

CHAPITRE 1

L'EXCLUSION DU STATUT DE RÉFUGIÉ : CADRE GÉNÉRAL

Jean-Yves CARLIER* et Pierre D'HUART**

L'article 1F 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 ;
- c) qu'elles se sont rendues coupables d'agissements contraires aux buts et aux principes des Nations Unies. » [1]

L'étude du cadre général de l'exclusion du statut de réfugié justifie d'abord un certain nombre de principes. Ceux-ci constitueront la première partie de l'exposé. Bien que se posant en amont de ces principes, la question de l'opportunité de maintenir la clause d'exclusion constituera la seconde partie. Aux principes de l'exclusion (1) répondrait donc l'exclusion du principe (2).

SECTION 1. – 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 (§ 1) ainsi que la distinction entre l'article 1F et l'article 33(2) de la Convention (§ 2) seront examinés. Ensuite, le niveau de preuve requis (§ 3) ainsi que la nécessité ou non d'un examen de proportionnalité (§ 4) 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 cette disposition (§ 5), les cas de la tentative et de l'incitation (§ 6), et les motifs d'exonération, d'expiation ou d'atténuation qui pourraient influencer une exclusion (§ 7). Finalement, les arguments du

* Professeur, Université catholique de Louvain, Bruxelles.

** Chercheur, Université catholique de Louvain, Bruxelles.

(1) Convention internationale relative au statut des réfugiés, signée à Genève, 189 RTNU 137, 28 juillet 1951 (entrée en vigueur : 22 avril 1954), article 1F.

débat sur l'ordre d'examen des questions entre l'inclusion et l'exclusion seront développés (§ 8).

§ 1. – *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 (2). 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 (3). 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 (4).

Lorsqu'une hypothèse visée à l'article 1F 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... » (5)

Il avait été objecté que cela pouvait permettre à un criminel de guerre notoire de se voir reconnaître le statut de réfugié (6). Le mécanisme de l'exclusion d'office a finalement été retenu (7). 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 (8).

§ 2. – *L'article 1F à distinguer de l'article 33(2)*

L'article 33(2) de la Convention de Genève de 1951 se lit comme suit :

« Le bénéfice de la présente disposition [défense d'expulsion et de refoulement] [9] ne

(2) CJUE, 9 novembre 2010, *Allemagne c. B. et D.*, C-57/09 et C-101/09, *Rec. CJUE*, p. I-10979, § 104 ; HCR, *Statement on Article 1F of the 1951 Convention. Issued in the context of the preliminary ruling references to the Court of Justice of the European Communities from the German Federal Administrative Court regarding the interpretation of Articles 12(2)(b) and (c) of the Qualification Directive*, Genève, HCR, 2009, p. 6.

(3) 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, p. 3, §§ 3-4.

(4) HCR, *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, HCR, 2011, p. 30, § 149.

(5) Comité spécial de l'apatridie et des problèmes connexes, *First Session : Summary Record of the Eighteenth Meeting*, ONU Doc. E/AC.32/SR.18, 31 janvier 1950, § 4.

(6) *Ibid.*, § 2.

(7) *Ibid.*, §§ 5-6.

(8) CJUE, 9 novembre 2010, *Allemagne c. B. et D.*, C-57/09 et C-101/09, *Rec. CJUE*, p. I-10979, § 117.

(9) Article 33(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

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 1F 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 1F vise avant tout à protéger l'institution de l'asile et à éviter l'impunité. L'article 33(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 (10). Cette différence d'objectifs explique que l'exclusion inscrite à l'article 1F ne soit pas liée au danger que peut représenter une personne (11). Elle explique également que les États soient obligés de procéder à une exclusion si les conditions de l'article 1F sont réunies (12), mais demeurent libres de procéder ou non à une expulsion si les conditions de l'article 33(2) sont réunies (13).

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 1F. 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(2), moyennant le respect de certaines autres conditions. Ainsi, si l'article 1F(b) requiert seulement des « raisons sérieuses de penser », l'article 33(2) requiert une « 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(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 1F exclut entièrement la personne visée du champ d'application *ratione personae* de la Convention (14). Ainsi que le remarque James Hathaway :

liberté serait menacée en raison de sa race, de sa religion, de sa nationalité, de son appartenance à un certain groupe social ou de ses opinions politiques. »

(10) Cour suprême (Canada), *Pushpanathan c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)* [1998] 1 R.C.S. 982, § 58 ; HCR, *Guide et principes directeurs sur les procédures et critères à appliquer pour déterminer le statut des réfugiés*, op. cit., p. 116 ; J.C. HATHAWAY, *The Rights of Refugees under International Law*, Cambridge, Cambridge University Press, 2005, p. 349.

(11) CJUE, 9 novembre 2010, *Allemagne c. B. et D.*, C-57/09 et C-101/09, *Rec. CJUE*, p. I-10979, § 105.

(12) Cela ressort de l'emploi des termes « Les dispositions de cette Convention ne seront pas applicables ». Cela n'empêche pas d'octroyer un titre de séjour à l'intéressé sur une autre base.

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

(14) A. ZIMMERMANN & P. WENNHOLZ, « Article 1F (Definition of the Term "Refugee"/Définition du

« Art. 33(2) does not annul refugee status, but simply authorizes a host government to divest itself of its particularized protective responsibilities » (15). Une personne expulsée sur la base de l'article 33 demeurera un réfugié et aura par conséquent droit à l'aide du Haut Commissariat des Nations Unies pour les réfugiés (HCR) et à la protection de tout autre État partie à la Convention (16).

