

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

Alice EDWARDS *

Table des matières

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

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

I. Contexte

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

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

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

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

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

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

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

A. Le contexte des droits de l'Homme

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

B. Les développements récents

1. Le genre

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

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

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

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

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

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

24. *Ibid.*, paragraphe 75.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

2. L'âge

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

64. Voir l'article 3 § 1 de la CDE.

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

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

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

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

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

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

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

A. L'inclusion

1. Les agents de persécution non étatiques

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

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

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

72. *Ibid.*, paragraphe 65.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

97. *Ibid.* (traduction libre).

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

3. Éviter la persécution

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

103. *Ibid.*, paragraphe 24.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

113. Voir *supra* note 36.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

5. Les possibilités de refuge interne

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

B. L'exclusion

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

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

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

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

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

131. Voir Hathaway et Foster, *ibid.*

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

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

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

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

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

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

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

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

C. La cessation

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

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

136. *Ibid.*, p. 7.

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

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

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

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

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

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

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

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

141. *Ibid.* (traduction libre)

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

145. CDE, article 22.

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

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

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

Comme l'a noté le HCR :

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

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

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

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

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

IV. Conclusion

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

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

149. *Ibid.*, paragraphe 8.7.

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

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

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

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

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

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

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

