

Quatrième partie

L'appartenance à un certain groupe social (article 1 A 2)

Sommaire

4.1

Caractéristiques protégées et perceptions sociales :
analyse de la signification de l'expression
« appartenance à un certain groupe social » 303

4.2

Relevé des conclusions :
l'appartenance à un certain groupe social 357

4.3

Liste des participants 359

CARACTÉRISTIQUES PROTÉGÉES ET PERCEPTIONS SOCIALES : ANALYSE DE LA SIGNIFICATION DE L'EXPRESSION « APPARTENANCE À UN CERTAIN GROUPE SOCIAL »

T. Alexander ALEINIKOFF *

Table des matières

I.	Introduction	305
II.	Les normes internationales	306
	A. La Convention de 1951 et travaux préparatoires	306
	B. Les Interprétations du HCR	307
	1. Le Guide	307
	2. La position défendue devant les tribunaux	308
	3. Autres orientations	308
III.	La jurisprudence nationale	309
	A. Le Canada	309
	B. L'Australie	312
	C. Le Royaume-Uni	314
	D. Les États-Unis	317
	E. La Nouvelle-Zélande	322
	F. La France	322
	G. L'Allemagne	325
	H. Les Pays-Bas	326

* Ce document a été enrichi par les commentaires judiciaires des personnes ayant pris part aux discussions de la table ronde qui s'est tenue à San Remo (Italie) du 6 au 8 septembre 2001, dans le cadre des Consultations mondiales sur la protection internationale organisées par le HCR.

IV. Les questions d'interprétation	327
A. Considérations générales	327
B. Le rôle de la « persécution » dans la définition d'un certain groupe social	328
C. <i>Ejusdem generis</i>	331
D. Non-discrimination et définition d'un « certain groupe social »	333
E. Groupes sociaux et violations des droits de l'Homme	335
V. Le cœur de l'analyse : les caractéristiques protégées et la perception sociale	336
VI. L'exigence du « lien causal » et les acteurs non étatiques	344
VII. Applications pratiques	347
A. L'orientation sexuelle	348
B. Les demandes fondées sur la famille	348
1. La persécution par un membre de la famille fondée sur l'appartenance de la victime à la famille	348
2. La persécution par un acteur non étatique qui s'en prend aux membres de la famille du demandeur	349
C. Les pratiques coercitives de planning familial chinoises	350
D. Les violences conjugales	352
VIII. Conclusion	354

I. Introduction

Au cours des dernières années, le nombre et la diversité des demandes d'asile fondées sur le motif de « l'appartenance à un certain groupe social » cité dans la *Convention de 1951 relative au statut des réfugiés*¹ ont énormément augmenté. Ces cas ont repoussé les limites du droit des réfugiés et ont soulevé des problèmes tels que les mauvais traitements domestiques², l'homosexualité³, les politiques coercitives de planning familial⁴, les mutilations génitales féminines⁵ et la discrimination envers les personnes handicapées⁶.

Il n'est pas surprenant d'invoquer le motif de l'appartenance à un certain groupe social. Sa portée potentielle en fait un fondement plausible pour les demandes de reconnaissance du statut de réfugié qui ne relèvent pas aisément des autres motifs énumérés à l'article 1 A 2 de la *Convention de 1951*. Ce dernier dispose :

(...) Le terme « réfugié » s'appliquera à toute personne qui (...) craignant avec raison d'être persécutée du fait de sa race, de sa religion, de sa nationalité, de son appartenance à un certain groupe social ou de ses opinions politiques, se trouve hors du pays dont elle a la nationalité et qui ne peut ou, du fait de cette crainte, ne veut se réclamer de la protection de ce pays (...)

En outre, comme les sources habituelles consultées en matière d'interprétation des accords internationaux apportent peu d'éclairage sur la question de l'appartenance à un certain groupe social, les juges ont adopté plusieurs interprétations (souvent contradictoires) des termes de la Convention⁷. Les tribunaux et les instances administratives ont parfois énoncé une norme permettant de résoudre de

1. Nations Unies, *Recueil des Traités*, vol. 189, n° 150.

2. *Islam c. Secretary of State for the Home Department et R. c. Immigration Appeal Tribunal and Secretary of State for the Home Department, ex parte Shah*, Chambre des Lords du Royaume-Uni, [1999] 2 WLR 1015 ; [1999] INLR 144, également réimprimé dans 11 *International Journal of Refugee Law*, 1999, p. 496 (ci-après « *Islam et Shah* »).

3. Voir D. McGhee, « Persecution and Social Group Status : Homosexual Refugees in the 1990s », 14 *Journal of Refugee Studies*, 2001, p. 20.

4. *Applicant A. and Another c. Minister for Immigration and Ethnic Affairs and Another*, Haute Cour d'Australie, (1997) 190 CLR 225 ; 142 ALR 331 (ci-après « *Applicant A.* »).

5. *In Re Kasinga*, US Board of Immigration Appeals (BIA), Décision provisoire No. 3278, 1996, 21 I. & N. Décisions 357 [1996].

6. A. Kanter et K Dadey, « The Right of Asylum for People with Disabilities », 73 *Temple Law review*, 2000, p. 1117.

7. Voir le juge McHugh dans l'affaire *Applicant A.*, *supra* note 4, p. 259 :

Les tribunaux et les juristes ont adopté des points de vue très divergents au sujet de ce qui constitue « l'appartenance à un certain groupe social » au sens de la Convention. Cela n'est pas surprenant. L'expression est vague et le détail de l'historique législatif ainsi que les débats font défaut. Il est non seulement impossible de définir cette expression de manière exhaustive mais il est également inutile de tenter de le faire.

(traduction libre)

manière adéquate le cas qui se présentait devant eux, pour finalement conclure plus tard que la règle devait être modifiée en raison des requêtes ultérieures.

Ce document fournit une analyse détaillée des différentes approches juridiques de l'interprétation de l'expression « appartenance à un certain groupe social » et des questions spécifiques suscitées par la définition du réfugié. Cette analyse est guidée par le principe sous-jacent selon lequel une interprétation raisonnable de l'expression doit prendre en considération les victimes de persécution, sans pour autant étendre la portée de la *Convention de 1951* jusqu'à imposer aux États des obligations auxquelles ils n'ont pas consenti. Dans la recherche de cet équilibre subtil, il faut garder à l'esprit que le droit international des réfugiés entretient des liens étroits avec le droit international relatif aux droits de l'Homme⁸, dans la mesure où les réfugiés sont des personnes dont les droits de l'Homme ont été violés et qui méritent une protection internationale.

Ce document comporte sept sections. Après cette introduction, la section II passe brièvement en revue les travaux préparatoires et les interprétations données par le HCR à l'expression « appartenance à un certain groupe social ». La section III examine en détail la jurisprudence des États, afin de fournir une base de discussion pour les questions spécifiques relatives à la définition de l'appartenance à un certain groupe social. Dans la section IV sont développées les questions d'interprétation qui préoccupent les instances de jugement. L'analyse tirée des parties précédentes ouvre la voie aux discussions présentées dans la section V, qui propose une norme pour juger les affaires invoquant l'appartenance à un certain groupe social comme motif de reconnaissance du statut de réfugié. La section VI examine brièvement une question souvent importante pour les affaires de groupe social : la nécessité d'un soi-disant « lien causal », au sens où la persécution doit être « du fait de » l'un des motifs de la Convention. Dans la partie VII, cette analyse est appliquée à plusieurs demandes invoquant le groupe social. La section de conclusion, résume les principaux points analysés dans le document.

II. Les normes internationales

A. La Convention de 1951 et travaux préparatoires

Il est bien connu que l'expression « appartenance à un certain groupe social » a été ajoutée quasiment à la fin des délibérations portant sur le projet de Convention. Les travaux préparatoires apportent particulièrement peu d'aide aux fins d'interprétation. Seule figure au procès-verbal l'observation du délégué suédois :

8. A comparer avec K. Daley et N. Kelley, « Particular Social Group : A Human Rights Based Approach in Canadian Jurisprudence », 12 *International Journal of Refugee Law*, 2000, p. 48.

« L'expérience a montré que certains réfugiés étaient persécutés parce qu'ils appartenaient à certains groupes sociaux. Le projet de Convention ne prévoit pas ce cas et il conviendrait d'y introduire une disposition destinée à les couvrir »⁹. Par conséquent, les tribunaux et les spécialistes ont, d'une manière générale, cherché des outils d'interprétation dans l'association de cette expression avec les autres motifs de la Convention : la race, la religion, la nationalité et les opinions politiques. Ils ont cherché à identifier les éléments essentiels aux autres motifs (comme l'« aspect immuable » ou « fondamental » du motif) pour adopter ensuite une interprétation de l'appartenance à un certain groupe social cohérente avec l'élément identifié. Bien qu'apportant un principe limitatif, cette stratégie n'est pas imposée par la Convention ou d'autres sources faisant foi ; il se peut que l'expression ait été adoptée pour englober une diversité de groupes dont le besoin de protection était fondé sur des circonstances différentes de celles justifiant l'inclusion en vertu des autres motifs¹⁰.

B. Les Interprétations du HCR

1. Le Guide

Les commentaires relatifs à l'expression « appartenance à un certain groupe social » dans le *Guide*¹¹ du HCR sont d'ordre général et relativement courts, ce qui reflète, sans aucun doute, la nature peu développée des demandes de cette nature au moment de la rédaction du *Guide*. La substance de ces commentaires s'énonce ainsi :

77. Par « un certain groupe social », on entend normalement des personnes appartenant à un groupe ayant la même origine et le même mode de vie ou le même statut social. La crainte d'être persécuté du fait de cette appartenance se confondra souvent en partie avec une crainte d'être persécuté pour d'autres motifs, tels que la race, la religion ou la nationalité.

78. L'appartenance à un certain groupe social peut être à l'origine de persécutions parce que les prises de position politique, les antécédents ou l'activité économique de ses membres, voire l'existence même du groupe social en tant que tel, sont considérés comme un obstacle à la mise en œuvre des politiques gouvernementales.

79. Normalement, la simple appartenance à un certain groupe social ne suffira pas à établir le bien-fondé d'une demande de reconnaissance du statut de réfugié. Il peut cependant y avoir des circonstances particulières où cette simple appartenance suffit pour craindre des persécutions.

9. Assemblée générale des Nations Unies, *Conférence de plénipotentiaires sur le statut des réfugiés et des apatrides, compte-rendu analytique de la troisième séance tenue au Palais des Nations, Genève, le mardi 3 juillet 1951 à 10h30*, UN doc. A/CONF.2/SR.3, 19 novembre 1951, p. 14.

10. Il se peut, par exemple, que les principes étatiques de non-discrimination condamnent les classifications fondées sur la race, la religion, l'âge, le handicap, l'orientation sexuelle et d'autres caractéristiques au motif que ces formes de classifications sont « injustes » — même si l'on ne peut pas identifier d'élément unique commun à tous justifiant la conclusion d'« injustice ».

11. HCR, *Guide des procédures et critères à appliquer pour déterminer le statut de réfugié au regard de la Convention de 1951 et du Protocole de 1967 relatifs au statut des réfugiés* (Genève, 1979, réédition en 1992) (ci-après « *Guide* »).

2. La position défendue devant les tribunaux

Dans ses observations sur les affaires *Islam c. Secretary of State for the Home Department* et *R. c. Immigration Appeal Tribunal and Secretary of State for the Home Department, ex parte Shah*¹², le HCR a plaidé ce qui suit :

La position du HCR est la suivante. Les personnes qui croient en des valeurs et en des normes qui ne sont pas conformes aux coutumes de la société dans laquelle elles vivent, ou qui sont perçues comme telles, peuvent, en principe, constituer un « certain groupe social » au sens de l'article 1 A 2 de la *Convention de 1951*. Ces personnes ne constituent pas toujours « un certain groupe social ». Pour ce faire, les valeurs en question doivent être d'une nature telle que la personne concernée ne doive pas être contrainte d'y renoncer.