Le quatrième point est davantage une similitude avec des nuances. *A priori*, les deux dispositions pourraient s'appliquer avant comme après la reconnaissance de la qualité de réfugié. S'agissant du principe de non-refoulement il est admis, en raison du caractère déclaratif de la reconnaissance du statut de réfugié qu'il protège tant le candidat réfugié que le réfugié reconnu. En conséquence, l'exception au principe de non-refoulement en raison des dangers pour la sécurité du pays touche également le candidat réfugié et le réfugié reconnu. S'agissant toutefois de l'exclusion du statut de réfugié, on admettra qu'elle se situe principalement avant la reconnaissance à tout le moins officielle du statut de réfugié, c'est-à-dire pendant le processus de détermination de ce statut. Certes, au sein de cette détermination l'ordre entre l'examen de l'inclusion et celui de l'exclusion peut être débattu (17), mais les deux précèdent la décision définitive sur ce statut. Est-ce à dire que contrairement à l'exception au principe de non-refoulement, l'exclusion du statut de réfugié n'intervient jamais après l'attribution de ce statut ? Non. Deux hypothèses d'exclusion *a posteriori* peuvent 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 (18). Deuxièmement, il y a l'hypothèse où le réfugié a commis, après la reconnaissance de son statut, des crimes relevant des *litera a*) ou c) de l'article 1F (19). Dans ce cas, son statut de réfugié doit être révoqué *ex nunc* (20). L'article 14(3), de la Directive qualification confirme cette lecture de l'article 1F 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

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, pp. 589-590, § 30 ; J.-Y. CARLIER, « Droit d'asile et des réfugiés. De la protection aux droits », *R.C.A.D.I.*, 332, 2007, p. 243.

(15) J.C. HATHAWAY, *The Rights of Refugees under International Law*, *op. cit.*, p. 344.

(16) *Ibid.*, pp. 344-345.

(17) Voy. § 8 ci-après.

(18) HCR, *Guide et principes directeurs sur les procédures et critères à appliquer pour déterminer le statut des réfugiés*, *op. cit.*, p. 117.

(19) Le *litera b*) ne couvre que les crimes commis en dehors du pays d'accueil avant d'y être admis comme réfugié.

(20) HCR, *Guide et principes directeurs sur les procédures et critères à appliquer pour déterminer le statut des réfugiés*, *op. cit.*, p. 117.

de l'article 12. » (21)

Plus proche de la cessation, l'exclusion devient ici révocation. 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 celle d'une révocation *ex nunc* (22).

Il apparaît donc que les articles 33(2) et 1F 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.

§ 3. – 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 (23). 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 (24). 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. 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 Tribunal pénal international pour le Rwanda (TPIR) et transféré à Arusha, la Commission des recours des réfugiés (CRR) 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 TPIR (25). Troisièmement, aucune poursuite pénale n'a

(21) Cette disposition n'est pas modifiée dans la refonte de la Directive qualification (Directive 2011/95 UE du 13 décembre 2011, JO L.337 du 20 décembre 2011, p. 17).

(22) S. BODART, *La protection internationale des réfugiés en Belgique*, Bruxelles, Bruylant, 2008, p. 310.

(23) HCR, *Note d'information sur l'application des clauses d'exclusion*, op. cit., § 105 ; S. BODART, *La protection internationale des réfugiés en Belgique*, op. cit., p. 304.

(24) Sous réserve d'avoir déjà purgé la peine associée à la condamnation. Voy. à ce sujet ci-dessous la § 7.B.1.

(25) 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. CHETAIL & J. FLAUS (dir.), *La Convention de Genève du 28 juillet 1951 relative au statut des réfugiés, 50 ans après : bilan et perspectives*,

été engagée ou elles ont été menées en infraction avec les garanties d'un procès équitable. Dans ce cas, comme en cas d'acquiescement 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 (26). 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 généralement évoquée en droit civil (27). 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. » (28)

La Cour d'appel 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. » (29)

Un seuil inférieur à une balance des probabilités pourrait conduire à exclure plus souvent des personnes qui méritent la protection, que l'inverse (30). C'est pourquoi le HCR ainsi que certains commentateurs n'ont pas suivi cette jurisprudence et ont situé les *raisons sérieuses de penser* au-delà d'une simple balance de probabilités (31). Le Tribunal administratif fédéral suisse a pour sa part considéré :

Bruxelles, Bruylant, 2001, p. 386 ; Commission des recours des réfugiés (CRR) (France), 6 décembre 2000, *Nzuwonemeye*, p. 11, in *ibid.*, p. 386.

(26) HCR, *Note d'information sur l'application des clauses d'exclusion*, *op. cit.*, § 107 ; A. ZIMMERMANN & P. WENNHOLZ, « Article 1 F (Definition 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 », *IJRL*, 12, Special Suppl. Issue, 2000, p. 116.

(27) Cour fédérale (Canada), *Ramirez c. Canada (Ministre de l'emploi et de l'immigration)* [1992] 2 CF 306, § 311 ; Cour fédérale (Canada), *Moreno c. Canada (Ministre de l'emploi et de l'immigration)* [1994] 1 FC 298 (FC :CA), § 309 ; Cour fédérale d'appel (Canada), *Sivakumar c. Canada (Ministre de l'emploi et de l'immigration)* [1994] 1 CF 433, § 445 ; Refugee Status Appeals Authority (Nouvelle-Zélande), n°1248/93, 31 juillet 1995 ; High Court (Nouvelle-Zélande), [1998] 2 NZLR 301, 10 novembre 1997, § 27 ; Immigration Appeal Tribunal (IAT ; Royaume-Uni), *Indra Gurung v. The Secretary of State for the Home Department* [2002] UKIAT04870, § 95 ; Cour d'appel (Royaume-Uni), *MH (Syria) and DS (Afghanistan) v. The Secretary of State for the Home Department* [2009] C5/2008/0942, 0942(A), 1378 et 1394, § 28 ; High Court (Nouvelle-Zélande), *Garate (Gabriel Sequeiros) v. Refugee Status Appeals Authority* [1998] NZAR 241 ; Cour suprême (Canada), *Mugesera c. Canada (Ministre de la citoyenneté et de l'immigration)* [2005] 2 RCS 100, [2005] CSC 40.

(28) IAT (Royaume-Uni), *Indra Gurung v. The Secretary of State for the Home Department* [2002] UKIAT04870, § 95.

