers les Etats-Unis, exprime ce point de vue avec force et clarté. Quant aux remarques formulées par la Cour au paragraphe 89 dudit arrêt au sujet du risque qu'il y aurait de saper les fondements de l'extradition, on ne saurait en déduire qu'il est tant soit peu possible de mettre en balance le risque de mauvais traitements et les motifs invoqués pour l'expulsion afin de déterminer si la responsabilité de l'Etat est engagée sur le terrain de l'article 3 », ce qui justifie que la Cour décida qu'il n'y avait pas lieu d'examiner les allégations du gouvernement en ce qui concerne les activités terroristes du premier requérant et la menace qu'il représentait pour la sécurité nationale. Dans son arrêt *Cruz Varas et autres c. Suède* du 20 mars 1991, n° 15567, série A n° 201, la Cour avait déjà déclaré, § 69, que le principe énoncé au paragraphe 91 de l'arrêt *Soering* « s'applique également aux décisions d'expulsion et, a fortiori, aux expulsions effectives », en l'espèce d'un demandeur d'asile, jurisprudence confirmée in Cour EDH, 30 octobre 1991, *Vilvarajah et autres c/ Royaume-Uni*, n° 13163/87 et autres, § 102 de même que in Cour EDH, 17 décembre 1996, *Ahmed c/ Autriche*, n° 25964/94, § 39, où il fut en outre rappelé, § 40 que « l'article 3, qui consacre l'une des valeurs fondamentales des sociétés démocratiques, prohibe en termes absolus la torture ou les peines ou traitements inhumains ou dégradants, quels que soient les agissements de la victime. Il ne prévoit pas de restrictions, en quoi il contraste avec la majorité des clauses normatives de la Convention et des Protocoles

des droits de l'homme si la remise de la personne réclamée conduirait à l'exposer à un risque de torture ou autre violation grave des droits de l'homme ne connaît aucune exception<sup>62</sup> et, partant, devrait bénéficier à des personnes « exclues » (puisqu'elles rentrent dans le champ de l'article 1 A de la convention selon la pratique dominante), y compris les terroristes.

### 3.1.1.1. L'interdiction de l'extradition peut être expressément formulée dans un texte conventionnel

Ainsi, l'article 3 paragraphe 1 de la convention des Nations Unies de 1984 contre la torture et autres peines ou traitements cruels, inhumains ou dégradants dispose : « Aucun Etat partie n'expulsera, ne refoulera, ni n'extradera une personne vers un autre Etat où il y a des motifs sérieux de croire qu'elle risque d'être soumise à la torture ».

De même, au niveau régional, l'article 22 paragraphe 8 de la convention américaine relative aux droits de l'homme stipule : « En aucun cas l'étranger ne peut être refoulé ou renvoyé dans un autre pays, que ce soit son pays d'origine ou non, lorsque son droit à la vie

---

nos 1 et 4, et il ne souffre nulle dérogation d'après l'article 15, même en cas de danger public menaçant la vie de la nation » et § 41 : « les agissements de la personne considérée, aussi inacceptables ou dangereux soient-ils, ne sauraient entrer en ligne de compte. La protection assurée par l'article 3 est donc plus large que celle prévue par l'article 33 de la Convention de 1951 relative au statut des réfugiés ». De même encore Cour EDH [GC], 28 février 2008, *Saadi c. Italie*, req. n° 37201/06 qui concernait l'expulsion d'un terroriste, § 127. V. encore Cour E.D.H., *Chamaïev et autres c. Géorgie et Russie*, req. n° 36378/02, 12 octobre 2005, § 335 et Cour E.D.H., 27 octobre 2011, *Ahorugeze c. Suède*, n° 37075/09, §§ 83 ss.

<sup>62</sup> V. en ce sens, bien sûr, Cour EDH (plénière), 7 juillet 1989, *Soering c. Royaume-Uni*, n° 14038/88, § 88 : « L'article 3 ne ménage aucune exception et l'article 15 ne permet pas d'y déroger en temps de guerre ou autre danger national. Cette prohibition absolue, par la Convention, de la torture et des peines ou traitements inhumains ou dégradants montre que l'article 3 consacre l'une des valeurs fondamentales des sociétés démocratiques qui forment le Conseil de l'Europe. On la rencontre en des termes voisins dans d'autres textes internationaux, par exemple le Pacte international de 1966 relatif aux droits civils et politiques et la Convention américaine des Droits de l'Homme, de 1969 ; on y voit d'ordinaire une norme internationalement acceptée. / Reste à savoir si l'extradition d'un fugitif vers un autre Etat où il subira ou risquera de subir la torture ou des peines ou traitements inhumains ou dégradants engage par elle-même la responsabilité d'un Etat contractant sur le terrain de l'article 3. Que l'aversion pour la torture comporte de telles implications, la Convention des Nations Unies contre la torture et autres peines ou traitements cruels, inhumains ou dégradants le reconnaît en son article 3 : "Aucun Etat partie (...) n'extradera une personne vers un autre Etat où il y a des motifs sérieux de croire qu'elle risque d'être soumise à la torture." De ce qu'un traité spécialisé en la matière énonce en détail une obligation précise dont s'accompagne l'interdiction de la torture, il ne résulte pas qu'une obligation en substance analogue ne puisse se déduire du libellé général de l'article 3 de la Convention européenne. Un Etat contractant se conduirait d'une manière incompatible avec les valeurs sous-jacentes à la Convention, ce "patrimoine commun d'idéal et de traditions politiques, de respect de la liberté et de prééminence du droit" auquel se réfère le Préambule, s'il remettrait consciemment un fugitif - pour odieux que puisse être le crime reproché - à un autre Etat où il existe des motifs sérieux de penser qu'un danger de torture menace l'intéressé. Malgré l'absence de mention expresse dans le texte bref et général de l'article 3, pareille extradition irait manifestement à l'encontre de l'esprit de ce dernier ; aux yeux de la Cour, l'obligation implicite de ne pas extraditer s'étend aussi au cas où le fugitif risquerait de subir dans l'Etat de destination des peines ou traitements inhumains ou dégradants proscrits par ledit article ».

ou à la liberté individuelle risque de faire l'objet de violation en raison de sa race, de sa nationalité, de sa religion, de sa condition sociale ou en raison de ses opinions politiques ».

### 3.1.1.2. L'interdiction peut sinon être inférée par un organe international d'une interdiction générale de la torture et des peines et traitements inhumains ou dégradants

Ainsi, le Comité des droits de l'homme considère que l'article 6 (qui énonce le droit à la vie) et l'article 7 (qui énonce que nul ne sera soumis à la torture ni à des peines ou traitements cruels, inhumains ou dégradants et dont le Comité estime qu'il n'admet aucune limitation ni dérogation<sup>63</sup>) du Pacte international sur les droits civils et politiques portent interdiction de tout éloignement et refoulement d'une personne vers un lieu où elle risque d'être exposée à une privation arbitraire de la vie ou à des traitements prohibés par l'article 7<sup>64</sup>. Devrait donc bénéficier de ce type d'interprétation l'article 37 de la convention relative aux droits de l'enfant qui énonce : « Les Etats parties veillent à ce que : a) Nul enfant ne soit soumis à la torture ni à des peines ou traitements cruels, inhumains ou dégradants. Ni la peine capitale ni l'emprisonnement à vie sans possibilité de libération ne doivent être prononcés pour les infractions commises par des personnes âgées de moins de dix-huit ans ; b) Nul enfant ne soit privé de liberté de façon illégale ou arbitraire. [...] ; c) Tout enfant privé de liberté soit traité avec humanité et avec le respect dû à la dignité de la personne humaine, et d'une manière tenant compte des besoins des personnes de son âge. En particulier, tout enfant privé de liberté sera séparé des adultes, à moins que l'on estime préférable de ne pas le faire dans l'intérêt supérieur de l'enfant [...] ».

---

<sup>63</sup> UN Human Rights Committee (HRC), CCPR, General Comment No. 20 : Article 7 (Prohibition of Torture, or Other Cruel, Inhuman or Degrading Treatment or Punishment), 10 March 1992, § 3.

<sup>64</sup> *ibidem*, § 9 : « In the view of the Committee, States parties must not expose individuals to the danger of torture or cruel, inhuman or degrading treatment or punishment upon return to another country by way of their extradition, expulsion or refoulement. States parties should indicate in their reports what measures they have adopted to that end » et *Observation générale No. 31 [80], La nature de l'obligation juridique générale imposée aux Etats parties au Pacte*, CCPR/C/21/Rev.1/Add.13, 26 mai 2004, § 12 : « [L]'obligation que fait l'article 2 aux Etats parties de respecter et garantir à toutes les personnes se trouvant sur leur territoire et à toutes les personnes soumises à leur contrôle les droits énoncés dans le Pacte entraîne l'obligation de ne pas extraditer, déplacer, expulser quelqu'un ou le transférer par d'autres moyens de leur territoire s'il existe des motifs sérieux de croire qu'il y a un risque réel de préjudice irréparable dans le pays vers lequel doit être effectué le renvoi ou dans tout pays vers lequel la personne concernée peut être renvoyée par la suite, tel le préjudice envisagé aux articles 6 et 7 du Pacte. De même, l'affaire *Chitat Ng v. Canada*, 5 novembre 1993, communication n° 469/1991, §§ 14.1 ss. au sujet d'une extradition [non violation de l'article 6 mais violation de l'article 7]. »

La Convention européenne des droits de l'homme énonce également à son article 3 que nul ne peut être soumis à la torture ni à des peines ou traitements inhumains ou dégradants. On a dit que la Cour européenne a interprété cette disposition comme prohibant une extradition pourtant fondée sur un traité d'extradition de même que toute expulsion s'il y a des risques sérieux que la personne intéressée subisse des traitements contraires à l'article 3 dans l'Etat de destination<sup>65</sup>.

### 3.1.1.3. Caractère coutumier de l'interdiction de la torture, y compris dans son extension aux mesures de refoulement ou éloignement.

Si le caractère coutumier de l'interdiction de la torture ne paraît pas faire de doute<sup>66</sup>, on ne s'aventurera pas ici sur sa qualité de norme de *jus cogens* qui, en tout état de cause, n'aurait rien à voir avec le type de norme visé par la convention de Vienne de 1969 puisque les apparitions de cette qualité se font en dehors du champ du droit des traités. On notera que le T.P.I.Y. a considéré que l'interdiction de la torture était coutumière et relevait du *jus cogens*<sup>67</sup>, y compris, semble-t-il, dans son extension à l'interdiction d'expulser, renvoyer ou extraditer une personne vers un autre Etat où il y a des raisons sérieuses de croire qu'elle risque

---

<sup>65</sup> Cour E.D.H., 7 juillet 1989, *Soering c/ Royaume-Uni*, op. cit., § 88, étant précisé, § 89, que l'importance de l'objet l'extradition doit être pris en compte pour interpréter et appliquer les notions de peine ou traitement inhumain ou dégradant en la matière. V. aussi § 91 : « En résumé, pareille décision peut soulever un problème au regard de l'article 3, donc engager la responsabilité d'un Etat contractant au titre de la Convention, lorsqu'il y a des motifs sérieux et avérés de croire que l'intéressé, si on le livre à l'Etat requérant, y courra un risque réel d'être soumis à la torture, ou à des peines ou traitements inhumains ou dégradants. Pour établir une telle responsabilité, on ne peut éviter d'apprécier la situation dans le pays de destination à l'aune des exigences de l'article 3. Il ne s'agit pas pour autant de constater ou prouver la responsabilité de ce pays en droit international général, en vertu de la Convention ou autrement. Dans la mesure où une responsabilité se trouve ou peut se trouver engagée sur le terrain de la Convention, c'est celle de l'Etat contractant qui extradé, à raison d'un acte qui a pour résultat direct d'exposer quelqu'un à des mauvais traitements prohibés ».

<sup>66</sup> En ce sens, notamment *Activités militaires et paramilitaires au Nicaragua et contre celui-ci (Nicaragua c. Etats-Unis d'Amérique)*, fond, arrêt, C.I.J. Recueil 1986, p. 14, § 219 au sujet de l'article 3 commun aux quatre conventions de Genève du 12 août 1949 qui comprend l'interdiction des atteintes portées à la vie et à l'intégrité corporelle, notamment le meurtre, les mutilations, les traitements cruels, tortures et supplices ainsi que les atteintes à la dignité des personnes, notamment les traitements humiliants et dégradants.

<sup>67</sup> Ainsi déclara-t-il, citant l'article 2.2 de la convention contre la torture, l'article 15.2 de la convention européenne, l'article 4.2. du Pacte sur les droits civils et politiques, l'article 27.2 de la convention américaine sur les droits de l'homme et l'article 5 de la convention interaméricaine : « it can be said that the prohibition on torture is a norm of customary law. It further constitutes a norm of *jus cogens*, as has been confirmed by the United Nations Spécial Rapporteur for Torture. It should additionally be noted that the prohibition contained in the aforementioned international instruments is absolute and non-derogable in any circumstances », T.P.I.Y., 16 novembre 1998, *Le Procureur c. Delalic et consorts*, arrêt de la Chambre de première instance, affaire IT-96-21-T, § 454. Voir également T.P.I.Y., 22 février 2001, *Le Procureur c. Kunarac et consorts*, arrêt de la Chambre de première instance, affaire IT-96-23-T & IT-96-23/1-T, § 466. Dans ce sens également, C.I.J., 20 juillet 2012, *Questions concernant l'obligation de poursuivre ou d'extrader (Belgique c. Sénégal)*, § 99 : « Selon la Cour, l'interdiction de la torture relève du droit international coutumier et elle a acquis le caractère de norme impérative (*jus cogens*) ».

d'y être soumise à la torture<sup>68</sup>. De même, le HCR a écrit à propos de cette norme : « En tant que partie intégrante de l'interdiction de la torture en vertu du droit international coutumier, qui a atteint le rang de *jus cogens*, l'interdiction du refoulement vers un lieu où la personne serait exposée à un tel traitement est contraignante pour tous les Etats, y compris ceux qui ne sont pas encore partie aux traités pertinents »<sup>69</sup>. On se contentera de dire ici que ce principe est considéré comme ne tolérant aucune exception.

Le droit applicable à l'extradition reprend parfois cette interdiction, à l'instar de l'article 13 § 4 de la convention interaméricaine pour la prévention et la répression de la torture de 1985<sup>70</sup>.

### 3.1.2. Interdiction d'extrader pour des raisons de santé

La Cour européenne des droits de l'homme censure également des expulsions d'étrangers si celles-ci risquent de les exposer à des traitements contraires à l'article 3 du fait, non de comportements des autorités de l'Etat de renvoi mais de facteurs extérieurs tels que leur état de santé<sup>71</sup>. Toutefois, la Cour ne reconnaît une éventuelle violation de l'article qu'en cas de circonstances « vraiment exceptionnelles »<sup>72</sup>. Il en est de même en matière d'extradition<sup>73</sup>.

### 3.1.3. L'interdiction d'extrader en cas d'une procédure inéquitable dans l'Etat requérant

La Cour européenne ainsi que le Comité des droits de l'homme considèrent encore qu'un déni du droit à un procès équitable dans l'Etat requérant – ou le risque qu'il se réalise –

<sup>68</sup> T.P.I.Y., Trial Chamber, 10 December 1998, *Prosecutor v. Anto Frunzija*, Judgment, No. IT-95-17/1-T, § 144.

<sup>69</sup> UNHCR, Section de la politique de protection et des conseils juridiques, Division des services de la protection internationale, *Note d'orientation sur l'extradition et la protection internationale des réfugiés*, avril 2008, § 18. Voir également E. LAUTERPACHT and D. BETHLEHEM, « The scope and content of the principle of non-refoulement : Opinion », in E. Feller, V. Türk, F. Nicholson eds., *Refugee Protection in International Law : UNHCR's Global Consultations on International Protection*, Cambridge, Cambridge UP, 2003, pp. 87-177, §§ 220 ss., sp. § 237.

<sup>70</sup> V. également l'article 3 f) du traité type d'extradition de l'AGNU ainsi que les §§ 57-58 du Manuel révisé sur le traité type d'extradition. De même la section 6 de la loi type sur l'extradition de 2004 intitulée « Torture, et autre peine ou traitement cruel, inhumain ou dégradant. L'article 5 § 2 de la convention européenne pour la répression du terrorisme de 1977 amendée par le protocole de 2003 parle plutôt d'une non obligation d'extrader dans cette hypothèse.

<sup>71</sup> Voir l'arrêt de principe *D. c. Royaume-Uni* de la grande chambre du 2 mai 1997, n° 30240/96 au sujet d'un individu « parvenu à un stade critique de sa maladie fatale ».

<sup>72</sup> En ce sens, Cour E.D.H., 27 octobre 2011, *Ahorugeze c. Suède*, n° 37075/09, § 88.

<sup>73</sup> En ce sens, *ibidem*.

doit à titre exceptionnel être retenu comme interdisant une extradition en ce sens que l'Etat qui expose une personne au risque d'un tel déni est responsable d'une violation du texte international dont ils sont les gardiens<sup>74</sup>. Cependant, la condamnation n'intervient qu'exceptionnellement, la violation prise en compte étant un déni de justice « flagrant »<sup>75</sup>. De même, le juge français décide-t-il de refuser d'extrader des personnes qui pourraient être jugées par un tribunal qui ne garantirait pas un procès équitable<sup>76</sup>.

La Cour européenne a même considéré *in Chamaïev e.a. c/ Géorgie et Russie* du 12 avril 2005 que le manque de garanties procédurales au bénéfice des extradés, l'ignorance dans laquelle ils étaient du sort qui leur était réservé ainsi que l'angoisse et l'incertitude auxquelles ils ont été exposés sans raison valable constituaient une violation de l'article 3 de la convention dans l'exécution des décisions d'extradition<sup>77</sup>. De même, dans l'affaire *Öcalan*, la Cour considéra-t-elle que, même si l'article 2 devait être interprété comme autorisant encore la peine capitale, l'exécution d'un condamné à mort qui n'a pas bénéficié d'un procès équitable est contraire à la convention car cela reviendrait à infliger la mort de manière arbitraire<sup>78</sup>. Elle ajouta que prononcer une telle peine à l'issue d'un procès inéquitable équivaut à soumettre injustement cette personne à la crainte d'être exécutée ; « La peur et l'incertitude quant à l'avenir engendrées par une sentence de mort dans des circonstances où il existe une possibilité réelle que la peine soit exécutée, doivent être sources d'une angoisse considérable chez l'intéressé ». Or « Ce sentiment d'angoisse ne peut être dissocié de l'iniquité de la procédure qui a débouché sur la peine, laquelle, considérant qu'une vie humaine est en jeu, devient illégale au regard de la de la convention<sup>79</sup>.

---

<sup>74</sup> Voir M. LUGAT, « Mandat d'arrêt européen, extradition et droit à un procès équitable », *R.G.D.I.P.* 2008/3, pp. 601-622, 602.

<sup>75</sup> V. ainsi Cour E.D.H., 7 juillet 1989, *Soering c. Royaume-Uni*, op. cit., § 113 rappelé in Cour E.D.H., 4 février 2005, *Mamatkoulou et Askarov c. Turquie*, req. n° 46827/99 et 46951/99, §§ 88 ss. et confirmé in Cour EDH, 27 octobre 2011, *Ahorugeze c. Suède*, n° 37075/09, § 113 ou encore Cour E.D.H., 8 novembre 2005, *Bader et Kanbor c. Suède*, req. n° 13284/04, § 42.

<sup>76</sup> V. ainsi les arrêts cités par la Cour E.D.H. dans l'arrêt *Ahorugeze c. Suède*, n° 37075/09, §§ 62-63 : CA Toulouse, 23 octobre 2008, *Bivugarabago* ; CA Mamoudzou, 14 novembre 2008, *Senyamuhara* ; CA Paris, 10 décembre 2008, *Kamali* ; CA Lyon, 9 janvier 2009, *Kamana* ; CA Versailles, 15 septembre 2010, *Rwamucyo*. V. également les jugements et décisions d'autres Etats européens in *ibidem*, §§ 65 ss. Voir également, Roumanie, loi 302/2004 sur la coopération judiciaire internationale en matière pénale, *J.O.*, première partie, n° 594, 1<sup>er</sup> juillet 2004, article 33 : « La Roumanie n'accordera pas l'extradition dans les cas où la personne extradable serait jugée dans l'Etat requérant par un tribunal qui ne lui assure pas les garanties fondamentales de procédure et de protection des droits de la défense ou par un tribunal institué expressément pour le cas en question, ou bien si l'extradition est demandée en vue de l'exécution d'une peine prononcée par ce tribunal-là ».

<sup>77</sup> Cour E.D.H., 12 avril 2005, *Chamaïev e.a. c/ Géorgie et Russie*, req. 36378/02, §§ 381 ss.

<sup>78</sup> Cour EDH [GC], 12 mai 2005, *Öcalan c/ Turquie*, req. 46221/99, § 166, reprenant le raisonnement de la Chambre.

<sup>79</sup> *ibidem*, § 169. V. également Cour E.D.H., 8 novembre 2005, *Bader et Kanbor c. Suède*, req. n° 13284/04, au sujet d'une expulsion, § 42 : « un problème peut se poser sur le terrain des articles 2 et 3 de la Convention dans

### 3.2. Les conflits de ces énoncés avec ceux portant obligation d'extrader

Certains traités d'extradition précisent qu'ils ne font pas obstacle à d'autres traités, y compris, parfois, ceux en matière de protection des droits de l'homme<sup>80</sup>. Dans ce cas, déclarant eux-mêmes plier, ils proscrivent par renvoi à ces derniers une extradition qui serait interdite par la règle du non-refoulement (qui a un statut coutumier) ainsi que par les deux autres règles susvisées (sur le caractère coutumier desquelles on est bien moins sûr).

D'une manière plus générale, selon le HCR, en cas de conflit entre une obligation d'extrader découlant d'un traité et l'obligation de non-refoulement découlant du droit des réfugiés ou du droit international des droits de l'homme interdisant l'extradition d'un réfugié ou d'un demandeur d'asile vers l'Etat requérant, « les interdictions de remise d'un individu prévues par le droit international des réfugiés et le droit international des droits de l'homme l'emportent sur toute obligation d'extrader »<sup>81</sup>, ce que l'article 33 § 2 de 1951 ne paraît pourtant pas commander de manière évidente... Si telle est la position des organes de protection des droits de l'homme en vertu d'une approche matérielle du droit international qui permettrait de hiérarchiser parmi les normes de celui-ci malgré l'égalité juridique de leurs auteurs<sup>82</sup>, cette solution n'est en rien évidente d'un point de vue formel<sup>83</sup> selon lequel il y a ici

---

le cas où une Partie contractante expulse un étranger ayant subi ou risquant de subir, dans l'Etat de destination, un déni de justice flagrant qui déboucherait ou risquerait de déboucher sur la peine de mort ».

<sup>80</sup> V. ainsi l'article 3.4 de la convention européenne d'extradition de 1957, *S.T.E.* n° 024 : « L'application du présent article [relatif aux infractions politiques] n'affectera pas les obligations que les Parties auront assumées ou assumeront aux termes de toute autre convention internationale de caractère multilatéral ». V. également l'article 1 § 2 de la convention d'extradition entre le gouvernement de la République française et le gouvernement de l'Australie du 31 août 1988, *J.O.R.F.* du 16 décembre 1989, p. 15639 ; l'article 23 du traité d'extradition entre la Suisse et les Etats-Unis d'Amérique signé le 14 novembre 1990, *Archives fédérales suisses, Publications officielles numérisées*, Feuille fédérale, 1991, vol. 1, cahier 01, n° 90.076, 15 janvier 1991, p. 79-97, réf. No. 10 106 415.

<sup>81</sup> UNHCR, Section de la politique de protection et des conseils juridiques, Division des services de la protection internationale, *Note d'orientation sur l'extradition et la protection internationale des réfugiés*, avril 2008, § 21. En ce sens, on peut noter que différents instruments relatifs à l'extradition mentionnent leur soumission au droit international des droits de l'homme. De même, des instruments de *soft law* se réfèrent à l'obligation de respecter les normes y relatives. Ainsi, mais de manière un peu ambiguë, le § II.8 de la résolution 52/88 du 4 février 1998 de l'A.G.N.U. relative à la coopération internationale en matière pénale : « *Prie de même instamment* les Etats membres de continuer à reconnaître le principe que la protection des droits de l'homme ne doit pas être considérée comme incompatible avec une coopération internationale efficace en matière pénale, tout en reconnaissant la nécessité de disposer de mécanismes efficaces pour l'extradition des réfugiés » de même que le § II.9 g) qui *invite* les Etats membres, « s'il y a lieu et dans le cadre de leur système juridique national » à « Accorder une attention suffisante, lors de l'examen et de l'application des mesures mentionnées aux alinéas b) à f) ci-dessus, au renforcement de la protection des droits de l'homme et au maintien de la primauté du droit ».

<sup>82</sup> V. p. ex. l'arrêt *Öcalan c. Turquie* précité du 2 mai 2005, § 86.

<sup>83</sup> Voir en outre la critique faite au contrôle par la Cour européenne des procédures d'extradition au regard des droits de l'homme in P. LANGFORD, « Extradition and fundamental rights : the perspective of the European Court of Human Rights », *The International Journal of Human Rights*, Vol. 13, No. 4, September 2009, pp. 512-529.

simple hypothèse de traités incompatibles entre lesquels l'Etat requis devra choisir en engageant en tout état de cause sa responsabilité internationale. Elle a toutefois été adoptée par des juridictions étatiques<sup>84</sup>. Encore convient-il de souligner que l'extradition commandée par les traités multilatéraux (en alternative, généralement, à un jugement par l'Etat sur le territoire duquel se trouve l'exclu) n'a pas nécessairement à être faite auprès d'un seul Etat en sorte qu'elle pourrait être possible à l'égard d'un Etat autre que le persécuteur. Dans ces hypothèses, il n'y a nul conflit entre ces traités et les règles protégeant les droits de l'homme.

Le Conseil de sécurité, de son côté, énonce régulièrement l'obligation des Etats membres de respecter, dans la lutte contre le terrorisme, le droit international, y compris les normes relatives aux droits de l'homme et au droit des réfugiés. On trouve ce genre d'énoncé au sujet du respect du droit international et des droits de l'homme en général et au principe d'exclusion en particulier dans la résolution S/RES/1373 (2001) du 28 septembre 2001. Dans sa résolution 1624 (2005) du 14 septembre 2005, le Conseil appela tous les Etats à adopter des mesures qui peuvent être nécessaires et appropriées et sont conformes aux obligations qui leur incombent en vertu du droit international, soulignant que les Etats doivent veiller à ce que toutes les mesures qu'ils prennent pour appliquer sa résolution soient conformes à toutes les obligations qui leur incombent en vertu du droit international, en particulier celles prévues par le droit international des droits de l'homme, le droit des réfugiés et le droit humanitaire.

Il convient de ne pas se méprendre. Ces normes n'impliquent pas que l'Etat requis doive garder l'exclu. Il peut en effet l'extrader vers un autre Etat que celui où il y a des risques de traitements prohibés par elles. En tout état de cause, s'il ne peut l'éloigner, il pourra voire devra le juger en vertu des règles relatives à l'extradition.

#### IV. Le jeu des règles applicables en matière d'extradition

Disons sommairement que les normes expresses applicables à la matière peuvent poser des obligations ou facultés de ne pas extrader ou, au contraire, une obligation d'extrader qui peut être assortie de l'obligation alternative de juger, qui peuvent concerner, bien qu'en ne les mentionnant pas expressément, les exclus.

---

<sup>84</sup> Voir les décisions citées *infra* du Conseil d'Etat français en matière d'extradition d'un individu vers un Etat où il risque l'exécution de la peine capitale.

#### **4.1. Les obligations ou facultés de ne pas extraditer l'exclu**

— L'interdiction d'extrader (ainsi que la faculté de ne pas extrader) peut relever de différentes considérations tirées du droit de l'extradition applicable dont la plupart n'ont rien à voir avec le statut d'exclu.

L'extradition de l'exclu doit ainsi être refusée dans plusieurs hypothèses. Par exemple le droit de l'Etat sur le territoire duquel il se situe exige à cette fin une demande fondée sur un traité d'extradition qui n'existe pas (et dont l'inexistence n'est pas compensée par un traité portant répression d'une infraction internationale) ; si aucune demande d'extradition n'a été formée ou si la présentation de la demande ne remplit pas les conditions posées dans le traité d'extradition ; si l'infraction en cause ne relève pas de celles devant ou pouvant donner lieu à extradition ; s'il existe un traité d'extradition qui commande ou permet la non extradition dans certaines circonstances sous lesquelles peut être subsumée une demande particulière<sup>85</sup>.

