



UNHCR

United Nations High Commissioner for Refugees
Haut Commissariat des Nations Unies pour les réfugiés

UNHCR

1775 K Street, NW
Suite 300
Washington, DC 20006

Tel.: 2022965191
Fax: 2022965660
Email: usawa@unhcr.ch

12 septembre 2005

PAR TELECOPIE (212-715-8000) & COURRIER DE NUIT

J. Wells Dixon, Esq.
Kramer, Levin, Naftalis & Frankel
1177 Avenue of the Americas
New York, NY 10036

Re: Demande d'avis consultatif

Cher M. Dixon,

Par la présente, je réponds à la demande d'avis consultatif que vous avez adressée au Haut Commissariat des Nations Unies pour les Réfugiés (HCR) concernant les normes internationales relatives à l'exclusion du statut de réfugié appliquées aux enfants soldats. Veuillez noter que cet avis n'aborde pas les faits propres au cas de votre client mais vise plutôt à exposer les grandes lignes de l'analyse de l'exclusion applicable aux cas des enfants soldats en général.

Toute analyse de l'exclusion concernant les agissements d'enfants soldats doit être entreprise avec la plus grande prudence. L'emploi d'enfants soldats dans les conflits armés constitue une pratique soulevant des préoccupations croissantes au plan international et a fait l'objet de condamnations de la part de la communauté internationale pour des motifs juridiques, moraux et éthiques. Les enfants sont souvent visés pour être enrôlés de force pour le service militaire en raison de leur jeune âge et de leur vulnérabilité. Nombreux sont forcés de commettre des crimes, et d'être témoins des crimes des autres, et restent de ce fait profondément marqués psychologiquement et émotionnellement pendant des années. L'accès aux services sociaux et de réadaptation à la fin des conflits est souvent limité voire inexistant.

D'une manière générale, le refus d'accorder la protection à une personne en tant que réfugié doit se baser sur un examen individuel de la question de savoir si cette dernière a engagé sa responsabilité individuelle dans des actes susceptibles de donner lieu à l'exclusion. Dans le cadre de cet examen, la situation personnelle de l'intéressé doit être prise en compte. Dans le cas des enfants soldats, les questions telles que l'âge, la maturité psychologique et affective, le caractère volontaire du service et le traitement infligé par les autres membres de l'armée sont toutes à prendre sérieusement en compte pour déterminer si l'exclusion de la protection accordée aux réfugiés est appropriée. Compte tenu des conséquences possibles de

l'exclusion, à savoir le retour vers le lieu de persécution, un examen complet de tous les faits pertinents est essentiel.

Le Haut Commissariat des Nations Unies pour les Réfugiés

L'Assemblée générale des Nations Unies a confié au HCR la responsabilité d'accorder la protection internationale aux réfugiés et aux autres personnes relevant de son mandat et de rechercher des solutions permanentes au problème des réfugiés en aidant les gouvernements et les organisations privées.¹ Comme le prévoit son Statut, le HCR remplit son mandat de protection internationale notamment en « poursuivant la conclusion et la ratification de conventions internationales pour la protection des réfugiés, en surveillant leur application et en y proposant des modifications ». ² La responsabilité de surveillance du HCR est inscrite à l'article II du Protocole de 1967 relatif au statut des réfugiés³ auquel les Etats-Unis ont adhéré en 1968. Le Protocole reprend les dispositions de fond de la Convention de 1951 relative au statut des réfugiés.⁴

Les opinions du HCR sont inspirées par plus de 50 années d'expérience en matière de surveillance des instruments internationaux relatifs aux réfugiés. Le HCR est représenté dans 116 pays. Il fournit des orientations pour l'élaboration et l'application des procédures nationales de détermination du statut de réfugié et il est également chargé de cette détermination dans le cadre de son propre mandat. L'interprétation, par le HCR, des dispositions de la Convention de 1951 et du Protocole de 1967 est considérée comme une opinion faisant autorité et devant être prise en compte pour statuer sur des questions de droit des réfugiés.

Quelques éléments sur les enfants soldats

On estime à quelque 300 000 le nombre d'enfants soldats activement utilisés sur le théâtre même des conflits dans plus de 30 pays dans le monde.⁵ S'ils sont le plus fréquemment utilisés par des groupes rebelles, un certain nombre d'armées gouvernementales ont été dénoncées pour avoir également recours à eux.⁶ En plus des combattants actifs, les Nations Unies estiment que plus de 50 Etats ont recruté 500 000 enfants supplémentaires au sein de leurs forces armées et paramilitaires, en violation du droit international et, souvent, du droit interne du pays.⁷

Plusieurs raisons peuvent expliquer le choix d'une armée de recruter des enfants. Lorsqu'un conflit se prolonge et que les ressources en hommes diminuent, il arrive souvent

¹ Voir le Statut de l'Office du Haut Commissaire des Nations Unies pour les réfugiés, résolution 428(V) de l'AG, Annexe, U.N. Doc. A/1775, paragraphes 1, 6 (1950).

² *Id.*, paragraphe 8(a).

³ Protocole de 1967 relatif au statut des réfugiés, 606 U.N.T.S. 267, *entré en vigueur le 4 oct. 1967* [ci-après « le Protocole de 1967 »].

⁴ Convention de 1951 relative au statut des réfugiés, 189 U.N.T.S. 137, *entrée en vigueur le 22 avril 1954* [ci-après « la Convention de 1951 »].

⁵ Human Rights Watch, "Facts About Child Soldiers," accessible sur <http://www.hrw.org/campaigns/crp/facts.htm> (dernière visite effectuée le 12 sept. 2005) ; Voir également Human Rights Watch, "Where Child Soldiers are Being Used," accessible sur <http://www.hrw.org/campaigns/crp/where.htm> (dernière visite effectuée le 12 sept. 2005).

⁶ Global International Networks in Education, "Selected Countries Using Child and Young Adult Soldiers," accessible sur <http://www.ginie.org/ginie-crisis-links/childsoldiers/countries.html> (dernière visite effectuée le 12 sept. 2005).