(29) Cour d'appel (Royaume-Uni), *Al-Sirri v. The Secretary of State for the Home Department* [2009] EWCA Civ 222.

(30) M. BLISS, « "Serious Reasons for Considering" : Minimum Standards of Procedural Fairness in the Application of the Article 1F Exclusion Clauses », *op. cit.*, p. 116.

(31) HCR, *Note d'information sur l'application des clauses d'exclusion*, *op. cit.*, § 107 ; A. ZIMMERMANN & P. WENNHOLZ, « Article 1 F (Definition 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.

« 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. » [32]

En 2013, retenant ce point de vue, la Cour suprême du Canada considère, dans un arrêt *Ezokola*, que la norme des raisons sérieuses de penser « est moins stricte que celle appliquée dans un procès pour crime de guerre, mais elle requiert davantage qu'un simple soupçon. » (33) Elle se trouverait à mi-chemin entre le standard pénal élevé de l'exclusion de tout doute raisonnable et le standard civil léger de la prépondérance des probabilités.

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

Le seuil de conviction requis pour l'exclusion peut utilement être mis en regard avec celui requis pour l'extradition. Au niveau des États membres du Conseil de l'Europe, les faits pour lesquels une extradition est demandée ne doivent pas être prouvés (34). Il faut des charges suffisantes pour justifier la mise en détention, mais il ne faut pas que la culpabilité soit établie, cette question relevant seulement des autorités de l'État requérant. Le principe s'explique par la confiance qui régit habituellement les relations entre les États parties à un traité d'extradition (35). Une demande d'extradition constituera dès lors un élément important à prendre en considération, mais ne suffira pas nécessairement pour procéder à une exclusion.

Aux États-Unis, il faut une *probable cause*, c'est-à-dire : « sufficient evidence to warrant a man of reasonable caution in the belief that [...] an offence has been committed by the accused. » (36) Ce seuil serait inférieur à celui des « raisons sérieuses de penser » et ne devrait donc pas non plus déterminer nécessairement l'issue à donner à une procédure d'exclusion (37). À l'inverse, toute personne exclue pour un crime déterminé remplira nécessairement l'exigence de *probable cause* pour une extradition fondée sur ce crime.

(32) Tribunal administratif fédéral (TAF; Suisse), arrêt n°E-5538/2006, 11 mai 2010; TAF (Suisse), arrêt n°E-5256/2006, 13 juillet 2010.

(33) Cour suprême (Canada), *Tachidi Ekanza Ezokola c. Canada (Ministre de la citoyenneté et de l'immigration)* [2013] CSC 40, § 101. La Cour s'inspire de l'opinion de Lord Brown (Cour d'appel (Royaume-Uni), *KJ (Sri Lanka) v. Secretary of State for the Home Department* [2009] EWCA Civ 292, § 39), lui-même inspiré par Lord Sedley (Cour d'appel (Royaume-Uni), *Al-Sirri v. Secretary of State for the Home Department* [2009] EWCA Civ 222, § 33).

(34) E. DAVID, *Éléments de droit pénal international et européen*, Bruxelles, Bruylant, 2009, p. 503, § 71.82.

(35) *Ibid.*, p. 504, § 71.82.

(36) Cité par Cour d'appel (États-Unis), *Oen Yin Choy* (9th Cir. 1998), *ILR*, 104, p. 50; District Court (États-Unis) EDNY, 26 septembre 1989 et Cour d'appel (États-Unis), *Atta*, (2nd Cir. 1990), *ILR*, 104, pp. 84 et 107 in E. DAVID, *Éléments de droit pénal international et européen*, op. cit., p. 505, § 71.82.

(37) J. FITZPATRICK, « The Post-Exclusion Phase : Extradition, Prosecution and Expulsion », *IJRL*, 12, Special Suppl. Issue, 2000, p. 285.

§ 4. – *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 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 (A), 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 (B).

A. *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 1F n'impose la mise en place d'un tel test. Néanmoins, plusieurs auteurs ainsi que le HCR ont soutenu qu'il convenait d'y procéder à l'endroit de l'article 1F(b), mais pas dans les situations visées par les *litera a)* ou c) du même article (38). Cela s'expliquerait par la gravité nécessairement hors de 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 (39). Certains crimes de guerre visés par le *litera a)*, comme le pillage (40), 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.

(38) A. ZIMMERMANN & P. WENNHOLZ, « Article 1 F (Definition 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 & J. McADAM, *The Refugee in International Law*, 3^e éd., Oxford, Oxford University Press, 2007, pp. 180-184 ; HCR, *Principes directeurs sur la protection internationale : application des clauses d'exclusion : article 1 F de la Convention de 1951 relative au statut des réfugiés*, ONU Doc. HCR/GIP/03/05, Genève, HCR, 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 », *IJRL*, 12, Special Suppl. Issue, 2000, p. 306.

(39) M. BLISS, « "Serious Reasons for Considering" : Minimum Standards of Procedural Fairness in the Application of the Article 1F Exclusion Clauses », *op. cit.*, p. 110.

(40) Article 8(2)(b)(xvi) du Statut de la Cour pénale internationale, signé à Rome, 2187 RTNU 3, 17 juillet 1998 (entré en vigueur : 1^{er} juillet 2002) (ci-après Statut de Rome).

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 (41), d'autres en défaveur (42). 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 1F(b) et (c)], de la directive n'est pas subordonnée à un examen de proportionnalité au regard du cas d'espèce. » (43) Cette décision est importante, particulièrement au vu du silence de la Convention sur cette question.

Un troisième élément confirme le rejet de ce test de proportionnalité. D'autres instruments internationaux tempèrent les conséquences d'une exclusion. Ainsi, la Convention contre la torture et autres peines ou traitements cruels, inhumains ou dégradants dispose, dans son article 3(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 croire que le requérant court un « risque réel » de mauvais traitements (44). 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.