L'extradition peut notamment être refusée si l'Etat requis poursuit ou entend poursuivre la personne visée pour les faits constituant l'infraction motivant la demande d'extradition. D'une manière générale, ces traités contiennent souvent une clause énonçant des cas de refus facultatif de l'extradition ; selon donc ce que décidera l'Etat requis dans le respect des conditions posées dans le traité, l'individu réclamé pourra ou non être extradé. Beaucoup de ces points n'ont pas de lien avec notre question. De même faut-il noter la faculté offerte par les traités portant répression de crimes internationaux, qui peuvent relever du champ de l'article 1 F, pour l'Etat requis d'opter entre l'extradition et la poursuite par lui-même du criminel en application du « principe » *aut dedere aut judicare* (cf. *infra*).

— On ne retiendra ici que deux ordres de considérations qui peuvent être directement pertinents au regard de l'articulation de l'exclusion et de l'extradition car le droit de l'extradition vise des situations qui peuvent concerner plus précisément que d'autres les exclus. Les traités d'extradition offrent en effet généralement des garanties aux personnes entrant dans leur champ d'application dont peuvent bénéficier les « exclus » de la qualité de réfugié. Il s'agit au premier chef de l'interdiction de l'extradition - y compris déguisée - du délinquant politique. De même, le droit de l'extradition a depuis longtemps considéré, dans le même esprit que le droit international des droits de l'homme, que l'Etat requis pouvait ou devait refuser l'extradition si la personne réclamée risquait d'être persécutée par l'Etat

---

<sup>85</sup> On ne peut entrer ici dans les détails, mais on pense notamment aux conditions relatives au lieu de l'infraction à la question des infractions militaires ou fiscales, à la question de la double incrimination, au principe de spécialité, à la question de l'existence d'un jugement définitif dans l'Etat requis, aux questions de prescriptions, etc.

demandeur ou si certains de ses droits pouvaient être violés par celui-ci, en particulier si elle peut être sujette dans l'Etat requérant à la torture ou à des peines et traitements inhumains et dégradants voire à des circonstances exceptionnellement graves pour sa personne ou encore à l'application de la peine de mort<sup>86</sup>.

On précisera d'abord que l'absence d'extradition, qu'elle soit fondée sur une interdiction d'extrader ou une faculté de ne pas extrader ne règle pas la question de la poursuite et du jugement de l'exclu puisque ces derniers peuvent (et parfois doivent) être mis en œuvre par l'Etat requis s'il a compétence. De même, on l'a dit, une absence d'extradition ne signifie pas en elle-même une obligation pour l'Etat requis de garder l'exclu sur son territoire puisqu'il peut éventuellement l'éloigner vers un autre Etat.

#### *4.1.1. Les obligations ou facultés fondées sur la protection des droits de la personne réclamée*

Les instruments régissant l'extradition peuvent eux-mêmes contenir des dispositions destinées à protéger certains droits de la personne réclamée reconnus par le droit de l'Etat requis. Les énoncés ne sont pas généraux<sup>87</sup> mais visent seulement certaines hypothèses. Outre la clause de « non persécution » (ou « discrimination »), les instruments conventionnels relatifs à l'extradition peuvent contenir des clauses stipulant l'obligation ou la faculté de ne pas extrader un individu s'il risque d'encourir la violation de certains droits fondamentaux non constitutifs de discrimination ou de persécution. On ne retiendra ici que quelques illustrations.

---

<sup>86</sup> V. ainsi déjà J.-G. BLUNTSCHLI, *Le droit international codifié*, trad. M. C. Lardy, A. Rivier, 5<sup>ème</sup> ed., Paris, Guillaumin et Cie Editeurs, 1895, 602 p., art. 395 : « L'obligation d'extrader les criminels en fuite ou de livrer aux tribunaux les personnes accusées d'un crime, n'existe qu'en vertu de traités d'extradition spéciaux, ou lorsque la sûreté générale l'exige. / L'obligation d'extrader doit, dans cette dernière alternative, ne se rapporter qu'aux crimes graves, et ne subsiste que si la justice pénale de l'Etat qui demande l'extradition offre des garanties suffisantes d'impartialité et de civilisation », l'auteur précisant en note : « S'il n'y a pas de traité, on doit s'en tenir aux principes généraux [...]. Mais, comme ces derniers ne sont pas universellement reconnus, c'est à chaque Etat qu'appartient *en fait* le droit de déterminer quand et comment il se croit obligé d'extrader. Il est probable cependant que le monde civilisé ne tardera pas à admettre en cette matière certains principes communs, et à poser ainsi des limites à l'arbitraire des gouvernements ».

<sup>87</sup> *Contra*, semble-t-il, l'*Extradition Act 2003*, chapter 41 du Royaume-Uni, au sujet de l'extradition vers les territoires de catégorie 1 in Section 21 (1) : « If the judge is required to proceed under this section (by virtue of section 11 or 20) he must decide whether the person's extradition would be compatible with the Convention rights within the meaning of the Human Rights Act 1998 (c. 42) » et (2) : « If the judge decides the question in subsection (1) in the negative he must order the person's discharge ». De même, dans la même loi la section 87 concernant l'extradition vers les territoires de catégorie 2.

#### 4.1.1.1. Les clauses de « non persécution » des instruments régissant l'extradition

Un grand nombre de traités d'extradition, multilatéraux<sup>88</sup> ou bilatéraux<sup>89</sup>, ainsi que de traités relatifs à la répression de crimes internationaux<sup>90</sup> stipulent dans une clause généralement appelée de « discrimination » que l'Etat requis doit ou peut<sup>91</sup> refuser l'extradition demandée s'il considère qu'une demande a été faite aux fins de persécution ou

<sup>88</sup> Ainsi, la Convention européenne d'extradition de 1957 précitée contenait, à l'article 3.2, une clause dite "humanitaire" ou "de non-discrimination" : l'extradition ne sera pas accordée "si la Partie requise a des raisons sérieuses de croire que la demande d'extradition motivée par une infraction de droit commun a été présentée aux fins de poursuivre ou de punir un individu pour des considérations de race, de religion, de nationalité ou d'opinions politiques ou que la situation de cet individu risque d'être aggravée pour l'une ou l'autre de ces raisons". Voir dans le même l'article 3 b) du traité type d'extradition adopté par l'Assemblée générale des Nations Unies.

<sup>89</sup> V. p. ex., l'article III du traité Canada/Italie : « L'extradition est refusée dans les cas suivants : [...] ; b) lorsque la remise de la personne en cause serait injuste ou oppressive compte tenu de toutes circonstances, ou lorsque l'Etat requis a des motifs sérieux de croire que la demande d'extradition est présentée dans le but de poursuivre la personne qu'elle vise ou de la punir en raison de sa race, de sa religion, de sa nationalité, de son origine ethnique, de sa langue, de sa couleur, de ses opinions politiques, de son sexe, de son orientation sexuelle, de son âge, d'une déficience physique ou mentale ou de son statut, ou qu'il pourrait être porté atteinte à la situation de cette personne pour l'une de ces raisons ». De même, l'article 3 1b) de la convention d'extradition entre la France et l'Australie qui dispose que l'extradition n'est pas accordée « [l]orsque l'Etat requis a des raisons sérieuses de croire que la demande d'extradition motivée par une infraction de droit commun a été présentée aux fins de poursuivre ou de punir une personne pour des considérations de race, de religion, de nationalité ou d'opinions politiques, ou que la situation de cette personne risque d'être aggravée pour l'une ou l'autre de ces raisons ». De même, entre autres, l'article 4 al. 2 de la convention d'extradition entre la France et l'Iran du 24 juin 1964, *J.O.R.F.* du 30 mars 1967, p. 3077 ; l'article 3.1 b) de la convention d'extradition entre le gouvernement de la République française et le gouvernement de l'Australie du 31 août 1988, *J.O.R.F.* du 16 décembre 1989, p. 15639 ; l'article 4 § 2 de la convention d'extradition entre le gouvernement de la République française et le gouvernement du Canada, faite à Ottawa le 17 novembre 1988, *J.O.R.F.* du 6 janvier 1990, p. 226 ; l'article 4 § 4 du traité d'extradition entre la France et les Etats-Unis d'Amérique (ensemble un procès-verbal d'accord sur la représentation) signé le 23 avril 1996, *J.O.R.F.* du 30 janvier 2002, p. 2002 ; l'article 3 de la convention entre le gouvernement de la République française et le gouvernement de la République de l'Inde en matière d'extradition, signée le 24 janvier 2003, *J.O.R.F.* n° 257 du 4 novembre 2005.

<sup>90</sup> Voir ainsi la convention internationale contre la prise d'otages, *R.T.N.U.*, vol. 1316, I-21931, article 9.1 : « Il ne sera pas fait droit à une demande d'extradition soumise en vertu de la présente convention au sujet d'un auteur présumé de l'infraction si l'Etat partie requis a des raisons substantielles de croire : a) Que la demande d'extradition relative à une infraction prévue à l'article premier a été présentée aux fins de poursuivre ou de punir une personne en considération de sa race, de sa religion, de sa nationalité, de son origine ethnique ou de ses opinions politiques ; ou b) Que la position de cette personne risque de subir un préjudice : i) Pour l'une quelconque des raisons visées à l'alinéa a du présent paragraphe [...] ». C'est le cas également de l'article 16 § 14 de la Convention de l'ONU contre la criminalité transnationale organisée, adoptée par la résolution 55/25 AGNU du 15 novembre 2000, *R.T.N.U.* vol. 2225, p. 209 : « Aucune disposition de la présente Convention ne doit être interprétée comme faisant obligation à l'Etat partie requis d'extrader s'il a de sérieuses raisons de penser que la demande a été présentée aux fins de poursuivre ou de punir une personne en raison de son sexe, de sa race, de sa religion, de sa nationalité, de son origine ethnique ou de ses opinions politiques, ou que donner suite à cette demande causerait un préjudice à cette personne pour l'une quelconque de ces raisons ». De même, l'article 44 § 15 de la convention contre la corruption adoptée par la résolution 58/4 de l'AGNU dispose : « Aucune disposition de la présente Convention ne doit être interprétée comme faisant obligation à l'Etat requis d'extrader s'il a de sérieuses raisons de penser que la demande a été présentée aux fins de poursuivre ou de punir une personne en raison de son sexe, de sa race, de sa religion, de sa nationalité, de son origine ethnique ou de ses opinions politiques, ou que donner suite à cette demande causerait un préjudice à cette personne pour l'une quelconque de ces raisons ». V. enfin l'article 14 de la convention interaméricaine contre le terrorisme de 2002.

<sup>91</sup> Pour exemples de cette simple faculté, entre autres, l'article 5 § 1 de la convention européenne pour la répression du terrorisme de 1977 amendée par le protocole de 2003.

discrimination de la personne demandée<sup>92</sup>. On trouve ce genre de considérations également dans des droits étatiques relatifs à l'extradition<sup>93</sup>.

C'est en somme une clause de non-refoulement du type de celle de 1951, mais interne au droit de l'extradition<sup>94</sup> et susceptible de bénéficier aux exclus<sup>95</sup>, ce que révèle notamment une note de la loi type sur l'extradition de 2004, dans le cadre de la section 5.

Embrasse peut-être cette clause celle qui pose obligation ou faculté de ne pas extradier un individu si la demande est motivée par des considérations politiques<sup>96</sup> qui peut être plus pertinente pour les personnes rentrant dans le champ de l'article 1F que pour d'autres.

#### 4.1.1.2. Les clauses relatives à l'exécution de la peine de mort dans l'Etat requérant

L'hypothèse de l'existence de la peine de mort dans le droit de l'Etat requérant alors qu'elle n'existe pas ou n'est pas exécutée dans le droit de l'Etat requis peut-être prévue par le traité d'extradition lui-même ou une norme étatique applicable<sup>97</sup>. Cette existence n'est pas en elle-même un obstacle à l'extradition du moment qu'elle ne sera pas appliquée à l'individu demandé, l'Etat requis devant s'assurer auprès de l'Etat requérant qu'il en sera bien ainsi pour l'individu réclamé<sup>98</sup>. Plus précisément, si certains traités posent une obligation de non

---

<sup>92</sup> Sur la distinction entre la persécution et le châtement prévu pour une infraction de droit commun, Voir notamment le *Guide et principes directeurs sur les procédures et critères à appliquer pour déterminer le statut des réfugiés au regard de la convention de 1951 et du protocole de 1967 relatifs au statut des réfugiés*, Genève, décembre 2011, §§. 56-60.

<sup>93</sup> V. ainsi : Australie, *Extradition Act 1988* (tel qu'amendé en 2002), Part I, Section 7 (b) et (c) ; *Criminal procedure Code of Bosnia and herzegovina*, « official Gazette » of Bosnia and herzegovina, 3/03, article 415 (1) i) ; Canada, *Loi sur l'extradition*, L.C. 1999, ch. 18 (à jour au 14 septembre 2011), article 44 (1) ; Royaume-Uni, *Extradition Act 2003*, Chapter 41, Part 1, Section 13 et Part 2, section 81.

<sup>94</sup> En ce sens, UNHCR, Section de la politique de protection et des conseils juridiques, Division des services de la protection internationale, *Note d'orientation sur l'extradition et la protection internationale des réfugiés*, avril 2008, § 40.

<sup>95</sup> D'après la note du HCR de 2008 le tribunal fédéral suisse a fait référence à cette disposition comme l'expression concrète du principe de non-refoulement inscrit dans le droit des réfugiés dans le contexte du droit de l'extradition dans des décisions du 18 décembre 1990, I.A.127/1990/tg, résumé in *I.J.R.L./0152*, 5 :2, 1993, pp. 271-273 ; 11 septembre 1996, ATF 122 II 373, pp. 380-382 ; 14 décembre 2005, 1A.267/2005/gji, 3.1. Cependant, l'organe subsidiaire souligne dans sa note de 2008 que la portée de ce type de clause est plus limitée que celle du principe de non-refoulement du droit des réfugiés sur deux grands aspects : tout d'abord la persécution pour motif d'appartenance à un groupe social n'est pas mentionnée dans ces instruments ou, si elle le devient, c'est de manière incomplète ; ensuite les persécutions dont il est question sont généralement celles liées à l'affaire judiciaire en cause et ne couvrent pas toutes les persécutions que la personne visée pourrait subir.

<sup>96</sup> V., entre autres, l'article 4 § 3 du traité d'extradition entre le gouvernement des Etats-Unis d'Amérique et le gouvernement de la République démocratique socialiste du Sri Lanka signée le 30 septembre 1999, Treaty Doc. 106-34, 1999 U.S.t. Lexis 171.

<sup>97</sup> Pour un exemple de ce second cas : article 415 (1) i) du *Criminal procedure Code of Bosnia and herzegovina*, « official Gazette » of Bosnia and Herzegovina, 3/03.

<sup>98</sup> V. ainsi l'article 11 de la convention européenne d'extradition de 1957. Dans le même sens l'article 4 de la convention d'extradition entre le gouvernement de la République française et le gouvernement de l'Australie du 31 août 1988, *J.O.R.F.* du 16 décembre 1989, p. 15639 ; l'article 3 de la convention entre le gouvernement de la

extradition en cas d'application de la peine de mort, certains n'envisagent qu'une faculté de ne pas extraditer<sup>99</sup>.

De même, indépendamment d'une telle mention, est applicable – comme en matière d'interdiction de la torture et des peines ou traitements inhumains et dégradants - le droit des droits de l'homme. Ainsi, selon le protocole 6 à la CEDH, nul ne peut être condamné à la peine de mort ni exécuté<sup>100</sup>.

La jurisprudence étatique peut également interdire l'extradition d'un individu passible de la peine de mort si l'Etat requérant n'a pas donné d'assurances que cette peine ne sera pas appliquée à la personne demandée ou exécutée<sup>101</sup>.

---

République française et le gouvernement de la République de l'Inde en matière d'extradition, signée le 24 janvier 2003, *J.O.R.F.* n° 257 du 4 novembre 2005. *Contra*, l'article 7 § 1 du traité d'extradition entre le Gouvernement des Etats-Unis d'Amérique et le Gouvernement de la République démocratique socialiste du Sri Lanka signé le 30 septembre 1999, Treaty Doc. 106-34, 1999 U.S.t. Lexis 171 qui admet l'extradition si l'infraction constitue un crime selon le droit de l'Etat requis.

<sup>99</sup> P. ex, l'article 4 de la convention entre la France et l'Australie : « Lorsque l'infraction à raison de laquelle l'extradition est demandée est punie de la peine capitale par la législation de l'Etat requérant et lorsque la peine capitale n'est pas prévue par la législation de l'Etat requis pour une telle infraction ou n'y est généralement pas exécutée, l'extradition pourra être refusée à moins que l'Etat requérant ne donne des assurances, jugées suffisantes par l'Etat requis, que la peine capitale ne sera pas exécutée » De même, l'article 6 du traité d'extradition entre le Canada et les Etats-Unis d'Amérique signé le 3 décembre 1971 et amendé par un échange de notes signé le 28 juin et le 9 juillet 1974 <[http://www.oas.org/juridico/mla/fr/traites/fr\\_traites-can-usa-ext1991.html](http://www.oas.org/juridico/mla/fr/traites/fr_traites-can-usa-ext1991.html)> ; l'article 7 de la convention d'extradition entre le gouvernement de la République française et le gouvernement du Canada, faite à Ottawa le 17 novembre 1988, *J.O.R.F.* du 6 janvier 1990, p. 226 ; l'article 6 du traité d'extradition entre la Suisse et les Etats-Unis d'Amérique signé le 14 novembre 1990, *Archives fédérales suisses, Publications officielles numérisées*, Feuille fédérale, 1991, vol. 1, cahier 01, n° 90.076, 15 janvier 1991, p. 79-97, réf. No. 10 106 415 ; l'article 7 du traité d'extradition entre la France et les Etats-Unis d'Amérique (ensemble un procès-verbal d'accord sur la représentation) signé le 23 avril 1996, *J.O.R.F.* du 30 janvier 2002, p. 2002. Pour le traité type de l'AGNU, le refus d'extradition n'est que facultatif, art. 4 d), si l'infraction pour laquelle l'extradition est demandée est punie de mort dans l'Etat requérant, sauf s'il donne des assurances suffisantes à l'effet que la peine de mort ne sera pas prononcée ou, si elle l'est, ne sera pas appliquée. Une note précise que cette restriction pourra être appliquées aux cas où l'infraction est passible d'un emprisonnement de durée indéterminée ou à perpétuité. la résolution 52/88 ajoute à cet alinéa des dispositions relatives au principe *aut dedere aut judicare* semblables à celles figurant aux alinéas a et f. V. encore l'article 5 § 2 de la convention européenne pour la répression du terrorisme de 1977 amendée par le protocole de 2003.

<sup>100</sup> De même, le Comité des droits de l'homme a déclaré en 2003 « Les Etats qui ont aboli la peine de mort sont tenus de ne pas exposer un individu au risque réel de son application. Ils ne peuvent donc pas renvoyer quelqu'un de leur juridiction, par voie d'expulsion ou d'extradition, s'il peut être raisonnablement prévu que l'intéressé sera condamné à mort, sans obtenir la garantie que la peine capitale ne sera appliquée », C.D.H., 5 août 2003, *Roger Judge c. Canada*, Communication n° 829/1998, CCPR/C/78/D/829/1998, § 10.4.

<sup>101</sup> V. entre autres France, CE Sect., 27 février 1987, *Fidan*, n° 78665, *Rec.* p. 81 : « l'application de la peine de mort à une personne ayant fait l'objet d'une extradition accordée par le gouvernement français serait contraire à l'ordre public français ». En l'espèce, « le gouvernement français n'a pas obtenu des autorités turques l'assurance que la peine de mort ne serait pas exécutée au cas où elle serait prononcée ; que, par suite, M. Fidan est fondé à soutenir que le décret attaqué est entaché d'excès de pouvoir » et CE Ass., 15 octobre 1993, *Davis Aylor*, n° 144590, *Rec.* p. 283, concl. Vigouroux : « l'application de la peine de mort à une personne ayant fait l'objet d'une extradition accordée par le gouvernement français serait contraire à l'ordre public français ; que, par suite, si l'un des faits à raison desquels l'extradition est demandée aux autorités françaises est puni de la peine capitale par la loi de la partie requérante, cette extradition ne peut être légalement accordée pour ce fait qu'à la condition que la partie requérante donne des assurances suffisantes que la peine de mort encourue ne soit pas prononcée ou ne sera pas exécutée ». De même, CE, 13 décembre 2002, *M. Antonio D. S. J.*, n° 242395. En revanche, CE, 6 novembre 2000, *Nivette* : « l'extradition d'une personne qui encourt une peine incompressible de réclusion criminelle à perpétuité, n'est pas contraire à l'ordre public français ni à l'article 3 de la Convention

#### 4.1.1.3. Les clauses humanitaires

Certains traités d'extradition<sup>102</sup>, de même que des législations étatiques<sup>103</sup>, contiennent une clause permettant à l'Etat requis de ne pas extraditer une personne si cette extradition risque d'exposer ce dernier à des conséquences exceptionnelles graves, généralement en raison de l'âge ou de l'état de santé de l'individu requis. De même, l'article 4 h) du traité type de l'Assemblée générale des Nations Unies, selon lequel l'extradition peut être refusée « Si l'Etat requis, tout en prenant aussi en considération la nature de l'infraction et les intérêts de l'Etat requérant, considère qu'étant donné les circonstances de l'affaire l'extradition de l'individu en question serait incompatible avec des considérations humanitaires, compte tenu de l'âge, de l'état de santé ou d'autres circonstances personnelles dudit individu ».

#### 4.1.2. L'interdiction fondée sur la « nature politique » de l'infraction en cause

##### 4.1.2.1. Vue générale

La catégorie des infractions politiques a certainement été inventée dans le cadre du droit de l'extradition pour soustraire certaines personnes du champ de l'obligation d'extrader, l'idée étant que si les Etats veulent bien aider d'autres à mettre en œuvre leur politique pénale, ils ne sauraient les aider à traquer des opposants.

---

européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales », position semble-t-il contredite implicitement par la Convention E.D.H. puisque celle-ci déclara, sur requête de *Nivette* : « les assurances obtenues par le Gouvernement français sont de nature à écarter le danger d'une condamnation à un emprisonnement à vie et incompressible du requérant. Son extradition n'est donc pas susceptible de l'exposer à un risque sérieux de traitement ou de peine prohibés par l'article 3 de la Convention », décision sur la recevabilité, n° 44190/98. La section 12 de la loi type de 2004 prévoit l'hypothèse d'une obligation de non-extradition et celle de la simple faculté de ne pas extraditer : « Si l'infraction pour laquelle l'extradition est demandée est sanctionnée par la peine capitale en application du droit de l'Etat requérant et ne saurait être punie par cette peine aux termes du droit [de l'Etat adoptant la loi], l'extradition [ne saurait être accordée] [sera le cas échéant refusée], sauf si les autorités compétentes de l'Etat requérant donnent des assurances considérées comme suffisantes que la peine capitale ne sera pas imposée ou, si elle est imposée, qu'elle ne sera pas appliquée ». Voir également la section 94 de la loi précitée du Convention sur l'extradition ; Roumanie, loi 302/2004 sur la coopération judiciaire internationale en matière pénale, *J.O.*, première partie, n° 594, 1<sup>er</sup> juillet 2004, article 29.

<sup>102</sup> Ainsi l'article 3 3 e) de la convention d'extradition entre le gouvernement de la République française et le gouvernement de l'Australie du 31 août 1988, *J.O.R.F.* du 16 décembre 1989, p. 15639. De même, l'article 8 de la convention d'extradition entre le gouvernement de la République française et le gouvernement du Convention, faite à Ottawa le 17 novembre 1988, *J.O.R.F.* du 6 janvier 1990, p. 226 ; l'article 7 § 5 de la convention entre le gouvernement de la République française et le Gouvernement de la République de l'Inde en matière d'extradition, signée le 24 janvier 2003, *J.O.R.F.* n° 257 du 4 novembre 2005.

<sup>103</sup> Voir notamment Roumanie, loi 302/2004 sur la coopération judiciaire internationale en matière pénale, *J.O.*, première partie, n° 594, 1<sup>er</sup> juillet 2004, article 23 (3).

Les traités d'extradition – de même que certaines législations<sup>104</sup> – posent ainsi souvent comme exception à l'obligation d'extrader l'hypothèse dans laquelle l'infraction pour laquelle la demande a été formée constitue une infraction politique ou est connexe à une telle infraction<sup>105</sup>.

On sait en effet que l'asile moderne connaît une « distinction fondatrice » « entre réfugiés politiques et criminels de droit commun », les premiers pouvant bénéficier de l'asile<sup>106</sup>. Cette distinction ne correspond toutefois pas à la distinction réfugié / exclu.

Ce caractère politique peut souvent concerner les crimes visés par l'article 1F a) et c) en sorte que pour ces crimes, un exclu ne pourra pas (ou pourra ne pas) être extradé tandis que les crimes du 1 F b) ne sont pas visés par cette exception, étant des crimes, certes graves comme ceux du a) et du c), mais de droit commun. En réalité, l'exclusion et l'extradition dépendront chacune de la qualification faite de l'infraction pour laquelle un individu est demandé comme politique ou non. Or la qualification par l'autorité chargée de décider de l'extradition ne correspondra pas nécessairement à celle faite par celle chargée de l'éligibilité si elles sont différentes.

---

<sup>104</sup> P. ex. Australie, *Extradition Act 1988* (tel qu'amendé en 2002), Part I, Section 7 (a) ; Bosnie-Herzégovine, article 415 (1) e) du *Criminal Procedure Code of Bosnia and Herzegovina*, « official Gazette » of Bosnia and Herzegovina, 3/03 ; Canada, *Loi sur l'extradition*, L.C. 1999, ch. 18 (à jour au 14 septembre 2011), article 46 (1) c).

<sup>105</sup> V., entre autres, l'article III.a) du traité d'extradition entre le gouvernement du Canada et le gouvernement de la république italienne <<http://www.treaty-accord.gc.ca/text-texte.aspx?id=105016>> ; l'article 3 § 1 du traité d'extradition et d'entraide judiciaire en matière pénale entre le Royaume de Belgique, le Grand-Duché de Luxembourg et le Royaume des Pays-Bas signé le 27 juin 1962 <[http://ue.eu.int/ueDocs/cms\\_Data/docs/polju/FR/EJN220.pdf](http://ue.eu.int/ueDocs/cms_Data/docs/polju/FR/EJN220.pdf)> ; l'article 47 de la convention d'aide mutuelle judiciaire, d'exequatur des jugements et d'extradition entre la France et le Gabon du 23 juillet 1963, *J.O.R.F.* du 2 mars 1965, p. 1723 ; l'article 4 al. 1 de la convention d'extradition entre la France et l'Iran du 24 juin 1964, *J.O.R.F.*, 30 mars 1967, p. 3077 ; l'article 4 (1) (iii) du traité d'extradition entre le Canada et les États-Unis d'Amérique signé le 3 décembre 1971 et amendé par un échange de notes signé le 28 juin et le 9 juillet 1974 <[http://www.oas.org/juridico/mla/fr/traites/fr\\_traites-can-usa-ext1991.html](http://www.oas.org/juridico/mla/fr/traites/fr_traites-can-usa-ext1991.html)> ; l'article 26 de la convention entre la France et la Tunisie relative à l'entraide judiciaire en matière pénale et à l'extradition et protocole additionnel du 28 juin 1972, *J.O.R.F.* du 17 mars 1974, p. 3079 ; l'art. 3 § 1 a) de la convention d'extradition entre le gouvernement de la République française et le gouvernement de l'Australie du 31 août 1988, *J.O.R.F.* du 16 décembre 1989, p. 15639 ; l'article 4 § 1 de la convention d'extradition entre le gouvernement de la République française et le gouvernement du Canada, faite à Ottawa le 17 novembre 1988, *J.O.R.F.* du 6 janvier 1990, p. 226 ; l'article 3 § 1 du traité d'extradition entre la Suisse et les États-Unis d'Amérique signé le 14 novembre 1990, *Archives fédérales suisses, Publications officielles numérisées*, Feuille fédérale, 1991, vol. 1, cahier 01, n° 90.076, 15 janvier 1991, p. 79-97, réf. No. 10 106 415 ; l'article 4 du traité d'extradition entre la France et les États-Unis d'Amérique (ensemble un procès-verbal d'accord sur la représentation) signé le 23 avril 1996, *J.O.R.F.* du 30 janvier 2002, p. 2002 ; l'article 4 § 1 du traité d'extradition entre le Gouvernement des États-Unis d'Amérique et le Gouvernement de la République démocratique socialiste du Sri Lanka signée le 30 septembre 1999, Treaty Doc. 106-34, 1999 U.S.t. Lexis 171 ; l'article 3 de la convention entre le gouvernement de la République française et le Gouvernement de la République de l'Inde en matière d'extradition, signée le 24 janvier 2003, *J.O.R.F.* n° 257 du 4 novembre 2005 ; l'article 3 de la convention d'extradition entre le gouvernement de la République française et le gouvernement de la République de Corée du 6 juin 2006, *J.O.R.F.* du 11 juin 2009.