⁷ P.W. Singer, *Children at War*, par. 30 (Pantheon Books 2005).

que les forces armées et les groupes rebelles aient recours à des enfants pour renforcer leurs rangs. Outre leur rôle en tant que combattants actifs, les enfants sont utilisés comme espions, messagers, porteurs, serviteurs, esclaves sexuels ou sont utilisés pour poser des mines terrestres ou les enlever. En raison de la vulnérabilité et de l'imaturité propres à l'enfant, ce dernier est particulièrement susceptible d'être recruté par la manipulation ou par la force. Dans la majorité des conflits, les études de cas montrent que la principale méthode de recrutement des enfants est l'enlèvement.⁸ De nombreux enfants soldats sont emmenés alors qu'ils se trouvent à l'école, à la maison, dans la rue ou sur les marchés.⁹

Les enfants qui sont utilisés comme soldats se voient rarement offrir le choix. En fait, pour la plupart d'entre eux, le seul choix est de tuer ou de se faire tuer. Ils sont immatures, physiquement vulnérables, facilement intimidables et font généralement de très obéissants soldats.¹⁰ De même qu'ils sont souvent recrutés par la manipulation ou la force, ils sont souvent contraints de rester dans le groupe et d'obéir aux ordres. Il est courant que les enfants soient drogués afin de surmonter leur peur ou leur réticence à combattre.¹¹ En outre, ils peuvent être menacés d'être tués, ou leurs proches, ou torturés afin de s'assurer qu'ils respectent les ordres de leurs supérieurs. Il n'est pas rare qu'un enfant soldat soit forcé d'être témoin de l'exécution d'un autre enfant soldat dissident.¹² Certains sont forcés de commettre d'horribles atrocités, comme tuer leurs voisins ou des membres de leur famille, dans l'idée que ces actes briseront leur esprit, les transformeront en soldats sans pitié, les ostraciseront de leur communauté et les dissuaderont à jamais de rentrer chez eux.¹³

Pour les enfants, le fait d'être contraints de prendre part activement aux combats ainsi que d'être témoins de crimes et d'y participer eux-mêmes peut avoir des effets psychologiques dévastateurs. Même quand le conflit est terminé, les anciens enfants soldats peuvent se retrouver tellement handicapés physiquement et traumatisés psychologiquement qu'ils sont incapables de se réadapter à la société civile. La plupart n'ont jamais bénéficié d'une scolarisation ou d'une formation professionnelle et peu d'entre eux ont accès à des programmes de ce type après le conflit. En outre, ils n'ont souvent pas accès à d'autres programmes post-conflit pour bénéficier du regroupement familial, de vivres et d'un abri.¹⁴

Le recours aux enfants soldats a fait l'objet de condamnations de la part de la communauté internationale comme une persécution illégale et immorale des enfants. Il existe par conséquent un grand nombre d'instruments internationaux des droits de l'homme largement adoptés qui interdisent explicitement le recours aux enfants dans les combats directs et/ou criminalisent le recrutement forcé d'enfants soldats. Parmi ces instruments, on trouve les Protocoles additionnels de 1977 aux Conventions de Genève,¹⁵ la Convention de 1989 relative

⁸ *Id.*, par. 58.

⁹ UNICEF, "Guide to the Optional Protocol on the Involvement of Children in Armed Conflict," at 3, décembre 2003, sur http://www.unicef.org/publications/option_protocol_conflict.pdf (dernière visite effectuée le 12 sept. 2005).

¹⁰ Human Rights Watch, "Stop the Use of Child Soldiers," accessible sur <http://www.hrw.org/campaigns/crp/index.htm> (dernière visite effectuée le 12 sept. 2005).

¹¹ *Id.*

¹² *Id.*

¹³ Singer, *supra* note 7, paragraphes 70-71 (il explique que le recours aux drogues, aux menaces et aux tatouages font tous partie d'un processus complexe de manipulation consistant à endoctriner un enfant pour en faire un soldat).

¹⁴ Human Rights Watch, "Stop the Use of Child Soldiers," accessible sur <http://www.hrw.org/campaigns/crp/index.htm> (dernière visite effectuée le 12 sept. 2005).

¹⁵ Protocole additionnel aux Conventions de Genève du 12 août 1949 et relatif à la protection des victimes des conflits armés internationaux, 8 juin 1977, art. 77(2), 1125 U.N.T.S. 3, 39, *entré en vigueur* le 7

aux droits de l'enfant,¹⁶ le Statut de Rome de la Cour pénale internationale,¹⁷ le Statut du Tribunal spécial pour la Sierra Leone,¹⁸ la Convention de l'OIT sur les pires formes de travail des enfants¹⁹ et le Protocole facultatif à la Convention relative aux droits de l'enfant sur l'implication d'enfants dans les conflits armés.²⁰

Analyse de l'exclusion

Certains enfants enrôlés de force au sein des armées nationales ou des forces rebelles ont finalement la possibilité de s'échapper et de fuir leur pays d'origine pour rechercher la sécurité contre le danger ou la persécution. Ils sollicitent souvent le statut de réfugié dans le pays d'accueil. Si les clauses d'exclusion de la Convention de 1951, décrites de façon plus détaillée ci-dessous, ne font pas de distinction entre adultes et mineurs, toute détermination du statut de réfugié relative à des enfants soldats doit prendre en considération non seulement les principes généraux relatifs à l'exclusion, mais également les règles et principes applicables au statut spécial des enfants en vertu du droit national et international. Ces derniers incluent principalement les principes relatifs à la capacité psychologique des enfants et à leur capacité de comprendre et de consentir à des actes qu'on leur demande ou ordonne de réaliser. Pour ceux qui sont encore mineurs au moment où il est statué sur leur demande d'asile, l'intérêt supérieur de l'enfant est une considération primordiale.

Pour l'examen des demandes de reconnaissance du statut de réfugié, le HCR s'appuie sur la Convention de 1951 et son Protocole de 1967. Le HCR a publié plusieurs documents pour fournir des orientations aux Etats dans leur interprétation de la Convention de 1951, notamment le *Guide des procédures et critères à appliquer pour déterminer le statut de réfugié* (« *Guide du HCR* »),²¹ les Principes directeurs sur la protection internationale²² et d'autres documents

décembre 1978 [ci-après « Protocole I »] ; Protocole additionnel aux Conventions de Genève du 12 août 1949 et relatif aux victimes des conflits armés non internationaux, 8 juin 1977, art. 4(3)(c), 1125 U.N.T.S. 609, *entrée en vigueur* le 7 décembre 1978 [ci-après « Protocole II »].