B. *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'ac-

(41) Voy. notamment : Cour suprême (Canada), *Pushpanathan c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)* [1998] 1 RCS 982, § 156; IAT (Royaume-Uni), *Mr Indra Gurung v. The Secretary of State for the Home Department* [2002] HX34452-2001, UKIAT04870, § 96; IAT (Royaume-Uni), *KK (Article 1F(c)) Turkey v. Secretary of State for the Home Department* [2004] UKIAT 00101, § 90.

(42) Cour administrative fédérale (Allemagne), Affaire n°BVerwG 10 C 48.07, 14 octobre 2008, § 32.

(43) CJUE, 9 novembre 2010, *Allemagne c. B. et D.*, C-57/09 et C-101/09, *Rec. CJUE*, p. I-10979, § 111.

(44) Cour eur. DH, arrêt *Soering c. Royaume-Uni*, 7 juillet 1989, req. n°14038/88.

cueil. Il a été précisé ci-dessus (45) que l'objectif de protection du pays d'accueil relève davantage des conditions d'expulsion (article 33(2)) que des clauses d'exclusion (article 1F). 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. » (46)

À l'inverse, la Cour européenne des droits de l'homme refuse toute proportionnalité même en matière d'expulsion (47). De même, pour les États membres de l'Union européenne, la Cour de justice a écarté de la question de l'exclusion non seulement la « proportionnalité au regard du cas d'espèce » (48), mais aussi celle du danger que représente l'étranger : « 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. » (49)

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.

C. 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 (50) – elle exclut aussi toute proportionnalité.

(45) Voy. § 2 ci-dessus.

(46) Cour suprême (Canada), *Suresh c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)* [2002] 1 RCS 3 2002 CSC 1, § 47.

(47) K.J. HELLER, « The Uncertain Legal Status of the Aggression Understandings », *JICJ*, 10(1), 2012, analysé dans la section 2.1 ci-dessous.

(48) Voy. § 2 ci-dessus.

(49) CJUE, 9 novembre 2010, *Allemagne c. B. et D.*, C-57/09 et C-101/09, *Rec. CJUE*, p. I-10979, § 105.

(50) Voy. section 2 ci-dessous.

§ 5. – Responsabilité pénale individuelle

Les termes « a commis » et « s'est rendue coupable » contenus à l'article 1F 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 1F(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 (51). Plus particulièrement, le Statut de la Cour pénale internationale apparaît singulièrement pertinent, car à la fois récent (1998) et largement ratifié (122 États (52)). Les jurisprudences nationales s'y sont d'ailleurs référées à plusieurs reprises (53).

En 2013, la Cour suprême du Canada s'est ainsi prononcée sur la question de savoir si un haut fonctionnaire du gouvernement de la République démocratique du Congo pouvait être exclu du statut de réfugié parce qu'il a exercé ses fonctions pour le compte d'un gouvernement qui s'est livré à des crimes internationaux. Se fondant notamment sur le Statut de Rome et sur la jurisprudence des tribunaux *ad hoc* (54), la Cour a conclu qu'une personne n'est pas tenue responsable du crime commis par un groupe seulement parce qu'elle est associée à ce groupe ou qu'elle a passivement acquiescé à son dessein criminel (55). Elle a considéré que pour exclure un demandeur d'asile sur la base de l'article 1F(a) de la Convention, il devait exister des raisons sérieuses de penser qu'il a volontairement contribué de manière significative et consciente aux crimes ou au dessein criminel d'une organisation (56).

Il faut noter que les alinéas b) et c) de l'article 1F ne contiennent pas de référence explicite aux instruments internationaux pertinents. L'article 12(3) de la Directive 2011/95/UE 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. À l'instar de la jurisprudence canadienne suscitée, cette compréhension étendue des modes de commission autorise certainement une référence au Statut de Rome, d'autant que celui-ci a été ratifié par l'ensemble des

(51) J. RIKHOF, *Exclusion at a Crossroads : The Interplay between International Criminal Law and Refugee Law in the Area of Extended Liability*, HCR, PPLA/2011/06, juin 2011, p. 4.

(52) Au 31 mars 2014. Voy. le site de la Cour : www.icc-cpi.int.

(53) Cour suprême (Royaume-Uni), *R (on the application of JS) (Sri Lanka) (Respondent) v. Secretary of State for the Home Department (Appellant)* [2010] UKSC 15, § 109 ; Cour d'appel fédérale (Canada), *Mohamed Zrig c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)* [2003] 3 CF 761, § 146 ; Cour administrative fédérale (Allemagne), Affaire n°BVerwG 10 C 24.08, 24 novembre 2009, § 46 ; Cour administrative fédérale (Allemagne), Affaire 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* [2010] NZSC 107, § 53 ; Cour suprême (Canada), *Tachidi Ekanza Ezokola c. Canada (Ministre de la citoyenneté et de l'immigration)* [2013] CSC 40, §§ 48 à 51.

(54) Cour suprême (Canada), *Tachidi Ekanza Ezokola c. Canada (Ministre de la citoyenneté et de l'immigration)* [2013] CSC 40, §§ 48 à 51.

(55) *Ibid.*, § 68.

(56) *Ibid.*, § 84.

États membres de l'Union européenne (UE) (57). L'article 25(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 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) (58).

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 (59).

La responsabilité pénale individuelle ne peut être engagée que si le crime a été commis avec intention et connaissance (60). 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 (61). Il y a connaissance lorsqu'une personne est consciente qu'une

(57) Voy. le site de la Cour : www.icc-cpi.int.

(58) Article 28, Statut de Rome.

(59) Article 8*bis*, *ibid.*

(60) Article 30(1), *ibid.*

(61) Article 30(2)(a) et (b), *ibid.*

circonstance existe ou qu'une conséquence adviendra dans le cours normal des événements (62).

§ 6. – *La tentative et l'incitation*

L'article 1F 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 1F 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 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 1F. 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 (63).