[...]

« Un certain groupe social » signifie un groupe de personnes qui partagent une caractéristique qui les distingue de l'ensemble de la société. Cette caractéristique doit être immuable, parce qu'elle est innée ou impossible à changer ou parce qu'il serait injuste d'exiger que la personne la change. Ainsi, lorsque des personnes ont des convictions ou des valeurs telles qu'exiger d'elles d'y renoncer violerait leurs droits fondamentaux, elles peuvent en principe appartenir à un certain groupe social composé de personnes de même sensibilité.

[...]

Il est important de garder à l'esprit que la position du HCR n'implique pas une définition du certain groupe social en référence à la persécution subie. En effet, le HCR partage la conclusion de la Cour d'Appel dans les présentes affaires selon laquelle la persécution seule ne peut pas déterminer un groupe lorsqu'il n'y a rien par ailleurs.

[...]

Ce n'est pas la *réaction* par rapport au comportement de ces personnes qui constitue la pierre de touche définissant le groupe. Toutefois, cette réaction peut fournir des preuves dans un cas donné qu'un certain groupe social existe.

On peut remarquer qu'il existe sans doute une certaine tension, mais pas nécessairement une incohérence, entre les termes du *Guide* et les observations du HCR présentées en appel dans les affaires *Islam* et *Shah*. Le *Guide* n'est pas arrêté quant à l'idée d'une caractéristique immuable ou fondamentale.

3. Autres orientations

Dans sa *Conclusion de 1985 sur les femmes réfugiées et la protection internationale*, le Comité exécutif du HCR a reconnu que :

Les États, dans l'exercice de leur souveraineté, sont libres d'adopter l'interprétation 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 » aux termes de l'article 1 A 2 de la *Convention de 1951*¹³.

12. *Islam* et *Shah*, *supra* note 2 (traduction libre).

13. Comité exécutif, Conclusion No. 39 (XXXVI), 1985, paragraphe k).

III. La jurisprudence nationale

Les débats les plus approfondis au sujet du motif tiré du « groupe social » ont lieu dans les affaires traitées par les juridictions de *common law*. Par conséquent, nous allons accorder la plus grande attention aux décisions rendues au Canada, en Australie, au Royaume-Uni, aux États-Unis et en Nouvelle-Zélande, tout en examinant également brièvement la jurisprudence d'autres pays. Les affaires révèlent plusieurs approches : même au sein de la même juridiction, les juristes adoptent fréquemment des interprétations contradictoires de la *Convention de 1951* et du droit interne. Comme cela sera résumé dans la conclusion de la partie suivante, il est néanmoins possible d'identifier des points de convergence entre les États sur plusieurs questions. Les « principes directeurs » et autres principes d'interprétation proposés ou adoptés par les instances non judiciaires des États concernés seront également examinés dans cette partie.

Les tribunaux des pays de *common law* ont tendance à interpréter et à analyser les décisions rendues dans d'autres États de *common law* jusqu'à un point surprenant. Les tribunaux américains sont une exception dans la mesure où ils invoquent presque exclusivement des affaires internes¹⁴. Les projets de règlements récents élaborés par le Service d'Immigration et de Naturalisation des États-Unis prennent toutefois note des décisions « groupe social » rendues par les tribunaux d'autres pays¹⁵.

A. **Le Canada**

La Cour suprême du Canada a débattu de manière approfondie de la question de l'appartenance à un certain groupe social dans l'affaire *Canada (Procureur général) c. Ward*¹⁶. L'affaire concernait la demande d'un ancien membre de l'Armée de libération nationale irlandaise (INLA) condamné à mort par son organisation pour avoir aidé des otages à s'évader. Ward soutenait qu'il serait persécuté en cas de retour en Irlande du Nord en raison de son appartenance à l'INLA.

La Cour suprême a refusé d'adopter une interprétation du motif de l'appartenance à un certain groupe social qui en ferait un « filet de sécurité destiné à parer à toute lacune possible dans les quatre autres catégories »¹⁷. Comme le juge La Forest

14. Pour un exemple rare où il a été regardé en dehors des frontières des États-Unis, voir la mention par la BIA des affaires *Islam* et *Shah*, *supra* note 2, dans l'affaire *Matter of R.A.*, Décision provisoire de la BIA No. 3403, 11 juin 1999.

15. Voir les projets de règlements du Département de la Justice sur « l'appartenance à un certain groupe social » (65 Fed.Reg.76588-98), 7 décembre 2000, *infra* note 55.

16. [1993] 2 SCR 689 ; (1993) 103 DLR (4th) 1 (ci-après « *Ward* »).

17. La Cour a élaboré cette approche au moyen de la doctrine développée, entre autres, par I. Foighel, « The Legal Status of the Boat-People », 48 *Nordisk Tidsskrift for International Relations*, 1993, p. 217 ; A.C. Helton, « Persecution on Account of Membership of a Social Group as a Basis for Refugee Status », 15 *Columbia Human Rights Law Review*, 1983, p. 39 ; G.S. Goodwin-Gill, *The Refugee in International Law*

l'a expliqué, une interprétation aussi large rendrait les autres motifs de la Convention superflus. Cherchant un principe limitatif, le juge La Forest a estimé que le sens donné à l'expression « appartenance à un certain groupe social » devrait tenir compte « des thèmes sous-jacents généraux de la défense des droits de l'Homme et à la lutte contre la discrimination, qui viennent justifier l'initiative internationale de protection des réfugiés »¹⁸. Par conséquent, il a défini l'appartenance à un certain groupe social comme englobant :

- 1) les groupes définis par une caractéristique innée ou immuable [par exemple, le sexe, les origines linguistiques, l'orientation sexuelle] ;
- 2) les groupes dont les membres s'associent volontairement pour des raisons si essentielles à leur dignité humaine qu'ils ne devraient pas être contraints à renoncer à cette association [par exemple, les défenseurs des droits humains] ; et
- 3) les groupes associés par un ancien statut volontaire immuable en raison de sa permanence historique¹⁹.

En appliquant cette analyse, la Cour a jugé que Ward ne pouvait pas répondre à la définition de la Convention. La persécution qu'il redoutait n'était pas fondée sur son appartenance antérieure à l'INLA et l'INLA ne constituait pas en elle-même « un certain groupe social ». En outre, Ward ne pouvait pas établir le lien causal requis entre un groupe social et une crainte fondée de persécution. Son appartenance à l'INLA « l'a placé dans la situation à l'origine de la crainte qu'il éprouve, mais la crainte elle-même était fondée sur son action, et non sur son affiliation »²⁰.

La norme établie par *Ward* est fréquemment évoquée comme l'approche de « l'immuabilité », mais elle reconnaîtrait manifestement d'autres groupes que ceux dont les membres ont des caractéristiques immuables. La seconde catégorie comprend les associations volontaires basées sur des caractéristiques qui sont essentielles pour la dignité humaine, mais peut-être modifiables. La Cour cite l'exemple des défenseurs des droits de l'Homme. Il est en outre important de remarquer que ce qui est identifié comme la base d'un groupe social dans cette catégorie n'est pas la possession commune d'une caractéristique assumée volontairement et essentielle à la dignité humaine ; c'est plutôt l'association volontaire des membres du groupe à

(1^{re} édition, Clarendon, Oxford, 1983), p. 30 ; M. Graves, « From Definition to Exploration : Social Groups and Political Asylum Eligibility », 26 *San Diego Law Review*, 1989, p. 739. Cela semble être une lecture excessivement large de l'interprétation de Goodwin-Gill. La seconde édition de son ouvrage *The Refugee in International Law* (Clarendon, Oxford, 1996) examine la décision *Ward* aux pages 360-2.

18. Le juge La Forest suit à cet égard l'approche élaborée par les tribunaux américains dans l'affaire *Matter of Acosta* (décrite *infra* note 45) et J.C. Hathaway, *The Law of Refugee Status* (Butterworths, Toronto, 1991).

19. *Ward*, *supra* note 16, (1993) 103 DLR (4th) à 33-4. La Cour fait remarquer que la troisième catégorie est incluse « davantage à cause d'intentions historiques », mais elle se rattache également aux influences anti-discriminatoires, en ce sens que « le passé d'une personne constitue une partie immuable de sa vie ».

20. *Ibid.*, p. 38. Dans une autre partie de la décision, la Cour a conclu que Ward pourrait faire une demande de reconnaissance du statut de réfugié au titre de ses opinions politiques.

laquelle il serait injuste de demander aux membres de renoncer parce que cette *association*, et non la *caractéristique*, est essentielle à leur dignité humaine. En pratique, la différence entre les deux peut sembler minime, parce qu'il est probable que les juges concluront que les personnes ont le droit de s'associer avec d'autres sur la base de caractéristiques essentielles à la dignité humaine. Par exemple, si l'exercice de la liberté de pensée est un droit humain fondamental, alors il ne fait pas de doute que les personnes ne devraient pas être contraintes de renoncer à s'associer avec des personnes de même sensibilité. En d'autres termes, la liberté de pensée va au-delà du droit de penser ce que l'on veut dans l'intimité de son domicile ; elle inclut le droit de s'associer avec d'autres personnes qui partagent les mêmes opinions.

Parce que « l'immutabilité » ne recouvre pas l'ensemble des groupes répondant aux normes définies par *Ward*, cette analyse sera appelée l'approche des « caractéristiques protégées ». Cette terminologie englobe les groupes définis par l'analyse de *Ward* et elle précise également que l'analyse porte avant tout sur les facteurs « internes », ce qui signifie que la définition du groupe sera surtout fondée sur les caractéristiques innées communes à un groupe de personnes, et non sur la façon dont le groupe est perçu dans la société.

Une fois admis que l'analyse de *Ward* s'étend au-delà des caractéristiques immuables, des problèmes conceptuels apparaissent toutefois. Quel est, par exemple, le principe sous-jacent qui unit les catégories identifiées dans *Ward* ? D'aucuns affirment parfois que le concept de « discrimination » est la clé de l'explication. Sur cette base, il est injuste de faire des discriminations envers certains groupes en raison de caractéristiques qu'ils ne peuvent pas modifier, ou qu'ils ne doivent pas être contraints de modifier eu égard aux principes des droits de l'Homme, en présumant à cet égard que contraindre une personne à renoncer à une association volontaire basée sur une caractéristique essentielle à la dignité humaine viole les droits de l'Homme. Si c'est la justification, elle n'explique cependant pas pourquoi les groupes doivent « s'associer volontairement » afin de bénéficier d'une protection. En effet, il semblerait tout aussi injuste de discriminer un groupe de personnes qui constituent un groupe en raison d'une caractéristique commune protégée, que les membres de ce groupe se connaissent ou aient choisi de s'associer ou pas. Un bon exemple pourrait être celui des personnes qui s'opposent à la stérilisation ou à l'avortement forcés. Dans la perspective des droits de l'Homme, des personnes ne devraient pas être soumises de force à ces pratiques, qu'elles aient ou non formé des groupes volontaires. À cet égard, le juge La Forest a suivi la logique de *Ward* en concluant que les requérants chinois s'opposant aux pratiques coercitives de planning familial pourraient constituer un certain groupe social²¹. Mais la raison pour laquelle *Ward* ne va pas aussi loin, et pour laquelle d'autres juristes ont rejeté la conclusion du juge La Forest,

21. Voir *Chan c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration)*, [1995] 3 SCR 593, pp. 642-6. Dans cette affaire, la majorité ne parvient pas à cette conclusion ; des tribunaux appartenant à d'autres juridictions ont rejeté le raisonnement du juge La Forest. Voir la discussion ci-dessous, dans la section intitulée « Groupes sociaux et violations des droits de l'Homme ».

est que cette interprétation risque d'étendre le motif du groupe social à toutes les personnes dont les droits de l'Homme pourraient être violés.