¹⁶ Convention relative aux droits de l'enfant, art. 38, U.N. Doc. 1/44/49 (1989), *entrée en vigueur* le 20 septembre 1990.

¹⁷ Statut de Rome de la Cour pénale internationale, art. 8(2)(b)(xxvi), U.N. Doc. A/CONF.183/9 (1998) [ci-après « Statut de Rome »]

¹⁸ Statut du Tribunal spécial pour la Sierra Leone, art. 7, U.N. Doc. S/2000/915 (2002).

¹⁹ Convention de l'OIT sur les pires formes de travail des enfants, No. 182, 17 juin 1999, art. 3(a), *entrée en vigueur* le 19 novembre 2000, accessible sur <http://www.ilo.org/ilolex/cgi-lex/convde.pl?C182> (dernière visite effectuée le 11 septembre 2005).

²⁰ Protocole facultatif à la Convention relative aux droits de l'enfant sur l'implication d'enfants dans les conflits armés, art. 2, U.N. Doc. No. A/RES/54/263 (2001), *entrée en vigueur* le 12 février 2002 [ci-après « Protocole facultatif à la Convention relative aux droits de l'enfant »]. A l'exception du Statut de Rome et du Statut du Tribunal spécial pour la Sierra Leone, les Etats-Unis ont signé ou ratifié tous ces accords internationaux.

²¹ *Guide des procédures et critères à appliquer pour déterminer le statut de réfugié* (1979, réédition, Genève, Janvier 1992) (ci-après « *Guide du HCR* »). Le HCR a publié son *Guide* en 1979 à la demande du Comité exécutif afin de fournir aux Etats des orientations pour l'application et l'interprétation de la Convention de 1951 et de son Protocole de 1967. La Cour suprême des Etats-Unis a estimé que, tout en n'étant pas juridiquement contraignant pour les fonctionnaires américains, le *Guide du HCR* fournissait « des orientations significatives » pour l'interprétation du Protocole de 1967 et pour donner un contenu aux obligations qui en découlaient. *Voir, par ex., I.N.S. v. Cardoza-Fonseca*, 480 U.S. 421, 439 n.22 (1987).

²² Le HCR a publié ces Principes directeurs conformément au mandat que lui confèrent le *Statut du Haut Commissariat des Nations Unies pour les réfugiés* de 1950, l'article 35 de la Convention de 1951 relative au statut des réfugiés et l'article II de son Protocole de 1967. Ces Principes directeurs complètent le *Guide du HCR*. Leur objectif est de fournir des orientations juridiques et interprétatives aux gouvernements, aux juristes praticiens, aux décisionnaires et aux instances juridictionnelles ainsi qu'au personnel du HCR chargé de la détermination du statut de réfugié sur le terrain. Les tribunaux fédéraux américains ont cité, en les

de base. Les Principes directeurs particulièrement pertinents pour la question que nous examinons sont les *Principes directeurs du HCR sur la protection internationale: Application des clauses d'exclusion : article 1F de la Convention de 1951 relative au statut des réfugiés*²³ et le document intitulé *Note d'information sur l'application des clauses d'exclusion : article 1F de la Convention de 1951 relative au statut des réfugiés*, lequel fait partie intégrante des Principes directeurs.²⁴ Le Comité exécutif du Programme du Haut Commissaire a également publié des orientations pertinentes sous forme de conclusions.²⁵

En droit américain, les tribunaux sont tenus, dans la mesure du possible, d'interpréter les lois américaines d'une manière cohérente avec les obligations découlant des traités. Dans une décision de principe, *Murray v. Schooner Charming Betsy*, la Cour suprême des Etats-Unis a estimé qu' « une loi ne devrait jamais être interprétée de façon à violer le droit des nations, si une autre interprétation possible existe ».²⁶ Ce principe a été réitéré par de nombreux tribunaux fédéraux.²⁷

A. Exclusion du statut de réfugié

1. Aperçu

Lorsqu'ils accordent une protection internationale aux réfugiés, le HCR et les gouvernements sont soumis à des dispositions juridiques qui restreignent la protection du réfugié dans certaines circonstances. La Convention de 1951 oblige les Etats à refuser le bénéfice du statut de réfugié à certaines personnes bien qu'elles répondent par ailleurs aux

approuvant, les Principes directeurs du HCR sur la protection internationale. Voir, par ex., *Zhang v. Ashcroft*, 388 F.3d 713, 720 (9th Cir. 2004) (citant les Principes directeurs du HCR sur la protection internationale: *Demandes fondées sur la religion*) ; *Castellano-Chacon v. INS*, 341 F.3d 533, 547-48 (6th Cir. 2003) (citant les Principes directeurs du HCR sur la protection internationale: *Appartenance à un certain groupe social*).

²³ *Principes directeurs du HCR 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 sept. 2003 (ci-après « *Principes directeurs du HCR sur l'exclusion* »), accessible sur : <http://www.unhcr.ch/cgi-bin/texis/vtx/publ/opedoc.pdf?tbl=PUBL&id=3f7d48514> (dernière visite effectuée le 11 septembre 2005).

²⁴ Voir la *Note d'information du HCR sur l'application des clauses d'exclusion : article 1F de la Convention de 1951 relative au statut des réfugiés*, 4 sept. 2003 (ci-après « *Note d'information du HCR sur l'exclusion* »), accessible sur www.unhcr.ch/cgi-bin/texis/vtx/home?id=search&results=refworld&query=background%20note%20exclusion (dernière visite effectuée le 11 septembre 2005).