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 (64). 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,

(62) Article 30(3), *ibid.*

(63) Voy. TPIR, *Le Procureur c. Ferdinand Nahimana, Jean-Bosco Barayagwiza et Hassan NGEZE*, jugement, TPIR-99-52-T, 3 décembre 2003, §§ 1031-1034.

(64) Article 25(3)(e), Statut de Rome ; TPIR, *Le Procureur c. Jean-Paul Akayesu*, jugement, TPIR-96-4-T, 2 septembre 1998, § 562.

et l'interprétation restrictive qui en découle, devraient toutefois dissuader de procéder de même pour les autres crimes visés à l'article 1F.

§ 7. – *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 1F trois questions doivent encore être posées avant de procéder à l'exclusion : le demandeur était-il exonéré de sa responsabilité pénale ? (A) A-t-il expié son crime ? (B) Sa responsabilité est-elle atténuée d'une façon ou d'une autre ? (C)

A. *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 (65).

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 (66).

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 (67).

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 per-

(65) Article 31(1)(a) et (b), Statut de Rome.

(66) Article 31(1)(c), *ibid.*

(67) Article 31(1)(d), *ibid.*

sonne 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 (68). 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 (69). À nouveau, cette logique apparaît pouvoir être transposée à l'endroit des clauses d'exclusion.

B. *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 (1), lorsque le crime commis est prescrit (2) et lorsque le crime a été amnistié (3).

1. *Peine déjà purgée*

Bien que la Convention demeure silencieuse à cet égard, le HCR 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 (70). 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). » (71)

Cette approche 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 pourtant pas se préoccuper d'une condamnation précédente pour procéder à l'exclusion (72). 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. » [73]

(68) Article 33(1), *ibid.*

(69) Article 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.

(70) Dans le même sens, voy. A. GRAHL-MADSEN, *The Status of Refugees in International Law : Refugee Character*, vol. 1, Leiden, A.W. Sijthoff, 1966, pp. 290-292.

(71) HCR, *Note d'information sur l'application des clauses d'exclusion*, *op. cit.*, § 73.

(72) Conseil d'État (Belgique), arrêt n°220.321, 13 juillet 2012 ; Conseil d'État (Belgique), arrêt n°199.079, A. 192.074/Xi-16.797, 18 décembre 2009 ; Cour fédérale (Canada), *Leysidro Garcia Médina c. Canada (Ministre de la citoyenneté et de l'immigration)* [2006] CF 62, § 128 ; Cour fédérale (Canada), *Jayasekara c. Canada* [2008] FCA 404, § 57 ; Cour fédérale (Canada), *Chan c. Canada* [2000] 4 CF 390 ; Cour d'appel fédérale (Canada), *Mohamed Zrig c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)* [2003] 3 CF 761.

(73) Cour fédérale (Canada), *Leysidro Garcia Médina c. Canada (Ministre de la citoyenneté et de l'im-*

La jurisprudence anglaise ne s'est pas montrée plus ouverte : « It would have been entirely open to the framers of the Convention to restrict the application of Article 1F(b) by excluding from its effects any person who had, having committed such an offence, served the appropriate sentence for it before admission to the country of refuge. They did not do so. » (74)

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.

2. Prescription

La prescription ne concerne que les crimes visés à l'article 1F(b). Les crimes de guerre, crimes contre l'humanité et crimes contre la paix sont en principe imprescriptibles (75). 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 (76). Ainsi que l'a souligné le tribunal administratif fédéral suisse : « il y a lieu de tenir compte du temps écoulé depuis la commission de l'infraction, en s'inspirant des règles relatives à la prescription de l'action pénale. » (77)

Il est vrai que la prescription empêche les poursuites pour les crimes de droit commun et, en cela, rend obsolète une exclusion dans le but de prévenir l'impunité. Par contre, à l'instar des peines déjà purgées, la prescription ne permet pas nécessairement de laver l'indignité suscitée par un crime particulièrement cruel. Dans ce dernier cas, l'exclusion doit donc demeurer envisageable.

3. L'amnistie

Pour qu'une amnistie puisse faire obstacle à une exclusion, elle doit être l'expression de la volonté démocratique du pays concerné (78). Certains crimes sont tellement graves, particulièrement ceux visés aux *litera a*) et c), qu'ils feront difficilement l'objet d'une amnistie (79). Le passage devant une Commission vérité et réconciliation pourrait être considéré comme une forme valable d'amnistie (80). Les jurisprudences nationales

migration) [2006] CF 62, § 128 ; Cour fédérale (Canada), *Jayasekara c. Canada* [2008] FCA 404, § 57 ; Cour fédérale (Canada), *Chan c. Canada* [2000] 4 CF 390 ; Cour d'appel fédérale (Canada), *Mohamed Zrig c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)* [2003] 3 CF 761.

(74) IAT (Royaume-Uni), *KK (Article 1F(c)) Turkey v. The Secretary of State for the Home Department* [2004] UKIAT 00101, § 91.

(75) Article 29, Statut de Rome.

(76) HCR, *Guide et principes directeurs sur les procédures et critères à appliquer pour déterminer le statut des réfugiés*, *op. cit.*, § 23.

(77) TAF (Suisse), arrêt n°D-5138/2006, 23 décembre 2009.

(78) Article 29, Statut de Rome.

(79) HCR, *Note d'information sur l'application des clauses d'exclusion*, *op. cit.*, § 73.

semblent toutefois hostiles au pardon ou à l'amnistie pour prévenir l'exclusion (81).

C. *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 (82). 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 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 1F 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'acquiescement ou à l'extinction des poursuites.

§ 8. – *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 pen-

(80) *Ibid.*, § 75.

(81) IAT (Royaume-Uni), *KK (Article 1F(c)) Turkey v. The Secretary of State for the Home Department* [2004]UKIAT 00101, § 91; Refugee Status Appeals Authority (New-Zealand), arrêt n°74796, 19 avril 2006, § 136; IAT (Royaume-Uni), *AA (Exclusion clause) Palestine v. The Secretary of State for the Home Department* [2005] UKIAT 00104, § 65.