En résumé, la notion d'« association volontaire » pour la deuxième catégorie de *Ward*, semble guidée par l'intention de ne pas faire de la définition du groupe social un filet de sécurité. Le fait d'accepter cette restriction rend cependant difficile la construction d'un principe cohérent sous-tendant toutes les catégories de *Ward*.

B. L'Australie

La décision phare de la Haute Cour d'Australie, *Applicant A. c. Minister for Immigration and Ethnic Affairs*²², concernait des requérant(e)s qui faisaient valoir des craintes de stérilisation forcée en raison de leur refus de la politique chinoise de « l'enfant unique ». La Cour a adopté ce que l'on peut appeler l'approche de « la perception sociale » ou du « sens ordinaire », ce qui signifie que, pour constituer un « certain groupe social », un groupe doit partager une caractéristique commune qui unit les membres du groupe et les distingue du reste de la société. Comme le décrit le juge McHugh, ce qui distingue les membres d'un certain groupe social par rapport à d'autres personnes dans leur pays, « c'est un attribut commun et une perception sociale selon laquelle ils sont à part »²³. Dans le même sens, le juge Dawson a considéré qu'un certain groupe social était « un ensemble de personnes qui partagent une certaine caractéristique ou un certain élément qui les unit et leur permet de se distinguer du reste de la société. Cela signifie que ces personnes doivent non seulement manifester un élément commun mais cet élément doit les unir, faisant de ceux qui le partagent un groupe reconnaissable au sein de leur société »²⁴.

La Haute Cour a précisé que sa norme n'était pas aussi inclusive que l'approche du « filet de sécurité » préconisée par certains spécialistes. L'analyse tirée de l'affaire *Applicant A.*, par exemple, n'engloberait pas les groupes « statistiques » partageant un facteur démographique mais ne s'identifiant pas eux-mêmes comme un groupe ou n'étant pas perçus comme tel par la communauté. Un exemple, tiré de la jurisprudence américaine, est une catégorie alléguée de « jeunes hommes urbains soumis à la conscription forcée et au harcèlement au Salvador »²⁵.

22. Voir *supra* note 4. Les requêtes trouvant leur origine dans les politiques étatiques de planning familial en Chine sont courantes dans d'autres juridictions également, comme cela est décrit plus loin dans le texte accompagnant les notes 162-164 dans la section intitulée « Pratiques coercitives de planning familial chinoises ».

23. *Applicant A.*, (1997) 190 CLR 225, pp. 265-6 (traduction libre). Voir aussi *ibid.*, p. 264 : « L'existence de ce groupe dépend dans la plupart des cas, peut-être dans tous, des perceptions externes du groupe (...) [L'expression certain groupe social] évoque des personnes qui sont définies comme un groupe social distinct en raison d'une caractéristique, d'un attribut, d'une activité, d'une conviction, d'un intérêt ou d'un objectif donné qui les unit » (traduction libre).

24. *Ibid.*, p. 241 (sans note de bas de page) (traduction libre).

25. *Sanchez-Trujillo c. INS*, 801 F 2d 1571 (9th Circuit), 1986.

Un autre principe limitatif identifié par la Haute Cour est que le groupe ne saurait être défini uniquement par la persécution subie ; cela signifie que le « facteur qui unit » ne pourrait pas être « une crainte commune de persécution »²⁶. Cette règle est nécessaire pour éviter toute définition tautologique des groupes. Comme le fait remarquer le juge Dawson : « Il est quelque peu circulaire de penser qu'un certain nombre de personnes peuvent être considérées comme craignant une persécution du fait de leur appartenance à un certain groupe social lorsque ce qui est censé les unir au sein d'un certain groupe social est leur crainte commune de persécution »²⁷. Dans d'autres juridictions, ce principe bien établi est décrit comme exigeant que le groupe social existe « hors de la persécution »²⁸.

L'analyse tirée de *Applicant A.* contraste beaucoup avec le raisonnement de la Cour suprême du Canada dans *Ward*. L'approche de la Haute Cour d'Australie ne se fonde pas sur une analogie avec les principes de non-discrimination ; elle est plus sociologique. Cela signifie qu'elle regarde les facteurs externes, c'est à dire si le groupe est perçu comme distinct dans la société, plutôt que d'identifier une caractéristique protégée définissant le groupe (ou une caractéristique à laquelle les membres du groupe ne devraient pas être contraints de renoncer).

Ces normes se recourent fréquemment. Par exemple, les deux analyses mèneront probablement à la conclusion que les homosexuels et les anciens grands propriétaires terriens dans les États communistes constituent certains groupes sociaux. Un autre exemple peut être tiré d'une affaire plus récente de la Haute Cour, l'affaire *Chen Shi Hai c. Minister for Immigration and Multicultural Affairs*²⁹, dans laquelle le requérant né en Australie était le troisième enfant d'un couple chinois. La Haute Cour a jugé que le *Refugee Review Tribunal* (Tribunal des recours des réfugiés) n'avait pas commis d'erreur en concluant que les enfants dits « enfants noirs », c'est-à-dire les enfants nés en dehors des quotas fixés par les politiques de planning familial, constituaient un certain groupe social en Chine. Cette conclusion se justifie à la fois selon la norme de *Applicant A.* et de *Ward* parce que les « enfants noirs » sont perçus et traités comme un groupe à part en Chine et parce que l'ordre de naissance est immuable³⁰. Dans certains cas, toutefois, les deux normes peuvent conduire à des résultats différents dans les affaires d'appartenance à un certain groupe social. Pre-

26. *Applicant A.*, (1997) 190 CLR 225 à 242, juge Dawson.

27. *Ibid.*, p. 242 (traduction libre).

28. *Islam et Shah*, *supra* note 2, p. 503.

29. *Chen Shi Hai c. Minister for Immigration and Multicultural Affairs*, (2000), 170 ALR 553.

30. La question centrale dans l'affaire *Chen Shi Hai* ne concernait pas la définition du groupe social, mais plutôt la question de savoir si le ciblage des enfants dits « noirs » constituait l'application de lois générales et n'était donc pas source de persécution. La Haute Cour a rejeté ce raisonnement, confirmant le jugement du *Refugee Review Tribunal* (Instance de recours des réfugiés) selon lequel le mauvais traitement infligé aux « enfants noirs » équivalait à une persécution et se fondait sur leur appartenance à un certain groupe social et non sur le non-respect par leurs parents des politiques de planning familial.

nons l'exemple des requêtes émanant d'entrepreneurs privés dans un État socialiste, de riches propriétaires terriens visés par des groupes de guérilla ou de membres d'un syndicat professionnel. Selon les faits propres à la société concernée, ils pourraient tous constituer un groupe social en vertu de l'approche de la perception sociale ; il serait en revanche beaucoup plus difficile de parvenir à cette conclusion en vertu de l'approche des caractéristiques protégées.

Dans l'affaire *Applicant A.*, la Haute Cour n'a pas fait droit à la revendication du demandeur. La caractéristique unissant le groupe social allégué était la revendication par ses membres de leur droit fondamental à ne pas être soumis à la stérilisation forcée et de leur droit à exercer des choix fondamentaux en matière familiale³¹. La majorité de la Cour a néanmoins jugé que le groupe allégué était trop disparate, représentant simplement un ensemble de personnes situées en Chine qui s'opposaient à une politique sociale générale³². Selon le juge Dawson, il n'existait « aucune caractéristique ou aucun attribut *social* unissant les couples, aucun facteur externe leur permettant d'être perçus comme un certain groupe *social* aux fins de la Convention »³³. En outre, le fait de reconnaître une catégorie dont le seul élément commun serait la violation de leurs droits fondamentaux reviendrait à permettre à la persécution de définir la catégorie³⁴.

C. Le Royaume-Uni

La récente décision commune rendue par la Chambre des Lords dans les affaires *Islam et Shah*³⁵ a examiné les demandes de deux femmes pakistanaises mariées soumises à de graves sévices physiques de la part de leurs maris et forcées de quitter leur domicile. Les requérantes affirmaient en outre que l'État serait incapable ou n'aurait pas la volonté d'empêcher d'autres abus en cas de retour au Pakistan³⁶. Cette affaire est d'une importance capitale. La décision énonce des conclusions importantes relatives aux demandes d'asile liées au genre et à la question des acteurs non étatiques. Elle contient aussi des discussions importantes de la jurisprudence d'autres

31. Le groupe pourrait également être décrit sans faire référence aux droits de l'Homme. Voir le juge Brennan dans l'affaire *Applicant A.*, *supra* note 4 : « la caractéristique d'être parent d'un enfant et de ne pas avoir adopté volontairement un moyen contraignant de prévention des naissances distingue les demandeurs en tant que membres d'un groupe social partageant cette caractéristique » (traduction libre).

32. *Applicant A.*, *supra* note 4, (1997) 190 CLR 225 à 247, juge Dawson et 289 à 270, juge McHugh.

33. *Ibid.*, p. 270 (traduction libre).

34. Voir aussi *Minister for Immigration and Multicultural Affairs c. Khawar*, [2000] FCA 1130, 23 août 2000 (applicants *Applicant A.*, *supra* note 4, à une affaire concernant une femme pakistanaise battue par son mari et l'incapacité de l'État à prévenir ou à mettre fin à ces abus ; la notion de « certain groupe social » devant être déterminée « en fonction des perceptions de la société en question »). L'appel contre ce jugement a, par la suite, été rejeté par la Haute Cour : voir *Minister for Immigration and Multicultural Affairs c. Khawar*, [2000] FCA 14, 11 avril 2002.

35. *Islam et Shah*, *supra* note 2.

36. Ce document n'abordera pas la question des « opinions politiques » soulevée dans l'affaire *Islam*.

États. En outre, le raisonnement méticuleux de la Chambre des Lords a retenu l'attention de juges appartenant à d'autres juridictions de *common law*³⁷.

Le conseil des requérantes faisait valoir que le groupe social pertinent dans les présentes affaires devait être défini comme les femmes au Pakistan accusées de transgresser les coutumes et ne bénéficiant pas de la protection de leurs maris ou d'autres parents masculins. Le HCR, en tant qu'intervenant, a proposé une définition — conforme à la conclusion No. 39 du Comité exécutif, citée plus haut — englobant « les personnes qui croient en des valeurs et en des normes qui ne sont pas conformes aux coutumes de la société où elles vivent, ou qui sont perçues comme croyant en ces dernières »³⁸.

La majorité des Lords a conclu que le groupe social pouvait être correctement défini comme les femmes pakistanaises, bien que certains étaient en faveur de la définition plus limitée défendue par les requérantes³⁹. La Chambre des Lords est parvenue à un accord sur certains principes, notamment sur celui désormais largement accepté que le groupe social ne peut pas être défini uniquement par la persécution et que la définition d'un groupe n'est pas remise en cause par le simple fait de montrer que certains membres du groupe peuvent ne pas être menacés. La Chambre des Lords a également rejeté le considérant de la décision de la Cour d'Appel des États-Unis dans l'affaire *Sanchez-Trujillo* (discutée ci-dessous) qui soutenait qu'un groupe social devait faire preuve de « cohésion » afin d'être reconnu en vertu de la Convention. En outre, la majorité de la Chambre des Lords a identifié le principe de non-discrimination comme étant sous-jacent aux cinq motifs mentionnés dans la Convention.

La Chambre des Lords a cependant montré des approches globales divergentes pour définir l'expression « appartenance à un certain groupe social ». Lord Steyn

37. L'affaire a déjà suscité une attention considérable. Voir, par exemple, G.S. Goodwin-Gill, « Judicial Reasoning and « Social Group » after *Islam and Shah* », 11 *International Journal of Refugee Law*, 1999, p. 537 ; M. Vidal, « Membership of a Particular Social Group » and the Effect of *Islam and Shah* », 11 *International Journal of Refugee Law*, 1999, p. 528.