²⁵ Le Comité exécutif du HCR est un groupe intergouvernemental actuellement composé de 68 Etats membres des Nations Unies (y compris les Etats-Unis) et le Saint-Siège qui conseille le HCR dans l'exercice de son mandat de protection. Bien que ses conclusions ne soient pas formellement contraignantes, elles représentent des éléments pertinents pour l'interprétation et l'application du régime international de protection des réfugiés. Les conclusions du Comité exécutif constituent l'expression d'opinions qui sont généralement représentatives de celles de la communauté internationale. La connaissance spécialisée du Comité et le fait que ses conclusions soient adoptées par consensus leur donne un poids supplémentaire. Les conclusions du Comité exécutif du HCR sont accessibles sur <http://www.unhcr.ch/cgi-bin/texis/vtx/excom?id=3bb1cb676> (dernière visite effectuée le 11 septembre 2005).

²⁶ 6 US (2 Cranch) 64, 118 (1804)[traduction libre]. Voir aussi *Weinberger v. Rossi*, 456 US 25, 32 (1982); *Restatement (Third) of Foreign Relations Law of the United States* § 114 (« Dans la mesure du possible, une loi américaine doit être interprétée de façon à ne pas être en contradiction avec le droit international ou avec un accord international signé par les Etats-Unis » [traduction libre]).

²⁷ Voir *Spector v. Norwegian Cruise Line Ltd.*, 356 F.3d 641, 646-47 (5th Cir. 2004) (*révisé sur d'autres motifs par Spector v. Norwegian Cruise Line Ltd.*, 125 S.Ct. 2169 (2005)); *United States v. Suerte*, 291 F.3d 366, 373-74 (5th Cir. 2002); *Mississippi Poultry Ass'n, Inc. v. Madigan*, 992 F.2d 1359, 1365 (5th Cir. 1993).

conditions requises pour être reconnues comme réfugiées. Ces dispositions sont communément appelées « clauses d'exclusion ».

L'article 1F de la Convention contient des clauses d'exclusion qui visent des cas de personnes ayant commis des actes tellement graves qu'elles ne méritent pas la protection internationale.²⁸ Le premier objectif de l'article 1F est donc de priver les auteurs d'actes abominables et de crimes graves 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. Ces objectifs sous-jacents, en particulier le fait qu'une personne *ne mérite pas* la protection, doivent être gardés à l'esprit en interprétant l'applicabilité de l'article 1F.

Comme pour toute exception aux dispositions de droits de l'homme, les clauses d'exclusion doivent être interprétées de manière restrictive. Comme le souligne le *Guide du HCR*, une interprétation et une application restrictives sont également justifiées compte tenu des conséquences graves que peut avoir l'exclusion pour le demandeur.²⁹ Les clauses d'exclusion doivent être appliquées avec une très grande prudence dans la mesure où elles constituent en effet la sanction la plus extrême prévue par les instruments internationaux pertinents dans le domaine des réfugiés.

L'article 1F énonce que les dispositions de la Convention « ne seront pas applicables aux personnes dont on aura des raisons sérieuses de penser » :

- a) qu'elles ont commis un crime contre la paix, un crime de guerre ou un crime contre l'humanité, au sens des instruments internationaux élaborés pour prévoir des dispositions relatives à ces crimes ;
- b) qu'elles ont commis un crime grave de droit commun en dehors du pays d'accueil avant d'y être admises comme réfugiés ;
- c) qu'elles se sont rendues coupables d'agissements contraires aux buts et aux principes des Nations Unies.³⁰

Les motifs d'exclusion du statut de réfugié en vertu de la Convention de 1951 sont énumérés de manière exhaustive à l'article 1F. Dans la mesure où les dispositions légales américaines diffèrent de celles prévues à l'article 1F, leur portée devrait être interprétée d'une manière cohérente avec l'article 1F.

B. Application des clauses d'exclusion

L'application des clauses d'exclusion au sens de la Convention de 1951 consiste essentiellement en un processus en trois étapes qui fait suite à la détermination selon laquelle la personne remplit les critères de la définition d'un réfugié (c'est-à-dire qu'elle craint avec raison d'être persécutée du fait d'un des cinq motifs), s'il existe des éléments indiquant qu'elle peut avoir été impliquée dans un agissement qui donne lieu à l'exclusion. Dans le cadre de l'analyse de l'exclusion, il faut tout d'abord déterminer si l'agissement en question constitue un acte susceptible d'exclusion. Si c'est le cas, la responsabilité individuelle de la personne dans l'acte doit être établie. Enfin, s'il est établi que la responsabilité individuelle existe, il faut déterminer si les conséquences de l'exclusion du statut de réfugié sont proportionnées par rapport à la gravité

²⁸ *Guide du HCR*, *supra* note 21, paragraphe 140.

²⁹ *Id.*, paragraphe 149.

³⁰ Convention de 1951, *supra* note 4, art. 1F.

de l'acte commis. Dans le contexte des enfants soldats, la situation particulière et la vulnérabilité des enfants doivent être prises en considération à toutes les étapes de l'analyse.

Le niveau de preuve requis selon l'article 1F de la Convention de 1951 par rapport aux faits pertinents est qu'il faut avoir « des raisons sérieuses de considérer ». Le HCR estime que ce niveau de preuve est moins élevé que celui requis dans le cadre des procédures pénales (« au-delà du doute raisonnable ») mais plus fort que de simples suspicions. Pour que le seuil des « raisons sérieuses de considérer » soit atteint, des preuves claires et crédibles sont requises.³¹

1. Commission d'un acte susceptible d'exclusion

Pour établir l'exclusion, il faut tout d'abord déterminer si l'agissement en question met la personne dans le champ d'application de l'une des clauses d'exclusion de la Convention de 1951. Pour les actes commis par des soldats au cours d'un conflit armé, l'article 1F(a) est considéré comme la clause d'exclusion la plus pertinente, en particulier les paragraphes relatifs aux crimes de guerre et aux crimes contre l'humanité. Les crimes contre la paix, qui relèvent également de l'article 1F(a) et les agissements contraires aux buts et aux principes des Nations Unies, prévus par l'article 1F(c), sont généralement interprétés comme exigeant l'action d'une personne de rang élevé représentant un Etat ou une entité quasi-étatique.³² Les crimes graves de droit commun, inscrits à l'article 1F(b), ne seraient généralement pas concernés non plus à moins d'établir que le crime n'était pas lié au conflit armé lui-même.³³

Le droit international humanitaire et le droit international pénal fournissent les critères applicables pour déterminer si un acte donné constitue un « crime de guerre » ou un « crime contre l'humanité ». Les « crimes de guerre » constituent des violations graves des lois et coutumes de la guerre qui donnent lieu à la responsabilité pénale directement en vertu du droit international, soit parce que cela est explicitement prévu par les instruments internationaux pertinents,³⁴ soit sur la base du droit international coutumier.³⁵ Cela apparaît à la fois dans la

³¹ Voir HCR, *Note d'information sur l'exclusion*, supra note 24, paragraphes 107–111.