(82) CJUE, 9 novembre 2010, *Allemagne c. B. et D.*, C-57/09 et C-101/09, *Rec. CJUE*, p. I-10979, § 109.

ser » 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 (83). En premier lieu, une approche littérale stricte de l'article 1F a amené à conclure que si la clause d'exclusion trouve à s'appliquer, c'est toute la convention, y inclus l'article 1A(2) qui concerne l'inclusion, qui ne peut trouver à s'appliquer à l'égard de la personne exclue (84). En effet, les mots utilisés sont « les dispositions de cette Convention ne seront pas applicables... ».

Dans le même ordre d'idée, il a été considéré que la définition du terme réfugié serait en réalité composée d'éléments positifs, contenus dans la section A de l'article 1, et d'éléments négatifs, contenus dans les sections D, E et F du même article, et que tous ces éléments devraient cumulativement être rencontrés pour que puisse être reconnu le statut de réfugié. Au vu de cette interprétation, il ne serait alors pas plus justifié de procéder à l'examen de l'inclusion avant celui de l'exclusion que l'inverse, dès lors qu'il s'agit d'éléments également requis par une même définition (85).

Ensuite, il a été noté que l'article 1F 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 (86).

Par ailleurs, 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 (87). 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

(83) Voy. notamment D. KOSAR, « Inclusion before Exclusion or Vice Versa : What the Qualification Directive and the Court of Justice Do (Not) Say », *IJRL*, 25(1), 2013, pp. 87-119.

(84) 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.

(85) D. KOSAR, « Inclusion before Exclusion or Vice Versa : What the Qualification Directive and the Court of Justice Do (Not) Say », *op. cit.*, p. 92.

(86) S. BODART, *La protection internationale des réfugiés en Belgique*, *op. cit.*, p. 310 ; G.S. GOODWIN-GILL & J. MCADAM, *The Refugee in International Law*, *op. cit.*, p. 178.

(87) S. BODART, *La protection internationale des réfugiés en Belgique*, *op. cit.*, p. 311.

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. » [88]

Enfin, il semblerait que cette position de l'examen de l'exclusion avant l'inclusion ait la préférence de nombreuses jurisprudences nationales ce qui constitue, au titre de pratiques subséquentes, un élément utile dans l'exercice d'interprétation de la convention internationale que constitue la Convention de Genève (89).

B. *Examen de l'inclusion avant exclusion*

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

Premièrement, le caractère exceptionnel des clauses d'exclusion ne devrait pas permettre leur utilisation au stade de l'admissibilité des demandes d'asile (90). 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 (91). 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 protection internationale est due (92). 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 (93).

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 (94).

(88) J.-Y. CARLIER, *Droit d'asile et des réfugiés. De la protection aux droits*, op. cit., p. 245.

(89) D. KOSAR, « Inclusion before Exclusion or Vice Versa : What the Qualification Directive and the Court of Justice Do (Not) Say », op. cit., pp. 96-98.

(90) M.K. NYINAH, « Exclusion Under Article 1F : Some Reflections on Context, Principles and Practice », op. cit., p. 305 ; HCR, *Note d'information sur l'application des clauses d'exclusion*, op. cit., § 100 ; S. BODART, *La protection internationale des réfugiés en Belgique*, op. cit., p. 311.

(91) J.-Y. CARLIER, *Droit d'asile et des réfugiés. De la protection aux droits*, op. cit., p. 246.

(92) M.K. NYINAH, « Exclusion Under Article 1F : Some Reflections on Context, Principles and Practice », op. cit., p. 305.

(93) HCR, *Note d'information sur l'application des clauses d'exclusion*, op. cit., § 99. ; G. GILBERT, « Current Issues in the Application of the Exclusion Clauses », in E. FELLER, V. TÜRK & F. NICHOLSON (dir.), *Refugee Protection in International Law : UNHCR's Global Consultations on International Protection*, Cambridge, Cambridge University Press, 2003, p. 466.

(94) G. GILBERT, « Current Issues in the Application of the Exclusion Clauses », op. cit., 466.

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 (95). La Cour de justice de l'Union européenne a toutefois rejeté l'idée d'un examen de la proportionnalité à cet endroit (96). 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* [97], relèvent de l'un de ces deux cas d'exclusion. » [98]

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 (99).

Enfin, un cinquième argument découle des suites d'une décision d'exclusion. Après avoir exclu du bénéfice de la Convention de Genève, de plus en plus souvent, la même juridiction est tenue d'examiner si la personne peut être renvoyée vers son pays d'origine sans violation de l'article 3 de la Convention contre la torture ou de l'article 3 de la Convention européenne des droits de l'homme (CEDH). 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 (100).

C. Une position médiane

Une position médiane est celle de l'exclusion avant l'inclusion pour les articles 1F(a) et (c) et de l'examen de l'inclusion avant l'exclusion pour l'article 1F(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 1F(a) et (c) au regard de l'extrême gravité

(95) HCR, *Note d'information sur l'application des clauses d'exclusion*, *op. cit.*, § 99 ; A. ZIMMERMANN & P. WENNHOLZ, « Article 1 F (Definition of the Term "Refugee"/Définition du terme "réfugié") », *op. cit.*, p. 589, § 28.

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

(97) Nous soulignons.

(98) CJUE, 9 novembre 2010, *Allemagne c. B. et D.*, C-57/09 et C-101/09, *Rec. CJUE*, p. I-10979, § 87.

(99) *Contra* : D. KOSAR, « Inclusion before Exclusion or Vice Versa : What the Qualification Directive and the Court of Justice Do (Not) Say », *op. cit.*, pp. 115-118.

(100) J.-Y. CARLIER, *Droit d'asile et des réfugiés. De la protection aux droits*, *op. cit.*, pp. 245-246.

de ces crimes, mais que pour 1F(b), il fallait d'abord procéder à l'inclusion (101). La Cour de justice de l'Union européenne nous a toutefois conduit à écarter tout test de proportionnalité (102).