38. Voir la citation dans le texte *supra* note 13. La position du HCR semble courir deux lièvres à la fois, espérant peut-être que l'un d'eux franchira la ligne d'arrivée en premier. La déclaration citée dans le texte ci-dessus est écrite en caractères gras dans les observations et semble énoncer l'approche générale. (Les observations énoncent ailleurs que « la caractéristique distinctive qui définit le groupe consiste en le fait de partager un ensemble de valeurs qui ne sont pas partagées par le reste de la société ou, inversement par la décision commune de se dégager d'un ensemble de valeurs partagé par le reste de la société ».) Par ailleurs, les observations mentionnent positivement et semblent s'appuyer sur le raisonnement développé dans la décision *Acosta* de la BIA américain (discutée ci-dessous dans le texte accompagnant la note 45). Les observations énoncent donc : « La position du HCR est que la caractéristique distinctive pertinente peut consister en tout attribut inné ou immuable, soit parce qu'il est impossible de le modifier soit parce que personne ne devrait être contraint de le faire ». *Ibid.*, p. 16. Bien que ces normes puissent fréquemment se recouper, elles représentent précisément la différence entre *Ward*, *supra* note 16 et *Acosta*, *infra* note 45 d'une part, et *Applicant A.*, *supra* note 4, d'autre part.

39. Lord Steyn, Lord Hoffmann et Lord Hope of Craighead ont voté en faveur de la définition la plus large. Lord Steyn a également souscrit à la définition plus restrictive et a été rejoint par Lord Hutton. *Islam et Shah*, *supra* note 2.

et Lord Hoffmann se sont largement appuyés sur l'analyse des caractéristiques protégées, élaborée par la Cour suprême du Canada dans *Ward* ; Lord Hope of Craighead (opinion de la majorité) et Lord Millett (opinion dissidente) ont employé un langage plus proche de l'approche de la perception sociale défendue par la Haute Cour d'Australie dans *Applicant A*⁴⁰. Il n'a pas été nécessaire de faire de choix entre ces approches — au vu des faits de l'espèce, les femmes au Pakistan répondaient à chacune des analyses — et la majorité de la Chambre des Lords a adopté la définition la plus large de la catégorie (les femmes pakistanaises).

Dans une décision importante postérieure à *Islam et Shah*, l'*Immigration Appeal Tribunal* (IAT, Tribunal d'appel en matière d'immigration) a exposé les « principes essentiels devant régir les affaires fondées sur l'appartenance à un certain groupe social »⁴¹. Le Tribunal a estimé que la Chambre des Lords avait adopté la norme des caractéristiques protégées dans les affaires *Islam et Shah*. Il a donc estimé que le « principe de base » était que la caractéristique assurant l'unité du groupe « devait être une caractéristique immuable ou, pour le dire sommairement, une caractéristique que la personne n'a pas le pouvoir de modifier sauf à renoncer à des droits fondamentaux de l'Homme »⁴². Le IAT a fait référence à l'analyse en trois parties développée dans les affaires *Ward* et *Matter of Acosta* (examinée ci-dessous) : les groupes définis par i) une caractéristique immuable, ii) une association volontaire en vertu de raisons fondamentales pour la dignité humaine, ou iii) un ancien statut volontaire, et il a jugé que les deux dernières catégories ne devaient pas être comprises comme élargissant la première ; car, ce faisant, on ferait une entorse au « besoin sous-jacent de la Convention d'accorder une protection contre la privation discriminatoire de droits fondamentaux de l'Homme ». Elles identifient plutôt des groupes qui s'associent volontairement en raison d'une caractéristique immuable ou que les personnes ne devraient pas être contraintes de modifier⁴³.

40. *Ibid.*, selon Lord Hope of Craighead :

En termes généraux, on peut dire qu'un groupe social existe quand un groupe de personnes possédant une caractéristique particulière est considéré comme un groupe distinct par la société (...). Comme les coutumes et les attitudes sociales varient d'un pays à l'autre, le contexte pour l'investigation à mener est le pays dont la personne est ressortissante. L'expression peut donc inclure certains groupes sociaux qui peuvent être reconnaissables en tant que tels dans un pays mais pas dans d'autres ou qui, dans un pays donné, n'ont jusqu'alors pas été reconnus.

(traduction libre)

41. *Montoya*, Appel No. CC/15806/2000, 27 avril 2001. Le IAT a également cité de nombreuses décisions rendues par d'autres juridictions (traduction libre).

42. *Ibid.*, p. 12 (traduction libre).

43. *Ibid.*, pp. 13-15. En fait, le IAT semble avoir pris l'élément « ne devrait pas avoir à être modifié » appartenant à la catégorie ii) et l'a rattaché à la catégorie i) (immuabilité). Cette évolution doctrinale ne semble pas clarifier les catégories ou l'analyse. Cela souligne cependant l'engagement du IAT en faveur des caractéristiques protégées et son souci que le motif du groupe social ne soit pas interprété de façon excessivement large. Le présent document fait une critique de la position du IAT dans l'affaire *Montoya* dans la partie V ci-dessous.

Les affaires *Islam* et *Shah* sont également importantes pour leur analyse du « lien causal » figurant dans la définition du réfugié en cas de persécution par un acteur non étatique. Cet aspect sera développé plus loin dans la section VI.

D. Les États-Unis

Depuis un certain nombre d'années, deux méthodes d'analyse distinctes coexistent en matière de « groupe social » dans la jurisprudence américaine en raison de la structure administrative particulière du système américain. Les demandes d'asile sont entendues par les agents de l'*Immigration and Naturalization Service* (INS, Service d'immigration et de naturalisation) ; en cas de rejet, elles peuvent être présentées aux juges de l'immigration au cours d'une procédure de renvoi puis faire l'objet d'un appel devant le *Board of Immigration Appeals* (BIA, Commission des recours en matière d'immigration). Les juges et la BIA appartiennent au ministère de la Justice. Les décisions de la BIA peuvent faire l'objet d'un appel devant une *federal circuit Court of Appeals* (Cour d'Appel itinérante fédérale) ; le requérant ou la requérante introduit sa demande dans la circonscription dont son cas dépend. La pratique administrative veut que les décisions des Cours d'Appel lient la BIA uniquement pour les affaires survenant dans cette circonscription. La *Ninth Circuit Court of Appeals* (neuvième Cour d'Appel itinérante, qui couvre la Californie et d'autres États américains de l'Ouest) entend beaucoup plus d'affaires d'asile que les autres circonscriptions ; aussi ses décisions jouent un rôle crucial dans l'évolution du droit de l'asile aux États-Unis.

La BIA et la *Ninth Circuit* ont élaboré des interprétations différentes de la notion d'« appartenance à un certain groupe social ». Les autres Cours d'Appel itinérantes fédérales ont, en grande partie, adopté l'approche de la BIA⁴⁴. Par conséquent, les affaires d'asile présentées devant la *Ninth Circuit* sont jugées en application d'une norme ; les affaires traitées par la BIA et entendues en appel par d'autres Cours d'Appel itinérantes étant jugées en application d'une autre norme.

L'approche adoptée par la BIA, annoncée pour la première fois dans l'affaire *Matter of Acosta*⁴⁵ de 1985, a eu une très grande influence. Elle a été mentionnée positivement et en grande partie suivie dans la décision *Ward* de la Cour suprême du Canada, et elle a également été fréquemment citée dans des affaires présentées devant d'autres juridictions. La BIA a estimé que la notion de « certain groupe social » faisait référence à un « groupe de personnes ayant toutes une caractéristique commune immuable ». Cette caractéristique pourrait être « une caractéristique innée comme le sexe, la couleur ou les liens de parenté » ou « une expérience commune antérieure, comme le fait d'avoir été chef militaire ou propriétaire foncier ». Il est important de noter que la caractéristique commune doit être une caractéristique

44. Voir D. Anker, *Law of Asylum in the United States* (3^e édition, *Refugee Law Center*, Boston, MA, 1999), pp. 382-3.

45. *Matter of Acosta*, Décision provisoire No. 2986, 1985, 19 I.&N. Décisions 211, BIA, 1^{er} mars 1985.

que les membres du groupe ne peuvent pas changer ou ne devraient pas être contraints de changer parce qu'elle est essentielle à leur identité ou à leur conscience individuelle. C'est uniquement dans ce cas que le simple fait d'appartenir à un groupe devient quelque chose de comparable aux quatre autres motifs de persécution énoncés dans la définition du réfugié⁴⁶.

Dans l'affaire *Acosta*, la BIA a procédé par identification d'un élément commun aux quatre autres motifs de la Convention, puis l'a appliqué à l'expression « certain groupe social ». (Cette méthode de raisonnement, censée être une application du principe d'interprétation *ejusdem generis*, a également été adoptée dans des affaires relevant d'autres juridictions⁴⁷. Comme cela est discuté plus loin, il n'est pas évident que l'application de ce principe soit appropriée pour interpréter l'expression « du fait des » motifs au sein de la définition du réfugié). La BIA a identifié cet élément comme étant celui de l'« immuabilité », en se concentrant sans doute sur les aspects de race et de nationalité de la définition de la Convention et en faisant un parallèle avec le droit constitutionnel américain et les principes de non-discrimination. L'accent sur l'« immuabilité » a un intérêt parce que les caractéristiques immuables (comme le sexe et l'origine ethnique) sont souvent à l'origine de traitements injustes et parce qu'il fournit une façon raisonnable de limiter une catégorie potentiellement très large et mal définie. Comme la BIA l'a remarqué, la norme de l'« immuabilité » ne peut cependant pas servir de base pour les motifs de « religion » et d'« opinions politiques » de la Convention ; c'est pourquoi le deuxième aspect de l'analyse a été ajouté (caractéristiques tellement essentielles que personne ne devrait être contraint de les changer).

En appliquant la norme définie dans *Acosta*, les décisions américaines ont reconnu que les groupes sociaux pouvaient être fondés, par exemple, sur le sexe⁴⁸, l'appartenance à une tribu ou à un clan⁴⁹, l'orientation sexuelle⁵⁰, la famille⁵¹ et des expériences antérieures⁵². D'autres requêtes ont été rejetées, telles que celles relatives à des Chinois opposés à des pratiques coercitives de planning familial⁵³ et à des

46. *Ibid.*, pp. 233-4. Il est important de noter que la formulation n'est pas tout à fait la même que celle adoptée par la Cour suprême du Canada dans *Ward*, *supra* note 16, parce qu'elle énonce que la caractéristique, et non l'association volontaire basée sur cette caractéristique, doit être si essentielle qu'on ne saurait contraindre une personne à y renoncer.

47. Voir *Islam et Shah*, *supra* note 2, p. 503 ; *In Re G.J.*, Refugee Status Appeals Authority (RSAA, Instance d'appel des réfugiés) de Nouvelle-Zélande, Appel No. 1312/93, 1 NLR 387, 1995.

48. *Fatin c. INS*, 12 F 3d 1233 (3^e Circuit), 1993.

49. *In Re Kasinga*, *supra* note 5, *In Re H.*, Décision provisoire 3276, 1996.

50. *Matter of Toboso-Alfonso*, 20 I. & N. Décisions 819 (BIA), 1990.

51. *Lwin c. INS*, 144 F 3d 505 à 511-12 (7^e Circuit), 1998 (parents d'étudiants dissidents birmanes) ; *Gebremichael c. INS*, 10 F 3d 28 à 36 (1^{er} Circuit), 1993 ; *Iliev c. INS*, 127 F 3d 638 à 642 et n. 4 (7^e Circuit), 1997.

52. *Matter of Fuentes*, 19 I. & N. Décisions 658 (BIA), 1988, concernant un ancien membre de la police nationale.