³² Voir le *Guide du HCR*, supra note 21, paragraphe 163 ; *Principes directeurs du HCR sur l'exclusion*, supra note 23, paragraphes 11 & 17 ; *Note d'information du HCR sur l'exclusion*, supra note 24, paragraphe 50.

³³ L'article 1F(b) serait davantage pertinent pour des actes commis dans le cadre des conflits armés non internationaux antérieurs au milieu des années 1990. Avant cette époque, la notion de « crimes de guerre » (c'est-à-dire des violations graves du droit international humanitaire qui engagent la responsabilité pénale directement en vertu du droit international) n'était applicable que dans le cadre des conflits armés internationaux. Aux fins de l'exclusion, s'il est établi que les actes en question ont été commis avant le milieu des années 1990 dans le cadre d'un conflit armé non international et que les actes ont violé le droit international humanitaire, il serait nécessaire de les examiner au regard des critères de l'article 1F(b) ou de l'article 1F(a) – crimes contre l'humanité. Pour d'autres orientations sur les critères à remplir pour que ces catégories de l'article 1F s'appliquent, voir la *Note d'information du HCR sur l'exclusion*, supra, note 24, paragraphes 33–45.

³⁴ Cela s'applique en particulier aux actes commis dans le cadre des conflits armés internationaux qui constituent des « violations graves » des quatre Conventions de Genève de 1949 et de leur Protocole additionnel I de 1977, supra note 15, art. 85. Convention pour l'amélioration du sort des blessés et des malades dans les forces armées en campagne (première Convention de Genève), art. 50, 6 U.S.T. 3114, 75 U.N.T.S. 31, entrée en vigueur le 21 octobre 1950 ; Convention pour l'amélioration du sort des blessés, des malades et des naufragés des forces armées sur mer (deuxième Convention de Genève), art. 51, 75 U.N.T.S. 85, entrée en vigueur le 21 octobre 1950 ; Convention relative au traitement des prisonniers de guerre (troisième Convention de Genève), art. 130, 6 U.S.T. 3316, 75 U.N.T.S. 238, entrée en vigueur le 21 octobre 1950 ; Convention relative à la protection des personnes civiles en temps de guerre (quatrième Convention de Genève), art. 147, 6 U.S.T. 3316, 75 U.N.T.S. 287, entrée en vigueur le 21 octobre 1950.

jurisprudence du Tribunal pénal international pour l'ex-Yougoslavie (« TPIY ») et dans le Statut de Rome de la Cour pénale internationale (« CPI ») qui constitue la codification la plus récente des normes internationales à cet égard.³⁶ Les « crimes contre l'humanité » sont définis comme des actes inhumains commis dans le cadre d'une attaque généralisée ou systématique dirigée contre la population civile.³⁷ La question de savoir si un « crime de guerre » ou un « crime contre l'humanité » a été commis dépend des faits propres à l'espèce. D'une manière générale, cependant, tous les éléments matériels du crime doivent être établis sur la base de preuves claires et crédibles pour que l'agissement relève de l'article 1F.

2. Détermination de la responsabilité individuelle

S'il est établi que l'agissement en question relève de l'une des clauses d'exclusion, la responsabilité personnelle doit alors être déterminée. Une personne ne saurait être exclue du statut de réfugié sans que ne lui soit attribuée une responsabilité individuelle. Trois questions doivent être examinées : 1) l'implication du demandeur dans l'acte susceptible d'exclusion ; 2) le fait de savoir si le demandeur possédait l'état psychologique requis (*mens rea*) et 3) les motifs possibles pour rejeter la responsabilité individuelle.

Implication personnelle dans l'acte concerné

La question de l'implication personnelle nécessite un examen du lien entre la personne et l'acte concerné. Les facteurs à prendre en considération incluent la question de savoir si l'intéressé a commis l'acte lui-même, a incité d'autres à le commettre, a contribué de manière substantielle à sa commission ou a engagé sa responsabilité en tant qu'officier supérieur pour des crimes commis par des personnes placées sous son commandement ou son contrôle effectif. La question de savoir si le comportement d'une personne peut donner lieu ou pas à la responsabilité individuelle doit être déterminée au moyen d'un examen individuel à la lumière du contexte et des circonstances propres à l'espèce.

Etat psychologique requis (mens rea)

L'état psychologique, ou *mens rea*, du demandeur au moment de la commission de l'acte susceptible d'exclusion est capital dans l'attribution de la responsabilité individuelle aux fins de l'exclusion du statut de réfugié. En général, pour satisfaire l'exigence de *mens rea*, l'intéressé doit avoir agi avec « intention » et « connaissance ». L'« intention » a été définie

³⁵ C'est le cas des actes commis dans le cadre des conflits armés non internationaux à partir du milieu des années 1990, lesquels sont interdits par l'article 3 commun aux quatre Conventions de Genève de 1949, *supra* note 34, et leur Protocole additionnel II de 1977, *supra* note 15.

³⁶ Voir le Statut de Rome, *supra* note 17, art. 8. Voir également, *par ex.*, la Charte du Tribunal militaire international, 8 août 1945, art. 6(b), 566 Stat. 1544, 82 U.N.T.S. 279 (ci-après « Accord de Londres »). Les « actes de guerre » tels que définis dans les quatre Conventions de Genève de 1949 et leurs Protocoles additionnels I & II de 1977 et d'autres instruments, incluent les actes comme l'homicide volontaire, la torture ou d'autres traitements inhumains à l'encontre des personnes protégées dans le contexte des Conventions de Genève ; le fait de causer volontairement de grandes souffrances ou de porter gravement atteinte à l'intégrité physique ou à la santé ; la prise d'otages ; la destruction gratuite de localités civiles ; les attaques sans discrimination atteignant la population civile ; les transferts forcés de population ou le viol. Voir *supra* notes 34 & 15.