<sup>106</sup> V. CHETAIL, « Théorie et pratique de l'asile en droit international classique : étude sur les origines conceptuelles et normatives du droit international des réfugiés », *R.G.D.I.P.*, t. CXV, 2011-3, pp. 625-652, 628 et 642-643.

Cette catégorie des infractions politiques a vu sa portée se restreindre autour de critères qui ne sont pas tout-à fait étrangers à ceux du jeu combiné de l'article 33 et de l'article 1F de 1951 puisque les Etats ont estimé progressivement que ne sont pas protégés par cette exception à l'obligation d'extrader les délinquants politiques qui auraient commis des crimes trop graves, tels, d'abord, les régicides ou les anarchistes.

#### 4.1.2.2. La « déqualification » de certains crimes

L'histoire de l'extradition pour infractions politiques est une histoire mouvementée sur laquelle on ne peut revenir ici<sup>107</sup> pour s'arrêter seulement sur un phénomène qui affecte tant l'exclusion que l'extradition : le phénomène de « déqualification » par des normes extraditionnelles comme « non politiques » de certaines infractions tenues traditionnellement pour politiques. Une telle limitation de la catégorie des crimes politiques est opérée dans plusieurs types d'instruments, en particulier les traités d'extradition eux-mêmes<sup>108</sup>, le droit interne des Etats<sup>109</sup>, mais également plusieurs conventions ayant pour objet la répression de certains crimes internationaux qui énoncent que certains crimes naguère tenus pour politiques, en particulier le terrorisme<sup>110</sup>, ne doivent plus être considérés comme tels aux fins du droit de l'extradition.

En déqualifiant de plus en plus de crimes politiques, le droit de l'extradition élargit ainsi la catégorie des « infractions extraditables » et surtout permet à nouveau l'extradition (sauf interdiction d'un autre type telles que celles vues *supra*) pour des infractions

---

<sup>107</sup> V., entre autres V. CHETAIL, « Théorie et pratique de l'asile en droit international classique : étude sur les origines conceptuelles et normatives du droit international des réfugiés », *op. cit.*, sp. pp. 634 ss. où l'auteur montre comment le « principe de la solidarité monarchique contre la criminalité politique » a longtemps constitué un obstacle à la reconnaissance de l'asile, lequel s'est difficilement émancipé pour être « finalement entériné dans le droit international du XIX<sup>ème</sup> siècle.

<sup>108</sup> Par exemple l'article 3 § 2 du traité d'extradition et d'entraide judiciaire en matière pénale entre le Royaume de Belgique, le Grand-Duché de Belgique et le Royaume des Pays-Bas précité ; l'article 4 (2) du traité d'extradition entre le Canada et les Etats-Unis d'Amérique précité ; l'article 4 du traité d'extradition entre la France et les Etats-Unis d'Amérique (ensemble un procès-verbal d'accord sur la représentation) signé le 23 avril 1996, *J.O.R.F.* du 30 janvier 2002, p. 2002 ; l'article III a), (i) à (vii) du traité d'extradition entre le gouvernement du Canada et le gouvernement de la République italienne précité. De même, l'article 3 1 a) du traité précité entre la France et l'Australie comme l'article 4 de la convention d'extradition entre la France et l'Iran qui étend la déqualification aux attentats à la vie d'un membre de la famille du chef d'Etat. Voir aussi l'article 3 a i) et ii) de la convention d'extradition entre la France et la Corée précitée ou l'article 4 § 2 du traité d'extradition précité entre Etats-Unis d'Amérique et le Sri Lanka.

<sup>109</sup> P. ex. Australie, *Extradition Act 1988* (tel qu'amendé en 2002), Part I, Section 5, § 5 ; Canada, *Loi sur l'extradition*, L.C. 1999, ch. 18 (à jour au 14 septembre 2011), article 46 (2).

<sup>110</sup> V. notamment les articles 1 et 2 de la convention européenne pour la répression du terrorisme du 27 janvier 1977 amendée par le protocole de 2003 ; l'article I de la convention régionale sur la suppression du terrorisme de 1987 de l'Association Sud-Asiatique pour la coopération régionale ; l'article 2 b) de la convention arabe relative à la répression du terrorisme de 1988 ; l'article 2 b) de la convention de l'OCI pour combattre le terrorisme international de 1999 ; l'article 11 de la convention interaméricaine contre le terrorisme de 2002

traditionnellement tenues pour politiques ou les plus importantes<sup>111</sup>. Doucement, la raison d'Etat reprend les acquis du droit international humaniste. La réduction de cette catégorie serait motivée par l'efficacité de la répression internationale de certains comportements jugés par les Etats particulièrement odieux, au premier chef le terrorisme. Crime traditionnellement politique, ce dernier échappe désormais à cette catégorie en vertu de dispositions conventionnelles – auxquelles les règles nationales peuvent renvoyer<sup>112</sup> – en sorte qu'il est susceptible de donner lieu à extradition<sup>113</sup>.

Or, cette méthode de « déqualification » ou « dépolitisation » de ces crimes en crimes de droit commun pour restreindre le champ de l'interdiction de l'extradition tisse un lien avec l'article 1F b) de 1951 qui utilise le critère du crime – certes grave et commis en dehors de l'Etat d'accueil de la demande d'asile avant la présentation de celle-ci – de droit commun aux fins d'exclusion. Plus largement, certains délinquants et criminels exclus du a) ou du c) hier protégés de la remise vers l'Etat d'origine (ou un autre) par la clause classique ne sont plus protégés contre cette remise par le droit de l'extradition ni par la convention de 1951. Car cette déqualification invite à revisiter les qualifications opérées sous les a), b) et c) de l'article 1F dans la mesure où elle devrait conduire logiquement, dans la catégorisation de 1951, à faire ranger l'acte en question sous l'article 1F b).

Or, cette pratique est de plus en plus demandée voire commandée par le Conseil de sécurité<sup>114</sup> qui, en outre, prend soin de qualifier lui-même les actes de terrorisme d'actes

---

<sup>111</sup> Déjà, la convention européenne d'extradition précisait à son article 3.3, après avoir posé le principe de la non extradition pour infractions politiques : « Pour l'application de la présente Convention, l'attentat à la vie d'un chef d'Etat ou d'un membre de sa famille ne sera pas considéré comme infraction politique ». De même, la note 96 à l'article 3 a) du traité type d'extradition de l'AGNU précise : « Certains pays voudront peut-être ajouter le texte suivant : « Ne seront pas considérées comme des infractions politiques les infractions au sujet desquelles les Parties sont tenues, aux termes d'une convention multilatérale, d'engager des poursuites lorsqu'elles n'accordent pas l'extradition, pas plus que les infractions dont les Parties seront convenues qu'elles ne sont pas des infractions politiques aux fins d'extradition », la résolution 52/88 ajoutant au texte de cette note la formule : « Certains pays souhaiteront peut-être exclure certains comportements de la notion d'infraction politique, par exemple des actes de violence, tels que les infractions graves avec voies de fait menaçant la vie, l'intégrité corporelle ou la liberté d'une personne ».

<sup>112</sup> V. sur ce point S. KAPFERER, « The Interface between Extradition and Asylum », UNHCR, Legal and protection Policy Research Series, PPLA/2003/05, November 2003, § 82. URL : <http://www.unhcr.org/refworld/docid/3fe846da4.html>

<sup>113</sup> D. ALLAND, « Le dispositif international du droit de l'asile », *op. cit.*, p. 53 sur le 1 F b) et le caractère de droit commun du crime : « Nous rejoignons des questions familières du droit de l'extradition. En principe, le crime de droit commun est celui qui n'est pas commis à l'occasion de la lutte contre les autorités persécutrices, mais cela fait-il obstacle à ce que la clause d'exclusion joue pour des crimes très graves commis au cours d'une lutte politique ? C'est la question du terrorisme. Peu à peu, il a été posé que les activités terroristes, menées pour des raisons politiques, doivent tomber sous le coup de la clause d'exclusion. Comme dans le droit de l'extradition, on va déqualifier les agissements et les requalifier. De politique, on les fait passer, précisément en raison de la gravité des crimes commis, dans la catégorie des crimes de droit commun ».

<sup>114</sup> V., p. ex., S/RES/1373 (2001), 28 septembre 2001, § 3 : « Demande à tous les Etats : [...] g) de veiller, conformément au droit international [...] à ce que la revendication de motivations politiques ne soit pas considérée comme pouvant justifier le rejet de demandes d'extradition de terroristes présumé ».

contraires aux buts et principes des Nations Unies, susceptibles, par conséquent de motiver l'exclusion de leur auteur de la protection de la convention de 1951, sur le fondement du c)<sup>115</sup>.

D'une manière générale, la pratique onusienne est ambivalente. L'ambivalence tient dans le fait que si le Conseil de sécurité, comme l'Assemblée générale, répète régulièrement que les mesures antiterroristes doivent respecter le droit international, les droits de l'homme, le droit international humanitaire et le droit des réfugiés<sup>116</sup>, y compris le principe de non refoulement, mais également la clause d'exclusion, il est parfois fait usage de la facilité consistant à dénier un caractère politique au crime de terrorisme, ce qui le fait sortir du champ d'une des interdictions de l'extradition avec le risque qu'une personne soit amenée directement ou non à la persécution qu'elle fuyait.

Cela vaut également pour d'autres infractions. On songe notamment à l'article VII de la convention pour la prévention et la répression du crime de génocide du 9 décembre 1948 qui énonce : « Le génocide et les autres actes énumérés à l'article III ne seront pas considérés comme des crimes politiques pour ce qui est de l'extradition / Les Parties contractantes s'engagent en pareil cas à accorder l'extradition conformément à leur législation et aux traités en vigueur ».

Cette méthode conduit à faire entrer dans la définition du crime politique ou non politique un critère qui ne le devrait pas : le fait que le criminel serait ainsi à l'abri de l'extradition, ce qui consiste à inverser l'ordre logique du raisonnement : la règle de non-

---

<sup>115</sup> P. ex. : S/RES/1377 (2001), 12 novembre 2001 adoptée au niveau ministériel portant déclaration concernant l'action menée à l'échelon mondial contre le terrorisme, cons. 5 : « *Souligne* que les actes de terrorisme international sont contraires aux buts et aux principes énoncés dans la Charte des Nations Unies ». Déjà, dans sa résolution 1373, le Conseil, avait décidé que les Etats devaient « Refuser de donner refuge à ceux qui financent, organisent, appuient ou commettent des actes de terrorisme ou en recèlent les auteurs » (§ 2 c) avant d'énoncer, § 5 : « *Déclare* que les actes, méthodes et pratiques du terrorisme sont contraires aux buts et aux principes de l'Organisation des Nations Unies et que le financement et l'organisation d'actes de terrorisme ou l'incitation à de tels actes en connaissance de cause sont également contraires aux buts et principes de l'Organisation des Nations Unies ».

<sup>116</sup> On trouve ce phénomène, entre autres, dans les dispositifs des résolutions du Conseil de sécurité S/RES/1373 (2001) du 28 septembre 2001, § 3 f) ; S/RES/1456 (2003) du 20 janvier 2003, annexe, § 6 ; S/RES/1624 (2005) du 14 septembre 2005. De même, dans les résolutions de l'Assemblée générale. P. ex. A/RES/49/60, « Mesures visant à éliminer le terrorisme international », 17 février 1995, annexe, § 5 ; A/RES/57/219, « Protection des droits de l'homme et des libertés fondamentales dans la lutte antiterroriste », 27 février 2003, § 1 ; A/RES/58/187, « Protection des droits de l'homme et des libertés fondamentales dans la lutte antiterroriste », 22 mars 2004, § 1 ; A/RES/60/1, « Document final du Sommet mondial de 2005 », 24 octobre 2005, § 85 ; A/RES/60/43, « Mesures visant à éliminer le terrorisme international », 6 janvier 2006, § 3 ; A/RES/60/158, « Protection des droits de l'homme et des libertés fondamentales dans la lutte antiterroriste », § 1 ; A/RES/60/288, « La stratégie antiterroriste mondiale de l'organisation des Nations Unies », Annexe, § 3 de même que II.3 relatif à l'extradition (les Etats se disent déterminés, notamment, de « Veiller à ce que les responsables d'actes de terrorisme soient appréhendés et poursuivis en justice ou extradés, conformément aux dispositions pertinentes du droit national et international, en particulier du droit relatif aux droits de l'homme, du droit des réfugiés et du droit international humanitaire »), II.12 et IV, « Mesures garantissant le respect des droits de l'homme et la primauté du droit en tant que base fondamentale de la lutte antiterroriste » ; A/RES/62/159, « Protection des droits de l'homme et des libertés fondamentales dans la lutte antiterroriste », 11 mars 2008, *passim*, sp. § 3 rappelant que certains droits tirés du Pacte de 1966 sont indérogeables.

extradition avait pour objet de ne pas remettre un individu pour un certain type de crime, dit politique. Si on veut éviter à un individu ce privilège de ne pas être extradé, mieux aurait valu poser une exception à la règle de non extradition pour ce type d'infractions ou simplement déclarer que telle ou telle infraction est un cas d'extradition<sup>117</sup> (ce qui neutralise le principe de non-extradition pour celle-ci) que de trahir son sens et déqualifier le crime en cause (ou alors abandonner la catégorie)<sup>118</sup>.

#### **4.2. Les obligations d'extrader l'exclu ou de le juger (Aut dedere aut judicare)**

— L'obligation d'extrader ne saurait venir de la convention de 1951 ni d'une convention de protection des droits de l'homme mais ne peut venir que de traités d'extradition et/ou de traités relatifs à la répression de crimes internationaux contenant une ou plusieurs clauses relatives à l'extradition ou d'une décision du Conseil de sécurité. Encore faut-il articuler ces dispositions avec d'autres éventuellement incompatibles.

Un traité peut commander l'extradition que la convention de 1951 permet grâce à l'exclusion. C'est le cas notamment du crime de génocide pour lequel la convention de 1948 pose une obligation d'extradition<sup>119</sup> et qui rentre dans l'article 1F<sup>120</sup>. En outre, beaucoup d'instruments relatifs à répression de crimes internationaux ainsi que ceux visés par la résolution 1373 prévoient que les infractions qu'ils incriminent sont comprises de plein droit comme cas d'extradition, qu'il existe ou non déjà un traité d'extradition applicable à une affaire<sup>121</sup>.

---

<sup>117</sup> En ce sens, p. ex., l'article 9 de la convention internationale pour la répression des attentats terroristes à l'explosif de 1997, *R.T.N.U.*, vol. 2149, I-37517.

<sup>118</sup> En ce sens l'article 5 de la loi française du 10 mars 1927 relative à l'extradition des étrangers était plutôt bien rédigé : « L'extradition n'est pas accordée : [...] 2° Lorsque le crime ou délit a un caractère politique ou lorsqu'il résulte des circonstances que l'extradition est demandée dans un but politique. En ce qui concerne les actes commis au cours d'une insurrection ou d'une guerre civile, par l'un ou l'autre des partis engagés dans la lutte et dans l'intérêt de sa cause, ils ne pourront donner lieu à l'extradition que s'ils constituent des actes de barbarie odieuse et de vandalisme défendus suivant les lois de la guerre, et seulement lorsque la guerre civile a pris fin ».

<sup>119</sup> Article VI : « Les personnes accusées de génocide ou de l'un quelconque des autres actes énumérés à l'article III seront traduites devant les tribunaux compétents de l'Etat sur le territoire duquel l'acte a été commis, ou devant la Cour criminelle internationale qui sera compétente à l'égard de celles des Parties contractantes qui en auront reconnu la juridiction » et article VII : « Le génocide et les autres actes énumérés à l'article III ne seront pas considérés comme des crimes politiques pour ce qui est de l'extradition. / Les Parties contractantes s'engagent en pareil cas à accorder l'extradition conformément à leur législation et aux traités en vigueur », *R.T.N.U.*, vol. 78, n° 1021

<sup>120</sup> V. en ce sens le préambule de la convention : « Considérant que l'Assemblée générale de l'Organisation des Nations Unies, par sa résolution 96 (I) en date du 11 décembre 1946, a déclaré que le génocide est un crime du droit des gens, en contradiction avec l'esprit et les fins des Nations Unies et que le monde civilisé condamne ».

<sup>121</sup> V. ainsi l'article 8 de la convention pour la répression de la capture illicite d'aéronefs signée à La Haye le 16 décembre 1970, *R.T.N.U.*, vol. 860, I-12325 ; l'article 8 de la convention pour la répression d'actes illicites

— Parfois, est énoncée dans des conventions internationales une obligation alternative de juger ou d'extrader l'individu qui se trouve sur le territoire de l'Etat vers un autre Etat compétent sur le fondement du "principe" *aut dedere aut judicare*.

Cette obligation alternative est ancienne. Si elle semble n'avoir qu'un fondement conventionnel et non coutumier<sup>122</sup>, on la trouve posée dans un grand nombre de conventions relatives à la répression de crimes internationaux dont beaucoup sont susceptibles de rentrer dans le champ de l'article 1 F<sup>123</sup>. Elle est censée permettre le jugement de crimes considérés comme échappant trop souvent au jugement en raison des nombreuses exceptions et limites aux obligations d'extrader posées par les traités. Les traités d'extradition peuvent également prévoir l'obligation, si demande en est faite par l'Etat requérant, de juger pour un Etat qui ne peut pas ou ne veut pas extradier un de ses nationaux<sup>124</sup>. De même le Conseil de sécurité a-t-il décidé de commander cette alternative aux Etats<sup>125</sup>.

---

dirigés contre la sécurité de l'aviation civile du 23 septembre 1971, *R.T.N.U.*, vol. 974, I-14118 ; l'article 8 de la convention sur la prévention de la répression des infractions contre les personnes jouissant d'une protection internationale, y compris les agents diplomatiques du 14 décembre 1973, *R.T.N.U.*, vol. 1035, I-15410 ; l'article 10 de la convention internationale contre la prise d'otage, du 17 décembre 1979, *R.T.N.U.* vol. 1316, I-21931 ; l'article 11 de la convention pour la répression d'actes illicites contre la sécurité de la navigation maritime du 10 mars 1988, *R.T.N.U.*, vol. 1678, I-29004 ; l'article 9 de la convention internationale pour la répression des attentats terroristes à l'explosif du 15 décembre 1997, *R.T.N.U.*, vol. 2149, I-37517 ; l'article 11 de la convention internationale pour la répression du financement du terrorisme du 9 décembre 1999, *R.T.N.U.*, vol. 2178, I-38349.

<sup>122</sup> En ce sens, entre autres, M. PLACHTA, « Contemporary Problems of Extradition : Human Rights, grounds for Refusal and the Principle *Aut Dedere aut Judicare* », *UNAFEI, Resource Material Series No. 57*, September 2001, pp. 64-86, 73-74.

<sup>123</sup> P. ex. l'article 7 de la convention pour la répression de la capture illicite d'aéronefs du 16 décembre 1970, *R.T.N.U.*, vol. 860, I-12325 ; l'article 7 de la convention européenne pour la répression du terrorisme de 1977, *S.T.C.E.* n° 90 ; l'article 8 § 1 de la convention internationale contre la prise d'otages de 1979, *R.T.N.U.*, vol. 1316, I-21931 ; l'article 7 § 1 de la convention contre la torture et autres peines ou traitements cruels, inhumains ou dégradants du 10 décembre 1984, *R.T.N.U.*, vol. 1465, p. 85 ; l'article 8 § 1 de la convention internationale pour la répression des attentats terroristes à l'explosif du 15 décembre 1997, *R.T.N.U.*, vol. 2149, p. 256 ; l'article 10 § 1 de la convention internationale pour la répression du financement du terrorisme du 9 décembre 1999, *R.T.N.U.*, vol. 2178, I-38349 ; l'article 11 § 1 de la convention internationale pour la répression des actes de terrorisme nucléaire du 13 avril 2005, *R.T.N.U.*, vol. 2220, p. 89. V. aussi l'article 146 § 2 de la convention IV de Genève de 1949 relative à la protection des personnes civiles en temps de guerre : « Chaque Partie contractante aura l'obligation de rechercher les personnes prévenues d'avoir commis, ou d'avoir ordonné de commettre, l'une ou l'autre de ces infractions graves, et elle devra les déférer à ses propres tribunaux, quelle que soit leur nationalité. Elle pourra aussi, si elle le préfère, et selon les conditions prévues par sa propre législation, les remettre pour jugement à une autre Partie contractante intéressée à la poursuite, pour autant que cette Partie contractante ait retenu contre lesdites personnes des charges suffisantes ». V. également l'article 9 du *Projet de code des crimes contre la paix et la sécurité de l'humanité* adopté par la C.D.I. en 1996, rapport de la C.D.I. sur les travaux de sa 48<sup>e</sup> session, AGNU doc. Off., 51<sup>e</sup> session (A/51/10), 14 au sujet du crime de génocide, des crimes contre l'humanité, des crimes contre le personnel des Nations Unies et le personnel associé et les crimes de guerre in *Rapport de la Commission à l'Assemblée générale sur les travaux de sa quarante-huitième session*, A.C.D.I., 1996, vol. II, deuxième partie, A/CN.4/SER.A/1996/Add.1 (Part. 2).

<sup>124</sup> V. notamment l'article 6 de la Convention européenne d'extradition de 1977, STE n° 24. Voir également l'article 4 a) du traité type d'extradition adopté par l'Assemblée générale dans sa résolution 45/116 puis modifié par elle dans sa résolution 52/88.

<sup>125</sup> V. ainsi S/RES/1566 (2004) du 8 octobre 2004, § 2 : « Appelle tous les Etats à coopérer sans réserve à la lutte contre le terrorisme, conformément aux obligations qui leur incombent en vertu du droit international, en

Or, tous les Etats sur le territoire desquels se trouve un criminel n'ont pas nécessairement compétence pour juger cette personne. Pour pallier cette éventuelle lacune, un mouvement presque parallèle à l'institution de cette obligation s'est développé qui consiste à inscrire dans des traités une obligation ou faculté pour les Etats d'établir la compétence de leurs tribunaux pour connaître de certains crimes quand leur auteur présumé est sur leur territoire. Il s'agit de la fameuse compétence universelle que constitue la compétence juridictionnelle d'un Etat indépendamment de tout rattachement territorial ou personnel du crime à lui qui ne paraît ni imposée ni même reconnue de manière générale par le droit international général, qui au mieux peut la reconnaître dans quelques cas comme la piraterie. L'idée qui commande la reconnaissance d'une telle compétence est l'efficacité de la répression pénale pour certains crimes pour lesquels les Etats ne veulent pas se contenter des chefs de compétence ordinaires qui risquent de laisser impuni un criminel ni des règles de l'extradition qui peuvent conduire à l'absence d'extradition<sup>126</sup>. D'invention très ancienne (où je te trouverai, je te jugerai - *ubi te invenero, ibi te iudicabo*), elle est posée dans un certain nombre de conventions relatives à la répression de crimes internationaux qui posent l'obligation des Etats parties d'établir une telle compétence<sup>127</sup>.

En somme, l'exclu n'est pas une personne particulière au regard des différentes normes susceptibles d'être appliquées à l'extradition qui ne lui attribuent donc aucun régime

---

particulier avec les Etats sur le territoire desquels, ou contre les citoyens desquels, des actes de terrorisme sont commis, en vue de découvrir, interdire d'asile et traduire en justice, conformément au principe *aut dedere aut iudicare*, quiconque prête appui au financement, à l'organisation, à la préparation ou à la commission d'actes de terrorisme, y concourt, y participe ou tente d'y participer, ou donne refuge à leurs auteurs ».

<sup>126</sup> V. en ce sens C.I.J., 20 juillet 2012, *Questions concernant l'obligation de poursuivre ou d'extrader (Belgique c. Sénégal)*, § 74 au sujet du jeu des articles 5 § 2, 6 § 2 et 7 § 1 : « L'ensemble de ces obligations vise à permettre l'engagement de poursuites contre le suspect, à défaut d'extradition, et la réalisation de l'objet et du but de la convention, qui est d'accroître l'efficacité de la lutte contre la torture, en évitant l'impunité des auteurs de tels actes ». De même, § 75 : « L'obligation de l'Etat d'incriminer la torture et d'établir sa compétence pour en connaître trouve son équivalent dans les dispositions de nombreuses conventions internationales de lutte contre les crimes internationaux. Cette obligation, qui doit être mise en œuvre par l'Etat concerné dès qu'il est lié par la convention, a notamment un caractère préventif et dissuasif puisque, en se dotant de l'arsenal juridique nécessaire pour poursuivre ce type d'infraction, les Etats parties garantissent l'intervention de leur système judiciaire à cet effet et s'engagent à coordonner leurs efforts pour éliminer tout risque d'impunité ».

<sup>127</sup> P. ex., l'article 4 de la convention pour la répression de la capture illicite d'aéronefs du 16 décembre 1970, *R.T.N.U.*, vol. 860, I-12325 ; l'article 6 de la convention européenne pour la répression du terrorisme de 1977, *STE* n° 90 ; l'article 5 § 2 de la convention internationale contre la prise d'otages de 1979, *R.T.N.U.*, vol. 1316, I-21931 ; l'article 5 § 2 de la convention contre la torture et autres peines ou traitements cruels, inhumains ou dégradants du 10 décembre 1984, *R.T.N.U.*, vol. 1465, p. 85 ; l'article 6 § 4 de la convention internationale pour la répression des attentats terroristes à l'explosif du 15 décembre 1997, *R.T.N.U.*, vol. 2149, p. 256 ; l'art. 7 § 4 de la convention internationale pour la répression du financement du terrorisme du 9 décembre 1999, *R.T.N.U.*, vol. 2178, I-38349 ; l'art. 15 § 3 de la convention des Nations Unies contre la criminalité transnationale organisée, *R.T.N.U.* vol. 2225, p. 209 ; l'article 9 § 4 de la convention internationale pour la répression des actes de terrorisme nucléaire du 13 avril 2005, *R.T.N.U.*, vol. 2220, p. 89.

particulier. Ces normes ne s'intéressent qu'à des éléments qui peuvent le concerner comme ils peuvent concerner d'autres personnes.

Selon ces normes et les aspects de l'exclu qui peuvent les intéresser (nature et gravité du crime soupçonné d'avoir été commis, intention de l'Etat requérant, sort qui risque de lui être réservé sur le territoire de ce dernier, ...), un exclu pourra être extradé vers l'Etat qu'il fuit ou un autre. En outre, selon les conventions applicables aux infractions dont on a des raisons sérieuses de penser qu'elles ont été commises par un "exclu", l'Etat requis devra juger celui-ci ou se contenter, à défaut, de trouver un Etat disposé à l'accueillir, étant au surplus noté qu'aujourd'hui la voie est ouverte pour la possibilité de saisines de la C.P.I.

Sinon, un Etat qui exclut un individu parce qu'il ne mériterait pas selon lui la protection internationale de 1951 aux termes de celle-ci a toujours la faculté de lui accorder discrétionnairement l'asile ou un droit de séjour pour raison exceptionnelle ou humanitaire ou simplement tolérer sa présence. En effet, les Etats peuvent respecter leurs engagements en matière de droits de l'homme sans pour autant conférer un statut juridique aux exclus<sup>128</sup>. Certes, cela peut gêner d'être ainsi contraint à accorder un refuge à une personne qu'on estime indigne du statut de réfugié ; il n'y a pourtant aucun paradoxe interne au droit des réfugiés, mais seulement l'obligation de respecter des exigences plus larges qui découlent d'une philosophie juridique humaniste plus compréhensive que celle qui anima l'établissement de la Convention de 1951.

En tout état de cause, dans un système où l'autorité chargée de l'éligibilité au statut de réfugié est différente de celle chargée de décider de l'extradition, la première n'a pas à prendre en considération le statut hors 1951 de l'individu qui sera apprécié par le second. D'une part, ce statut n'est pas, pour les raisons qu'on a dites, suffisamment prévisible pour qu'il se risque à des calculs politiques qu'il ne maîtrise pas (il ne faudrait d'ailleurs pas, pour cette raison, parler d'un statut, mais plutôt de situations). D'autre part, de tels calculs ne conduiraient qu'à fausser la logique de la convention de 1951, celle de l'extradition et celle des droits de l'homme sans que quiconque ni aucun système n'y gagne quoi que ce soit.