53. *Matter of Chang*, 20 I. & N. Décisions 38 (BIA), 1989.

femmes soumises à des sévices sexuels et physiques⁵⁴. (Les normes relatives à cette dernière catégorie évoluent⁵⁵ et nécessitent un examen minutieux dépassant le cadre du présent document). La décision *Acosta* a refusé de reconnaître les membres d'un collectif de chauffeurs de taxi comme un groupe social.

L'analyse du groupe social développée par la *Ninth Circuit Court of Appeals* contraste terriblement avec la norme de la BIA dans *Acosta*. Dans l'affaire *Sanchez-Trujillo c. INS*⁵⁶, qui examinait un groupe social de jeunes hommes urbains appartenant à la classe ouvrière en âge de faire leur service militaire au Salvador, la Cour a déclaré :

L'expression [groupe social] n'englobe pas chaque segment d'une population défini largement même si une certaine division démographique est pertinente au plan statistique. L'expression « certain groupe social » vise plutôt un ensemble de personnes affiliées étroitement les unes aux autres, qui sont guidées par une impulsion ou un intérêt commun. Le point central est l'existence d'un lien d'association volontaire entre les membres supposés, qui révèle une caractéristique commune essentielle à leur identité en tant que membre de ce groupe discret⁵⁷.

Le groupe allégué par le requérant ne répondait pas à cette définition parce qu'il ne constituait pas un « groupe cohérent et homogène ».

Les éléments d'« association volontaire » et de « cohésion » de la définition de *Sanchez-Trujillo* ont sans aucun doute été élaborés, comme la norme des caractéristiques protégées, pour empêcher qu'une notion de groupe social pouvant paraître illimitée, puisse servir de motif pour prétendre au statut de réfugié. Comme la Cour l'a expliqué :

D'importants segments de la population d'une nation assiégée, même s'ils se trouvent sans aucun doute en danger en raison d'une violence politique généralisée, ne constitueront que rarement, voire jamais, un « groupe social » distinct en considération d'une demande de statut de réfugié. Une opinion différente reviendrait à étendre le bénéfice du statut de réfugié à tout étranger déplacé en raison des conditions générales de troubles ou de violences dans son pays d'origine⁵⁸.

54. *In Re R.A. supra* note 14 ; *Gomez c. INS*, 947 F 2d 660 (2^e Circuit), 1991 (rejet d'une demande fondée sur le groupe social où le groupe était défini comme « les femmes qui ont été antérieurement battues et violées par des guérilleros salvadoriens »).

55. Le ministère de la Justice n'a pas encore élaboré une approche cohérente de ces questions. Lors de son dernier jour de travail en janvier 2001, le Procureur général J. Reno a invalidé la décision de la BIA dans l'affaire *In Re R.A., supra* note 14, et a ordonné que la question soit réexaminée une fois que les projets de règlements du ministère de la Justice sur « l'appartenance à un certain groupe social » seraient devenus définitifs. Il est loin d'être clair si ou quand les règles proposées publiées le 7 décembre 2000 (65 Fed. Reg. 76588-98) (voir aussi *supra* note 15) seront promulguées dans leur forme définitive par l'administration Bush. En outre, voir *Aguirre-Cervantez c. INS*, 2001 US App. Lexis 26170 ; 242 F 3d 1169 (9^e Circuit), 2001, donnant droit à une demande déposée par une fille mexicaine ayant subi des sévices sur la base d'un groupe familial défini comme un groupe social. Pour une analyse plus détaillée, voir la section intitulée « Demandes fondées sur la famille » ci-dessous.

56. *Sanchez-Trujillo c. INS, supra* note 25.

57. *Ibid.*, p. 1576 (traduction libre).

58. *Ibid.*, p. 1577 (traduction libre).

L'analyse développée dans *Sanchez-Trujillo* a fait l'objet de critiques virulentes⁵⁹ et a été explicitement rejetée par des tribunaux au Royaume-Uni⁶⁰ et en Australie⁶¹. Elle est certainement en conflit notable avec la norme des caractéristiques protégées⁶² élaborée par la BIA, comme on peut le constater en examinant la manière dont ces approches s'appliquent aux demandes déposées par des homosexuels ou des femmes. Ces caractéristiques sont toutes deux immuables ou tellement essentielles qu'il serait injuste d'exiger d'en changer ; il est cependant peu probable que la catégorie des gays et des lesbiennes ou celle des femmes soit cohérente ou homogène ou qu'elle manifeste une affiliation étroite entre les membres. (Il est intéressant de noter que les deux approches ont été interprétées de manière à couvrir des demandes basées sur un groupe familial.)⁶³

Dans une affaire récente, la *Ninth Circuit* semble avoir reconnu la faiblesse de la norme élaborée par la décision *Sanchez-Trujillo*. Dans l'affaire *Hernandez-Montiel c. INS*⁶⁴, il a été jugé que les « hommes gays mexicains avec des identités sexuelles féminines » constituait un certain groupe social, un groupe répondant à la norme *Acosta* mais difficile à concilier avec la notion de cohésion et d'association de *Sanchez-Trujillo*. La Cour a reconnu qu'elle était la seule circonscription à adopter une exigence de « relation d'association volontaire » et que celle-ci était en conflit avec la règle de la BIA dans *Acosta*. Elle a résolu cette divergence en combinant tout simplement les différentes normes :

Nous soutenons donc qu'un « certain groupe social » est un groupe uni par une association volontaire, y compris une association antérieure, ou par une caractéristique innée qui est tellement essentielle à l'identité ou à la conscience de ses membres que ces derniers ne peuvent pas ou ne devraient pas être contraints de la changer⁶⁵.

Aucune justification théorique n'est donnée pour cette évolution quelque peu remarquable⁶⁶. Cela semble être une façon de renoncer à la norme *Acosta* sans la volonté d'admettre la défaite.

La confusion engendrée par les normes concurrentes et la « solution » *Hernandez-Montiel* semble s'arranger avec les projets de règlements publiés par l'INS en décembre 2000⁶⁷. La règle de l'INS serait la suivante :

59. Voir, par exemple, Anker, *Law of Asylum in the United States*, *supra* note 44, p. 382.

60. *Islam et Shah*, *supra* note 2, pp. 501-2.

61. *Applicant A.*, *supra* note 4, p. 241.

62. Voir *Lwin c. INS*, *supra* note 51.

63. La décision *Sanchez-Trujillo* elle-même, *supra* note 25, déclare que « les membres immédiats d'une certaine famille » constitueraient un « archétype » de groupe social mentionné dans les termes de la Convention : 801 F 2d 1571 à 1576 (traduction libre). Voir aussi *Aguirre-Cervantez c. INS*, *supra* note 55. Pour des cas de « caractéristiques immuables », voir, par exemple, *Lwin c. INS*, *supra* note 51 et *Ananeh-Firempong c. INS*, 766 F 2d 621 à 626 (1^{er} Circuit), 1985.

64. *Hernandez-Montiel c. INS*, 225 F 3d 1084 (9^e Circuit), 2000.

65. *Ibid.*, p. 1093 (traduction libre).

66. Et, comme cela est mentionné plus loin, elle ne réussit toujours pas à élaborer une norme adéquate.

67. Voir *supra* note 55 (traduction libre).

c) Appartenance à un certain groupe social

1) Un certain groupe social est composé de membres qui partagent une caractéristique commune, immuable, telle que le sexe, la couleur, les liens de parenté ou une expérience antérieure, qu'un membre ne peut pas changer ou qui est tellement essentielle à son identité ou à sa conscience qu'il ou elle ne devrait pas être contraint de la changer (...)

(...)

3) Les facteurs qui peuvent être pris en compte, en plus des facteurs requis, (...) et sans être nécessairement déterminants, pour décider si un certain groupe social existe, sont les suivants :

- i) les membres du groupe sont étroitement affiliés entre eux ;
- ii) les membres sont animés par une motivation commune ou un intérêt commun ;
- iii) une relation d'association volontaire existe entre les membres ;
- iv) le groupe est reconnu comme un sous-groupe de la société ou est une partie reconnue de la population dans le pays en question ;
- v) les membres se considèrent eux-mêmes comme membres du groupe ; et
- vi) la société dans laquelle ce groupe existe distingue les membres du groupe en raison du traitement ou du statut différent qui leur est réservé par rapport aux autres membres de la société.

Dans les notes explicatives accompagnant la règle proposée, l'INS déclare que les facteurs identifiés sont issus de décisions administratives et judiciaires qui ont fait « l'objet d'interprétations contradictoires ». La disposition prévue est censée « résoudre ces ambiguïtés en stipulant que, bien que ces facteurs puissent être pertinents dans certains cas, ils ne sont pas impératifs pour qu'un certain groupe social existe »⁶⁸. Celui qui lit attentivement la règle proposée pourrait très bien penser qu'elle a produit davantage d'ambiguïtés qu'elle n'en a résolues. Par exemple, le paragraphe introductif énonce que les membres du groupe doivent partager « une caractéristique commune immuable » qui ne peut pas être changée ou qui est tellement essentielle qu'il ou elle ne devrait pas être contraint(e) de la changer. Pourtant, si la caractéristique doit être immuable, pourquoi ajouter qu'une personne ne devrait pas être contrainte de la changer ? Et quel est, par exemple, le but de l'énumération d'autres facteurs pouvant être consultés si les éléments d'« immuabilité » sont requis ? La formulation de l'INS cherche à être inclusive et réactive mais elle peut s'avérer finalement de peu d'utilité pour les juges.

Jusqu'ici, nous avons examiné deux approches différentes, employées expressément dans la jurisprudence des tribunaux américains. Il existe cependant une troisième approche à laquelle il est fait allusion dans certaines sources sans reconnaître généralement qu'il s'agit d'une analyse différente⁶⁹. Par exemple, dans l'affaire *Gomez c. INS*, la *Second Circuit Court of Appeals*, après avoir cité les termes habituels de *Sanchez-Trujillo*, poursuit en disant : « Un certain groupe social est composé de personnes qui ont en commun une caractéristique essentielle qui sert à les distin-

68. 65 Fed. Reg. A 76594 (traduction libre).

69. Voir M. Fullerton, « A Comparative Look at Refugee Status Based on Persecution Due to Membership of a Particular Social Group », 26 *Cornell International Law Journal*, 1993, pp. 505 et 560.

guer aux yeux du persécuteur — ou aux yeux du monde extérieur en général »⁷⁰. Les règles proposées par l'INS, citées ci-dessus, énoncent également que des facteurs externes peuvent jouer un rôle dans la définition d'un groupe social⁷¹. Cette troisième approche trace une voie entre la norme de l'association volontaire et celle des caractéristiques protégées qui ont dominé la jurisprudence des États-Unis. Elle va dans le sens de l'approche « sociologique » de l'affaire *Applicant A*.

E. La Nouvelle-Zélande

Le concept d'appartenance à un certain groupe social a été développé dans la jurisprudence de Nouvelle-Zélande en grande partie à travers l'analyse minutieuse et exhaustive de Rodger Haines, Président de la *Refugee Status Appeals Authority* (RSAA, Instance d'appel des réfugiés). Les affaires néo-zélandaises suivent de manière générale l'approche des caractéristiques protégées de *Ward/Acosta* et accordent une grande importance aux principes de non-discrimination de la Convention⁷². En appliquant cette analyse, la RSAA a reconnu des groupes sur la base de l'orientation sexuelle⁷³ et du genre⁷⁴. La RSAA a estimé qu'une analyse portant sur les perceptions sociales externes serait trop globale. Dans l'affaire *Re G.J.*, elle a déclaré :

La difficulté de l'approche de « l'observateur objectif » est que cela étend la catégorie du groupe social jusqu'à un degré qui le vide quasiment de son sens. En rendant les attitudes sociétales déterminantes pour l'existence du groupe social, tout groupe de personnes dans une société, perçu en tant que groupe, pourrait virtuellement être considéré comme un certain groupe social⁷⁵.