³⁷ Voir, *par ex.*, l'Accord de Londres, *supra* note 36, art. 6(c); voir également le Statut de Rome, *supra* note 17, art. 7(1). Les crimes visés peuvent inclure des actes comme l'assassinat, l'extermination, la réduction en esclavage, la déportation ou le transfert forcé, l'emprisonnement ou d'autres privations graves de liberté physique en violation des règles fondamentales du droit international, la torture, le viol ou d'autres formes de violence sexuelle grave, la persécution, la disparition forcée ou l'apartheid.

comme exigeant que la personne voulait s'engager dans la conduite en question ou provoquer une conséquence donnée ou était consciente que cela allait arriver suivant le cours normal des événements.³⁸ La « connaissance » a été définie comme la conscience que certaines circonstances existent ou qu'une conséquence en découlerait suivant le cours normal des événements.³⁹

Les définitions de certains crimes relevant de l'article 1F contiennent des critères supplémentaires en ce qui concerne l'élément psychologique. Par exemple, la commission d'un crime de guerre nécessite la conscience de l'existence d'un conflit armé tandis qu'une personne qui commet un crime contre l'humanité ne doit pas seulement avoir l'intention et la connaissance par rapport au crime concerné (c'est-à-dire assassinat, viol) mais également agir en sachant que son crime fait partie d'une attaque systématique ou généralisée en cours lancée contre la population civile. D'autres crimes exigent une intention spécifique. Par exemple, le génocide requiert une «...intention de détruire, ou tout ou en partie, un groupe national, ethnique, racial ou religieux...»,⁴⁰ tandis que la persécution en tant que crime contre l'humanité requiert également une intention discriminatoire spécifique (persécution «...pour des motifs d'ordre politique, racial, national, ethnique, culturel, religieux, sexiste ... ou en fonction d'autres critères...»).⁴¹

Lorsque cet élément psychologique (*mens rea*) est absent, un aspect fondamental de l'infraction pénale fait défaut et aucune responsabilité pénale individuelle ne peut donc exister pour le crime en question. Les motifs d'absence de *mens rea* incluent, par exemple, la folie, le handicap mental, l'intoxication involontaire ou l'immatunité. Ce dernier motif est particulièrement pertinent lors de l'examen de l'applicabilité d'une clause d'exclusion aux actes commis par des enfants.

Motifs pour rejeter la responsabilité individuelle

En tant que partie intégrante et en plus de l'analyse décrite ci-dessus, des motifs possibles pour rejeter ou exclure la responsabilité individuelle doivent également être examinés. Ces motifs peuvent être divisés en différentes catégories : absence d'élément psychologique (voir ci-dessus), motifs d'exonération (contrainte/coercition, légitime défense) et expiation (condamnation purgée, amnistie ou grâce). Dans le cas des enfants soldats, en particulier, des questions liées à l'immatunité, l'intoxication involontaire, la contrainte et/ou la légitime défense se posent souvent. Ces aspects sont développés plus loin.

Les principes généraux de la responsabilité pénale sont également applicables à l'examen de la question de savoir si un motif d'exonération valable existe pour le crime en question. Le motif d'exonération de la contrainte, souvent en jeu dans le contexte des enfants soldats enrôlés de force, mérite une attention particulière. Selon le Statut de Rome, la contrainte constitue un motif d'exonération pour tous les crimes relevant de la compétence de la Cour.⁴² Il s'applique – avec le résultat que la personne concernée ne sera pas tenue pour pénalement responsable – si cette dernière a agi par nécessité et de façon raisonnable pour écarter une menace de mort imminente ou une atteinte grave, continue ou imminente à sa propre intégrité physique ou à celle

³⁸ Statut de Rome, *supra* note 17, art. 30(2).

³⁹ *Id.*, art. 30(3).

⁴⁰ Voir la Convention pour la prévention et la répression du crime de génocide, art. II, 78 U.N.T.S. 277, entrée en vigueur le 12 janvier 1951 ; voir également, le Statut de Rome, *supra* note 17, art. 6.

⁴¹ Voir, *par ex.*, le Statut de Rome, *supra* note 17, art. 7(1)(h). Cela s'ajouterait aux exigences de *mens rea* pour les crimes contre l'humanité en général.

⁴² *Id.*, art. 31(1)(d).

d'autrui, à condition qu'elle n'ait pas eu l'intention de causer un dommage plus grand que celui qu'elle cherchait à éviter.⁴³ La jurisprudence internationale ajoute un élément à prendre en considération, à savoir que la situation conduisant à la contrainte ne doit pas avoir été provoquée volontairement par la personne sous contrainte.⁴⁴

Le « choix moral » est un élément du motif d'exonération de la contrainte exprimé clairement dans le contexte de personnes agissant sous les ordres des autres dans un conflit armé. Comme cela a été énoncé lors des procès de Nuremberg, une personne qui est obligée de commettre contre sa volonté un acte qui lui répugne moralement en raison d'une menace à sa vie « imminente, réelle et inévitable » ne possède par le *mens rea* requis pour commettre un crime.⁴⁵ Dans l'affaire *Einsatzgruppen*, le Tribunal militaire américain à Nuremberg a jugé « qu'aucune loi n'exige qu'un homme innocent doive payer de sa vie ou subir un grave préjudice pour éviter de commettre un crime qu'il condamne ». ⁴⁶ Le Tribunal a fait remarquer qu'il aurait acquitté les accusés dans l'affaire *Einsatzgruppen* si ces derniers avaient agi sous une menace « imminente, réelle et inévitable ».

Les critères mentionnés ci-dessus s'appliquent également dans le contexte de la détermination de l'exclusion de la protection internationale au sens de l'article 1F de la Convention de 1951 : s'il est établi que l'intéressé a agi sous la contrainte, il ne doit pas être considéré comme indigne du statut de réfugié.⁴⁷ Les circonstances qui réduisent le niveau de responsabilité individuelle d'une personne dans un crime sans pour autant constituer un motif d'exonération valable comme la contrainte doivent être prises en compte dans le cadre du test de proportionnalité, lequel représente l'étape finale de l'analyse de l'exclusion.