---

<sup>128</sup> V. notamment S. KAPFERER, « Exclusion Clauses in Europe – a Comparative Overview of State Practice in France, Belgium and the United Kingdom », *op. cit.*, pp. 218-219.

## **MANDAT D'ARRET EUROPEEN ET ASILE : UNE ARTICULATION SOUS LE PRISME DES DROITS FONDAMENTAUX**

Valérie Mutelet\*

Les thématiques de l'asile et de l'extradition trouvent toutes deux leur place au sein de l'Union européenne. L'Union se les est appropriées en réalisant leur adaptation à la matière communautaire. Elles sont alors envisagées dans le cadre d'un espace géographique identifié mais également dans le cadre d'un projet politique communautaire précis : la constitution de « l'Espace de Liberté de Sécurité et de Justice » (ELSJ).

La communautarisation de la politique d'asile ainsi que la coopération judiciaire en matière pénale sont souvent envisagées séparément. Ceci généralement parce que conceptuellement elles n'ont pas été pensées au même moment - l'espace pénal européen est simplement en construction alors qu'en ce moment précis la réalisation du « RAEC » ou « Régime d'Asile Européen Commun » fait l'objet d'âpres discussions - et parce qu'elles couvrent des champs spécifiques, l'opportunité nous est donnée toutefois dans le cadre de cette étude de les étudier ensemble.

Le mandat d'arrêt européen est une des grandes réalisations de la coopération pénale naissante. Il se substitue d'une façon substantielle au procédé traditionnel de l'extradition mis en œuvre au sein de l'Union européenne. Néanmoins il ne fait pas totalement disparaître cette dernière car elle continue à s'appliquer dans les relations des Etats membres avec les Etats tiers.

La volonté de dépasser les frontières nationales en matière de justice est une idée ancienne qui s'est avérée difficile à concrétiser : les prémisses de la coopération pénale se trouvant néanmoins dans la Convention simplifiée d'extradition du Conseil de l'Europe de 1957 qui restera à jamais le premier acte de cette coopération. L'aboutissement de cette volonté est au niveau politique la constitution de l'ELSJ, voulu par le traité d'Amsterdam, explicité par le Conseil européen de Tampere. Les attentats du 11 septembre vont ensuite accélérer la concrétisation de projets communs alors en cours d'étude, la Décision-cadre du 13 juin 2002 relative au mandat d'arrêt européen faisait partie de ceux-ci.

L'exposé des motifs de la Commission (proposition de décision-cadre du Conseil du 25 septembre 2001) montre l'ambition du projet et sa finalité. Les faiblesses de l'extradition

---

\* Maître de conférences en droit public, faculté de Droit de Douai, Université d'Artois.

souvent jugée lente et complexe, son caractère inadapté à l'espace qu'est l'Union européenne, « *espace sans frontière marqué par un niveau élevé de confiance et de coopération entre les Etats qui partagent une conception exigeante de l'Etat de droit* »<sup>1</sup> sont pointées du doigt. La solution sera donc la création d'un mécanisme intracommunautaire facilitant la remise d'individus réclamés par un Etat de l'Union à un autre Etat de l'Union dans le cadre de poursuites pénales ou de l'exécution d'une décision de justice<sup>2</sup>.

D'une plus grande facilité d'utilisation que l'extradition, ne serait-ce que parce qu'il se substitue avantageusement à l'écheveau des textes conventionnels applicables en matière d'extradition entre les Etats membres, le mandat d'arrêt européen simplifie et améliore les règles « extraditionnelles » en rendant la procédure de transfert plus simple, plus rapide.

A l'évidence des ressemblances entre l'extradition et le nouveau mécanisme existent, mais sont surtout les différences qui doivent être soulignées. Une procédure efficace envisagée au sein d'un même espace, tels sont les maîtres mots. C'est la recherche de l'efficacité qui explique que ce texte généralise la possibilité de la remise des nationaux<sup>3</sup>, solution quasi révolutionnaire du point de vue des principes de l'extradition, la volonté de dépasser les souverainetés nationales est ici clairement manifestée. C'est également elle qui explique l'abandon partiel de la règle de la double incrimination prouvant par la même la portée du principe de reconnaissance mutuelle<sup>4</sup>.

La nature du mandat d'arrêt européen se singularise également, comme son nom le laisse entendre : il s'agit d'une décision judiciaire qui n'implique aucunement d'actes diplomatiques interétatiques, la procédure est uniquement judiciaire. Les conséquences pratiques sont importantes, une telle procédure étant par définition plus rapide à conduire et à aboutir, la rupture tenant aussi au fait que le double contrôle en matière d'extradition disparaît : le contrôle politique de la décision d'extradition est évincé.

Réaliser pleinement la pleine circulation et l'exécution des décisions de justice : telle est la finalité du mandat d'arrêt européen. Dans cette perspective deux notions alors sont déterminantes : le principe de reconnaissance mutuelle, celle d'espace délimité supranational

---

<sup>1</sup> Point 1 des motifs, COM (2001) 522 final/2

<sup>2</sup> Le mandat d'arrêt européen est notamment symbolisé par la différence de vocabulaire par rapport à celui du droit de l'extradition : aux expressions « *état requérant /été requis* » se substituent celles « *d'autorité judiciaire d'émission /d'autorité judiciaire d'exécution* ».

<sup>3</sup> Bien que cette remise soit assortie de tempéraments : sous certaines conditions un état peut choisir de faire exécuter la peine encourue sur son territoire.

<sup>4</sup> La décision-cadre, en son article 2, dresse une liste de 32 infractions pour lesquelles la remise se fait sans contrôle de la double incrimination. Font partie de cette liste : la participation à une organisation criminelle, le terrorisme, la traite des êtres humains, les homicides volontaires, etc.

commun sur lequel les décisions de justice doivent pouvoir circuler et être reconnues facilement au même titre que les décisions nationales. Le principe de reconnaissance mutuelle est le principe cardinal du mandat d'arrêt européen (on notera qu'il irrigue également le droit extraditionnel) : lorsque l'autorité judiciaire d'un Etat membre demande la remise soit dans la phase post pré-sentencielle du procès pénal soit dans sa phase post-sentencielle, sa décision doit être reconnue et exécutée *mécaniquement* sur tout le territoire de l'Union.

Le préalable nécessaire à la reconnaissance mutuelle est la confiance réciproque que les Etats se témoignent, les liens entre ces notions sont indéfectibles<sup>5</sup>. Afin que l'exécution d'un mandat d'arrêt européen soit *quasiment automatique* la confiance partagée dans les systèmes de justice de chacun et dans la manière dont ils assurent et garantissent la protection des droits devient indispensable.

Une telle approche engendre la limitation des motifs de non-exécution. Les raisons pour le juge national de ne pas exécuter un mandat ou de remettre une personne doivent être limitées à des hypothèses identifiées, on retrouve ici également les idées de simplification et d'accélération de la procédure. Les motifs de non-exécution d'un mandat d'arrêt européen sont au nombre de 10, trois sont obligatoires, sept sont facultatifs<sup>6</sup> et concernent des points de droit pénal et de procédure pénale.

Que recouvre alors la notion de confiance mutuelle ? En vertu de quels arguments un Etat va-t-il accepter d'exécuter une décision judiciaire émanant d'un autre système national ? Au nom desquels un juge pourrait-il estimer que cette confiance est entamée ? La réponse exige d'évaluer les systèmes nationaux de protection des droits, d'envisager les relations que les Etats entretiennent et débouche en définitive sur la notion de protection équivalente des droits fondamentaux par chacun d'entre eux<sup>7</sup>.

Le respect des droits fondamentaux était une préoccupation présente lors de l'élaboration du texte de 2002, coopération pénale et respect des droits pouvant paraître sur le principe antinomiques. Le respect des droits fait figure de leitmotiv.

---

<sup>5</sup> Ainsi comme l'exprime le point 10 de la décision-cadre de 2002 : « le mécanisme du mandat d'arrêt européen repose sur un degré de confiance élevé entre les états membres ».

<sup>6</sup> Les trois motifs obligatoires sont définis par l'art 3 de la décision-cadre, ils s'imposent à tous les Etats membres : amnistie de l'infraction, principe non bis in idem, âge de la personne concernée s'il s'agit d'un mineur au regard du droit pénal de l'état d'exécution. Les 7 causes facultatives sont quant à elles définies par l'article 4 de la DC, le caractère facultatif signifiant que lors de la transposition chaque état est libre de les retenir en tout ou partie et de les rendre obligatoire ou pas pour ses juridictions.

<sup>7</sup> Cette approche n'est pas spécifique à la coopération pénale : tout le système de l'asile et notamment le règlement Dublin fonctionne sur l'idée que les systèmes nationaux de protection des droits sont équivalents. Un étranger ne sera pas défavorisé en voyant traiter sa demande d'asile par un état de l'Union plutôt que par un autre.

En premier lieu, l'équilibre entre exigences sécuritaires, pénales et droits des personnes poursuivies a été cherché. La présentation de la Commission le prouve : l'Union doit respecter les droits des citoyens européens à travers un ensemble de principes et de garanties<sup>8</sup>. Par ailleurs, la prégnance des droits fondamentaux est illustrée par l'article 1<sup>er</sup> point 3 : « *la présente décision-cadre ne saurait avoir pour effet de modifier l'obligation de respecter les droits fondamentaux et les principes juridiques fondamentaux tels qu'ils sont consacrés par l'article 6 du traité sur l'Union européenne* ».

Ainsi, si la question du respect des droits fondamentaux dans la conception du mécanisme lui-même est cruciale, l'est tout autant, sinon plus, celle de la mise en œuvre du mécanisme par les autorités judiciaires des Etats. : la reconnaissance mutuelle ne peut se faire au détriment de la protection des personnes qui doivent partout dans l'Union bénéficier d'un niveau de garantie élevée.

Elle implique même le renforcement de la confiance mutuelle dans les systèmes de protection des droits, le facteur de cette confiance mutuelle étant, comme on l'a dit, l'équivalence des niveaux de protection interne, les systèmes nationaux eux-mêmes s'appuyant sur des valeurs et des socles communs (la CESDH en premier lieu, la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne, les traditions nationales).

Dans une telle vision, le rôle et l'attitude des juges nationaux, du fait de la judiciarisation de la procédure, sont cruciaux : ils se retrouvent partagés entre une démarche « *humanitaro-souverainiste* » et une démarche intégratrice, inhérente au concept même de mandat d'arrêt européen<sup>9</sup>. En effet les enjeux sont ici : auront-ils obligation de ne pas coopérer ou simple faculté de ne pas le faire lorsqu'ils seront face à une atteinte à un droit fondamental<sup>10</sup> ? La question ne manque pas de se poser du fait de l'ambiguïté de la formule de l'article 1<sup>er</sup> précité. Quel est le statut juridique de cette obligation de respecter les droits fondamentaux ? Est-on dans le déclaratoire ou déjà dans la prescription ce qui du point de vue de vue de la confiance mutuelle risque d'être délicat ? Doit-on découvrir dans la formule une « *clause respect des droits fondamentaux* » laissant au juge la faculté de ne pas exécuter un mandat en cas de violation des droits fondamentaux - *clause implicite* parce que ne

---

<sup>8</sup> La procédure du mandat d'arrêt européen est entourée de droits spécifiques et des garanties fondamentales pour la personne concernée. En effet si le mécanisme est nettement plus rapide que l'extradition la procédure du mandat d'arrêt européen n'en est pas pour autant expéditive. Ainsi l'article 11 est consacré aux « *droits de la personne recherchée* » (droit à l'avocat et à l'interprète, etc.).

<sup>9</sup> D. Roets, « Des raisons humanitaires sérieuses justifiant un refus temporaire à l'exécution de la remise d'une personne », *Dr. pénal*, 2010, étude 15.

<sup>10</sup> Dans le sens de l'obligation imposée par le droit de l'Union lui-même, voir O. De Schutter et F. Tulkens, « Confiance mutuelle et droits de l'homme » in *Liège, Strasbourg, Bruxelles : parcours des droits de l'homme, liber amicorum Michel Melchior*, Anthémis, 2010 p. 962.

figurant pas parmi les motifs *explicites* permettant la non-exécution des mandats d'arrêts européens<sup>11-12</sup> ?

Comment situer l'asile au sein de cette coopération judiciaire nouvelle ? Comment envisager les liens entre ces deux politiques autonomes majeures de l'ELSJ ?

Les relations mandat d'arrêt européen / asile s'articulent autour de la question de la protection et du respect des droits fondamentaux. A priori cette constatation n'est pas originale : la jonction extradition / asile dans la jurisprudence de la Cour de Strasbourg se fait également par ce biais, les droits sont une limite à l'extradition, autant de garanties pour le réfugié, le demandeur d'asile ou le débouté. Mais la spécificité est ici que les droits fondamentaux sont systématiquement le point de rencontre entre deux matières de l'ELSJ conçues au sein d'un espace géographique clos et intégré. Les droits fondamentaux dessinent l'espace : la qualité élevée de protection des droits par l'Union et l'équivalence de protection par les Etats de l'Union font d'elle une zone que l'on peut qualifier de sûre. Conséquences immédiates : le réfugié, le demandeur d'asile ou même le débouté peut faire l'objet d'un transfert vers un autre pays membre en vertu d'une présomption selon laquelle il y sera en sécurité. Ces mêmes droits fondamentaux sont également le curseur de la confiance ou de la défiance que les Etats se témoignent entre eux. Si ce sont eux qui peuvent justifier la non-exécution d'un mandat d'arrêt européen, l'obligation de respecter les droits fondamentaux devenant dans ce cas une limite à la confiance mutuelle, ce sont également eux qui expliquent qu'un citoyen de l'Union ne puisse dans les faits obtenir l'asile de la part d'un autre Etat de l'Union. De quoi aurait-il besoin d'être protégé ?

La manière dont la thématique de l'asile sous toutes ses facettes - statut accordé, demandeur d'asile, débouté, demande faite par le ressortissant communautaire - s'articule

---

<sup>11</sup> Voir en ce sens les explications de la Commission : « *les motifs de refus d'exécution d'un mandat d'arrêt européen par un Etat membre sont énumérés limitativement par la présente décision-cadre. Sous réserve bien sûr de l'application des règles générales relatives à la protection des droits fondamentaux, et tout particulièrement à la CESDH et à la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne* », COM(2001)522 final/2, exposé des motifs p16.

Voir également pour une approche beaucoup plus mesurée cette autre appréciation : la Commission considérant qu'aussi justifiée soit-elle la mise en œuvre de cette « clause » ne « *peut que rester exceptionnelle* ». Entre temps il est vrai le mandat d'arrêt européen était entré en vigueur (Rapport de la commission européenne fondé sur l'article 34 de la décision-cadre du conseil du 13 déc. 2002 relative au Mae et aux procédures de remise entre états membres. Com (2006) 8 final du 24 janv. 2006 p12).

<sup>12</sup> Cette volonté d'assurer la garantie des droits fondamentaux explique « *la clause de sauvegarde* » du considérant 10 du préambule de la décision-cadre. Il en résulte que la violation générale des droits, voire d'un droit particulier identifié, par un Etat peut être une cause de non-application du mécanisme du mandat d'arrêt européen, il s'agit en quelque sorte d'une *clause suspensive* qui au nom du respect essentiel des droits fondamentaux permet une suspension de la confiance mutuelle. On notera que cette procédure n'est pas unilatérale, elle demande l'intervention du conseil des ministres de l'Union européenne.

avec cette nouvelle forme de coopération pénale européenne ne peut se faire que sous l'angle des droits fondamentaux : ils sont l'indispensable fil conducteur.

Cependant, avant d'analyser concrètement ces rapports, quelques propos préalables sur le contenu de la décision-cadre de 2002 s'imposent. Ils permettent de fixer le cadre général, certaines notions intervenant de façon récurrente.

Quelle place la décision-cadre de 2002 accorde-t-elle à l'asile ?

La réponse est rapide : quasiment aucune, la référence au droit des réfugiés n'étant qu'indirecte. Pourquoi ce silence ? Le mandat d'arrêt européen est avant tout conçu comme un instrument de coopération entre Etats. Le mécanisme s'applique aux personnes présentes sur un territoire, peu importe leur nationalité bien qu'en toute logique ce sont surtout les ressortissants communautaires qui sont concernés.

Parmi les garanties bénéficiant à tous, trouvant son origine dans le droit extraditionnel, une se détache, les réfugiés et les demandeurs d'asile pouvant avoir davantage d'intérêt à s'en prévaloir : la clause du considérant 12 du préambule. Il admet la possibilité d'imperfections ponctuelles dans la mise en œuvre des mandats d'arrêt européen<sup>13</sup>. Il possède un contenu binaire, il réaffirme d'abord le principe du respect des droits fondamentaux par la décision-cadre, il renferme ensuite ce qu'on a coutume d'appeler la *clause humanitaire*, ou encore *clause de non-discrimination*. Cette clause également dite *française* a à l'origine un contenu circonscrit : elle interdit que toute personne réclamée officiellement pour une infraction le soit en réalité « dans un but politique » (voir la loi française du 10 mars 1927) ou « pour des motifs politiques » (comme le prévoit l'article 5.1 de la Convention relative à l'extradition entre les Etats membres de l'Union du 27 sept 1996). Avec le temps cette clause s'est transformée en une véritable « *clause humanitaire* » signifiant que la personne doit être protégée de tout détournement de procédure dissimulant une volonté discriminatoire, le motif de discrimination étant par ailleurs envisagé de façon large. Cette garantie a été reprise par de nombreuses conventions d'extradition<sup>14</sup>.

---

<sup>13</sup> Il dispose exactement : « La présente décision-cadre respecte les droits fondamentaux et observe les principes reconnus par l'article 6 du traité sur l'Union européenne et reflétés dans la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne notamment son chapitre VI. Rien dans la présente décision-cadre ne peut être interprété comme une interdiction de refuser la remise d'une personne qui fait l'objet d'un mandat d'arrêt européen s'il y a des raisons de croire, sur la bases d'éléments objectifs, que ledit mandat a été émis dans le but de poursuivre ou de punir une personne en raison de sexe, de sa race de sa religion, de son origine ethnique, de sa nationalité de sa langue de ses opinions politiques ou de son orientation sexuelle, ou qu'il peut être porté atteinte à la situation de cette personne pour cette raison ».

<sup>14</sup> Néanmoins des différences rédactionnelles sont perceptibles dans la décision-cadre du fait du contexte spécifique des relations liées à la confiance mutuelle dans lequel elle se situe. D'abord la formulation choisie est pour le moins alambiquée : elle « n'interdit pas l'interprétation », donc elle l'a permet. Ensuite si le risque

Enfin comme annoncé, le considérant 13 du préambule fait une allusion pour le moins surprenante car déplacée au « *principe de non-refoulement* » qu'elle réinterprète au passage. C'est ici toute la question de l'opérance de la formule qui peut être posée et non bien évidemment celle de sa pertinence.

Le texte est le suivant : « *Nul ne devrait être éloigné, expulsé ou extradé vers un état où il existe un risque sérieux qu'il soit soumis à la peine de mort, à la torture ou à d'autres peines ou traitements inhumains ou dégradants* ».

Le contenu exprimé est connu<sup>15</sup> mais il n'empêche pas une certaine perplexité : on s'interroge sur l'absence a priori de portée normative du considérant, sur l'emploi du conditionnel et enfin sur l'utilisation du verbe « *extrader* » qui n'a pas sa place ici. La démarche est pour le moins paradoxale : le champ d'application du mandat d'arrêt européen est intracommunautaire, les auteurs du texte adoptent une position de principe qui vaut pour les relations nouées avec des Etats tiers (témoignant de ce fait un attachement indiscutable à cette garantie). Faut-il tenter de procéder par analogie et lire : « *Nul ne devrait être remis vers un Etat où ... ?* ». De ce fait ramené à notre problématique, un Etat de l'Union pourrait-il refuser la remise d'une personne au nom du risque pour celle-ci de subir la peine capitale, la torture, un traitement inhumain ou dégradant dans un autre Etat membre ? On balayera rapidement la première allusion : est-il nécessaire de rappeler que la peine de mort a été abolie en Europe. L'allusion à la torture et aux traitements inhumains et dégradants est-elle plus pertinente ? L'affirmation indirecte des exigences des articles 2 et 3 de la CESDH dans ce contexte spécifique des relations intracommunautaires surprend<sup>16-17</sup>.

A la réflexion la formule n'entendait-elle pas viser l'hypothèse d'une extradition problématique conduite après une remise intracommunautaire ? Il se peut que le considérant 13 (mal rédigé ou mal placé) vise une situation en réalité triangulaire mais dans ce cas le texte de 2002 ne pourra servir de fondement au refus de la remise. Ceci explique certainement que

---

de dérapage discriminatoire est identifié par le texte, les rédacteurs n'ont pas voulu en faire une cause explicite de refus d'exécution du mandat prévus aux articles 3 et 4.

<sup>15</sup> Il s'agit d'un rappel de règles et de principes directeurs communément admis, qu'il soit fait référence au principe de non-refoulement posé par l'article 33 de la Convention de Genève ou de l'interprétation et de la portée conférées aux articles 2 et 3 de la CESDH en matière d'extradition par la jurisprudence de la Cour de Strasbourg.

<sup>16</sup> Cette maladresse explique certainement les changements envisagés par la proposition de directive du Parlement et du Conseil relative à des normes minimales concernant la procédure d'octroi et de retrait de la protection internationale des Etats membres de l'Etat membre.

<sup>17</sup> On notera que cela n'a pas empêché certains états de reprendre cette formule comme motif de refus obligatoire à caractère général d'exécution d'un *Mae* et accessoirement d'une demande d'extradition. En sens inverse le fait pour un état de ne pas reprendre la formule étudiée dans sa législation interne n'a pas de conséquence particulière dès lors que les états sont liés par la CESDH et son protocole n°6.

cette même garantie ait été réaffirmée de façon plus claire dans d'autres instruments communautaires<sup>18</sup>.

De ce bref panorama découle une certitude : les préconisations faites en amont du processus décisionnel par le Haut-Commissariat aux Réfugiés (HCR) n'ont pas trouvé d'écho. Celui-ci avait en effet identifié un certain nombre de difficultés dans la mise en œuvre du mandat d'arrêt s'agissant des réfugiés et des demandeurs d'asile<sup>19</sup>.

Il commençait par une évidence : il ne portait d'intérêt au texte sur le mandat d'arrêt européen que dans la mesure où il aurait pu concerner des réfugiés ou des demandeurs d'asile : « *Comme la Convention de Genève de 1951 n'accorde nullement d'impunité contre les poursuites aux réfugiés qui ont commis des infractions pénales, la proposition s'appliquerait aux demandeurs d'asile et aux réfugiés dans un Etat membre susceptibles d'être accusés d'avoir commis des crimes ou délits dans un autre Etat membre de la même façon qu'elle s'appliquerait aux autres personnes* ». S'agissant des réfugiés reconnus par un état X, le mécanisme envisagé n'appelait pas de contestation particulière : ils pourraient être transférés vers un état autre pour faire l'objet de poursuites dans la mesure où le niveau de protection des droits dans l'espace communautaire était élevé. Il ne pouvait formuler d'opposition de principe à ce mécanisme et à la remise. Le faire aurait signifié impunité, or l'asile symbolise la nécessité de protéger une personne qui ne peut pas l'être par son état, il n'a pas pour effet d'empêcher celle-ci d'assumer des actes pénalement répréhensibles.

Reste que des obstacles devaient être identifiés et surmontés afin de ne pas amoindrir la protection des réfugiés. Un de ceux-ci avait pour fondement les articles 32 et 33 de la Convention de Genève : même lorsque le mécanisme du mandat serait mis en œuvre la protection contre l'expulsion et le refoulement devrait continuer à s'appliquer.

Alors les préconisations faites par le HCR s'agissant du contenu du texte futur sont les suivantes : des garanties précises et adéquates devraient exister quant à l'identification des réfugiés, le maintien de leur statut et de ses attributs dans le pays responsable de leur protection et surtout des mesures effectives assurant le retour du réfugié - post poursuites ou exécution de la peine - devraient être mises en œuvre. Le HCR suggérait en conséquence que la situation particulière des réfugiés fasse l'objet d'une mention spéciale dans le texte et il insistait sur le fait, qu'en l'absence de garanties, les réfugiés visés par un mandat risqueraient

---

<sup>18</sup> En l'occurrence l'article 19 § 2 de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne confère à cette ligne de conduite une portée incontestable.

<sup>19</sup> Observations du HCR sur la proposition de décision-cadre de la Commission européenne et du Conseil relative au mandat européen et aux procédures de remise entre Etats-membres.

de perdre leur statut après exécution de leur peine, perte du statut augmentant le risque de refoulement.

Il nous a déjà été donné l'occasion de souligner que le texte de 2002 ne fait aucunement allusion au « réfugié » (ce point sera d'ailleurs souligné par la CJUE dans une affaire sur laquelle nous aurons l'occasion de revenir). C'est principalement la jurisprudence nationale qui doit en conséquence établir les principes guidant l'exécution des mandats d'arrêts européens concernant des réfugiés<sup>20</sup>. Il en résulte que l'exécution et la remise d'un réfugié sont possibles (I). Toutefois, des limites et garanties existent, elles ne sont pas néanmoins propres aux réfugiés reconnus, elles s'appliquent également aux demandeurs d'asile, aux déboutés, la question qui se pose alors étant celle de savoir si pour cet ensemble de personnes existent des spécificités (II).

## I. UNE REMISE POSSIBLE DU REFUGIE MAIS ENTOUREE DE GARANTIES.

La jurisprudence française prouve que le statut de réfugié ne préserve pas de l'exécution d'un mandat d'arrêt européen et n'empêche pas la remise. Toutefois il en ressort également que le transfert doit se faire sans inquiétude pour la personne du réfugié dans le respect des obligations internationales et européennes de l'état (A), le juge semblant même vouloir imposer des garanties supplémentaires (B).

A) *Les enseignements jurisprudentiels : un réfugié peut faire l'objet d'un mandat d'arrêt européen.*

La jurisprudence française pose peu à peu les principes qui vont régir les relations mandat d'arrêt européen / réfugiés.

---

<sup>20</sup> L'établissement d'un statut identique du réfugié au sein de l'Ue est en cours de réalisation. Le *livre vert sur le futur régime d'asile commun* de juin 2007 présenté par la Commission étudiait l'option de la « mise en place d'un statut uniforme pour les réfugiés (...) » ( point 2-3 du document ) : l'idée d'un statut du réfugié applicable à l'ensemble de l'Ue « invite à réfléchir à la création au niveau communautaire d'un mécanisme de reconnaissance mutuelle des décisions nationales en matière d'asile et sur la possibilité de transférer les responsabilités liées à la protection une fois qu'une personne bénéficiant d'un statut de protection décide de changer de résidence ... ) ». (Point 09). (Note COM (2007) 301 final). La directive 2011/109/CE du Parlement européen et du Conseil du 11 mai 2011 étend le statut de résidents de longue durée aux bénéficiaires de la protection internationale (JO.UE du 19 .5 .2011, L131/2).

1) *L'arrêt Murat X du 26 septembre 2007*<sup>21</sup> *fait figure de position de principe.*

Il témoigne sans ambiguïté qu'un réfugié peut faire l'objet d'un mandat d'arrêt européen et d'une remise subséquente. Par ailleurs il révèle l'importance de la clause de non-discrimination.

Un ressortissant turc ayant obtenu le statut de réfugié en France tente de s'opposer à une demande de remise faite par l'Allemagne du chef de participation à une organisation criminelle. Ses activités en faveur de la cause kurde sont au cœur de la problématique : son implication en faveur de cette cause est à l'origine de l'obtention du statut de réfugié par la France mais c'est aussi en raison de celle-ci que la remise est demandée, les actes qui lui sont reprochés en Allemagne sont en relation avec cette action.