F. La France

La jurisprudence française ne comporte pas d'analyses détaillées de l'appartenance à un certain groupe social. Un certain nombre de décisions rendues par les

70. *Gomez c. INS*, *supra* note 54, 947 F 2d 660 à 664. Cette approche « externaliste » est mentionnée, mais sans lui accorder beaucoup de poids, dans une note de bas de page de l'affaire *Sanchez-Trujillo*, *supra* note 25 : « Nous ne voulons pas dire que la perception par le persécuteur d'une partie d'une société comme un « groupe social » sera toujours sans intérêt pour l'analyse. Mais une telle caractérisation externe ne serait pas non plus déterminante ». (traduction libre) 801 F 2d 1571 à 1576 n. 7.

71. Voir le sous-paragraphe iv) : « Le groupe est reconnu comme un sous-groupe de la société ou est une partie reconnue de la population dans le pays en question » et le sous-paragraphe vi) « la société dans laquelle ce groupe existe distingue les membres du groupe en raison du traitement ou du statut différent qui leur est réservé par rapport aux autres membres de la société ». Ces éléments sont censés être tirés de la décision de la BIA dans *In Re R.A.*, *supra* note 14, dans laquelle la BIA a estimé qu'il était significatif que le requérant n'ait pas montré que le groupe allégué « est un groupe qui est reconnu et compris comme une partie de la société ou qui est une partie reconnue de la population », *ibid.*, p. 15. Voir 65 Fed. Reg. A 76594. (traduction libre)

72. Voir *Re G.J.*, *supra* note 47.

73. *Ibid.*

74. *Re M.N.*, Refugee Appeal No. 2039/93, 1996 ; Refugee Appeal No. 71427/99, 2000, ce dernier étant disponible sur <http://www.refugeecaselaw.org/Refugee/guidelines2001.htm>.

75. *Re G.J.*, *supra* note 47, p. 24 (traduction libre).

autorités françaises ont néanmoins accueilli des demandes fondées sur le groupe social et, d'une manière générale, cela aboutit aux mêmes résultats que dans les décisions des pays de *common law*. Ainsi, des décisions rendues au milieu des années 80 ont accordé le statut de réfugié à des demandeurs d'asile cambodgiens craignant des persécutions de la part des Khmers rouges du fait de leur appartenance à la bourgeoisie commerçante et de leurs origines sociales⁷⁶.

Plus récemment, la Commission des recours des réfugiés (CRR) a affirmé que des femmes, dans certaines circonstances, pouvaient constituer un certain groupe social. Elle a ainsi jugé en 1991 que des femmes refusant de se soumettre à des mutilations génitales pouvaient être fondées à obtenir le statut de réfugié, bien que dans le cas précis le statut de réfugié ait été refusé parce que la requérante n'avait pas établi qu'elle était personnellement menacée⁷⁷. Dans une affaire concernant une femme algérienne, de retour en Algérie après avoir vécu longtemps à l'étranger, la CRR a estimé que les femmes qui contestaient une législation discriminatoire d'application générale ne constituaient pas, pour cette seule raison, un groupe social particulier. Toutefois, dans les circonstances propres à l'espèce, la requérante avait établi que les autorités avaient toléré volontairement les menaces de la part d'éléments islamistes qui tentaient de la contraindre à adopter un mode de vie traditionnel, aussi la CRR lui a reconnu le statut de réfugié⁷⁸.

Les juges français ont également eu à examiner des demandes déposées par des requérants chinois fondées sur leur crainte d'avortement ou de stérilisation forcés. Ces décisions ont abouti aux mêmes résultats que les décisions rendues par d'autres juridictions qui ont estimé que les personnes qui contestent des politiques publiques d'application générale ne constituaient pas un groupe social particulier⁷⁹.

Un tournant a été marqué par l'affaire *Ourbih*, qui a considéré que les transsexuels pouvaient constituer un groupe social particulier. Bien que la décision n'analyse pas la question en détail, le Conseil d'État a employé des termes suggérant une approche sous-jacente. En 1997, il a annulé la décision de la CRR rejetant la demande d'*Ourbih*, un transsexuel algérien, estimant que la Commission n'avait pas correctement examiné les éléments qui lui étaient soumis permettant de regarder les transsexuels comme constituant un groupe social en Algérie « en raison des caractéristiques communes qui les définissent aux yeux des autorités et de la société »⁸⁰. Après avoir réexaminé l'affaire, la CRR a jugé que les transsexuels en Algérie pouvaient constituer un certain groupe social, en raison des caractéristiques qui leur sont propres, qui les distinguent du reste de la société et les

76. Association internationale des juges du droit des réfugiés, *Rapport provisoire sur l'appartenance à un certain groupe social*, Annexe I (« jurisprudence française »), octobre 1998, disponible sur <http://www.refugee.org.nz/Iarlfrench.htm>.

77. *Aminata Diop*, CRR, Décision No. 164078, 18 septembre 1991.

78. *Elkebir*, CRR, Sections réunies (SR), Décision No. 237939, 22 juillet 1994.

79. *Zhang*, CRR, SR, Décision No. 228044, 8 juin 1993 ; *Wu*, CRR, SR, Décision No. 218361, 19 avril 1994.

80. *Ourbih*, Conseil d'État, SSR, Décision No. 171858, 23 juin 1997.

exposent à des persécutions délibérément tolérées par les autorités en Algérie⁸¹. Le résultat est comparable à celui de la décision *Hernandez-Montiel* aux États-Unis⁸², bien que la décision *Ourbih* aille sans doute plus loin, si elle entend permettre à l'élément de persécution de contribuer à la définition du groupe social. En effet, dans la plupart de ces affaires (à l'exception des affaires de politique coercitive de planning familial en Chine), le fait qu'un requérant puisse établir un risque de persécution spécifique semble constituer un facteur plus important que la définition d'un certain groupe social⁸³.

Depuis la décision *Ourbih*, les homosexuels ont également été reconnus réfugiés dans plusieurs cas, notamment dans des cas de demandeurs d'asile provenant de pays où l'homosexualité avait été dépénalisée⁸⁴. Dans toutes ces affaires, l'appartenance à un certain groupe social n'est que rarement spécifiée comme étant le motif de reconnaissance, bien que ce soit le seul motif possible pour ce faire. Au-delà des cas relatifs à l'orientation sexuelle, la CRR a également reconnu une femme afghane au motif que, en tant que femme, elle était exposée à de graves discriminations de la part des Talibans en raison de son mode de vie, de sa volonté de poursuivre des études et de son refus de pratiquer la religion⁸⁵.

Le premier cas de demande d'asile en France concernant des mutilations génitales féminines a été reconnu en mars 2001, bien que le motif du groupe social n'ait pas été explicitement mentionné⁸⁶. Plus récemment, fin 2001, la CRR a accordé le statut de réfugié à une femme somalienne et à un couple malien qui ne souhaitent pas que leurs filles soient soumises à des mutilations génitales. Dans le premier cas, la CRR a estimé que les femmes en Somalie qui refusent de soumettre leurs filles à des mutilations génitales sont exposées tant à l'infibulation forcée de leurs filles qu'à des persécutions, pratiquées avec l'assentiment général de la population et de l'ensemble des groupes qui dominent la vie du pays, sans pouvoir se réclamer de la protection d'une autorité publique légalement constituée. La CRR a également considéré qu'il existait un risque particulier de persécution du fait que la femme

81. *Ourbih*, CRR, SR, Décision No. 269875, 15 mai 1998.

82. Voir *supra* note 64.

83. Cf. T.A. Aleinikoff, « The Meaning of 'Persecution' in the US Asylum Law », 3 *International Journal of Refugee Law*, 1991, p. 5, qui suggère qu'une fois le risque de préjudice établi, les juges devraient être indulgents dans l'examen des motifs de la Convention.

84. *Djellal*, CRR, SR, Décision No. 328310, 12 mai 1999 (demandeur d'asile algérien) ; *Elnov et Tsyouchkine*, CRR, Décisions Nos. 318610 et 318611, 23 juillet 1999 (deux demandeurs d'asile du Kazakhstan) ; *Aourai*, CRR, Décision No. 343157, 22 février 2000 (demandeur d'asile algérien) ; *Albu*, CRR, Décision No. 347330, 3 avril 2000 (demandeur d'asile roumain) ; *Mahmoudi Gharehjah Daghi*, CRR, Décision No. 330627, 4 octobre 2000 (demandeur d'asile iranien) ; *Kulik*, CRR, Décision No. 367645, 29 juin 2001 (demandeur d'asile ukrainien).

85. *Berang*, CRR, Décision No. 334606, 6 mai 1999. Des exemples similaires concernent des femmes algériennes ayant obtenu le statut de réfugié en raison de leur mode de vie occidental (*Mme Benedir*, CRR, Décision No. 364663, 18 avril 2001 ; *Mme Krouar*, CRR, Décision No. 364839, 2 mai 2001 ; *Mlle Benarbia*, CRR, Décision No. 364301, 1^{er} juin 2001).

86. *Mlle Kinda*, CRR, Décision No. 366892, 19 mars 2001.

était veuve et que sa fille aînée était morte peu après avoir été infibulée de force⁸⁷. En ce qui concerne le couple de Maliens, ils ont tous deux été considérés comme membres d'un groupe social au sens de la *Convention de 1951* et comme craignant avec raison d'être exposés à des persécutions volontairement tolérées par les autorités publiques de leur pays d'origine⁸⁸.

G. L'Allemagne

Fullerton décrit un certain nombre de décisions allemandes rendues par des tribunaux de premier degré. Elle identifie deux analyses différentes dans son étude de 1990 portant sur la jurisprudence allemande⁸⁹. Certains tribunaux ont recherché l'homogénéité parmi les membres du groupe et une certaine sorte de structure interne au groupe ; d'autres ont examiné la question de savoir si le groupe allégué était perçu comme un groupe par la population en général et, le cas échéant, s'il était perçu en termes très négatifs.

Plus récemment, le juge Tiedemann, de la Cour administrative de Francfort, a déclaré que la jurisprudence allemande continuait à être « très rare »⁹⁰. La majorité des tribunaux administratifs de degré inférieur suivent le jugement du *Bundesverwaltungsgericht* (Tribunal administratif fédéral) selon lequel une « persécution politique » est requise pour être reconnu réfugié au sens de l'article 16a de la Loi fondamentale (Constitution allemande) ou de l'article 51 de la loi sur les étrangers (qui transpose les termes de la définition du réfugié de la *Convention de 1951* en droit allemand)⁹¹. De façon similaire, dans un jugement antérieur du Tribunal administratif fédéral concernant un homosexuel iranien, la Cour a fait remarquer que la Cour d'appel avait estimé que l'homosexualité du requérant était essentielle à sa vie affective et sexuelle et qu'on ne pouvait pas s'attendre à ce qu'il y renonce, comme un acte personnel de volonté. Cette analyse s'apparente à l'approche « des caractéristiques protégées » développée par certaines juridictions de *common law* dans des affaires concernant l'appartenance à un certain groupe social. Néanmoins, la Cour a conclu que le requérant pouvait bénéficier de l'asile en raison de la probabilité d'une persécution politique⁹².

87. CRR, SR, Décision No. 369776, 7 décembre 2001 (l'affaire n'a pas de nom car la requérante a demandé à être entendue à huis clos).

88. *M. et Mme Sissoko*, CRR, SR, Décisions Nos. 361050 et 373077, 7 décembre 2001.