Proportionnalité

S'il est établi qu'un acte susceptible d'exclusion a été commis et que le demandeur d'asile engage sa responsabilité individuelle dans sa commission, on doit ensuite déterminer si les conséquences de l'exclusion du statut de réfugié sont proportionnées par rapport à la gravité de l'acte commis. Les questions à prendre en considération incluent notamment toute circonstance atténuante ou aggravante dans l'espèce et la mise en balance de la gravité de l'infraction avec le degré de persécution crainte en cas de retour.⁴⁸ Dans le cas des enfants

⁴³ *Id.* Lors de l'examen de l'exclusion de la protection internationale accordée aux réfugiés, le HCR estime que le motif d'exonération de la contrainte peut exister dans des cas d'assassinat ou de meurtre, mais seulement exceptionnellement. Si le TPIY a estimé que la contrainte ne constituait pas un motif d'exonération total pour les crimes de guerre ou les crimes contre l'humanité impliquant un assassinat dans l'affaire *Erdemovic*, cette position n'a finalement pas été retenue par le Statut de Rome, lequel est considéré comme la formulation des principes de droit pénal la plus récente et faisant autorité à ce jour. *Procureur v. Erdemovic*, opinion séparée commune du Juge McDonald et du Juge Vohrah, paragraphe 88, Affaire No. IT-96-22-A (TPIY, Chambre d'appel, 7 octobre 1997), accessible sur <http://www.un.org/icty/erdemovic/appeal/judgement/erd-asojmcd971007e.htm> (dernière visite effectuée le 11 septembre 2005).

⁴⁴ *Voir Procureur v. Erdemovic*, opinion séparée et dissidente du Juge Cassese, paragraphes 16-17, Affaire No. IT-96-22-A (TPIY, Chambre d'appel, 7 octobre 1997), accessible sur <http://www.un.org/icty/erdemovic/appeal/judgement/erd-adojcas971007e.htm> (dernière visite effectuée le 11 septembre 2005).

⁴⁵ *The Einsatzgruppen Case*, 4 Trials of War Criminals 480 (1951), tel que cité dans The Defense of Obedience to Superior Orders: The Mens Rea Requirement, 17 Am. J. Crim. Law 55, 70 (1989).

⁴⁶ *Id.* [traduction libre]

⁴⁷ *Voir les Principes directeurs du HCR sur l'exclusion*, *supra* note 23, paragraphe 22 ; *Note d'information sur l'exclusion*, *supra* note 24, paragraphes 69-70.

⁴⁸ *Principes directeurs du HCR sur l'exclusion*, *supra* note 23, paragraphe 24 (« La prise en compte d'un test de proportionnalité dans l'examen de l'exclusion et de ses conséquences fournit un outil d'analyse utile pour

soldats, les circonstances atténuantes possibles peuvent notamment inclure l'âge, le traitement subi par l'enfant de la part du personnel militaire ou les circonstances du service. En ce qui concerne la proportion entre la gravité du crime et le préjudice possible en cas de retour, il est important de noter que les crimes contre la paix, les crimes contre l'humanité et les agissements contraires aux buts et aux principes des Nations Unies sont généralement suffisamment graves pour l'emporter sur le degré de persécution crainte. Toutefois, les crimes de guerre et les crimes graves de droit commun couvrent une catégorie plus vaste de comportements de sorte que l'exclusion peut être considérée comme disproportionnée par rapport au crime concerné.⁴⁹

C. Application des clauses d'exclusion aux enfants soldats

Les clauses d'exclusion de la Convention de 1951 ne font pas de distinction entre adultes et mineurs. Cependant, comme nous l'avons noté plus haut, lorsqu'il est question d'appliquer une clause d'exclusion pour des actes commis quand l'intéressé avait moins de 18 ans, il convient de tenir compte non seulement des principes généraux relatifs à l'exclusion, mais également des règles et principes applicables au statut spécial des enfants en vertu du droit international et national.

La distinction faite entre adultes et enfants en vertu du droit international a été exprimée clairement, par exemple, par les tribunaux pénaux internationaux. L'article 7 du Statut du Tribunal spécial pour la Sierra Leone prévoit que le Tribunal n'est pas compétent pour juger les mineurs âgés de moins de 15 ans au moment où l'infraction alléguée a été commise et affirme que le Tribunal traitera toute personne âgée de 15 à 18 ans « avec dignité et respect, en tenant compte de son jeune âge et de la nécessité de faciliter sa réinsertion et son reclassement pour lui permettre de jouer un rôle constructif dans la société, et conformément aux normes internationales relatives aux droits de l'homme, en particulier les droits de l'enfant ». ⁵⁰ La CPI n'est pas non plus compétente pour juger des mineurs de moins de 18 ans, ce qui ajoute foi, comme l'a fait remarquer un commentateur, « à l'idée que ces enfants sont essentiellement des victimes et, par conséquent, qu'ils doivent être traités comme tels par le système international de justice pénale ». ⁵¹

Des considérations similaires s'appliqueraient dans le cadre d'une analyse de l'exclusion concernant des actes commis par un enfant. Les clauses d'exclusion ne peuvent s'appliquer aux mineurs que s'ils ont atteint l'âge de la responsabilité pénale au moment où l'acte susceptible d'exclusion a été commis. Selon l'article 40 de la Convention de 1989 relative aux droits de l'enfant, les Etats s'efforcent d'établir un âge minimum en matière de

s'assurer que les clauses d'exclusion sont appliquées de manière cohérente avec le but et l'objectif humanitaire principal de la Convention de 1951 »).

⁴⁹ *Id.*

⁵⁰ Statut du Tribunal spécial pour la Sierra Leone, *supra* note 18, art. 7. Bien qu'il soit doté de l'autorité légale pour engager des poursuites envers les enfants âgés de 15 à 18 ans, le Procureur du Tribunal spécial a choisi de ne pas exercer ne serait-ce que cette autorité limitée compte tenu du fait que la plupart des enfants soldats étaient eux-mêmes victimes de crimes internationaux. Voir le communiqué de presse, Bureau des affaires publiques, Tribunal spécial pour la Sierra Leone, "Special Court Prosecutor Says He Will Not Prosecute Children," 2 novembre 2002, accessible sur www.sc-sl.org/Press/pressrelease-110202.pdf (dernière visite effectuée le 11 septembre 2005).