Le statut de réfugié n'est pas visé expressément par le Code de Procédure pénale, ce statut ne figure pas parmi les causes de refus d'exécution d'un mandat d'arrêt européen. Ainsi, à lui seul il ne peut justifier le refus d'exécuter le mandat et le motiver. En revanche, les causes de refus vont être trouvées dans une disposition française - reprise quasi littérale du considérant 12 - à savoir l'art 695-22, 5° du Code de Procédure pénale(CPP)<sup>22</sup>. Comme il l'a déjà été précisé la *clause de sauvegarde humanitaire* connaît un champ d'application est beaucoup plus large que celui des réfugiés - potentiellement n'importe quelle personne se sentant victime d'une discrimination (qui plus est de toute nature) ou s'estimant victime d'un détournement du motif de la demande - peut s'en prévaloir ; mais par une sorte d'effet entonnoir les réfugiés ont peut-être plus de raisons et d'intérêt à chercher à bénéficier de cette disposition. En effet, il arrive assez fréquemment que les avocats des personnes poursuivies ou condamnées (surtout pour acte de terrorisme) tentent de déplacer la question des motifs de leur condamnation vers ce qu'il est convenu d'appeler *la clause française*, c'est à dire allèguent qu'elles sont poursuivies ou ont été condamnées moins pour des infractions de droit commun que pour leurs opinions politiques.

Dans cette affaire les avocats de Murat X ont cherché à ajouter au motif au *motif tiré de ses opinions politiques* celui de poursuites en raison de *l'origine ethnique*. Les juges du fond s'étaient fondés sur les deux motifs pour refuser l'exécution du mandat.

---

<sup>21</sup> Cass. crim. n°07-86.099: jurisData n°2007-040604.

<sup>22</sup> Il prévoit que l'exécution d'un mandat d'arrêt européen peut être refusée s'il est établi que ledit mandat « a été émis dans le but de poursuivre ou de condamner une personne en raison de son sexe, de sa race, de sa religion, de son origine ethnique, de sa nationalité, de sa langue, de ses opinions politiques ou de son orientation sexuelle, ou qu'il peut être porté atteinte à la situation de cette personne pour l'une de ces raisons ».

La Cour de cassation se positionne différemment. Elle pose par une incidente le principe : « *le statut de réfugié accordé à Murat X ... en raison des risques qu'il pourrait courir dans l'Etat dont il est le ressortissant ne saurait l'exonérer de poursuites pénales du chef d'appartenance à une organisation criminelle mises en œuvre par un Etat membre de L'Union européenne ...* ». Elle critique ensuite la position des premiers juges en se fondant sur deux arguments autonomes. Elle estime que le motif politique de la demande doit être établi et non simplement supposé, leur reprochant de s'être contenté de faire le lien entre les activités de la personne et l'octroi d'un statut protecteur et de n'avoir pas cherché à prouver la réalité de l'affirmation du motif politique. Le second argument concerne les moyens qu'ils auraient pu utiliser pour appuyer leur position. Parmi eux figure la possibilité tirée de l'article 695-33 CPP permettant aux juges français de demander des informations complémentaires sur le mandat d'arrêt européen. Selon la Cour de cassation cette disposition « *permet aux juges de demander à l'état d'émission les informations complémentaires nécessaires sur le sort qui serait réservé à l'intéressé à l'issue de la procédure suivie dans cet état au regard notamment tant des dispositions de la Convention européenne des droits de l'homme que de celles de la Convention de Genève du 28 juillet 1951 auxquelles la France et l'Allemagne sont parties* ». La conclusion pour la Cour de cassation s'impose d'elle-même.

Le motif politique de la demande en l'espèce ne pouvait se présumer de la seule qualification de participation à une organisation criminelle. Comment analyser cette position ? Faut-il estimer que la chambre criminelle a limité la portée du statut de réfugié en matière de mandat d'arrêt européen ? Il est vrai que des deux options « coopération pénale / protection des réfugiés » la Cour semble avoir choisi la confiance dans le système judiciaire d'un autre Etat membre. Confiance qui doit prévaloir y compris lorsque des éléments pourraient faire croire à des poursuites « anormales ». Or, ce qui est ici reproché au premier juge est de n'avoir pas suffisamment motivé leur décision de refus d'exécution, c'est de n'avoir pas demandé d'informations supplémentaires à l'Allemagne afin de corroborer leurs impressions premières. Cette constatation tempère donc quelque peu l'affirmation initiale de la prévalence des exigences de la coopération pénale.

Le motif ethnique et politique est devenu un argument contentieux d'opposition à la remise récurrent. Quelques affaires méritent d'être rapidement évoquées<sup>23</sup>. Un arrêt rendu par la Cour de cassation le 22 janvier 2008 se démarque, son contenu permettant de s'interroger tout à la fois sur l'invocation de la qualité de réfugié, sur sa réalité et sur le motif ethnique<sup>24</sup>.

---

<sup>23</sup> Voir également Cass. crim 17 août 2011, n°11-85511

<sup>24</sup> Cass. crim., 22 janv 2008, n°07-88.657: JurisData n°2008-042711.

La question de l'identité de la personne est ici capitale et complexe. Celui qui par la suite deviendra le demandeur s'opposant à sa remise a en effet pour habitude d'utiliser plusieurs identités et documents contrefaits. Il a fait l'objet d'un mandat d'arrêt européen (émis par un juge de Slovaquie en 2006, suite à une condamnation en 2000 à 8 ans d'emprisonnement pour tentative de vol avec violence), et produit une preuve selon laquelle il a obtenu le statut de réfugié par la France.

Le premier argument qu'il met en avant pour éviter le transfert concerne précisément le fait qu'il est réfugié quand bien même la décision dont il se prévaut de 2004 de la Commission des Recours des Réfugiés n'utilise pas son vrai prénom (elle concerne Bartolome Tuleja et c'est Tibor Tuleja qui fait l'objet d'un mandat). Le premier juge n'avait pas accueilli l'argument, la remise avait été autorisée au terme d'un raisonnement sans équivoque : « *dans ce contexte frauduleux rendant toute identité incertaine de par la volonté de l'intéressé lui-même le demandeur ne rapporte pas la preuve qu'il bénéficie du statut de réfugié politique* ». La Cour de cassation n'adhère pas à cette argumentation, elle relève une contradiction des motifs : on ne peut en même temps affirmer que c'est bien la personne qui doit être remise et que c'est la même qui ne bénéficie pas de la qualité de réfugié. La Cour prouve ici sa volonté (la rédaction est appuyée) de s'attacher à faire respecter l'esprit de la Convention de Genève : le premier juge aurait dû démontrer de manière incontestable que la personne qui s'en prévalait n'avait pas la qualité de réfugié. La Cour pose même une règle essentielle : celle selon laquelle « *l'éventuel doute sur la qualité de réfugié doit profiter à la personne dont les autorités judiciaires d'état tiers demandent la remise* ». Se faisant la Cour assimile réfugié et celui qui se prétend tel.

L'invocation du motif discriminatoire tiré de l'origine ethnique était le deuxième argument du demandeur. La Cour de cassation rappelle au premier juge que la CRR a reconnu à Tibor Tuleja la qualité de réfugié du fait des discriminations subies par ce dernier de la part des autorités slovaques à raison de son origine tzigane (contentieux antérieur à l'entrée de la Slovaquie dans l'Ue). Cet aspect des choses doit, d'après la Cour de cassation, susciter la vigilance des juges français, la remise d'une personne vers un état d'émission du mandat qui est celui dont on pense qu'il a commis à l'encontre de la personne des discriminations justifiant un statut protecteur étant pour le moins intrigante.

Cette précision faite, elle s'attache à examiner et à vérifier la réalité du prétendu motif discriminatoire. Elle rappelle que le demandeur a été condamné pour des infractions de droit commun et qu'il « *apparaissait que la Slovaquie tentait de faire exécuter une décision judiciaire rendue à l'encontre d'un voleur récidiviste condamné pour l'unique motif de sa*

*délinquance réitérée et non pour un motif d'appartenance à une quelconque communauté ».* Elle estime enfin que *« l'intéressé n'établit pas que l'état requérant ait émis de titre d'arrestation dans le but de poursuivre ou de le condamner en raison de son origine ethnique ».* En d'autres termes ses allégations ne sont confortées par aucun élément. Cet arrêt est une double confirmation : les autorités judiciaires pourraient refuser l'exécution du mandat dès lors qu'il a été émis dans un but prohibé par l'art 695-22,5° CPP. Ensuite le statut de réfugié ne saurait à lui seul soustraire la personne réclamée de l'exécution d'une condamnation prononcée en faveur d'une infraction de droit commun.

Une autre affaire relative au motif ethnique mérite d'être sommairement évoquée. Fabien X rwandais a obtenu le statut de réfugié en France. Il fait l'objet d'un mandat d'arrêt européen belge en 2011 pour l'exercice de poursuites pénales des chefs de génocide, crime contre l'humanité et assassinats commis au Rwanda courant 1994. Sa remise ayant été autorisée il se pourvoit en cassation et pour la juger illégitime cherche à faire valoir que le mandat avait été émis contre lui en raison de son origine ethnique ; son avocat estimant que les dispositions relatives au mobile discriminatoire s'opposaient *« en conséquence à ce qu'une personne à laquelle le statut de réfugié politique a été reconnu à raison de son appartenance à une ethnie, et de ses opinions politiques dans un conflit opposant son ethnie d'origine à une autre ethnie, puisse faire l'objet d'une remise pour des poursuites portant précisément sur sa participation au conflit ayant opposé ces deux ethnies ».*

La Cour d'appel ayant rejeté l'argument (pour elle, les faits reprochés étaient uniquement constitutifs d'infractions pénales), la Cour de cassation repousse à son tour ce moyen précisant que si le réfugié est recherché *« pour des infractions qu'il aurait commises à l'égard de personnes ou de populations à raison de leur appartenance à une ethnie différente de la sienne, le demandeur n'est pas lui-même exposé dans l'Etat requérant à des poursuites ou à des condamnations en raison de sa propre origine ».*

Jusqu'à ce jour la Cour de cassation n'a pas constaté -ou n'a pas été en moyen de le faire- de tels détournements de procédure, de tels dysfonctionnements mais il va sans dire qu'elle n'hésitera pas si les preuves lui sont fournies et la défense (terme employé à dessein) de l'état d'émission peu satisfaisante à refuser la remise ou à censurer la chambre d'instruction qui l'aurait autorisée. Car toute la difficulté en cette matière tient en la question cruciale de la preuve et de l'établissement d'éléments objectifs déterminant le *« mobile »* de l'état émetteur. En effet, il va sans dire que le refus d'exécution fondé sur le motif discriminatoire est réellement d'application délicate: comment établir que la demande est fondée sur l'appartenance ethnique ou les opinions politiques de la personne ?

Douter de la véracité de la qualification invoquée s'inscrit mal a priori dans la logique du mécanisme du mandat d'arrêt européen dont une des caractéristiques est que l'état récepteur n'a pas à juger du bien-fondé de la poursuite exercée. Comment identifier les raisons profondes de l'autorité émettrice ?

## 2) *Le recours aux informations complémentaires : une double fonction.*

La jurisprudence de la Cour de cassation permet d'insister sur l'importance d'une disposition qu'à tort on aurait pu qualifier de simple disposition procédurale : l'article 695-33 du CPP. Elle entend lui donner un plein effet et utiliser les potentialités qu'il recèle. Aux termes de celui-ci : « *Si la chambre de l'instruction estime que les informations communiquées par l'Etat membre d'émission dans le mandat d'arrêt européen sont insuffisantes pour lui permettre de statuer sur la remise, elle demande à l'autorité judiciaire dudit Etat la fourniture, dans le délai maximum de dix jours pour leur réception, des informations complémentaires nécessaires* ».

Il résulte de plusieurs arrêts que si l'argument du motif discriminatoire de la demande est avancé le juge du fond aura la possibilité de suivre une ligne directrice prédéfinie : afin de s'assurer que des éléments objectifs existent (ou non) quant au motif invoqué de la mesure la chambre d'instruction aura la faculté de demander des informations complémentaires à l'état émetteur. La démarche est claire : le juge français doit pouvoir examiner l'argument du détournement de procédure, des informations complémentaires devant lui permettre de rejeter l'argument ou de l'accepter en toute connaissance de cause. Cette approche s'inscrit dans le sens de la prévalence de la confiance mutuelle : ce n'est qu'en cas de doute confirmé par des renseignements complémentaires et des informations réelles que la confiance sera entamée. La Cour de cassation face à la question délicate de l'identification des motifs de la mesure, préfère avant toute appréciation péremptoire et définitive que toutes les virtualités de la loi française soient utilisées.

Or, on découvre assez vite qu'elle entend utiliser cet article dans une autre perspective. Elle interprète largement la notion « *d'informations complémentaires* » : ceci se devine à travers la nature et le genre de renseignements qui peuvent être demandés.

Dans l'espèce Murat X, il s'agit de ceux « *sur le sort qui serait réservé à l'intéressé à l'issue de la procédure suivie dans cet état (...)* ». Formulation pour le moins équivoque dont on peut déjà écrire qu'elle ne semble pas réellement permettre de s'interroger sur les motifs des poursuites mais semble ouvrir vers une autre interrogation : celle des relations de la

personne avec la patrie d'origine d'où l'allusion aux Conventions de Strasbourg et de Genève.

Se faisant dans cette affaire la Cour contourne la difficulté de la preuve du motif discriminatoire (et la remise en cause quasi frontale du principe de reconnaissance mutuelle qu'elle implique) préférant insister sur le fait que s'agissant d'un réfugié politique la procédure peut avoir des conséquences dramatiques sur sa situation notamment s'il est reconduit dans son pays à l'issue de sa peine.

La question du sort post punitif de la personne après la phase post-sentencielle est également au centre de l'affaire Gharman X<sup>25</sup>.

La demande de renseignements complémentaires joue ici encore un rôle essentiel. Alors que la chambre d'instruction avait autorisé la remise d'un réfugié iranien aux autorités judiciaires portugaises la Cour de cassation lui reprochera par la suite de n'avoir pas demandé les informations nécessaires sur le sort qui serait réservé à l'intéressé à l'issue de sa peine. L'intéressé craignait en effet d'être renvoyé en Iran après l'exécution de sa peine au Portugal. Le statut de réfugié semblait offrir une garantie suffisante pour le premier juge, appréciation démentie par la haute juridiction qui estime qu'en s'abstenant de demander des informations complémentaires, celui-ci n'avait pas donné de base légale à sa décision. La Cour de cassation impose une obligation de renseignement particulièrement importante à la juridiction de fond, elle se montre protectrice : si la remise de l'intéressé ne l'exposait pas directement à un risque de mort ou de torture, la chambre de l'instruction aurait dû s'assurer auprès des autorités judiciaires de l'état d'émission que la suite de la procédure ne lui aurait pas fait courir un tel risque.

Cette approche jurisprudentielle de l'article 695-33 du CPP est remarquable parce que particulièrement attentive au sort post punitif des réfugiés. Elle résonne comme un écho aux préoccupations du considérant 13 de la décision-cadre, elle répond aux inquiétudes du HCR qui se demandait quel allait être le sort des réfugiés une fois remis dans le pays d'émission du mandat. Enfin, elle introduit le non-respect de la CESDH (et plus particulièrement de son article 3) parmi les motifs de non-exécution du mandat d'arrêt européen, car, c'est bien de cela dont il s'agit : si les renseignements demandés laissent planer un doute sur le sort ultérieur de la personne, si le risque d'éloignement vers un pays où le réfugié serait en danger est avéré alors le mandat d'arrêt européen ne sera pas exécuté.

---

<sup>25</sup> Cass.crim.7 février 2007, n°07-80 ,762 JurisData n°2007-972.

Cette affirmation est confortée par les suites de l'affaire Murat X, (le réfugié turc faisant l'objet d'un mandat délivré par l'Allemagne) la haute juridiction casse l'arrêt rendu par la troisième chambre de l'instruction qui pourtant avait autorisé la remise, elle lui reproche de n'avoir pas demandé les informations complémentaires nécessaires à éclairer sa décision. Lorsque le doute existe sur le sort possible de l'intéressé après la remise, le juge doit s'assurer que les autorités, ici allemandes, ne remettront pas le réfugié aux autorités, ici turques.

Ce qui semble significatif dans ces affaires Murat X c'est que c'est à cause de la même garantie que la solution est critiquée : dans la première affaire, les juges auraient dû demander des informations s'ils avaient l'intention de refuser le mandat, pour motif discriminatoire, dans cette seconde, même si ils voulaient accepter la remise ils auraient dû plus amplement se renseigner.

Ainsi le respect des exigences de l'article 3 CESDH ainsi que celles du principe de non-refoulement exigent de subordonner la remise à des garanties suffisantes sur le sort de la personne après la remise et ces assurances doivent être sollicitées.

Le premier juge ne peut s'abriter derrière les dispositions de l'article 695-21-II CPP qui prévoit qu'une personne ne peut être extradée vers un état non membre de l'Union européenne sans le consentement de l'autorité compétente qui l'a remise<sup>26</sup>.

Cet article mérite, à ce propos, une attention particulière car son contenu simple sur le principe - il ne peut avoir extradition sans le consentement de l'état qui effectue la remise - laisse planer une ombre d'incertitude. Il dispose exactement : « *lorsque le ministère public qui a délivré un mandat d'arrêt européen a obtenu la remise de la personne recherchée, celle-ci ne peut être extradée vers un état non membre de l'Union européenne sans le consentement de l'autorité compétente de l'état membre qui l'a remise* ». La rédaction est claire, la France étant dans ce cas de figure envisagée comme l'état d'émission du mandat, doit au cas où elle envisagerait d'accorder l'extradition ultérieure de la personne en informer l'état qui lui a livré la personne et lui demander son aval. Autrement dit notre droit interne est plutôt silencieux sur l'hypothèse dans laquelle la France est l'état d'exécution, donc l'état qui remet, l'état qui devrait donner son consentement à une extradition ultérieure<sup>27-28</sup>. La Cour de cassation ne

---

<sup>26</sup> La décision-cadre est à l'origine de cette disposition puisqu'elle dispose en son article 28-4 qu'une personne « ... qui a été remise en vertu d'un mandat d'arrêt européen n'est pas extradée vers un état tiers sans le consentement de l'autorité compétente de l'état membre qui l'a remise. Ce consentement est donné conformément aux conventions par lesquelles cet état membre est lié, ainsi qu'à son droit interne ».

<sup>27</sup> Depuis, la Cour de cassation a eu l'occasion de préciser que c'est la chambre de l'instruction qui est compétente pour statuer sur la demande de remise et une demande d'extradition consécutive, voir Cass crim, 19 oct. 2010, n°10-85.582, Hamid X .

fait pas cas de cette insuffisance, elle considère que la garantie de savoir qu'après la remise la France devra être consultée en cas de demande d'extradition est insuffisamment protectrice et peu importe en conséquence la rédaction exacte de l'article 695-21-II CPP. La chambre d'instruction doit se renseigner sur les intentions de l'état d'émission du mandat, ici l'Allemagne, le cas échéant en s'appuyant sur une disposition qui n'envisage la France que comme état d'émission et en s'appuyant également sur la possibilité que possède le juge de demander des informations complémentaires. Se faisant, la haute juridiction déplace quelque peu la question, fait montre de prudence, elle privilégie en effet un contrôle en amont de la remise (c'est-à-dire au stade du premier transfert) plutôt que d'attendre que le consentement à une demande d'extradition soit demandé à la France (deuxième transfert), elle anticipe sur ce qui pourrait se passer après la remise.

Cette attitude vigilante et réservée par rapport aux intentions de l'état d'émission se comprend par le contexte de l'affaire Murat X et d'autres espèces similaires : la personne au centre de l'affaire est un réfugié, sensible plus que toute autre personne au risque de refoulement vers l'état qu'il craint. L'interprétation que fait la Cour des virtualités de l'article 695-33 CPP est alors révélatrice d'un état d'esprit : le réfugié peut faire l'objet d'une remise, son statut ne signifie pas impunité mais les garanties propres à ce statut retrouvent quand il le faut leur raison d'être. Quitte à étirer les textes : il ne semble pas, en effet, que les renseignements évoqués par le code concernent autre chose que les motifs de la poursuite, le texte visant les « *informations nécessaires pour statuer sur la remise* ».

A travers cette jurisprudence la prévalence du droit des réfugiés et de ses garanties est évidente. Les affaires Gharman X et Murat X (2ème affaire) sont donc riches d'enseignements s'agissant de la question du sort ultérieur des réfugiés, elle prouve la volonté du juge d'assurer pleinement le respect des exigences internationales et européennes.

### 3) *La portée du statut de réfugié et les assurances étrangères de non extradition : l'affaire Arkan X*<sup>29</sup>.

Un réfugié reconnu par la France fait l'objet d'un mandat d'arrêt européen délivré par un juge belge dans le cadre d'une information judiciaire visant des faits de trafic d'êtres humains commis à Ostende, il se pourvoit contre l'arrêt de la chambre qui a autorisé sa remise aux autorités judiciaires belges. Son argumentation principale cherche à démontrer que le

---

<sup>28</sup> Voir B. Aubert, « chronique de droit de la Communauté et de l'Union européenne », *Rev.sc. crim*, 2008 p 429 point 23.

<sup>29</sup> Cass. crim 4 aout 2010 N° de pourvoi 10-85511.

statut de réfugié doit lui apporter un minimum de garanties ou de protection. A cet effet, il insiste d'abord sur ce qu'il considère être les limites « géographiques » du statut de réfugié et sur le fait que la protection contre le risque de refoulement doit être effective. Ainsi, selon lui « *l'octroi du statut de réfugié est le fruit de la décision souveraine d'un Etat, qui confère à son bénéficiaire une protection liée aux limites de cet Etat ; que la circonstance que le pays requérant adhère également à la Convention de Genève sur les réfugiés n'emporte pas automatiquement de sa part reconnaissance du statut de réfugié octroyé à l'intéressé par l'Etat requis* ».

La réponse apportée par le premier juge sur ce point lui semblant insuffisante, il insiste plus particulièrement devant le juge de cassation sur le fait que la dualité des autorités administratives et judiciaires intervenant en la matière nuisait à une protection efficace des réfugiés (en Belgique comme en France, l'autorité compétente pour reconnaître le statut de réfugié et pour également décider du sort d'un étranger après éventuelle exécution d'une peine est l'autorité administrative distincte de l'autorité judiciaire en vertu d'un principe de séparation des pouvoirs). D'après lui la France responsable de sa protection aurait dû demander à la Belgique de s'expliquer sur son sort post punitif.

La Cour de cassation (comme les premiers juges) rejette les arguments du demandeur estimant acquis que le statut de réfugié est également valable en Belgique et suffisantes les garanties données par la Belgique de ne pas l'extrader vers l'Irak.

On le voit, la jurisprudence de la Cour en matière de remise de réfugiés semble avoir trouvé ses lignes directrices dans l'application des textes pertinents. Or il ressort d'une étude -volontairement rapide- qu'elle semble vouloir aller plus loin dans la protection et les garanties des réfugiés.

#### *B) Des limites apportées par la jurisprudence ?*

Peu à peu les raisons qui pourraient justifier la non-exécution d'un mandat d'arrêt européen concernant un réfugié se dévoilent. Si ces motifs sont ceux visés par la décision-cadre, il semble avéré que la Cour de cassation veuille assurer une protection plus large des personnes que celle définie par la transposition législative française.

Ceci se remarque fortement à travers la mise en œuvre du droit à la vie privée et familiale inscrit à l'article 8 de la CESDH. Il fait d'ores et déjà l'objet d'une jurisprudence,

balbutiante, mais réelle<sup>30</sup>, jurisprudence qui va devoir s'articuler avec les développements récents de la jurisprudence communautaire.

1) *L'affaire déjà connue du 7 fév. 2007 (Gharman X) peut être également étudiée sous l'angle de l'article 8 CESDH.*

Ce réfugié iranien faisant l'objet demande de remise portugaise invoquait des dispositions de la décision-cadre et du Code de Procédure pénale qui selon lui, lui aurait permis d'exécuter la peine en France évitant ainsi son transfert dans un pays autre que celui de sa résidence et dans lequel de surcroît il avait obtenu le statut de réfugié.

La Cour de cassation refuse de lui donner raison confirmant l'interprétation des premiers juges de l'article 695-24,2° CPP relatif aux motifs facultatifs de refus d'exécution d'un mandat d'arrêt européen. Il ressort de cette disposition que *seuls les ressortissants français* sont concernés par la possibilité suivante : le refus de remise peut être envisagé pour les citoyens français lorsqu'il s'agit de l'exécution de la peine ou d'une mesure privative de liberté, les autorités nationales devant alors s'engager à faire procéder elles-mêmes à l'exécution de la peine.

Cette lecture des juges s'appuie sur le texte lui-même qui ne souffre d'aucune ambiguïté, il évoque la personne de « *nationalité française* ». Ce texte français témoigne d'une certaine insuffisance : en transposant (de façon partielle on le sait aujourd'hui) la décision-cadre, il ne prend pas en compte certaines réalités individuelles.<sup>31</sup>

Quid, en effet, dans ce contexte, du réfugié qui réside en France depuis des années, voire des décennies, seul ou plus certainement en famille ? Quid de façon plus générale de l'étranger présent depuis longtemps sur le territoire national et objet d'une demande de remise ?

La solution peut-elle être du côté des stipulations de la CESDH qui affirme le droit de chacun au respect de sa vie privée et familiale. Un réfugié sujet d'une demande de remise pourrait-il se prévaloir d'une atteinte disproportionnée à son droit à la vie privée et familiale en cas d'exécution de la mesure ?

---

<sup>30</sup> Alors qu'en l'état de la jurisprudence française, on ne peut que supputer que d'autres droits protégés par la Convention (tel celui de l'article 5 ou les exigences du procès équitable ou encore l'interdiction de la torture, des traitements inhumains et dégradants) pourraient produire des effets.

<sup>31</sup> La décision-cadre en son article 4 point 3 évoque cette possibilité « lorsque la personne recherchée demeure dans l'Etat membre d'exécution, en est ressortissante ou y réside... ». L'approche française est donc très restrictive.

La réponse, d'après la juridiction française, est indiscutablement positive, cela même si pour l'affaire Gharman étudiée la demande est rejetée. De façon générale, elle examine l'argument de la présence en France du réfugié et ses conditions de vie familiale. Elle est même particulièrement exigeante quant au contrôle de ce moyen ayant en effet cassé plusieurs décisions qui n'avaient évalué ni la nécessité ni la proportionnalité de la remise au regard de la situation personnelle des individus.

A cet égard l'affaire M. Walerrij mérite d'être examinée : ce monsieur était réclamé par la Pologne pour un reliquat de peine de 2 ans pour des faits vieux de plus de 15 ans, réfugié politique, vivant en France depuis 8 ans, maritalement, père de deux enfants à charge et soutien de famille. Cette situation n'avait pas empêché la Cour d'appel d'ordonner le transfert. Elle estimait que le motif d'atteinte excessive à la vie familiale était hors de propos, celui-ci ne figurant pas parmi les motifs de non-exécution envisagés par les textes. La Cour de cassation condamne une telle approche, le juge selon elle n'a pas justifié sa décision en ne vérifiant pas le moyen d'atteinte à la vie familiale du réfugié<sup>32-33</sup>.

Par cette attitude, il est indéniable que la Cour de cassation semble vouloir assurer la prééminence des droits fondamentaux de l'étranger ouvrant certainement la voie à une cause de refus d'un mandat inconnue des textes. A ce stade des développements jurisprudentiels, il n'était pas illégitime de penser que dans un futur proche le juge aurait pu sanctionner les conséquences disproportionnées de la remise sur la vie privée et familiale de l'étranger, ce qui jusque-là ne s'était jamais produit.

## *2) Cette solution s'inscrirait-elle dans la continuité de la jurisprudence de la CJUE ?*

Cette dernière dans un arrêt du 5 septembre 2012, Lopes da Silva Jorge a posé des principes clairs.

En l'espèce un portugais habitant depuis de longues années en France faisant l'objet d'un mandat s'oppose à la remise au nom de l'atteinte disproportionnée à son droit à la vie privée et familiale estimant pouvoir bénéficier des mêmes modalités que les français.

---

<sup>32</sup> Cass. crim 10 nov. 2010 n° 10-8728.

<sup>33</sup> D'autres arrêts font preuve d'une approche identique montrant que ce moyen est invocable par toute personne de nationalité étrangère se trouvant sur le territoire français et objet d'une demande de remise, les juges du fond devant examiner l'argument de l'atteinte à la vie familiale de l'étranger et ne pas se contenter de le rejeter. Voir par exemple, Cass.crim 12 mai 2010, n°10-82476 ou Cass.crim 22 sep 2012, n°10-86237.

Dans sa réponse à une demande d'interprétation posée par un juge français la Cour montre clairement que la nationalité ne peut être une condition d'application des instruments de coopération pénale dans l'espace européen -sanctionnant de ce fait la législation française.

Par ailleurs cette décision précise que « *l'objectif de réinsertion sociale des personnes condamnées* » après l'exécution de la peine doit être pris en compte dans le cadre des mandats d'arrêts européens.