Un autre argument se fonde sur le texte de l'article 1F(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 d'abord d'examiner si la personne peut être admise comme réfugié avant de pouvoir l'exclure sur cette base (103). Le HCR 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 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. » [104]

D. *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 (105). 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 vers 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 hypo-

(101) A. ZIMMERMANN & P. WENNHOLZ, « Article 1 F (Definition 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 & J. MCADAM, *The Refugee in International Law*, *op. cit.*, pp. 180-184 ; Cour suprême (Canada), *Pushpanathan c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)* [1998] 1 RCS 982, § 73 ; HCR, *Principes directeurs sur la protection internationale : application des clauses d'exclusion*, *op. cit.*, § 24.

(102) Voy. § 4 ci-dessus.

(103) 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.

(104) HCR, *Note d'information sur l'application des clauses d'exclusion*, *op. cit.*, § 100.

(105) S. BODART, *La protection internationale des réfugiés en Belgique*, *op. cit.*, p. 313.

thèses relevées par la position médiane adoptée par le HCR justifient de se centrer sur l'exclusion : lorsqu'il y a déjà eu condamnation pénale, la vérification portant alors 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 être préféré.

SECTION 2. – 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 (106). 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 dégradants (107). 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* » (108). Parmi ces responsabilités, il y a la protection des populations et donc l'exclusion des auteurs de crimes. La Cour suprême du Canada précise en 2013 que si « *la Convention [...] exprime une profonde sollicitude pour les réfugiés [...] elle protège aussi l'intégrité de la protection internationale accordée aux réfugiés en empêchant l'auteur d'un crime contre la paix, d'un crime de guerre ou d'un crime contre l'humanité de tirer avantage du régime de protection.* » (109)

Retournant aux travaux préparatoires de la Convention de Genève, on rappelle aussi la *ratio legis* de la clause d'exclusion : « l'intérêt de cette

(106) 0,25 % des décisions de la CRR en France au début des années 2000, selon D. ALLAND & C. TEITGEN-COLLY, *Traité du droit de l'asile*, Paris, PUF, 2002, p. 520 ; ce qui représente beaucoup moins de l'ensemble des décisions prises par l'Office français de protection des réfugiés et apatrides (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 2012, l'exclusion du statut de réfugié concernait seulement 0,3 % des décisions prises par le Commissariat général aux réfugiés et aux apatrides. Voy. Commissariat général aux réfugiés et aux apatrides (CGRA), « Statistiques d'asile – Bilan 2012 », 11 janvier 2013, p. 2 (disponible sur www.cgra.be).

(107) M. LAURAIN, « Vers une suppression des clauses d'exclusion », in *Mélanges François Julien-Laferrrière*, Bruxelles, Bruylant, 2011, p. 325.

(108) P.J. VAN KRIEKEN (dir.), *Refugee Law in Context : The Exclusion Clause*, La Haye, TMC Asser Press, 1999, p. IX.

(109) Cour suprême (Canada), *Tachidi Ekanza Ezokola c. Canada (Ministre de la citoyenneté et de l'immigration)* [2013] CSC 40, sommaire.

disposition est d'exprimer en filigranes la philosophie profonde des instruments internationaux relatifs aux réfugiés : pas de protection pour les persécuteurs » (110). La formule rappelle un autre slogan : pas de liberté pour les ennemis de la liberté (111)! Une chose est le refus de l'abus de droit inscrit par exemple à l'article 17 CEDH : 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. En d'autres termes, au regard des deux objectifs poursuivis en 1951 par les clauses d'exclusion – éviter l'impunité et sanctionner l'indignité – seul le premier objectif, la lutte contre l'impunité, demeure conforme à l'évolution des droits de l'homme.

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.

§ 1. – *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. » (112) Si elles n'étaient exclues, ces personnes seraient élues, parce qu'elles craignent avec raison d'être persécutées. Indépendamment du motif de la 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 [CEDH] ne rompt ni ne ploie devant quelque impératif que ce

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

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

(112) D. ALLAND, « Le dispositif international du droit de l'asile. Rapport général », *op. cit.*, p. 50 et D. ALLAND & C. TEITGEN-COLLY, *Traité du droit de l'asile, op. cit.*, p. 515.

soit » (113). 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* (114), 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* (115). 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 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 CEDH. Si influences croisées il peut y avoir, c'est à l'opposé, la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme qui devrait influen-

(113) M. VERDUSSEN, « Les tentations des sociétés démocratiques dans la lutte contre le terrorisme », *AIDH*, vol. II, 2007, p. 345.

(114) Cour eur. DH, arrêt *Saadi c. Italie*, 28 février 2008, req. n°37201/06.

(115) Cour eur. DH, arrêt *Chahal c. Royaume-Uni*, 15 novembre 1996, req. n°22414/93.

cer 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 indérogeable 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. » [116]

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 ? N'y a-t-il pas 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, que l'indigne puiserait son droit à

(116) O. DE SCHUTTER, « La Convention européenne des droits de l'homme à l'épreuve de la lutte contre le terrorisme », in E. BRIBOSIA & 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. P. GÉRARD, « La protection de la démocratie contre les groupements liberticides », in H. DUMONT, P. MANDOUX, A. STROWEL & F. TULKENS (dir.), *Pas de liberté pour les ennemis de la liberté ? Groupements liberticides et droit*, op. cit., p. 89.

ne pas subir de traitements inhumains ou dégradants. En théorie, oui, cette exclusion d'une protection individuelle, non d'un droit, au bénéfice d'une autre protection collective est possible. Mais des considérations pratiques et très réalistes s'y opposent.

§ 2. – *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 car il ne souhaite pas la protéger ne peut l'expulser pour autant. 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. » (117) 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 » (118), 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 ?