⁵¹ Max du Plessis, "Children under International Criminal Law," *African Security Review*, Vol. 13, No. 2, 2004, accessible sur <http://www.iss.co.za/pubs/ASR/13No2/EduPlessis.htm> (dernière visite effectuée le 11 septembre 2005) [traduction libre].

responsabilité pénale. Lorsque ce dernier a été établi dans le pays d'accueil⁵², un enfant en dessous de l'âge minimum ne peut pas être considéré par l'Etat concerné comme ayant commis une infraction susceptible d'exclusion. Pour ceux plus âgés que la limite (ou lorsqu'il n'existe pas de limite), la maturité de l'enfant concerné doit toujours être évaluée pour déterminer s'il possédait la capacité psychologique d'être tenu responsable du crime en question. Plus l'enfant est jeune, plus la présomption est grande que cette capacité psychologique n'existait pas à l'époque.

La question de savoir si un enfant possède l'état psychologique nécessaire pour être tenu individuellement responsable d'un acte susceptible d'exclusion est extrêmement importante. Il faut tout d'abord établir que l'enfant était suffisamment mûr pour comprendre la nature de son agissement et les conséquences des actions menées, et pour commettre ainsi les éléments matériels d'un crime, ou y participer, avec l'intention et la connaissance requises. Dans le cadre de cet examen, il est nécessaire d'évaluer le développement affectif, psychologique et intellectuel de l'enfant.

Lorsque la capacité psychologique est établie, une attention particulière doit être accordée à l'examen d'autres motifs d'exonération de la responsabilité individuelle. Comme mentionné plus haut, beaucoup d'enfants soldats commettent des crimes pendant un conflit armé après avoir été involontairement drogués. Nombreux sont ceux qui ont été enrôlés de force et contraints d'agir sous des menaces de mort et/ou de torture dirigées directement contre eux ou contre un de leurs proches. Il est nécessaire d'examiner si les circonstances dans lesquelles un enfant a commis un crime relevant de l'article 1F équivalaient à de la contrainte. Les facteurs à prendre en considération lors de cet examen incluent l'âge auquel l'enfant a été engagé dans le groupe ou l'organisation (armée), les motivations pour rejoindre ce groupe (volontairement ou sous la contrainte ou pour se défendre ou défendre autrui), les conséquences du refus de rejoindre ce groupe, la durée pendant laquelle il a été membre, la possibilité de ne pas participer à de tels actes ou de s'enfuir, la consommation forcée de drogues, d'alcool ou de médicaments (intoxication involontaire), la promotion au sein des rangs du groupe en raison des actions menées, le niveau d'éducation et de compréhension des événements en question et le traumatisme, les abus ou les mauvais traitements subis par l'enfant suite à son engagement.

Comme mentionné plus haut, même si les circonstances ne constituent pas un motif d'exonération, la vulnérabilité des enfants, en particulier ceux soumis à des mauvais traitements, doit être prise en compte dans l'examen de la proportionnalité dans le cadre de l'exclusion.

Pour ceux qui sont encore mineurs au moment de la détermination de leur statut de réfugié, il convient de prendre en considération l'obligation absolue d'agir dans « l'intérêt supérieur » de l'enfant. Du personnel ayant suivi une formation spécialisée doit traiter les cas dans lesquels l'exclusion est envisagée à propos d'un requérant mineur. Le principe de l'« intérêt supérieur » doit également sous-tendre toute action postérieure à l'exclusion. Les articles 39 et 40 de la Convention relative aux droits de l'enfant sont également applicables dans la mesure où ils traitent de l'obligation des Etats d'assister dans la réadaptation des victimes (qui tendraient à inclure les enfants soldats) et établissent des normes pour le traitement des enfants suspectés d'infraction à la loi pénale.

⁵² Si l'âge de la responsabilité pénale est plus élevé dans le pays d'origine, cela doit également être pris en compte (dans l'intérêt de l'enfant).

Conclusion

Les clauses d'exclusion sont conçues pour refuser le statut de réfugié à ceux qui ne méritent pas cette protection. Les conséquences de l'exclusion, à savoir le retour vers le lieu de persécution, sont potentiellement graves. Par conséquent, il est important de suivre les normes rigoureuses requises dans le cadre d'une analyse de l'exclusion. Un examen approfondi et individuel doit être mené, en prenant en considération la nature des actes présumés avoir été commis, la responsabilité personnelle du requérant par rapport à ces actes et la proportionnalité entre le retour et la gravité de l'acte.

Dans le cas des enfants soldats, il faut être particulièrement prudent en raison à la fois de leur âge et des circonstances de leur implication dans le conflit armé. Il convient de rappeler que l'enrôlement forcé d'enfants âgés de moins de 18 ans constitue une violation des droits de l'homme.⁵³ L'enrôlement d'enfants âgés de moins de 15 ans, forcé ou non, et leur utilisation active dans les hostilités sont considérés comme un crime de guerre.⁵⁴ Les enfants soldats sont souvent autant des victimes de la guerre et des violations des droits de l'homme que des auteurs possibles de telles infractions. Une approche globale de la détermination du statut de réfugié, incluant l'examen de tous les facteurs pertinents dans chaque espèce, est essentielle pour déterminer qui devrait bénéficier du statut de réfugié et qui ne le devrait pas.

Nous espérons que l'analyse développée ci-dessus vous sera utile ainsi qu'aux juges statuant sur le cas de votre client.

Je vous prie d'agréer l'assurance de ma considération distinguée.

Eduardo Arboleda
Représentant régional adjoint

⁵³ Protocole facultatif à la Convention relative aux droits de l'enfant, *supra* note 20, art. 2.

⁵⁴ Statut de Rome, *supra* note 17, art. 8(2)(b)(xxvi). Voir également, la résolution 1539 (2004) du Conseil de sécurité des Nations Unies, accessible sur www.un.org/special-rep/children-armed-conflict/KeyDocuments/Resolution/S-RES-1539English.html (dernière visite effectuée le 11 septembre 2005).