En tranchant ainsi la CJUE suit les conclusions de l'avocat général Paolo Mengozzi présentées le 20 mars 2012 qui proposait « *une lecture humaniste du principe de reconnaissance mutuelle* »<sup>34</sup> et insistait sur la nécessité de respecter la dignité de la personne en toute circonstance.

Certes, le fondement de la censure choisi par la Cour de Luxembourg est différent. Mais les notions « *de vie privée et familiale* » et « *de réinsertion sociale des personnes* » sont-elles réellement éloignées ? Ne pourrait-on estimer que la deuxième approche est incluse dans la première ?

La distinction entre les deux notions semble se faire de deux façons. D'abord le droit à la vie privée et familiale semble avant tout rattachable à la Convention européenne alors que le juge communautaire à travers « *l'objectif de réinsertion sociale* » renvoie à sa propre jurisprudence et à certains instruments communautaires utilisant ces mots<sup>35</sup>.

Par ailleurs, il ne semble pas illégitime de considérer que s'agissant de cette catégorie particulière d'étrangers que sont les réfugiés, il est plus pertinent les concernant de s'appuyer sur leurs conditions de vie aussi bien privée que familiale dans l'état d'accueil, celles-ci étant fortement liées à la stabilité du séjour corrélative à la reconnaissance du statut et au principe d'unité familiale, plutôt que sur l'objectif de réinsertion sociale post-poursuites.

Ainsi, cette jurisprudence récente de Luxembourg loin de contrarier la jurisprudence française quant à la prise en compte du droit à la vie privée et familiale comme élément de conciliation de la mise en œuvre du mandat d'arrêt européen risque au contraire de la conforter. Il en ressort en effet, et cet élément est capital, qu'une appréciation individualisée de la mise en œuvre d'un mandat d'arrêt européen n'est pas à exclure.

---

<sup>34</sup> Affaire Lopes da Silva Jorge C-42/11 sur renvoi préjudiciel fait par la Cour d'appel d'Amiens demandant si le principe de non-discrimination posé par l'article 18 TFUE s'opposait à une législation nationale qui réserve à ses nationaux la possibilité que la peine et la privation de liberté soit assurée par la France.

<sup>35</sup> Respectivement : CJUE, 6 oct. 2009, Wolzemburg, C-123/08 et la décision-cadre 2008/909/JAI du Conseil du 27 nov. 2008 concernant l'application du principe de reconnaissance mutuelle aux jugements en matière pénale prononçant des peines privatives de libertés aux fins de leur exécution dans l'Union européenne, JO.U.E. L 327 p.27.

Pour conclure il va sans dire que l'article 3 de la CESDH risque de trouver en matière d'exécution de mandats d'arrêts européens et d'emprisonnements consécutifs des personnes un terrain d'application, risque évoqué par la Commission elle-même<sup>36</sup>. Ainsi, subrepticement mais certainement, les exigences de la Convention européenne font leur apparition<sup>37</sup>. Ceci bien que la décision-cadre ne contienne pas expressément de dispositions permettant le refus d'exécution pour non-respect des Droits de l'Homme : la supériorité des exigences de la coopération pénale sur les droits fondamentaux n'est donc qu'apparente.

L'approche jurisprudentielle prouve l'existence de garanties liées au statut de réfugié et l'introduction des exigences conventionnelles. Le statut de réfugié ne permet pas à lui seul d'empêcher la remise : le salut se situe du côté clause de non-discrimination du considérant 12, du principe de non-refoulement du considérant 13, voire le cas échéant du côté des exigences de la CESDH. Toutes sources et garanties qui sont également invocables par les demandeurs d'asile, les déboutés (voire les exclus de l'asile).

## II. DES SPECIFICITES POUR LA REMISE DES DEMANDEURS ET DES DEBOUTES DE L'ASILE ?

Les demandeurs d'asile ainsi que les déboutés ne sont pas du point de vue des principes auparavant dégagés dans une situation différente de celle des réfugiés reconnus. Le fait de demander l'asile ou a fortiori de ne pas l'avoir obtenu ne place pas les personnes en situation d'impunité par rapport aux actes criminels qu'elles auraient pu commettre, ne fait pas obstacle à la volonté de poursuites des états : les mandats d'arrêts européens les concernant sont exécutables.

Par ailleurs, considération indirecte mais essentielle, le principe de non-refoulement particulièrement protecteur de déboutés de l'asile n'est pas susceptible d'être enfreint puisqu'ils restent dans une zone sûre, une Europe sûre. Une nouvelle approche du « *pays*

---

<sup>36</sup> Cette possibilité est mise en avant dans un rapport au Parlement et au Conseil de 2011 sur la mise en œuvre depuis 2007 de la décision-cadre du conseil du 13 juin 2002 relative au mandat d'arrêt européen et aux procédures de remise entre Etats membres : les insuffisances dans certaines prisons de l'Ue et les conditions inacceptables de détention pourraient constituer des traitements inhumains et dégradants, appréciation intervenant suite à des condamnations par le juge de Strasbourg. (COM (2011)175 final, p.7).

<sup>37</sup> La Cour de Strasbourg à quelques reprises a dû connaître du mandat d'arrêt européen (mais sauf erreur de notre part ces affaires ne concernaient pas des réfugiés ou demandeurs d'asile). Voir : pour une décision d'irrecevabilité pour absence de « déni flagrant » du droit à un procès équitable ; CEDH, 3ème section, 4 mai 2010, Robert Stapleton /Irlande, n°56588/07 : l'écoulement d'un certain délai entre la commission d'une infraction et l'engagement des poursuites ne rend pas nécessairement en soi la procédure pénale inéquitable. Pour une absence de méconnaissance de l'article 5, CEDH, 2ème section, 27 sept 2011, Pietro Pianese, n°14929/08.

*d'accueil sûr* », notion spécifique au droit des réfugiés, se dessine celle du « *pays de remise sûr* » voire « *super-sûr* » parce qu'europpéen, parce que membre de l'Union européenne.

Ainsi, la remise des demandeurs et des déboutés suite à l'exécution d'un mandat d'arrêt européen ne rencontre pas de frein, les motifs de refus d'exécution ne semblent pas singuliers. A priori leur situation ne relève pas de règles spécifiques. Néanmoins il découle de celle-ci que deux garanties vont devoir trouver à s'appliquer : le droit que possède le demandeur d'asile de rester sur le territoire tant qu'il n'a pas de réponse à sa demande, l'interdiction de la reconduite des déboutés de l'asile vers des frontières où ils risqueraient des persécutions. Les fondements à la remise, ses limites et enfin les garanties l'entourant seront donc étudiés dans un premier temps (A). De ce panorama des principes et des garanties applicables et surtout de la notion de « pays européen sûr » un thème particulier ne manque de surgir, thème imprévu car mal connu, celui du demandeur d'asile en provenance d'un Etat membre de l'Union : une telle demande ne recevra pas d'écho parce qu'il vient d'un pays *sûr* assurant un haut niveau de protection des droits fondamentaux (B).

Alors le niveau de protection élevé des droits fondamentaux dans l'Ue explique à la fois les transferts de personnes à l'intérieur d'un espace sûr, justifie l'absence d'asile pour les citoyens communautaires.

A) *Les fondements, limites et garanties de la remise des demandeurs d'asile et des déboutés de l'asile.*

Deux sources permettent d'appréhender cet aspect.

1) *Un arrêt essentiel de la CJUE du 21 octobre 2010 : l'affaire I.B (1<sup>er</sup> apport).*

Il est le seul à ce jour à concerner simultanément le mandat d'arrêt européen et l'asile, la Cour répondant à un ensemble de questions préjudicielles introduites par la Cour constitutionnelle de Belgique. Le problème de fond (assez technique) sera volontairement écarté pour ne retenir que cet aspect : la personne objet du mandat demandait l'asile (plus exactement il s'agissait d'un Roumain qui le sollicitait de la Belgique à l'époque où la Roumanie ne faisait pas encore partie à quelques mois près de l'Union).

Voici un rapide rappel des faits : en 2002, I.B. s'enfuit de Roumanie avec sa famille pour aller en Belgique, il y est arrêté en 2007 suite à un signalement au SIS introduit par les

autorités roumaines par la suite un juge roumain délivrera un mandat d'arrêt européen. Quelques jours après la demande officielle de mandat, il introduisit une demande d'asile.

Confrontée à ce *statut atypique* de demandeur d'asile de la personne réclamée la Cour de Luxembourg adopte une démarche pouvant sembler curieuse. Au commencement elle prend en quelque sorte acte de l'entrée de la Roumanie dans l'espace communautaire et requalifie la demande en une demande faite par *un citoyen communautaire dans un autre pays de l'Union*. Cette extrapolation doit être soulignée l'asile intracommunautaire bénéficiant d'une approche spécifique.

Ensuite, la réponse donnée par la Cour vaut pour sa généralité : elle vise tous les demandeurs d'asile, c'est-à-dire également ceux des Etats tiers. La Cour de Luxembourg nous livre à ce sujet ces propos introductifs : « *A titre liminaire (...) il convient, (...), de rappeler que, parmi les motifs de non-exécution du mandat d'arrêt européen énumérés aux articles 3 et 4 de la même décision-cadre, ne figure pas l'existence d'une demande d'asile ni d'une demande d'octroi de statut de réfugié ou de protection subsidiaire*<sup>38</sup> ».

Voici clairement affirmé au plus haut niveau de l'espace commentaire que l'asile ou la demande d'asile ne constituent pas en eux-mêmes une cause de refus d'exécution d'un mandat d'arrêt européen<sup>39</sup>.

## 2) Demande de décision préjudicielle présentée par la Finlande le 25 fév. 2010<sup>40</sup>.

Derrière cette demande se cachent en réalité plusieurs questions extrêmement détaillées auxquelles le juge n'a pas pu répondre, l'affaire ayant été radiée du registre de la Cour<sup>41</sup>.

La demande d'interprétation est relative à une demande d'exécution d'un mandat concernant des demandeurs d'asile. Le juge national cherche à identifier les motifs possibles de non-exécution de la remise - on devine de sa part de grandes réticences à exécuter le mandat - et plus largement cherche à cerner la marge nationale d'appréciation propre à cette matière.

Est-ce que dans l'intervalle les demandes d'asile ont été rejetées par les services compétents ? Ou est-ce que les mandats ont été exécutés malgré les doutes du juge ? Quelle

<sup>38</sup> CJUE du 21 oct 2010, 4<sup>ème</sup> chambre (C-306/09, JO du 18/12 2010 p 0016).

<sup>39</sup> Cette approche est parfois confirmée par le juge national. Ainsi la Cour de cassation belge dans un arrêt du 28 sept 2010 (F-201009286-5 ; P.10.1512.N) dans une affaire concernant une personne détenue en Belgique et faisant l'objet d'un mandat a affirmé clairement que : « *la qualité de candidat réfugié et l'introduction d'une demande d'asile ne constituent pas un motif de refus d'exécuter le mandat d'arrêt européen* ».

<sup>40</sup> Affaire C-105 /10 PPU, demande présentée par Korkein oikeus, procédure virallinen syyttaja contre Malik Gaetaev et Khadidzhat Gaetava, JO C100/32 17.04.2010.

<sup>41</sup> Ordonnance de radiation ,03.04.2010, Aff.105/10.

que soit la réponse, ces interrogations sont extrêmement précieuses comme outil théorique de réflexion.

De plus, l'ordonnement des questions montre le glissement des concepts (et accessoirement leur interdépendance) : de l'asile au départ vers celui plus englobant de droits fondamentaux<sup>42</sup>.

La question n°1 porte sur la concomitance des procédures mandat d'arrêts européens / asile et plus spécialement sur la portée du droit que possède le demandeur d'asile de rester sur le territoire : « *comment convient-il d'interpréter le rapport entre les dispositions de la directive 2005 /85/CE et celles de la décision-cadre 2002/584/JAI lorsque la personne dont la remise est demandée en vertu d'un mandat d'arrêt européen, qui est ressortissant d'un Etat tiers, a demandé l'asile dans l'Etat membre qui doit exécuter le mandat et que la demande d'asile est en cours d'instruction en même temps que l'affaire concernant l'exécution du mandat d'arrêt européen ?* ». La question porte sur l'étendue du droit que possède le demandeur d'asile de rester sur le territoire de l'état auprès duquel la demande a été formée pendant le temps de l'examen de sa demande. Ce droit est expressément consacré par l'article 7§1 de la directive dite « procédure » mais également assorti d'exceptions<sup>43</sup>. D'où cette interrogation : ce droit de rester sur le territoire prime-t-il sur l'exécution du mandat ? Ou bien est-ce l'inverse, les nécessités de l'entraide pénale l'emportant ? Autrement dit : « *la demande d'asile en cours d'instruction permet-elle de refuser la remise au sens de la Décision-cadre bien que ce motif ne figure pas dans les articles 3 et 4 de la décision-cadre ?* ». Il est visible que le rédacteur à travers la formulation choisie identifie l'écueil : ce motif ne figure pas parmi ceux justifiant la non-exécution du mandat, et l'on sait grâce à la décision de la CJUE, *I.B.* précédemment étudiée que la demande d'asile n'est pas en elle-même un motif de refus. La réponse ne peut être que négative : le droit de rester sur le territoire, corollaire du droit d'asile, empêche que la personne soit refoulée le cas échéant sans examen de sa demande, pour autant il n'est pas absolu comme en témoigne la rédaction de l'article 7§2.

Les questions 1 c) et d) et 2 font référence quant à elles au motif discriminatoire et plus largement au respect des droits fondamentaux. La première : « *Comment convient-il*

---

<sup>42</sup> Pour une plus grande commodité de lecture et d'analyse les différents aspects des questions ont été intitulés par nos soins (certains points moins saillants étant laissés de côté).

<sup>43</sup> Art 7 : intitulé « droit de rester dans l'état membre en attendant l'examen de la demande (...) » 2) *Les Etats membres ne peuvent prévoir d'exception à cette règle que, si (...) l'examen de la demande ultérieure n'est pas poursuivi ou si une personne est le cas échéant livrée à ou extradée vers soit un autre état membre ou en vertu des obligations découlant d'un mandat d'arrêt européen ou pour d'autres raisons soit un pays tiers, soit une cour ou un tribunal pénal(e) international(e)* », directive du 1<sup>er</sup> déc. 2005 relative à des normes minimales concernant la procédure d'octroi et de retrait du statut de réfugié dans les Etats membres.

*d'interpréter l'article 7 de la directive au regard des questions précédentes dans le cas particulier ou la personne dont la remise est demandée en vertu d'un mandat d'arrêt européen a fait une demande d'asile pour des raisons qui, sont en substance, les mêmes que celles pour lesquelles elle s'oppose à la remise ?* ». En d'autres termes, quels peuvent être la portée et les effets du droit de rester sur le territoire lorsque les motifs de « persécutions » invoqués par la personne sont à la fois au cœur de la demande d'asile et du refus d'exécuter le mandat d'arrêt européen. L'auteur ajoutant : d) « *Si l'asile est accordé, cela a-t-il pour conséquence que l'état chargé d'exécuter la remise doit s'y refuser ?* ». La réponse semble ici facile, elle découle des démonstrations précédentes : l'asile n'empêche pas la remise, la seule possibilité pour un état de ne pas acquiescer étant de prouver le détournement de procédure, le motif discriminatoire du jugement de l'état d'émission<sup>44</sup>. Mais si le mandat n'est pas dans ce cas de figure exécuté, le fondement de ce refus sera la décision-cadre elle-même, et non une garantie liée à l'asile. Cette analyse a semble-t-il été envisagée par l'auteur puisqu'il se place aussitôt sous l'angle des causes de refus d'exécution du mandat d'arrêt européen et de leur identification.

En effet la deuxième question témoigne d'une approche différente, inversée par rapport à la première confrontation « asile /mandat d'arrêt européen » puisqu'elle devient en l'occurrence « mandat d'arrêt européen/droits fondamentaux » ; le juge prenant de la distance, se plaçant cette fois « *sous l'angle des droits fondamentaux tels qu'ils sont envisagés par l'art 1<sup>er</sup> de la décision-cadre, l'art 6 §1 TUE et la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne* ». Compte tenu de cet ensemble de références : « *Convient-il d'interpréter cette décision-cadre en ce sens que, outre les motifs de refus énoncés aux articles 3 et 4 de ladite décision, la remise peut également, eu égard aux points 12 et 13 de ses considérants, être refusée pour d'autres motifs, trouvant leur fondement dans les circonstances mentionnées dans ces considérants ?* ». La question de l'identification des motifs de non-exécution des mandats et celle de l'élargissement éventuel de ces causes aux considérations des considérants 12 et 13 sont posées. Permettent-ils d'élargir les causes de refus à d'autres que celles énumérées par le texte? Le considérant 12 (premier aspect) induit-il une clause « respect des droits fondamentaux » que l'on pourrait également dégager de l'article 1er de la décision-cadre? Si oui : « *quels sont les motifs que l'état membre*

---

<sup>44</sup> A ce sujet la formulation du c) de la question 2 permet (sauf erreur de notre part) de comprendre cette demande finlandaise et ce qui a poussé le juge à saisir la Cour de Luxembourg : *la procédure qui a abouti à la condamnation n'était pas équitable parce que la personne condamnée a été soumise par les autorités de l'état de la juridiction concernée à des persécutions qui se sont traduites par une inculpation discriminatoire* ». Voilà on ne peut plus clairement suggérée la suspicion de dysfonctionnement du système judiciaire de l'état d'émission.

*d'exécution peut invoquer ? L'état membre peut-il invoquer alors les principes d'interprétation adoptés, dans le cadre de la Convention européenne des droits de l'homme, par la Cour européenne des droits de l'homme dans sa jurisprudence relative à l'extradition ?* ». Bien que l'auteur ne donne pas d'exemples le droit au respect de la vie privée et familiale semble être le cas de figure typique.

Les réponses à ces questions seront vraisemblablement données par la CJUE, elle devra, par la force des choses, s'exprimer sur la portée des droits fondamentaux dans le cadre du mandat d'arrêt européen, poser les lignes directrices de l'équilibre entre respect des droits et exigences du mécanisme communautaire lui-même (reconnaissance mutuelle, confiance mutuelle). De là découlera le reste : le recensement, arrêt après arrêt, des principes applicables<sup>45-46</sup>.

La question n°5 envisage la portée et les effets du principe de non- refoulement : « *Quelle importance du point de vue de l'exécution du mandat d'arrêt européen, doit-on ou peut-on accorder au fait que la personne s'oppose à sa remise en faisant valoir qu'elle est menacée, dans l'état qui a émis le mandat d'arrêt d'une expulsion vers un état tiers ?* ». Le risque de refoulement indirect est identifiable à travers cette question. Le transfert de personnes déboutées de l'asile est possible entre états de l'Union car le principe de non-refoulement n'est pas enfreint, l'Ue étant une zone sûre. En revanche l'approche est différente lorsque celles-ci risquent d'être éloignées ensuite vers un pays tiers. Un état pourrait-il, devra-t-il, refuser de livrer une personne s'il a des doutes sur le sort du débouté après la remise ? La réponse semble devoir être positive, la jurisprudence française témoignant en ce sens. La prévalence des droits fondamentaux sur les exigences de la coopération pénale est dans ce cas de figure caractérisée<sup>47</sup>.

Si jusqu'à présent le demandeur d'asile envisagé était ressortissant d'un état tiers on doit maintenant se poser la question de l'asile appliqué aux citoyens de l'Ue.

---

<sup>45</sup> A ce propos il est d'ailleurs fort probable que les juridictions nationales par le biais de la question préjudicielle d'urgence ne manqueront pas d'entamer le dialogue et de poser des questions sur la portée des droits fondamentaux.

<sup>46</sup> Voir pour une illustration se situant dans un contexte différent (interprétation de l'article 4 de la décision-cadre relatif aux motifs de refus d'exécution des mandats) mais concernant néanmoins les droits fondamentaux les conclusions de l'avocat général Y Bot sous l'affaire Melloni du 2 octobre 2012. Les droits de l'accusé sont respectés s'il a donné mandat à un conseil juridique pour le défendre et a été effectivement défendu par celui-ci au cours du procès, il n'y a pas méconnaissance du droit à un procès équitable et des droits de la défense tels que définis par la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne (C/399/11).

<sup>47</sup> C'est également en ce sens que s'orientent les règles communautaires, voir la rédaction de l'article 9 de la future directive « procédure commune » qui impose aux états l'obligation de s'assurer que l'extradition vers un état tiers n'entraînera pas refoulement direct ou indirect. COM (2011) 319 final.

B) *Le demandeur d'asile- citoyen de l'union européenne.*

Les citoyens de l'Union sont dans une situation particulière vis-à-vis de l'asile du fait d'un texte précis : le protocole Aznar, de 1997 qui comporte un article unique sacralisant « l'aphorisme » désormais célèbre « *Vu le niveau de protection des droits fondamentaux et des libertés fondamentales dans les Etats membres*<sup>48</sup> ».

Son contenu est simple : sur sa base les Etats de l'Union s'engagent à ne pas accorder l'asile à des citoyens communautaires (1), la Cour de Luxembourg s'est indirectement exprimée sur ce texte (2) qui établit une présomption de respect des droits fondamentaux dont on peut se demander si elle est simple ou irréfragable (3). Enfin, il sera nécessaire de s'interroger sur les effets de cette exclusion conjugués au mandat d'arrêt européen (4).

2) *Les ressortissants des Etats membres de l'Ue sont exclus de l'asile.*

Le fondement de cette exclusion est remarquable, c'est « *une application, généralisée à l'ensemble des Etats membres de la communauté et de l'Union, de la règle du « pays d'origine sûr », selon laquelle la demande d'asile émanant d'un étranger ayant la nationalité d'un pays considéré comme respectueux des droits de l'homme et insusceptible d'exercer ou de laisser exercer des persécutions est présumé « manifestement mal fondée »*<sup>49</sup>. Les Etats membres étant labélisés « *pays assurant la protection de leurs ressortissants* » sont considérés comme des pays sûrs « *les uns par rapport aux autres pour toutes les questions juridiques et pratiques liées aux affaires d'asile* ». En conséquence, les demandes d'asile des citoyens communautaires « *ne peuvent être prises en considération ou déclarées admissibles pour instruction dans un autre état membre* »<sup>50</sup>.

Le système fonctionne sur une présomption d'inéligibilité au statut de réfugié du ressortissant communautaire, présomption qui peut être néanmoins renversée dans des hypothèses identifiées qui permettent ainsi aux Etats de retrouver leurs capacités d'appréciation et d'instruction des demandes.

---

<sup>48</sup>Protocole n°6 sur le droit d'asile pour les ressortissants communautaires au Traité d'Amsterdam devenu le protocole n°24 dans la version consolidée TFUE publiée au *JO.UE* du 9 mai 2008.

<sup>49</sup>F. Julien Laferrière, « le régime européen de l'asile » in *Mondialisation, migration et droits de l'Homme : le droit international en question*, (dir V.Chetail), vol2, Bruylant 2007, p. 529.

<sup>50</sup> Op.cit. p528

La règle posée par le protocole n'est donc pas absolue permettant alors au texte de ne pas heurter directement aux exigences de la Convention de Genève<sup>51</sup>. Sur les hypothèses envisagées<sup>52</sup>, la dernière se révèle être la plus intéressante, car la plus susceptible d'avoir une portée concrète, ce qui n'empêche pas une ambiguïté certaine de la formule. En effet, le point d) ouvre la possibilité pour un Etat membre d'instruire une demande d'asile à la condition qu'elle soit « *traitée sur la base de la présomption qu'elle est mal fondée sans que, quel que soit le cas, le pouvoir de décider de l'Etat membre ne soit affecté d'aucune manière* ».

Il est connu que ce protocole unanimement condamné par les organisations internationales a fait l'objet de multiples controverses : par sa portée, il réduit le droit d'asile à un droit des ressortissants des Etats tiers, par le présupposé quasi absolu du respect des droits par les Etats membres sur lequel il repose et enfin pour sa conformité à certains engagements internationaux considérée comme douteuse<sup>53</sup>.

Toutefois, son autorité dans le droit de l'Union ne fait aucun doute, la volonté des Etats a été de continuer à s'y conformer dans les traités postérieurs à Amsterdam<sup>54</sup>.

### 3) *La CJUE et l'asile intracommunautaire : les incertitudes de l'arrêt I.B (le citoyen roumain demandant asile en Belgique).*

La Cour de façon discrète mais sans aucune équivoque y affirme que l'asile demandé par un ressortissant communautaire ne peut avoir pour fondement les règles communautaires traditionnelles en la matière : elles ne sont applicables qu'aux ressortissants des pays tiers.

Ceci ressort de la rédaction de l'arrêt : la Cour d'abord rappelle l'existence et le contenu du protocole Aznar et ajoute ensuite : « *Dans le même sens, il importe de préciser qu'une demande d'octroi de réfugié ou de protection subsidiaire présentée par un ressortissant d'un état membre ne relève pas du champ d'application du mécanisme de protection internationale instauré par la directive 2004/83/CE du Conseil, du 29 avril 2004,*

---

<sup>51</sup> Ce qui ne veut pas dire que sa conformité à la Convention ne se posera pas un jour notamment dans le cadre d'une éventuelle adhésion de l'Union européenne à la CESDH envisagée par le programme de Stockholm.

<sup>52</sup> Les trois premières visent le non-respect de la CESDH par l'Etat d'origine du demandeur dans le cadre de son article 15, la mise en œuvre de la procédure de prévention et la procédure de sanction d'une violation des droits fondamentaux garantis par le Traité de l'Union dans le cadre de son article 7.

<sup>53</sup> Le risque est que les états rejettent automatiquement les demandes de ressortissants communautaires et ceci uniquement en raison de leur origine nationale ce qui revient à établir une discrimination « quant au pays d'origine » pourtant interdite par l'article 1<sup>er</sup> de la Convention de Genève.

<sup>54</sup> A ce titre, l'art 78 TFUE mentionne le droit d'asile comme un droit des ressortissants des états tiers excluant implicitement les citoyens communautaires. Par ailleurs le texte de la Charte des droits fondamentaux souligne cette permanence (bien que la rédaction de l'art 18 ne restreigne pas l'asile aux ressortissants des états tiers comme il l'avait été un temps envisagé, les explications jointes au texte renvoient en annexe au protocole, explications qui on le sait conditionne l'interprétation juridictionnelle de la Charte).

*concernant les normes minimales relatives aux conditions que doivent remplir les ressortissants des pays tiers ou apatrides pour pouvoir prétendre au statut de réfugié (...)*».

L'inapplicabilité de ces règles signifie-t-elle que les citoyens de l'Union ne peuvent bénéficier d'une telle protection ou le cadre juridique de cette hypothèse est-il simplement différent ? La réponse se devine à travers la rédaction : le juge de Luxembourg distingue la *demande d'asile* de la *demande d'octroi de statut de réfugié ou de protection subsidiaire*, rappelant pour la première les termes du protocole Aznar ce qui prouve bien que la possibilité de deux demandes différentes et donc de deux fondements.

En revanche en se contentant de citer les termes du protocole (dont on a déjà dit que sur le principe il prônait l'inéligibilité des citoyens communautaires au titre de l'asile) la Cour suscite plus d'interrogations que de réponse : quelles sont dans ce cas les règles applicables ? Les règles nationales<sup>55</sup> ? Cet arrêt aura à l'évidence des prolongements : comme il l'a été souligné le juge est allé plus loin que ce qu'exigeait le cas d'espèce requalifiant la demande d'un Roumain comme une demande émanant d'un citoyen de l'Union, la Cour a trouvé ici les limites de son approche, elle ne pouvait prendre position sur le principe même de l'asile intracommunautaire, elle pouvait tout au plus écarter l'argument en le qualifiant d'inopérant, le requérant ne pouvant s'appuyer sur la directive précitée<sup>56-57</sup>.

#### *4) La présomption du respect des droits fondamentaux sous-entendue par le protocole Aznar : une présomption simple ?*

Bien qu'il s'agisse d'un type de demandes tout à fait marginal, il est légitime de s'inquiéter des effets du protocole Aznar sur les ressortissants des pays d'Europe centrale d'origine tzigane ou rom qui se disent victime de persécutions. Ceux sont eux en effet qui aujourd'hui sont principalement concernés, ils ont pu par le passé obtenir l'asile au titre des persécutions qu'ils subissaient dans leur pays d'origine<sup>58-59</sup>.