89. Voir *supra* note 69.

90. P. Tiedemann, « Protection Against Persecution Because of 'Membership of a Particular Social Group' in German Law », in *The Changing Nature of Persecution* (Association internationale des juges du droit des réfugiés, 4^e Conférence, Berne, Suisse, octobre 2000), pp. 340-50, disponible sur <http://www.iarjlj.nl/swiss/en/nature.pdf/tiedemann.pdf>.

91. Tribunal administratif fédéral allemand, jugement du 18 janvier 1994, 9C 48.92, 95 BVerwGE 42.

92. Tribunal administratif fédéral allemand, jugement du 15 mars 1988, 9C 278.86, 79 BVerwGE 143. Un jugement plus similaire à d'autres cas concernant l'homosexualité a été rendu par le Tribunal administratif de Wiesbaden en 1983, Affaire No. IV/1 E 06244/81, 26 avril 1983. Dans cette affaire, le Tribunal a estimé que les homosexuels en Iran constituaient un groupe social en se basant sur le fait qu'un observateur objectif en Iran reconnaîtrait que les homosexuels sont perçus et traités comme appartenant à un groupe social particulier.

Du fait de la nécessité de prouver une persécution politique, il existe une tendance à intégrer les demandes dans un autre motif de la Convention. Lorsque la notion de certain groupe social a été invoquée par les tribunaux, c'est plutôt en évitant de procéder à une analyse approfondie. Les groupes sociaux particuliers reconnus par les tribunaux incluent néanmoins les femmes iraniennes ne souhaitant pas respecter le code vestimentaire islamique⁹³ et les femmes afghanes célibataires⁹⁴. Certains tribunaux administratifs ont également reconnu le statut de réfugié dans des affaires de mutilations génitales féminines mais en se fondant sur le motif de persécution politique ou sans spécifier le motif de la Convention⁹⁵.

H. Les Pays-Bas

Les décisions rendues aux Pays-Bas ont examiné de nombreux types de demandes fondées sur le groupe social qui ont été jugées dans d'autres États, y compris celles fondées sur le genre, l'homosexualité et les politiques coercitives de planning familial en Chine⁹⁶. Comme l'énonce Thomas Spijkerboer dans une étude phare du droit des réfugiés aux Pays-Bas :

Dans la pratique juridique néerlandaise, la question de savoir lequel des cinq motifs de persécution est lié à la persécution (redoutée) est quasiment considérée comme sans importance. En revanche, la question de savoir si la persécution est clairement discriminatoire, et pas seulement le fait du hasard, est essentielle. Une fois que la nature discriminatoire de la persécution est établie, la rubrique particulière dans laquelle elle entre est « d'une importance moindre ». Sans trop faire de bruit, les persécutions du fait de l'orientation sexuelle, du fait de la nationalité ou de la religion du conjoint, du fait de l'origine familiale et du fait de la transgression de la politique chinoise de l'enfant unique, sont entrées dans le concept de réfugié. C'est seulement dans la décision relative à l'orientation sexuelle que le motif de persécution a été effectivement spécifié (« une interprétation raisonnable de la persécution du fait de l'appartenance à un certain groupe social peut inclure des persécutions d'ordre sexuel »)⁹⁷.

Comme pour les demandes fondées sur le genre, les affaires néerlandaises ont reconnu les demandes déposées par des femmes persécutées du fait des agissements

93. Haute Cour administrative de Hesse, Décision du 14 novembre 1988, 13 TH 1094/87, InfAuslR 1998, 17.

94. Tribunal administratif de Francfort, Décision du 23 octobre 1996, 5 E 33532/94.A(3), NVwZ-Beilage 6/1997, p. 46.

95. Voir Tiedemann, *supra* note 90, pp. 342-3 ; T. Spijkerboer, *Gender and Refugee Status* (Ashgate, Aldershot, UK, 2000), pp. 118-19.

96. Dans une affaire de politique coercitive de planning familial, le Conseil d'État néerlandais a fait sien la position du HCR reconnaissant que les politiques familiales ne constituent pas, en elles-mêmes, une persécution, mais que leur mise en œuvre peut engendrer une persécution. En l'espèce, le Conseil d'État a rejeté la demande d'asile par manque de preuves que le requérant (un homme) serait visé à son retour en Chine. *Afdeling Bestuursrechtspraak van de Raad van Staat* (Section du droit administratif du Conseil d'État), 7 novembre 1996, RV 1996, 6 GV 18d-21 (Chine).

97. Spijkerboer, *Gender and Refugee Status*, *supra* note 95, p. 115 (sans notes de bas de page) (traduction libre). Spijkerboer note en outre, au sujet de demandes déposées par des femmes s'étant opposées aux coutumes prévalant dans leur société, qu'« une décision néerlandaise antérieure concernant une femme iranienne, expulsée de l'université en raison de son comportement inapproprié, a conclu que,

de membres de la famille masculins, mais sans spécifier le motif de la Convention⁹⁸. Spijkerboer signale que les cas concernant des femmes exposées à des sévices sexuels qui invoquent l'appartenance à un certain groupe social sont rares⁹⁹. Une « Consigne de travail » relative aux « Femmes dans la procédure d'asile », publiée par le Service d'immigration et de naturalisation des Pays-Bas énonce que, dans les affaires soulevant des questions de genre, « il faut tout d'abord prendre en considération la persécution du fait des opinions politiques » (y compris les opinions politiques imputées). En outre, cette consigne déclare spécifiquement :

Le sexe ne peut pas être le seul motif pour déterminer l'appartenance à un « certain groupe social ». *Les femmes en général* forment un groupe trop divers pour constituer un certain groupe social. Afin d'établir l'appartenance à un certain groupe social, il faut se trouver dans une situation exceptionnelle par rapport à ceux dont la situation est similaire. De plus, les personnes doivent être personnellement visées¹⁰⁰.

En résumé, bien que les affaires aboutissent à des *résultats* conformes à ceux des affaires de groupe social traitées dans d'autres juridictions, l'analyse théorique et doctrinale de ce motif de la Convention demeure peu développée dans la jurisprudence néerlandaise.

IV. Les questions d'interprétation

A. Considérations générales

Malgré la variété des approches décrites ci-dessus, un certain degré de convergence existe au sein des instances de jugement sur plusieurs principes d'interprétation. La principale préoccupation exprimée est qu'un principe restrictif soit identifié pour veiller à ce que le motif du groupe social n'englobe pas toutes les demandes. Plusieurs raisons s'opposent à une interprétation excessivement large. Premièrement, il est rappelé que l'objectif de la Convention n'était pas d'offrir une protection à toutes les victimes de persécution, mais seulement à celles relevant de l'un des cinq motifs de la Convention. Ainsi, interpréter le motif du groupe social comme incluant tous les autres groupes de personnes fuyant au-delà des frontières ou subissant des violations des droits de l'Homme serait en contradiction avec la structure de la Convention. Deuxièmement, la logique juridique dicte de ne pas interpréter le groupe social trop largement au risque de rendre les autres motifs de la Convention super-

en l'absence de jurisprudence du Conseil d'État faisant autorité, les femmes pouvaient être considérées comme 'une catégorie soumise à la persécution pertinente' ». Plus récemment, aux Pays-Bas, le groupe social semble cependant avoir cédé la place aux opinions politiques ou à la religion comme motifs de persécution dans les affaires de coutumes : *ibid.*, p. 117 (sans notes de bas de page).

98. *Ibid.*, p. 121.

99. *Ibid.*, p. 121.

100. Service d'Immigration et de Naturalisation des Pays-Bas, Consigne de travail No. 148, réimprimée dans Spijkerboer, *Gender and Refugee Status*, *supra* note 95, p. 231 (traduction libre).

flus. Troisièmement, certains avancent qu'une définition trop large du groupe social romprait l'équilibre entre la protection et les quelques obligations des États implicites dans la Convention¹⁰¹.

À un niveau plus particulier, les instances de jugement ont, pour la plupart, rejeté le critère de « cohésion » de *Sanchez-Trujillo*¹⁰². En effet, par sa récente décision dans l'affaire *Hernandez-Montiel*, la *Ninth Circuit* s'est elle-même écartée de la « cohésion » comme critère central de l'existence d'un « certain groupe social ».

Sur le fond, divers « groupes sociaux » ont été reconnus par de nombreuses instances. Les cas émanant de nombreux pays et reconnaissant les homosexuels¹⁰³ et les femmes¹⁰⁴ comme éligibles au statut de réfugié sont particulièrement importants. Comme indiqué dans la partie VI ci-dessous, la catégorie liée au genre a suscité certaines des questions d'interprétation les plus difficiles pour les juges nationaux, en particulier pour l'établissement du « lien causal » entre la persécution redoutée et l'appartenance à un groupe social.

B. Le rôle de la « persécution » dans la définition d'un certain groupe social

La jurisprudence affirme fréquemment que le groupe social doit exister indépendamment de la persécution imposée aux membres du groupe. Comme l'explique le juge Dawson dans *Applicant A.* :

La caractéristique ou l'élément qui unit le groupe ne peut pas être une crainte commune de persécution. Il est quelque peu circulaire de penser qu'un certain nombre de personnes peuvent être considérées comme craignant une persécution du fait de leur appartenance à un certain groupe social lorsque ce qui est censé unir ces personnes au sein d'un certain groupe social est leur crainte commune de persécution¹⁰⁵.

Ce point de vue semble éminemment sensé, mais il peut également être mal appliqué. C'est le cas, par exemple, dans les affaires résultant de la mise en œuvre de

101. La définition probablement la plus large du « groupe social » a été proposée par A.C. Helton. Selon lui, relèvent du champ de la Convention, les « groupes statistiques » qui sont victimes de discrimination (comme les personnes souffrant d'anémie à hématies falciformes), les groupes sociétaux (personnes partageant des caractéristiques innées essentielles telles que la race et le genre), les groupes sociaux (groupes volontaires qui interagissent socialement, comme des amis, des voisins, des spectateurs) et les groupes associatifs (groupes de personnes qui poursuivent volontairement un objectif ou un intérêt commun, comme les syndicats et les universités). Reconnaisant l'étendue de la définition, Helton prétend que c'est la « seule interprétation raisonnable » parce qu'il « est profondément irrationnel de faire des distinctions entre les types de persécution arbitraires et fantasques qu'un régime oppressif peut imposer ». Helton, *Persecution on Account of Membership of a Social Group*, *supra* note 17, pp. 39 et 59.

102. Voir Lord Hoffmann dans *Islam et Shah*, *supra* note 2, pp. 502-3 ; *Ward*, *supra* note 16 ; *Applicant A.*, *supra* note 4, p. 241.

103. La jurisprudence est résumée dans *Re GJ.*, *supra* note 47.

104. Voir, par exemple, *Islam et Shah*, *supra* note 2.

105. Voir *Applicant A.*, *supra* note 4, p. 341 (traduction libre).

lois pénales et des règlements d'application générale. Prenons l'exemple courant du demandeur qui allègue que l'application des politiques coercitives chinoises de planning familial constitue une persécution sur la base du groupe social. On dit parfois qu'on ne peut faire droit à ces demandes parce que cela permettrait à la persécution de définir le groupe social¹⁰⁶. Sur ce point, voici encore le raisonnement du juge Dawson :

La raison pour laquelle les demandeurs craignent une persécution ne provient pas de leur appartenance à un groupe quelconque, dans la mesure où il n'est pas établi que le fait d'être les parents d'un enfant unique et de ne pas accepter les restrictions imposées par la politique gouvernementale est une caractéristique qui, parce qu'elle est partagée avec d'autres, unit un ensemble de personnes et les distingue du reste de la société. Il n'est pas exact de dire que le gouvernement lui-même perçoit ces personnes comme un groupe et les persécute parce qu'elles appartiennent à ce groupe. La persécution provient plutôt de la mise en œuvre d'une politique d'application générale. La persécution redoutée par les demandeurs résulte du fait que, par leurs actes, ils se sont eux-mêmes placés dans son champ d'application¹⁰⁷.