Reste le sentiment désagréable de protéger une personne indigne, de mettre sur le même pied, par une égale protection, le persécuté et le persécuteur, d'effacer toute sanction de l'indignité. Cela comporte un

(117) M. LAURAIN, « Vers une suppression des clauses d'exclusion », *op. cit.*, p. 338.

(118) S. BODART, « Qui est un réfugié », in J.-Y. CARLIER (dir.), *L'étranger face au droit. XX^e journées d'études juridiques Jean Dabin*, Bruxelles, Bruylant, 2010, p. 411.

risque sérieux, bien identifié par Jean-François Durieux dans sa trilogie des paradigmes du réfugié. Il y a premièrement le réfugié classique de la Convention de Genève que j'admets et intègre sur mon territoire parce que, en raison des persécutions qu'il subit, il m'est proche et similaire. Deuxièmement, il y a la personne déplacée, sujette d'une protection temporaire, victime de désastre à qui je porte assistance en urgence. Enfin, troisièmement, il y a le non-expulsable, cette personne que je ne peux renvoyer vers des traitements inhumains et dégradants quoiqu'elle ait elle-même fait. Le danger en assimilant ce dernier (le non-expulsable) au premier (le réfugié accueilli) serait de perdre *the more positive dimension of asylum* dans la construction d'une identité ouverte de la société d'accueil. Il y a le risque de vouloir vainement substituer au sentiment d'un devoir collectif d'accueil, une simple résignation de l'acceptation d'une obligation de non-expulsion imposée par le droit international. Une véritable coopération internationale, nécessaire en matière de protection des réfugiés, ne pourrait se construire sur la base d'une telle obligation négative de non-expulsion (119). Ce risque est réel et ne doit pas être ignoré mais combattu. Voici sur quel point nous nuansons l'analyse de Jean-François Durieux.

Ce qui est à l'œuvre n'est pas uniquement une obligation négative mais aussi une nouvelle obligation positive. Il ne s'agit pas seulement de refuser l'exclusion parce qu'on ne peut expulser mais aussi de refuser l'exclusion parce qu'on veut juger. Cela en raison de l'évolution des droits de l'homme. Or ce besoin de lutter contre l'impunité est un sentiment éthique positif très présent dans les sociétés démocratiques contemporaines. Nous avons écrit ci-dessus que parmi les deux objectifs de la clause d'exclusion de la Convention de Genève, lutter contre l'impunité et sanctionner l'indignité, « seul le premier objectif, la lutte contre l'impunité, demeure conforme à l'évolution des droits de l'homme ». En fin d'analyse, on constate que cette phrase n'est pas tout à fait correcte. La réalité, plus nuancée, est que l'objectif de sanction de l'indignité est absorbé par la réalisation effective de l'objectif de lutte contre l'impunité. La montée en puissance du droit pénal international et extraterritorial permet de ne plus sanctionner l'indigne par simple abstention, l'exclusion du statut de réfugié, mais par une action, l'action judiciaire et le jugement. Comme le statut de réfugié qui a évolué de la protection charitable vers la reconnaissance de droits, la sanction de l'indignité pour crimes graves a évolué du simple refus d'octroi d'une protection vers la condamnation pénale. Le réfugié indigne ne peut être expulsé, comme le national qui ne peut être banni, mais, tout réfugié qu'il soit, il peut être jugé et puni. De cette façon aussi la Convention de Genève prend sa juste place contemporaine de « satellite » dans « l'orbite » du

(119) J.-F. DURIEUX, « Three Asylum Paradigms », *IJMGR*, 20, 2013, pp. 173-174.

droit international des droits de l'homme comme l'a démontré de façon convaincante, à d'autres égards, Vincent CHETAIL (120). Voici une nouvelle étape de cette intégration du droit international des réfugiés au sein du droit international des droits de l'homme. En prenant acte de la perte de légitimité du pays d'origine qui ne pourrait juger équitablement un ancien persécuteur mais le persécuterait lui-même, il s'agit d'assumer la responsabilité collective d'attribuer à cette personne cette citoyenneté internationale qu'est la qualité de réfugié et de le juger pour lutter contre l'impunité.

En conséquence tant pour des motifs théoriques que pratiques les clauses d'exclusion devraient être exclues de la Convention de Genève sauf peut-être pour ce qui concerne les crimes graves de droit commun qui échapperaient au droit pénal international et aux lois de compétences universelles.

Il est toutefois admis qu'il serait difficile, à l'époque contemporaine, de renégocier la Convention de Genève sans affaiblir considérablement la protection des réfugiés qui ne bénéficient plus de la même sollicitude en début de XXI^e siècle qu'au milieu du XX^e siècle. Si une modification de la Convention de Genève pour en exclure l'exclusion 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. » (121) À défaut de textes, la jurisprudence peut aussi évoluer en ce sens et réduire les cas d'exclusion en rendant l'exclusion sinon facultative, comme envisagé lors des travaux préparatoires, à tout le moins rare.

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

(120) 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.), *Human Rights and Immigration*, Collected Courses of the Academy of European Law, Oxford, Oxford University Press, 2014, pp. 19-72.

(121) M. LAURAIN, « Vers une suppression des clauses d'exclusion », *op. cit.*, p. 340.

CONCLUSION

L'étude du cadre général de la clause d'exclusion soulève plusieurs questions. La première partie a permis d'aborder les questions relatives aux principes de l'exclusion ; la seconde, la question de la suppression du principe même des clauses d'exclusion dans la Convention de Genève.

Dans la première partie, 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.

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.

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. 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.

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.

Dans la seconde partie, la suppression des clauses d'exclusion a été défendue. Il y est apparu que le souci de préserver les droits fondamentaux des personnes exclues interdisait de les expulser vers leur État d'origine. Au vu de cela, plutôt que d'exclure du statut de réfugié tout en étant contraint de ne pas expulser, il a semblé, 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. L'évolution du droit pénal interna-

tional et des lois de compétence universelle permet en effet, bien plus qu'avant, d'allier le respect des droits fondamentaux du criminel avec la nécessité de châtier.