---

<sup>55</sup> En ce sens, il est possible de s'appuyer sur l'arrêt de la CJUE du 9 nov. 2010 (affaires jointes C6101/09 ER c-101/09 Allemagne B et Allemagne /D), la Cour y interprète la directive *qualification* en ce sens que les Etats membres peuvent reconnaître un droit d'asile au titre de leur droit national à une personne exclue du statut de réfugié. Il semble possible de raisonner par analogie.

<sup>56</sup> On notera que l'avocat général Pedro Cruz Villalon dans ses conclusions présentées sur l'affaire ne fait aucunement allusion à l'asile, Affaire C -306/09I.B / Conseil des ministres).

<sup>57</sup> Ce faisant la Cour témoigne d'une certaine contradiction, c'est elle-même qui envisage la demande faite au titre de la directive précitée comme émanant d'un citoyen communautaire, il était donc logique que le requérant, lui, s'appuie sur ce texte et non pas sur les exceptions visées par le protocole Aznar qui ne le concernent pas encore.

<sup>58</sup> Voir pour des exemples français : CRR 15 mars 1999, recours n°327204 ; CRR 16 oct 1998, rec. n°325673.

<sup>59</sup> Pour faire le point sur cette réalité : les Roms demandent l'asile en dehors de l'Union. Voir notamment : A Faure et A Eggenschwiller, « les Roms, révélateurs des anomalies d'un espace de liberté, de sécurité et de

L'entrée des pays d'origine de ces populations dans l'Ue, il est vrai, modifie la perspective de façon conséquente mais elle n'efface pas la polémique. Ce qui a changé c'est que sous les effets conjugués du Protocole Aznar et de l'élargissement de l'Union à des pays considérés comme respectueux des droits fondamentaux certaines personnes ne peuvent plus obtenir de protection parce que l'entrée dans l'Ue est un gage de garanties signifiant quasiment automatiquement disparition du risque de persécutions<sup>60</sup>.

Les citoyens communautaires sont-ils protégés ? Ou le protocole Aznar produit-il à plein ses effets ? Il le semble bien, c'est ce que tend à prouver son application par le juge administratif français à travers un arrêt rendu le 30 décembre 2009 par le Conseil d'Etat, modérément apprécié par la doctrine. Si en théorie il n'y a pas d'incompatibilité de principe entre l'octroi de l'asile et la condition de citoyen communautaire, en pratique, le CE dénie à un ressortissant d'un état membre la possibilité d'obtenir une protection, ceci au nom de « *l'affirmation (illusoire ?) selon laquelle la seule appartenance à l'Union suffit à rendre impossible toute persécution de l'individu, l'union européenne décernant, de la sorte, un brevet de respectabilité ou un label de bonne conduite à l'Union et ses Etats membres* »<sup>61</sup>.

La présomption de sûreté démocratique et de pays sûr induisant la réfutation de l'asile intracommunautaire est-elle simple ou irréfragable ? La question se pose sous un angle jurisprudentiel nouveau depuis le retentissant arrêt de la Cour de Strasbourg MSS contre Grèce et Belgique du 21 janvier 2011<sup>62</sup>. Cet arrêt nous prouve que la présomption de sûreté et de respect des droits fondamentaux dont bénéficiaient les états n'est pas irréfragable « *et l'on voit difficilement en quoi un tel raisonnement ne serait pas transposable au cas de l'application du protocole Aznar* »<sup>63</sup>. La Cour de Luxembourg a dû également connaître de cet épineux problème du renvoi des demandeurs d'asile vers la Grèce<sup>64</sup>. Par un arrêt tout

---

justice », *cultures et conflits*, n°81-82, 2011 p 195 et J. Roth « L'asile externalisé ou l'Europe comme obstacle à la non-discrimination des Roms ? », *cultures et conflits*, n°81-82, 2011 p. 202.

<sup>60</sup> Il est remarquable de noter qu'un état au moins a, dès 1997, précisé qu'il n'entendait pas accepter le caractère quasi-systématique du rejet des demandes émanant de citoyens communautaires. La Belgique dans une déclaration relative au protocole n° 6 a insisté sur le fait qu'elle procéderait à l'examen individuel de toutes les demandes provenant de citoyens communautaires. Ainsi, dans le rapport annuel 2011 du Commissaire Général aux Réfugiés et Apatrides trouve-t-on l'existence d'un paragraphe consacré aux ressortissants de l'Union européenne (p 15 et suivantes). Les chiffres : en 2011, 220 demandes ont été introduites en Belgique par de ressortissants communautaires, à quelques exceptions près il s'agissait de personnes en provenance de pays d'Europe centrale et orientale, à savoir la Bulgarie, Roumanie, Slovaquie, république tchèque, la plupart était d'origine rom. Mais aucun dossier n'a abouti à une réponse positive.

<sup>61</sup> E. Aubin, 3 « Le statut de citoyen européen et la demande de statut de réfugié politique dans l'Union : un oxymore ? » *AJDA* 2010 p 796.

<sup>62</sup> CEDH, gde ch. 21 janv 2011 °30696/09.

<sup>63</sup> H. Labayle, « Le droit européen de l'asile devant ses juges : précisions ou remise en question ? », *RFD adm* 2011 p 276.

<sup>64</sup> Dur retour à la réalité lorsqu'on se souvient que le principe de la responsabilité unique mise en œuvre par la convention de Dublin repose sur le postulat que tous les Etats parties à la Convention offrent un niveau de

aussi retentissant et lui faisant écho, elle s'est exprimée dans un sens globalement identique tout en apportant certaines précisions. La Cour dans l'arrêt N.S. contre Secretary of state for the home Department du 21 décembre 2011<sup>65</sup> pose en principe que le règlement Dublin institue un système de traitement des demandes d'asile qui repose sur « *un principe de confiance mutuelle* » (point 79) qui présume « *que le traitement réservé aux demandeurs d'asile dans chaque état membre est conforme aux exigences de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne, à la Convention de Genève ainsi qu'à la CESDH* » (point 80), cette présomption pouvant être renversée dans des hypothèses déterminées. En l'espèce, la défaillance systémique de la procédure d'asile et de l'accueil des demandeurs d'asile en Grèce rendent réfragable la présomption de protection des droits par ce pays de l'Union. Il semble alors aller de soi que telle position vaut par sa généralité : la présomption du respect des droits fondamentaux par un Etat membre n'est que simple. La contestation de la qualification « *de pays sûr* » des pays de l'Union du point de vue communautaire est envisageable, la Cour précisant par ailleurs les critères définissant la « *sûreté démocratique* », à savoir le pays doit avoir ratifié la CESDH, la Convention de Genève et en respecter les dispositions (point 100 et suivants).

#### *4) La conjugaison des effets du protocole Aznar et de la mise en œuvre du mandat d'arrêt européen.*

L'histoire du protocole est connue. D'origine espagnole, voulu par le Premier ministre de l'époque, il avait vocation à prémunir ce pays de situations dans lesquelles des Espagnols sympathisants de l'ETA, présumés terroristes, demanderaient (et obtiendraient) l'asile dans d'autres Etats membres (situation qui par le passé s'était déjà produite). Il s'agissait donc d'une réaction conjoncturelle répondant au terrorisme basque.

Il en découle aujourd'hui que des personnes européennes (basques en l'occurrence) suspectées d'actes de terrorisme ne peuvent trouver refuge au sein d'un Etat membre. L'impossibilité pour elles lorsqu'elles font l'objet d'une demande d'extradition ou de remise de se réclamer de l'asile rend particulièrement cruciale la question des buts de la demande étatique. Dès 2002, un risque a été pointé par certains avocats, assez peu convaincus il est vrai par la nouvelle mesure, celui consistant pour l'état d'émission à délivrer un mandat non

---

protection équivalent aux réfugiés : le réfugié n'est théoriquement pas lésé par ce système puisqu'il reçoit un traitement identique quel que soit l'endroit où il dépose sa demande.

<sup>65</sup> C-411/10 et C-493/10.

parce que l'individu réclamé serait un délinquant de droit commun mais pour des raisons étrangères au droit pénal, par exemple parce qu'il serait opposant politique. On le sait déjà le seul garde-fou prévu est la clause de non-discrimination susceptible de jouer ici « *en raison des opinions politiques* » de la personne.

Plusieurs espèces de 2011 concernant des « réfugiés » basques en France et réclamés par l'Espagne témoignent de cette problématique<sup>66-67</sup>.

Elles révèlent en substance que les moyens juridiques d'opposition à la remise sont de faire valoir le caractère discriminatoire de la condamnation par l'Etat espagnol ou encore d'alléguer d'actes de torture.

La Cour d'appel de Pau avait autorisé les remises aux autorités espagnoles de plusieurs jeunes basques dans le cadre de mandats d'arrêts européens pour l'exercice de poursuites pénales relatives à des faits constitutifs d'appartenance à une organisation terroriste. Selon leur défense les mandats avaient été émis en raison de leur *engagement politique*, il y avait erreur sur leur degré d'implication dans une organisation (SEGI) et la nature de celle-ci. La Cour d'appel refuse d'entendre ces arguments : le groupement susmentionné a été déclaré « *organisation terroriste* » par une décision de la Cour suprême espagnole en 2007 en raison de ses liens très étroits avec l'organisation ETA, les jeunes poursuivis en étaient de hauts responsables, elle conclut : « *qu'il n'appartient pas aux juges de l'état d'exécution d'apprécier le bien-fondé de cette décision : que dès lors les poursuites pour appartenance à l'organisation SEGI ne peuvent être, à priori, être considérés comme constituant une discrimination fondée sur les opinions politiques de la personne recherchée* ».

Cette appréciation est par la suite confirmée par la Cour de cassation en des termes similaires, elle insiste sur le rôle éminent des personnes concernées au sein de l'organisation, elle-même liée à l'ETA, la haute juridiction précisant à ce propos qu'il n'est pas de la compétence du juge de l'état d'exécution d'apprécier le bien-fondé de la décision d'un juge étranger qualifiant de terroriste l'organisation.

Des allégations de torture étaient également mises en avant. Devant le juge du fond les jeunes basques prétendaient que les poursuites les visant avaient été engagées sur la base de déclarations faites par des personnes soumises à la contrainte et la torture, que le juge aurait

---

<sup>66</sup> Cass. crim, 28 avril 2011 n°11-81987 ; Cass. crim, 28 avril 2011 n°11-81988 ; Cass. crim, 28 avril 2011 n°11-81989.

<sup>67</sup> L'affaire Aurore Martin aurait pu également être étudiée mais par-delà son aspect médiatique elle est pour une perspective d'étude choisie (le contenu de l'arrêt proprement dit) moins caractéristique, voir le rejet par la Cour de cassation du pourvoi contre la décision de remise à l'état espagnol, 15 déc. 2010, n°10-88204 ; voir également la décision d'irrecevabilité de la Cour de Strasbourg du recours contre la décision des autorités françaises du 25 mai 2012.

dû demander des informations complémentaires afin d'être totalement éclairé sur l'origine des charges pesant contre eux. Le premier juge a écarté cette argumentation au motif d'abord que les allégations n'étaient pas démontrées, ensuite que les dispositions du CPP relatives aux refus d'exécution de la remise ne visaient pas une telle hypothèse, pour conclure qu'en tout état de cause, il ne lui appartenait pas de revenir sur le fondement des poursuites<sup>68</sup>.

Une telle approche est logique du point de vue des effets de la reconnaissance mutuelle et de la confiance mutuelle, beaucoup plus surprenante si l'on s'attache à la protection des droits de la personne humaine compte tenu de l'importance accordée à ce droit intangible qu'est l'interdiction de la torture et des traitements inhumains et dégradants.

La réponse de la Cour de cassation sur ce point mérite-t-elle de l'attention ? Certainement par son aspect trop radical, à moins qu'il ne s'agisse que d'une fausse impression : elle rejette tout aussi facilement l'argumentaire (rien ne vient étayer ces affirmations), elle refuse ainsi de se placer sur le terrain de la défense qui lui proposait d'étendre le champ d'application des demandes d'informations complémentaires prévues par l'article 695-33CPP dans le sens plus contraignant de « l'obligation » lorsqu'il y a des doutes de violences illégitimes (la défense insistant par ce biais sur l'importance de la Convention de New York du 10 décembre 1984). Quelles conclusions en tirer ? Cette solution s'inscrit d'abord dans un contexte plus large, celui selon lequel des personnes basques poursuivies pour actes de terrorisme cherchent à prouver que les charges pesant sur elles ont été obtenues suites à des actes de tortures, il s'agit donc d'une question de l'établissement de la preuve et non d'établir la réalité de tortures subies par les personnes poursuivies. La Cour de cassation doit adopter une position mesurée : les allégations de mauvais traitements pourraient très vite devenir un moyen dilatoire (qu'ils aient été personnellement subis ou qu'ils aient eu pour but de faire pression sur d'autres personnes) elle se retranche alors derrière le bon fonctionnement supposé de la justice étrangère, elle considère comme établi le respect des droits fondamentaux par le système étranger.

Néanmoins cette confiance n'est pas aveugle, il est possible d'affirmer que si les éléments rapportés laissent planer un doute réel et sérieux sur des traitements de torture (surtout subis par la personne visée par le mandat) le juge demanderait au moins dans un premier temps des éléments d'informations complémentaires<sup>69</sup>. De telles espèces prouvent

---

<sup>68</sup> Solution également reprise par la Cour de cassation dans un arrêt du 5 avril 2006 : les conditions dans lesquelles ont été obtenues les preuves n'entrent pas dans les motifs de refus d'exécution du mandat d'arrêt européen, n°06-81835. Voir également Cass. crim. 28 novembre 2012, n°12-87045.

<sup>69</sup> Ainsi dans une affaire dans laquelle les faits étaient identiques (mandat d'arrêt européen espagnol à l'encontre d'une personne poursuivie pour acte de terrorisme) la Cour de cassation a reproché à la Cour d'appel de ne pas

dans ce cas de figure précis de la poursuite des terroristes basques - afin que les droits des personnes soient réellement garantis-que le système de protection des droits par les Etats doit être infaillible<sup>70</sup>.

En effet, derrière cette accumulation de notions -inéligibilité au titre de l'asile, mise en œuvre quasiment aveugle de la reconnaissance et de la confiance mutuelle, dépolitisation du terrorisme voulue par les états et les institutions communautaires- le risque est réel que le grand perdant soit l'individu.

Le mandat d'arrêt européen est en vigueur au sein de l'Union européenne depuis quelques années déjà. En tant que mécanisme de coopération pénale et d'instrument de lutte contre la criminalité le procédé fonctionne-la Commission évoque « *sa réussite sur le plan opérationnel* » - et s'avère indiscutablement plus efficace que la lourde procédure de l'extradition (de 2005 à 2009 environ 12 000 mandats d'arrêts européens ont été exécutés dans l'Union.)

Néanmoins des voix diverses s'élèvent laissant entendre que la dimension « *respect des droits fondamentaux* » a peut-être été victime de cette création, la Commission participant même au concert de critiques.

Le commissaire aux Droits de l'Homme au sein du Conseil de l'Europe, T.Hammarberg, dans une communication du 15 mars 2011 établissait déjà un état des lieux sévère de la mise en œuvre du mandat d'arrêt européen, utilisant les termes de dérive. Il stigmatisait la pratique abusive du mandat d'arrêt européen<sup>71</sup> caractérisée notamment par l'absence de proportionnalité entre la gravité des faits reprochés (infractions souvent mineures) et la mise en œuvre du mandat. Il estimait qu'il était nécessaire de renforcer la protection des droits de l'Homme dans les procédures de mandats d'arrêts européens.

Le mandat d'arrêt européen mérite-t-il ces critiques ?

---

avoir suffisamment accordé d'attention à l'argument mis en avant par la demanderesse selon lequel une information avait été ouverte en Espagne en raison de violences illégitimes dont auraient été victimes des personnes entendues dans la procédure suivie à son encontre, le juge ne pouvait sans encourir la cassation, écarter aussi vite l'argument de torture comme inopérant. Cass. crim, 18 août 2010, n°10-85.715, inédit.

<sup>70</sup> Par un arrêt du 16 octobre 2012, la CEDH vient de condamner l'Espagne pour ne pas avoir mené une enquête adéquate sur les allégations de torture effectuées pendant sa garde à vue présentée par un ancien directeur d'un quotidien basque. CEDH ; Otamendi Eguiguren /Espagne, n°47303/08.

<sup>71</sup> Ces mises au point faisaient suite à des critiques émises par des associations de défense des droits de l'Homme notamment Fair Trials International, qui dénonçaient pêle-mêle l'emprisonnement de personnes innocentes, des violations de droits procéduraux, l'impossibilité dans certains états de contester la décision de remise à un autre état ou encore le délai trop long s'écoulant entre la date de commission de l'infraction et l'exécution du mandat, les démarches d'obtention des preuves (recueillies sur simples dire).

Il semble bien que le mécanisme ne soit pas parfait. Le rendre perfectible suppose d'identifier les anomalies liées au mécanisme lui-même mais surtout celles découlant des pratiques nationales. Il fonctionne, doit-on le répéter, sur la base de la reconnaissance et de la confiance mutuelle et laisse très peu de marge de manœuvre à l'état d'exécution du mandat.

Or, il ressort de certains éléments mis en avant par les travaux de la Commission et d'autres analyses que la pratique laisse certainement une trop grande latitude à l'état *qui délivre* le mandat d'arrêt européen<sup>72</sup>.

Le texte gagnerait certainement à être précisé sur ce point<sup>73</sup> parce que si la confiance est l'élément clef du système, c'est bien sur le juge d'exécution que la confiance - pouvant alors devenir contrainte- se fait sentir.

Une formule énonce en effet que la confiance ne s'impose pas, qu'elle se mérite. Mais que signifie-t-elle dans un système qui refuse la défiance ?

---

<sup>72</sup>. Voir le rapport de 2011 de la Commission au Parlement européen et au Conseil sur la mise en œuvre depuis 2007 de la décision-cadre du Conseil du 13 juin 2002. (C●M(2011)175final).

<sup>73</sup> De ce point de vue l'affaire Aurore Martin, sans porter de jugement politique, peut servir de révélateur d'anomalies, notamment parce que si «la participation à une activité terroriste» est bien une infraction pouvant donner lieu à un mandat d'arrêt européen, il est pour le moins contrariant qu'une même organisation soit légale d'un côté des Pyrénées et illégale de l'autre (le parti politique « transfrontalier » Batusana dépendant du point de vue espagnol de l'organisation terroriste ETA).

## PRINCIPALES CONCLUSIONS ET PISTES DE REFLEXION OUVERTES PAR L'ETUDE

Dans le cadre du premier axe, l'étude générale des clauses d'exclusion au statut de réfugié a permis de mettre en lumière les grands principes régissant l'exclusion de manière à les comparer avec ceux prévalant dans le domaine de l'extradition. Une attention particulière a été accordée aux trois notions clés suivantes : niveau de preuve requis, principe de proportionnalité, principe de la responsabilité individuelle. Premièrement, il est apparu que le standard de preuves des *raisons sérieuses de penser* devait être situé en deçà d'une conviction au sens pénal. Une partie de la jurisprudence l'a également situé en deçà d'une balance de probabilités, mais certaines réserves ont été émises à l'égard de cette démarche. Deuxièmement, il a été établi qu'un examen de la proportionnalité entre les persécutions craintes et les crimes commis n'avait pas lieu d'être et que l'exclusion n'était pas liée au danger que représente une personne pour la société du pays d'accueil. Troisièmement, plusieurs analogies entre le droit pénal international et la clause d'exclusion ont été mises à jour. Il est ainsi ressorti que la tentative pouvait fonder une exclusion de même que l'incitation, soit en tant que mode de participation, soit pour elle-même, lorsqu'elle pousse au génocide. Les causes d'exonération du droit pénal international ont également pu être transposées à l'endroit de l'exclusion. Enfin, dans le débat sur l'examen de l'inclusion avant celui de l'exclusion, il est apparu que cet ordre du principe et de l'exception devait être accepté tant pour des raisons théoriques que pratiques. L'analyse montre la complexité des différents principes relatifs à l'exclusion et leur mise en œuvre et se poursuit par une réflexion plus générale, propre à l'auteur, sur la question de la réduction, voire de la suppression, du principe même de l'exclusion qui permettrait de réduire l'extradition dès lors que cette réduction s'accompagnerait nécessairement d'une obligation de juger.

Cette étude générale a été complétée par des études plus ciblées sur les éléments matériels des différentes clauses d'exclusion. Dans ce contexte, l'accent a été mis sur l'étude de la nature des infractions susceptibles de conduire à l'exclusion et l'examen de la corrélation ou non entre les infractions susceptibles de donner lieu à extradition ou de conduire à l'exclusion. L'analyse de l'article 1F(a) de la Convention de Genève de 1951 met en évidence l'apport du droit international pénal au droit des réfugiés quand il s'agit d'apprécier l'exclusion du statut de réfugié lorsqu'on a des raisons sérieuses de penser que ces personnes ont commis un crime contre la paix, un crime de guerre ou un crime contre l'humanité. Les relations entre droit de l'extradition et droit des réfugiés sont particulièrement mises en lumière à l'article 1F b) de la Convention de Genève de 1951. Le principe de non-extradition pour crime politique représente en effet à bien des égards la matrice conceptuelle et normative de ce qui est devenu le droit international des réfugiés. Cette disposition répondait, dans l'esprit des auteurs de la Convention, au souci de protéger les pays d'accueil des criminels de droit commun qui chercheraient à obtenir le statut de réfugié pour échapper à une condamnation pénale

légitime dans leur pays d'origine. Afin néanmoins de limiter strictement le champ d'application de cette disposition, la lettre de l'article 1<sup>er</sup> F b) subordonne l'exclusion du bénéfice de la Convention de Genève à la réunion de pas moins de trois conditions cumulatives tenant à la gravité des faits reprochés, au caractère non-politique du crime commis et au lieu de commission de l'infraction. L'article 1F(c) de la Convention de Genève de 1951, qui exclut de la protection internationale les personnes « qui se sont rendues coupables d'agissements contraires aux buts et principes des Nations Unies », a un champ d'application que les travaux préparatoires, les buts et principes des Nations Unies au sens de la Charte, le contexte de l'article 1F et la pratique qui en a été donnée par l'ONU et les Etats, étendent aux actes explicitement reconnus comme terroristes par les conventions de lutte contre le terrorisme et les violations particulièrement sérieuses des droits de l'homme, sans qu'aucune qualité officielle ne soit plus aujourd'hui requise pour se rendre coupable de ce type d'agissements.

Enfin, cette étude comparée et centrée sur la Convention de Genève du 28 juillet 1951 a été enrichie de l'examen critique de l'article 17 d) de la Directive 2004/83/CE du Conseil de l'Union européenne du 29 avril 2004 qui prévoit l'exclusion du bénéfice de la protection subsidiaire pour la personne dont il existe des motifs sérieux de considérer « qu'il représente une menace pour la société ou la sécurité de l'État membre dans lequel il se trouve »<sup>74</sup>, et dont on peut regretter le risque d'assimilation entre protection conférée par l'asile et protection de l'ordre public sans qu'elle soit assortie de garanties procédurales.

Sur le terrain non plus substantiel, mais cette fois-ci procédural et institutionnel –objet du deuxième axe de recherche – l'on a pu mettre en lumière le fait que la coordination des procédures d'asile, d'extradition et d'entraide judiciaire pénale est susceptible de poser plusieurs séries de difficultés juridiques, pour tous les Etats en général, compte tenu de l'état actuel du droit international en la matière, et pour la France en particulier, au regard de la manière dont lesdites procédures sont organisées dans son ordre juridique interne.

La France partage avec de nombreux pays d'Europe le fait de ne pas avoir de dispositions régissant les relations entre les procédures d'asile et les procédures d'extradition, lesquelles obéissent chacune à des règles distinctes. Bien que l'individu dans sa relation à un territoire étranger soit le point commun aux différentes procédures en cause ici (comme objet d'une demande d'extradition ou d'entraide judiciaire émanant d'un Etat étranger dans un cas, comme demandeur d'asile ou bénéficiaire du statut de réfugié dans l'autre, titulaire à ce titre du droit de ne pas être refoulé vers l'Etat de persécution), le droit français appréhende de manière fragmentée la situation juridique des demandeurs d'asile ou des réfugiés objet d'une demande d'extradition ou d'entraide judiciaire. Cette fragmentation est d'une triple nature : elle affecte à la fois les sources des règles applicables, la substance de ces dernières ainsi que les procédures juridictionnelles ouvertes. Il a appartenu aux

---

<sup>74</sup> V. Fatma Boggio-Cosadia, « L'application de la clause d'exclusion de la protection subsidiaire de l'article 17 1 d) de la Directive 2004/83/CE du Conseil de l'Union européenne, in V. Chetail et C. Laly-Chevalier, op. cit. note 8.

juridictions compétentes de pallier, lorsqu'elles ont pu le faire, par exemple, les interstices laissés libres, notamment en décidant qu'un demandeur d'asile ou un réfugié ne peut faire l'objet d'une mesure d'extradition. Une consécration législative, ainsi qu'une insertion systématique dans les conventions conclues par la France, de cette précision jurisprudentielle seraient toutefois bienvenues pour garantir qu'aucune pratique ne puisse se développer, ne serait-ce qu'à titre occasionnel ou même involontaire, qui conduirait à l'extradition de réfugiés ou de demandeurs d'asile vers leur Etat de persécution.

Au plan juridictionnel, les deux procédures ne relèvent que partiellement du même cadre. Cette architecture juridictionnelle à double branche présente un avantage et un inconvénient. En centralisant les pourvois dans les mains du Conseil d'Etat qui est à la fois juge de premier et dernier ressort du contentieux de la légalité des décrets d'extradition et juge de cassation des décisions de la Cour nationale du droit d'asile, le législateur français s'est assuré qu'une certaine unité de vues l'emporterait en définitive, contrairement à ce qui peut se passer dans certains pays où la fragmentation juridictionnelle est plus radicale. Dans le même temps, en attribuant au Conseil d'Etat des missions de nature différente (juge de l'extradition en premier et dernier ressort, juge du droit d'asile seulement au stade de la cassation) et en fragmentant les voies de recours (recours en légalité contre les décrets d'extradition / pourvoi en cassation contre les décisions de la Cour nationale du droit d'asile), le législateur a pris le risque que certains dysfonctionnements se produisent. En particulier, le fait que le Conseil d'Etat puisse connaître par voie d'exception d'une question relevant d'une procédure dans le cadre de sa compétence principale au titre de l'autre peut faire naître certaines difficultés quant au respect de certaines garanties procédurales applicables aux demandeurs d'asile.

Suivant la même approche que pour l'axe précédent, cette étude générale a ainsi mis en relief les principes régissant la matière, et a été suivie d'études ciblées sur certains aspects spécifiques. L'analyse de la jurisprudence du Conseil d'Etat sur l'articulation entre le statut de réfugié et le droit de l'extradition a ainsi fait apparaître une impossibilité quasi absolue d'extrader un étranger dont le statut de réfugié est en cours d'examen ou reconnu et souligné la nécessité de procéder préalablement à l'exclusion du statut de réfugié pour décider de l'extradition. Cette étude trouve son prolongement dans l'analyse de la situation de l'exclu au regard de l'extradition qui répond à la question de savoir si l'exclu du statut de réfugié peut ou non être extradé, doit être extradé ou est protégé contre toute extradition, en soulignant les tensions existant entre droit de l'asile, droit des réfugiés, droit de l'extradition et droit international des droits de l'homme, et auxquelles les obligations d'extrader l'exclu ou de le juger (*aut dedere aut judicare*) apportent un relief intéressant. Enfin, la recherche met en perspective les thématiques de l'asile et de l'extradition telles que l'Union européenne se les est appropriées dans le cadre de la constitution de l'Espace de Liberté, de Sécurité et de Justice et dont le mandat d'arrêt européen, mécanisme de coopération pénale et instrument de lutte contre la criminalité, constitue l'illustration. Les relations mandat d'arrêt/asile s'articulent autour de la question de la

protection et de respect des droits fondamentaux, curseur de la confiance mutuelle que les États se témoignent entre eux, et font à ce jour l'objet d'un bilan contrasté au regard de l'absence de proportionnalité entre la gravité des faits reprochés et la mise en œuvre du mandat d'arrêt européen.

En conclusion, compte tenu de ce besoin de coordination, trois types de solutions sont envisagés pour répondre aux dysfonctionnements qui ont été étudiés en détail dans l'étude:

(i) la première solution est celle du maintien du *statu quo* normatif lorsque les dispositions d'un corps de règles suffisent *par elles-mêmes* à répondre aux préoccupations de l'autre<sup>75</sup> : par exemple, certains des motifs obligatoires de refus d'extradition visés à l'article 696-4 du Code de procédure pénale qui valent pour toute personne peuvent parfaitement être invoqués pour empêcher l'extradition d'un réfugié ou d'un exclu préalablement inclus, sans qu'il soit nécessaire de se fonder, en tant que tel, sur le statut de réfugié de cette personne (cas par exemple d'une demande d'extradition demandée dans un but politique, ou lorsque la personne réclamée serait jugée par un tribunal n'assurant pas les garanties fondamentales de procédure et de protection des droits de la défense<sup>76</sup>) ; de même, il est entendu que les différentes garanties substantielles dont bénéficie toute personne objet d'une demande d'extradition (ou d'expulsion) peuvent s'appliquer à un réfugié, un demandeur d'asile ou un exclu (on songe particulièrement ici à l'obligation de non-extradition ou de non-expulsion d'une personne vers un État où il existe des motifs sérieux de croire qu'elle risque d'être soumise à la torture ou à des peines ou traitements cruels, inhumains ou dégradants)<sup>77</sup> ;

(ii) la deuxième solution, qui est complémentaire de la précédente, consisterait à inscrire *formellement* dans la loi (ou les traités conclus par la France) les garanties offertes par l'un des deux corps de règles lorsque celles-ci ont vocation à s'appliquer dans le cadre de la mise en œuvre de l'autre corps de règles ; il s'agirait ici d'opérer uniquement à *droit constant*, l'objectif étant simplement de rendre plus visible une règle qui s'applique en tout état de cause (par exemple, il serait opportun d'inscrire explicitement dans le code de procédure pénale la règle – d'ores-et-déjà applicable dans

---

<sup>75</sup> Les conclusions de la première partie de cette étude sont à ce titre d'une grande utilité : les différentes convergences matérielles constatées entre le droit des réfugiés et le droit de l'extradition permettent de s'en tenir au *statu quo* dans la mesure (mais dans la mesure seulement) où le droit de l'extradition permettrait, grâce à ces convergences, d'intégrer indirectement les garanties du droit des réfugiés.

<sup>76</sup> V. à cet égard HCR, *Note d'orientation sur l'extradition et la protection internationale des réfugiés*, avril 2008, p. 18, note 59 : le HCR relève à propos de l'article 3, paragraphe 2, de la convention européenne d'extradition de 1957 prohibant l'extradition lorsque « la Partie requise a des raisons sérieuses de croire que la demande d'extradition motivée par une infraction de droit commun a été présentée aux fins de poursuivre ou de punir un individu pour des considérations de race, de religion, de nationalité ou d'opinions politiques ou que la situation de cet individu risque d'être aggravée pour l'une ou l'autre de ces raisons », que « [l]e Tribunal fédéral suisse a fait référence à cette disposition comme l'expression concrète du principe de non-refoulement inscrit dans le droit des réfugiés dans le contexte du droit de l'extradition (voir les décisions du 18 décembre 1990 (...) ; 11 septembre 1996 (...) ; et 14 décembre 2005) ». Telle a également été la démarche suivie par la Cour suprême du Canada dans l'affaire *Németh c. Canada*, 2010 CSC 56, 25 novembre 2010, par. 58, 68 et s. et 77.

<sup>77</sup> Sur les différentes garanties offertes par le droit de l'extradition (et le droit international des droits de l'homme), qui pourraient être utilisées au bénéfice d'un demandeur d'asile ou d'un réfugié, V. la contribution de Jean Matrigne.

l'ordre interne français – selon laquelle l'extradition est interdite vers l'État de persécution si la personne est un réfugié<sup>78</sup>) ;

(iii) une troisième et dernière solution, rendue nécessaire en cas d'insuffisance des deux premières, est de *modifier* le droit français lorsque celui-ci ne garantit pas, *en l'état* des dispositions conventionnelles, législatives et réglementaires applicables, le respect des règles de l'un ou l'autre corps de règles. Il en va particulièrement ainsi lorsque les garanties offertes par le droit de l'extradition ne prennent pas suffisamment en compte le besoin de protection particulier du demandeur d'asile, du réfugié ou de l'exclu<sup>79</sup>. Dans une telle situation, le recours à une règle de primauté d'une obligation sur l'autre ne saurait suffire : d'une part, elle pourrait s'avérer aléatoire dans sa mise en œuvre, en contradiction avec l'impératif de sécurité juridique ; d'autre part, elle supposerait que l'obligation écartée ne soit pas respectée, ce qui ne constitue pas une solution juridiquement très heureuse. L'objectif prioritaire doit être l'application conforme des deux corps de règles et ce n'est qu'en cas d'impossibilité d'y parvenir qu'une préférence devrait être accordée alors à l'un des deux corps de règles – vraisemblablement le droit des réfugiés compte tenu du rang assigné aujourd'hui aux droits fondamentaux de la personne humaine, dans l'ordre interne français (protection constitutionnelle en particulier) comme dans l'ordre international.

L'on s'est attaché dans le cadre de l'étude à mettre en relief les dysfonctionnements constatés dans l'articulation des procédures d'extradition et d'asile (coopération entre les autorités d'asile et d'extradition, ordre de priorité de chacune des procédures par rapport à l'autre, respect des garanties procédurales dues au demandeur d'asile lorsque le statut de réfugié est discuté par voie d'exception devant le juge de l'extradition et question centrale et transversale de la confidentialité des données concernant le demandeur d'asile ou le réfugié lorsqu'elles sont sollicitées aux fins d'une procédure d'extradition) en s'efforçant de proposer systématiquement, pour les résoudre, le recours à l'une des trois solutions susvisées, en en précisant les contours.

---

<sup>78</sup> V. d'ailleurs en ce sens UNHCR, *Note d'orientation sur l'extradition et la protection internationale des réfugiés*, avril 2008, par. 39.

<sup>79</sup> V. sur ce point UNHCR, *Note d'orientation sur l'extradition et la protection internationale des réfugiés*, avril 2008, par. 45.

## BIBLIOGRAPHIE INDICATIVE<sup>80</sup>

### OUVRAGES

- S. BODART, *La protection internationale des réfugiés en Belgique*, Bruxelles, Bruylant, 2008.
- J.Y. CARLIER, *Droit d'asile et des réfugiés. De la protection aux droits*, R.C.A.D.I., T. 332, 2007, p. 243.
- V. CHETAİL & J. FLAUSS (dir.), *La Convention de Genève du 28 juillet 1951 relative au statut des réfugiés 50 après : bilan et perspectives*, Bruxelles, Bruylant, 2001
- G. S. GOODWIN-GILL ET J. MCADAM, *The Refugee in International Law*, 3rd édition, Oxford, Oxford University Press, 2007
- A. GRAHL-MADSEN, *The status of refugees in international law*, Leyden, A. W. Sijthoff, 1972
- G. S. GOODWIN-GILL ET J. MCADAM, *The Refugee in International Law*, 3e édition, Oxford, Oxford University Press, 2007
- J. C. HATHAWAY, *The rights of refugees under international law*, *op. cit.*, p. 344.
- J. C. HATHAWAY, *The law of refugee status*, Toronto, Butterworths, 1991
- G. NOLL, *Proof, Evidenciary Assessment and Credibility in Asylum Procedures*, Martinus Nijhoff Publishers, Leiden, Boston, 2005
- P.J. VAN KRIEKEN (éd.), *Refugee law in context : the exclusion clause*, La Haye, T.M.C. Asser Press, 1999

### ARTICLES

- D. ALLAND, « Le dispositif international du droit de l'asile. Rapport général », in SFDI, Colloque de Caen, *Droit d'asile et des réfugiés*, Paris, Pedone, 1997, p. 50.
- M. BLISS, « 'Serious Reasons for Considering': Minimum Standards of Procedural Fairness in the Application of the Article 1F Exclusion Clauses », *International Journal of Refugee Law*, vol. 12, n°suppl 1, 12 juillet 2000, p. 116
- J.-Cl. BONICHOT, « L'évolution récente du droit de l'extradition passive en France », *Annuaire fr. dr. int.* 1984, p. 39

---

<sup>80</sup> La bibliographie est enrichie de nombreuses références bibliographiques figurant en notes de bas de page des différentes contributions.

R. BRUIN ET K. WOUTERS, « Terrorism and the Non-Derogability of Non-Refoulement », *International Journal of Refugee Law*, vol. 15, n°1, p. 7

V. CHETAIL, « Théorie et pratique de l'asile en droit international classique : étude sur les origines conceptuelles et normatives du droit international des réfugiés », *R.G.D.I.P.*, t. CXV, 2011-3, pp. 625-652

V. CHETAIL, « Are Refugee Rights Human Rights ? An Unorthodox Questioning of the Relations between Refugee Law and Human Rights Law », in R. Rubio Marin (dir.), *Migrations and Human Rights*, Collected Courses of the Academy of European Law, Oxford, Oxford University Press, 2013 (à paraître)

M. COMBARNOUS, « Les clauses d'exclusion et de cessation de la qualité de réfugié dans la jurisprudence de la Commission des recours des réfugiés en France », *La Convention de Genève du 28 juillet 1951 relative au statut des réfugiés 50 ans après : Bilan et perspectives*, sous la direction de V. Chetail, Bruxelles, Bruylant, 2001, p.

O. De Schutter et F. Tulken, « Confiance mutuelle et droits de l'homme » in *Liège, Strasbourg, Bruxelles : parcours des droits de l'homme, liber amicorum Michel Melchior*, Anthémis, 2010

J. FITZPATRICK, « The Post-Exclusion Phase : Extradition, Prosecution and Expulsion », *International Journal of Refugee Law*, 2000, pp. 272-292

G. Geoff, « Exclusion and Evidenciary Assesment » in G. Noll, *Proof, Evidenciary Assessment and Credibility in Asylum Procedures*, Martinus Nijhoff Publishers, Leiden, Boston, 2005, p. 168

G. GILBERT, « Current Issues in the Application of the Exclusion Clauses », in V. TÜRK, F. NICHOLSON et E. FELLER (dir.), *Refugee Protection in International Law: UNHCR's Global Consultations on International Protection*, Cambridge, Cambridge University Press, 2003, p 425 à 478

E. GUILD et M.GARLICK, "Refugee protection, counter-terrorism, and exclusion in the European Union", *Refugee Survey Quarterly*, Vol. 29, No. 4, 2011, pp. 63-82

V. GOWLLAND-DEBBAS, « La Charte des Nations Unies et la Convention de Genève du 28 juillet 1951 relative au statut des réfugiés », in V. CHETAIL (dir.), *La Convention de Genève du 28 juillet 1951 relative au statut des réfugiés 50 ans après : bilan et perspectives*, Bruxelles, Bruylant, 2001, p. 206

M. den HEIJER, « Whose Rights and Which Rights ? The Continuing Story of Non-Refoulement under the European Convention on Human Rights », *European Journal of Migration and Law*, n° 10, 2008, pp. 277-314

F. Julien-Laferrrière, « L'évolution récente du droit français de l'extradition », *Rev. dr. publ.* 1979, p. 833

S. Kapferer, *Legal and Protection Policy Research Series. The Interface between Extradition and Asylum*, UNHCR, Department of International Protection, PPLA/2003/05, novembre 2003

S. Kapferer, "Exclusion Clauses in Europe – A Comparative Overview of State Practice in France, Belgium and the United Kingdom", *International Journal of Refugee Law*, Vol. 12 Special Supplementary Issue, 2000

A. KAUSHAL ET C. DAUVERGNE, « The Growing Culture of Exclusion: Trends in Canadian Refugee Exclusions », *International Journal of Refugee Law*, vol. 23, n°1, 1er mars 2011

A. Kosar, "Inclusion before Exclusion or Vice Versa: What the Qualification Directive and the Court of Justice Do (Not) Say", *2011 Nordic Asylum Law Seminar. The State of International Refugee Law, EU Harmonization and the Nordic Legacy*, 26-27 May 2011, Copenhagen

E. KWAKWA, « Article 1F(c): Acts Contrary to the Purposes and Principles of the United Nations », *International Journal of Refugee Law*, vol. 12 (suppl. 1), p. 9

P. Langford, « Extradition and Fundamental Rights: the Perspective of the European Court of Human Rights », *The International Journal of Human Rights* Vol. 13, No. 4, September 2009, pp. 512–529

Sir E. Lauterpacht et D. Bethlehem, « Avis sur la portée et le contenu du principe de non-refoulement », in E. Feller, V. Türk et F. Nicholson (dir.), *La protection des réfugiés en droit international*, Larcier/UNCHR, Bruxelles, 2008

M. LAURAIN, « Vers une suppression des clauses d'exclusion », in *Mélanges François Julien-Laferrrière*, Bruxelles, Bruylant, 2011, p. 325.

M. LUGATO, « Mandat d'arrêt européen, extradition et droit à un procès équitable », *R.G.D.I.P.* 2008/3, pp. 601-622

M.K. NYINAH, « Exclusion Under Article 1F: Some Reflections on Context, Principles and Practice », *International Journal of Refugee Law*, vol. 12, n°suppl 1, 12 juillet 2000, p. 306.

J. RIKHOF, « Exclusion at a Crossroads: The Interplay between International Criminal Law and Refugee Law in the Area of Extended Liability », *Legal and Protection Policy Research Series - U.N.H.C.R.*, n°PPLA/2011/06, juin 2011, p. 4

J. SLOAN, « The Application of Article 1F of the 1951 Convention in Canada and the United States », *Int. J. Refugee Law* (2000) 12 (suppl 1), pp. 22-248

E. W. VIERDAG, « « Asylum » and « Refugee » in International Law », *N.I.L.R.*, Vol. 24 – Issue 1-2, 1977, pp. 287-303

UNHCR, *The UN Refugee Agency: Guidelines on International Protection: Application of the Exclusion Clauses: Article 1F of the 1951 Convention relating to the Status of Refugees*, 2003

UNHCR., *Background Note on the Application of the Exclusion Clauses: Article 1F of the 1951 Convention Relating to the Status of Refugees*, 4 septembre 2003

UNHCR, *Principes directeurs sur la protection internationale : Application des clauses d'exclusion : article 1F de la Convention de 1951 relative au statut des réfugiés*, HCR/GIP/03/05, 4 septembre 2003

UNHCR, *Advisory Opinion on the Rules of Confidentiality Regarding Asylum Information*, UNHCR Representation in Japan, 31 March 2005

UNHCR, *Note on Diplomatic Assurances and International Refugee Protection*, 2006

UNHCR, *Note d'orientation sur l'extradition et la protection internationale des réfugiés*, avril 2008

UNHCR, *Improving Asylum Procedures. Comparative Analysis and Recommendations for Law and Practice, A UNHCR Research Project on the Application of Key Provisions of the Asylum Procedures Directive in Selected Member States*, March 2010

P. Zambelli, « Problematic Trends in the Analysis of State Protection and Article 1F(a) Exclusion in Canadian Refugee Law », *International Journal of Refugee Law*, Vol. 23, No. 2, 2011

A. ZIMMERMANN ET P. WENNHOLZ, « Article 1 F (Définition of the Term Refugee/Définition du Terme "Réfugié") », in *The 1951 Convention Relating to the Status of Refugees and its 1967 Protocol: a Commentary*, sous la direction de A. Zimmermann (éd.), Oxford, Oxford University Press, 2012, pp. 589-590

# TABLE DES MATIERES

<b>INTRODUCTION</b>	9
Objet, problématique et objectifs de la recherche Méthodologie de la Recherche	
<b>PREMIERE PARTIE : LES RELATIONS ENTRE EXTRADITION ET EXCLUSION DU STATUT DE REFUGIE : ASPECTS MATERIELS</b>	
<b><i>L'exclusion du statut de réfugié: cadre général</i></b>	21
Jean-Yves Carlier et Pierre d'Huart	
I. Les principes de l'exclusion	
A. Objectifs et conséquences de l'exclusion	
B. L'article 1, F à distinguer de l'article 33, § 2	
C. Niveau de preuve : « des raisons sérieuses de penser »	
D. Proportionnalité entre motifs d'exclusion et persécutions craintes	
E. Responsabilité pénale individuelle	
F. La tentative et l'incitation	
G. Motifs d'exonération, d'expiation et d'atténuation	
H. Inclusion avant exclusion ou vice versa ?	
II. L'exclusion du principe	
A. Les motifs théoriques	
B. Considérations pratiques	
<b><i>L'apport du droit international pénal au droit international des réfugiés : l'article 1F(a) de la Convention de Genève</i></b>	49
Céline Bauloz	
I. – LA PLACE DU DROIT INTERNATIONAL PENAL DANS L'INTERPRETATION DE L'ARTICLE 1F(A)	
A. – Obligation de recourir au droit international pénal : la notion d'instrument	
B. – Source et vecteur d'application partielle du droit international pénal : le niveau de preuve de l'article 1F et la complicité comme mode de commission	
II. – L'APPORT DU DROIT INTERNATIONAL PENAL DANS L'INTERPRETATION DES CRIMES RELEVANT DE L'ARTICLE 1F(A) DE LA CONVENTION DE GENEVE	
A. – Les crimes contre l'humanité	
B. – Les crimes de génocide	
C. – Les crimes contre la paix	
D. – Les crimes de guerre	
III. – CONCLUSION	
<b><i>Les relations entre droit international des réfugiés et droit international de l'extradition: apports et limites de la clause d'exclusion au titre de l'article 1er F b) de la Convention de Genève</i></b>	83
Vincent Chetail	
I. La gravité du crime	
II. La nature du crime	
III. Le lieu du crime	

Pierre d'Argent et Pierre d'Huart

- A - Les travaux préparatoires
  - 1. Le Comité spécial de l'apatridie et des problèmes connexes
  - 2. Le Conseil économique et social des Nations Unies
  - 3. Conférence de plénipotentiaires sur le statut des réfugiés et des apatrides
- B. Les « agissements contraires aux buts et principes des Nations Unies »
  - 1. Analyse du texte
  - 2. Analyse de la pratique
- C - « Se sont rendus coupables »
  - 1. Distinguer l'alinéa c des alinéas a et b
  - 2. Exigence d'une qualité officielle de l'auteur ?
  - 3. Le degré de participation exigé

***L'application de la clause d'exclusion de la protection subsidiaire de l'article 17 1 d) de la Directive 2004/83/CE du Conseil de l'Union européenne***

127

Fatma Boggio-Cosadia

- I – L'application confuse de la clause d'exclusion 17-1(d) de la Directive
  - 1. L'imprécision du texte
  - 2. La liberté d'appréciation des instances de l'asile
- II – Le bouleversement du droit de l'exclusion
  - 1. Le nivellement hasardeux du droit de l'exclusion sur celui du refoulement
  - 2. Le déplacement de la protection du requérant d'asile vers l'Etat d'accueil

**DEUXIEME PARTIE : LES RELATIONS ENTRE EXTRADITION ET EXCLUSION DU STATUT DE REFUGIE : ASPECTS INSTITUTIONNELS ET PROCEDURAUX**

151

***Les problèmes d'articulation des procédures d'asile, d'extradition et d'entraide judiciaire pénale : état des lieux***

153

Mathias Forteau et Caroline Laly-Chevalier

- I Rappels préliminaires
  - a) La procédure d'extradition
  - b) Le droit des réfugiés (aspects procéduraux)
- II. L'origine des problèmes d'articulation des procédures applicables à l'asile et à l'extradition dans l'ordre juridique français
  - a) La fragmentation formelle, substantielle et juridictionnelle des procédures
  - b) Les solutions envisageables pour une meilleure coordination (aperçu général)
- III. Les dysfonctionnements constatés dans l'articulation des deux procédures d'asile et d'extradition
  - a) La coopération entre les autorités d'asile et d'extradition
  - b) L'ordre de priorité de chaque procédure par rapport à l'autre
  - c) Le respect des garanties procédurales dues au demandeur d'asile lorsque le statut de réfugié est discuté par voie d'exception devant le juge de l'extradition
  - d) L'effet à attribuer aux décisions du juge d'asile dans le cadre de la procédure pendante devant le juge de l'extradition (et réciproquement)
    - 1° Effet des décisions des autorités d'extradition sur celles de l'asile
    - 2° L'effet des décisions des autorités d'asile sur celles de l'extradition
    - 3° L'effet à attribuer, dans l'ordre interne français, aux décisions adoptées par une autorité étrangère
  - e) L'obligation de confidentialité dans les rapports entre procédure d'asile et procédure d'extradition

- 1°) La confidentialité dans les relations avec l'Etat requérant
- 2°) Le respect du principe de confidentialité entre les différentes autorités de l'Etat requis

***Accorder l'asile ou extraditer ? Recherche sur la jurisprudence du Conseil d'Etat sur l'articulation entre le statut de réfugié et le droit de l'extradition*** 221

Serge Slama

- 1. Impossibilité quasi-absolue d'extrader un réfugié reconnu ou en cours d'examen
  - 1.1 La protection quasi-absolue du réfugié contre une extradition vers son pays d'origine
  - 1.2 La protection relative des demandeurs d'asile et l'absence de protection des apatrides
  - 1.3 L'absence de protection des déboutés du droit d'asile sauf s'ils sont en cours de procédure d'extradition (nullité de l'arrêté de destination vers le pays d'extradition)
- 2. La nécessité d'exclure préalablement du statut de réfugié pour extraditer
  - 2.1 La compétence pour le Conseil d'Etat pour exclure du statut de réfugié un demandeur d'asile en application de la clause d'exclusion
  - 2.2 L'incompétence du Conseil d'Etat pour exclure par lui-même, dans le cadre d'une procédure d'extradition, un réfugié du statut

***La situation de l'exclu au regard du droit de l'extradition*** 239

Jean Matrigne

- I. Le statut d'exclu à la confluence de plusieurs branches du droit
  - 1.1. Le triptyque Droit des réfugiés / droit de l'extradition / droit de l'asile
  - 1.2. L'influence d'autres branches du droit
  - 1.3. L'absence de système articulé
- II. L'indifférence du droit des réfugiés à l'égard de l'extradition de l'exclu
  - 2.1. Le silence de la convention de Genève concernant l'extradition
  - 2.2. La question du bénéfice du principe de non-refoulement de 1951 pour les exclus
- III. La protection de l'exclu contre l'extradition par le droit des droits de l'homme
  - 3.1. Les énoncés du Droit des droits de l'homme
  - 3.2. Les conflits de ces énoncés avec ceux portant obligation d'extrader
- IV. Le jeu des règles applicables en matière d'extradition
  - 4.1. Les obligations ou facultés de ne pas extrader l'exclu
  - 4.2. Les obligations d'extrader l'exclu ou de le juger (Aut dedere aut judicare)

***Mandat d'arrêt européen et asile : une articulation sous le prisme des droits fondamentaux*** 283

Valérie Mutelet

- I UNE REMISE POSSIBLE DU REFUGIE MAIS ENTOUREE DE GARANTIES
  - A Les enseignements jurisprudentiels : un réfugié peut faire l'objet d'un mandat d'arrêt européen.
  - B Des limites apportées par la jurisprudence ?
- II DES SPECIFICITES POUR LA REMISE DES DEMANDEURS ET DES DEBOUTES DE L'ASILE ?
  - A. Les fondements, limites et garanties de la remise des demandeurs d'asile et des déboutés de l'asile.
  - B Le demandeur d'asile- citoyen de l'union européenne.

**Principales conclusions et piste de réflexion ouvertes par la recherche** 319

**Bibliographie** 324

**Table des matières** 328

La présente étude a pour objet d'analyser les relations denses et complexes entre l'extradition et l'exclusion du statut de réfugié. Chacun de ces domaines spécifiques du droit a longtemps évolué de façon autonome sans égard aux nombreuses interactions qui les unissent. La recherche met en lumière les potentiels et les limites de leur articulation. L'objectif ultime est de dessiner un cadre juridique qui permette de concilier les obligations parfois contradictoires dérivant du droit de l'extradition et du droit des réfugiés. La méthode utilisée à cette fin par les chercheurs a été délibérément large, incluant autant des questions de droit international que de droit interne, doublée d'une approche comparative des législations et pratiques nationales les plus représentatives.

Deux axes de recherche ont été retenus portant respectivement sur les aspects matériels et procéduraux des relations entre extradition et exclusion. Dans le cadre du premier axe, l'étude générale des clauses d'exclusion du statut de réfugié a permis de mettre en lumière les grands principes régissant la matière de manière à les comparer avec ceux prévalant dans le domaine de l'extradition (niveau de preuve requis, proportionnalité, responsabilité individuelle). Cette étude générale a été complétée par des études plus spécifiques sur les éléments matériels des différentes clauses d'exclusion (article 1 F a), b) et c) de la Convention de Genève et article 17 d) de la Directive 2004/83/CE).

Sous l'angle procédural et institutionnel, le deuxième axe de recherche a mis en lumière les difficultés posées par la coordination des procédures d'asile, d'extradition et d'entraide judiciaire pénale, et tout particulièrement en France où ces procédures font l'objet d'une réglementation distincte et fragmentaire. Suivant la même approche que pour l'axe précédent, une étude générale a ainsi mis en relief les principes régissant la matière, suivie d'études ciblées sur certains aspects spécifiques (tels que la jurisprudence du Conseil d'Etat ou l'impact du mandat d'arrêt européen).

En définitive, les résultats de la recherche permettent d'identifier trois cas de figure pour mieux prendre en compte les besoins de coordination entre extradition et exclusion :

- (i) le premier est celui du maintien du *statu quo* normatif lorsque les dispositions d'un corps de règles suffisent *par elles-mêmes* à répondre aux préoccupations de l'autre (en raison de la convergence matérielle entre extradition et exclusion identifiée dans le premier axe de la recherche) ;
- (ii) la deuxième solution, qui est complémentaire de la précédente, consisterait à inscrire *formellement* dans la loi (ou les traités conclus par la France) les garanties offertes par l'un des deux corps de règles lorsque celles-ci ont vocation à s'appliquer dans le cadre de la mise en œuvre de l'autre corps de règles. Il s'agirait simplement d'explicitier une règle qui s'applique en tout état de cause (comme l'interdiction d'extrader un réfugié vers un pays de persécution) ;
- (iii) une troisième et dernière solution, rendue nécessaire en cas d'insuffisance des deux premières, serait de *modifier* le droit français lorsque celui-ci ne garantit pas, *en l'état* des dispositions conventionnelles, législatives et réglementaires applicables, le respect des règles de l'un ou l'autre corps de règles. Il en va particulièrement ainsi lorsque les garanties offertes par le droit de l'extradition ne prennent pas suffisamment en compte le besoin spécifique de protection du demandeur d'asile, du réfugié ou de l'exclu. L'objectif prioritaire doit être l'application conforme des deux corps de règles et ce n'est qu'en cas d'impossibilité d'y parvenir qu'une préférence devrait être accordée à l'un des deux corps de règles – vraisemblablement le droit des réfugiés compte tenu du rang assigné aux droits fondamentaux de la personne humaine, dans l'ordre interne français (protection constitutionnelle en particulier) comme dans l'ordre international.

## RESUME

### Asile et extradition –

## Théorie et pratique de l'exclusion du statut de réfugié

Etude financée par le GIP Mission « Droit et Justice »,  
sous la direction de

**Caroline Laly-Chevalier,**

Maître de conférences (HDR) à l'Université Lille 2  
(en détachement auprès du Haut Commissariat des Nations Unies pour les Réfugiés)

Et

**Vincent Chetail**

Professeur à l'Institut des hautes études internationales et du développement de Genève  
Directeur du Programme pour l'étude des migrations globales

### AUTEURS

- **Pierre d'Argent**, Professeur, Université catholique de Louvain
- **Céline Bauloz**, Doctorante, Assistante de Recherche, Institut des Hautes Etudes Internationales, Genève
- **Fatma Boggio-Cosadia**, Consultante, Assistante de Recherche, Juge assesseur UNHCR (Cour nationale du droit d'asile)
- **Jean-Yves Carlier**, Professeur à l'Université catholique de Louvain
- **Vincent Chetail**, Professeur à l'Institut des Hautes Etudes Internationales, Genève, Directeur du Programme pour l'étude des migrations globales
- **Mathias Forteau**, Professeur à l'Université Paris Ouest-La Défense
- **Pierre d'Huart**, doctorant, Université catholique de Louvain
- **Caroline Laly-Chevalier**, Maître de conférences (HDR), Université Lille 2, Juge assesseur UNHCR (Cour nationale du droit d'asile)
- **Jean Matringe**, Professeur, Université Versailles Saint Quentin
- **Valérie Mutelet**, Maître de conférences, Université d'Artois
- **Serge Slama**, Maître de conférences, à l'Université d'Evry-Val-d'Essonne, chercheur rattaché au CREDOF, visiting scholar au Boston college law

Avec la participation de

**Galaye Diouf**, Doctorant, Université Lille 2