Il se peut que la demande dans *Applicant A.* ait échoué en raison d'un manque de preuves que ceux qui avaient violé les politiques de planning familial constituaient un groupe « à part » de la société. Cependant les mots précis employés par le juge Dawson ne doivent pas être considérés comme signifiant que ceux qui s'opposent à une politique étatique d'application générale chercheront toujours à définir un groupe social sur la seule base de la persécution qu'ils risquent de subir.

Les affaires concernant des femmes victimes de violence conjugale fournissent un autre exemple dans lequel la définition du groupe social a été particulièrement difficile. Les avocats ont proposé un certain nombre d'approches pour définir le groupe social concerné, y compris « les femmes », « les femmes battues » et « les femmes battues auxquelles l'État n'accordera pas de protection ». Diverses préoccupations placent la requérante d'asile dans un dilemme. Si le groupe est défini trop largement, les juges peuvent conclure que peu de membres du groupe risquent d'être exposés à la persécution et que, par conséquent, le groupe, en fait, ne se distingue pas de la société. Si, à l'inverse, le groupe est défini de manière trop étroite, il sera probablement perçu comme défini uniquement pour les besoins de la cause et non parce qu'il reflète un groupe reconnaissable dans l'ensemble de la société. Lord Millett, dans son opinion dissidente dans l'affaire *Islam et Shah*, a invoqué le dernier motif pour rejeter la catégorie alléguée (« les femmes au Pakistan qui ont été ou qui risquent d'être poursuivies pour adultère ou d'autres conduites transgressant les coutumes et qui ne sont pas protégées par leur mari ou d'autres membres de la famille de sexe masculin »). Il a estimé :

Que le groupe social soit considéré comme étant celui que les requérantes allèguent (...) ou le groupe plus large des femmes pakistanaises qui sont perçues comme ayant transgressé les coutumes, le résultat est le même. Il n'existe aucun groupe social reconnaissable indépendamment

106. Un autre motif fréquent de rejet de ces demandes est que la mise en œuvre de ces politiques n'est pas en soi constitutive de persécution. Voir *Matter of Chang*, *supra* note 53.

107. *Applicant A.*, *supra* note 4, p. 243 (traduction libre).

de la situation sociale sur laquelle la persécution est fondée. Le groupe social identifié par les requérantes est défini par la persécution, ou plus exactement (mais de manière aussi irrémédiable) par la discrimination à la base de la persécution. Il est fait appel à cette construction artificielle pour les besoins de la cause¹⁰⁸.

On peut être d'accord avec Lord Millett sans pour autant rejeter la demande, si le groupe social approprié est défini comme étant « les femmes pakistanaises », bien que Lord Millett ait également rejeté cette définition parce qu'il estimait qu'il n'y avait pas suffisamment de preuves pour montrer que les requérantes étaient persécutées pour ce motif. Avec tout le respect dû à cette interprétation, il est difficile de concevoir comment la catégorie des « femmes pakistanaises ayant transgressé les coutumes » est définie par la persécution subie. Ce groupe peut être considéré comme un groupe paria au Pakistan, qui n'est pas identifié par la persécution subie mais qui est plutôt persécuté en raison de son comportement.

En outre, le fait de dire que le groupe doit exister hors de la persécution ne signifie pas que la persécution ne peut pas aider à définir un groupe, en donnant aux personnes exposées aux mauvais traitements un sens d'« appartenance à un groupe » et en créant la perception sociétale que le groupe est distinct. Le juge McHugh l'exprime de la façon suivante :

Alors qu'un comportement de persécution ne peut définir un groupe social, les actions de ceux qui persécutent peuvent permettre d'identifier ou même de susciter l'émergence d'un certain groupe social dans la société. Les gauchers ne constituent pas un groupe social particulier. Mais s'ils étaient persécutés parce qu'ils étaient gauchers, ils deviendraient sans aucun doute rapidement identifiables au sein de leur société comme un certain groupe social. La persécution liée au fait d'être gaucher créerait la perception publique que les gauchers constituent un certain groupe social. Mais ce serait l'attribut de gaucher qui les identifierait en tant que certain groupe social et non le fait d'être persécutés¹⁰⁹.

En suivant ce raisonnement, il semblerait que la demande d'un ou d'une requérant(e) d'asile pourrait être accueillie si elle ou il pouvait démontrer que les personnes faisant valoir les droits de l'Homme en question étaient, en fait, perçues par l'ensemble de la société comme un groupe distinct¹¹⁰.

Il est important de noter qu'il ne doit pas être exigé du ou de la requérant(e) d'asile qu'il ou elle prouve que chaque membre du certain groupe social a une

108. *Islam et Shah*, *supra* note 2, p. 525 (traduction libre). Voir également *Matter of R.A.*, *supra* note 14, estimant que la catégorie alléguée était élaborée pour les besoins de la cause.

109. *Applicant A.*, *supra* note 4, (1997) 190 CLR 225 à 264 (traduction libre).

110. Voir le juge McHugh : « Il n'y a pas de raison que des personnes 'qui, n'ayant qu'un seul enfant (...) n'acceptent pas les restrictions qui leur sont imposées' et qui font connaître ce point de vue à la société chinoise ne puissent pas constituer un 'certain groupe social' dans certaines circonstances. Par exemple, si un grand nombre de personnes avec un enfant unique, et souhaitant en avoir un deuxième, avait publiquement manifesté contre la politique du gouvernement, elles pourraient avoir acquis une notoriété suffisante en Chine pour être perçues comme un certain groupe social ». *Ibid.*, p. 269. (traduction libre).

crainte fondée de persécution pour établir l'existence d'un « groupe social » au sens de la *Convention de 1951*. En effet, si cette condition était requise, l'analyse reviendrait presque à autoriser la persécution à définir la catégorie. Ainsi, les homosexuel(le)s ont été considéré(e)s comme constituant un groupe social dans de nombreux États ; pourtant, tou(te)s les membres de cette catégorie peuvent ne pas être menacé(e)s de persécution car cela dépend, par exemple, de la façon dont ils ou elles manifestent leur orientation sexuelle ou de la question de savoir s'ils ou elles ont des soutiens au sein du gouvernement. Encore une fois, il faudra, dans chaque cas, porter son attention sur l'élément de la définition que constitue la crainte fondée de persécution. Un ou une requérant(e) ne sera pas en mesure de se prévaloir du statut de réfugié uniquement parce qu'il ou elle appartient à un groupe reconnu comme tel par la société dont il ou elle recherche la protection.

La décision *Kasinga* de la BIA illustre ces points. Le cas concernait une demande déposée par une jeune femme qui craignait d'être soumise à des mutilations génitales par sa tribu. La BIA, qui a fait droit à la demande, a défini le groupe comme « les jeunes femmes de la tribu tchamba-kunsuntu n'ayant pas fait l'objet de mutilations génitales, telles que pratiquées par cette tribu, et qui s'opposent à cette pratique »¹¹¹. La nécessité d'une définition aussi élaborée est, toutefois, loin d'être claire. La BIA était peut-être préoccupée par le fait que certains membres féminins de la tribu consentent aux mutilations génitales et a donc préféré une définition plus restrictive afin d'harmoniser le groupe social avec le statut de victime. Cette préoccupation semble déplacée. La persécution n'est subie que par les *femmes de la tribu* ; c'est la raison pour laquelle la requérante, en tant que membre féminine de la tribu est en danger. Le fait que d'autres femmes de la tribu puissent ne pas chercher à échapper aux mutilations génitales est sans importance à la fois pour la définition de la catégorie et pour l'établissement du « lien causal ». En résumé, la définition de la catégorie doit décrire un groupe qui se distingue de la société, dans lequel la caractéristique partagée par les membres du groupe reflète le *motif* de la persécution. Cette formulation est très différente de celle consistant à dire qu'une catégorie définie doit inclure uniquement des personnes exposées à la persécution.

C. *Ejusdem generis*

Il a parfois été suggéré que le principe d'*ejusdem generis* apportait une limitation utile pour l'interprétation de l'appartenance à un certain groupe social. Ce principe énonce qu'un terme général, faisant suite à une liste de termes particuliers, doit être interprété d'une manière qui soit cohérente avec la nature générale des éléments énumérés¹¹². Ainsi, par exemple, si un arrêté municipal interdit « les bruits forts, les véhicules à moteur, les animaux sans laisse et les autres comportements

111. *Supra* note 5 (traduction libre).

susceptibles de troubler la jouissance paisible des parcs publics », il serait approprié de rechercher dans les exemples spécifiques un concept sous-jacent pouvant servir à l'interprétation de la phrase finale plus large.

Les cinq motifs de la Convention ne sont toutefois pas rédigés de sorte à rendre l'application de l'*ejusdem generis* appropriée. La Convention n'énumère pas quatre motifs puis en ajoute un cinquième du type « et tous les autres motifs qui sont fréquemment à la base d'une persécution »¹¹³. L'expression « certain groupe social » semble définir un motif conventionnel autonome du même type et du même statut que les autres motifs identifiés. (Pour reprendre l'exemple de l'arrêté municipal, il serait comparable à un arrêté interdisant « les véhicules à moteur, les animaux sans laisse et tout comportement excessivement bruyant »). Comme l'a déclaré le juge Kirby dans *Applicant A.*, « il est difficile de trouver un élément qui relie les catégories de persécution à moins que ce soit la persécution elle-même »¹¹⁴. En effet, une interprétation *ejusdem generis* des cinq motifs, poursuit le juge Kirby, semblerait enfreindre la règle selon laquelle le groupe doit exister en dehors de la persécution. Ce serait un guide utile pour l'interprétation seulement si l'expression « certain groupe social » visait à constituer une catégorie « filet de sécurité », une interprétation largement rejetée pour les raisons exposées plus haut¹¹⁵.

La suggestion selon laquelle l'*ejusdem generis* peut jouer un rôle utile pour l'interprétation peut être fondée sur un type d'argument légèrement différent, visant à rechercher la motivation sous-jacente de la désignation des catégories particulières. Par exemple, on pourrait essayer d'identifier une norme de non-discrimination essentielle pour la structure de la Convention et, de ce fait, considérer les cinq motifs de la Convention comme des catégories de personnes risquant d'être victimes de persécution. Cela pourrait alors donner un argument pour que le motif du « certain groupe social » soit interprété, dans l'ensemble, de façon à couvrir les groupes subissant des discriminations. Quel que soit le bien-fondé de cette approche, il doit être clair qu'elle ne repose pas sur le principe de l'*ejusdem generis* mais plutôt sur les objectifs qui sous-tendent la Convention¹¹⁶.

112. Voir *Black's Law Dictionary* (6^e édition, West Publishing, St Paul, MN, 1990), p. 517 : « Lorsque des termes généraux suivent une énumération de personnes ou d'objets, définis par des termes ayant une signification particulière et spécifique, ces termes généraux ne doivent pas être interprétés au sens le plus large, mais doivent être considérés comme s'appliquant uniquement aux personnes ou aux objets de la même sorte ou catégorie générale que ceux spécifiquement mentionnés ».

113. Cela est également une raison de rejeter l'interprétation du groupe social particulier comme un « filet de sécurité ».

114. *Applicant A.*, *supra* note 4, (1997) 190 CLR 225 à 295 (traduction libre). Il est possible que la liste comprenne des caractéristiques personnelles qui sont immuables ou tellement essentielles qu'il serait injuste de contraindre les personnes à y renoncer. Comme noté dans l'exposé relatif à *Ward*, *supra* note 16, le concept commun qui sous-tend ces considérations séparées n'est cependant pas clair.

115. Voir Goodwin-Gill, *Judicial Reasoning*, *supra* note 37, pp. 537 et 541.

D. Non-discrimination et définition d'un « certain groupe social »

La recherche d'un principe limitatif a conduit les juges d'un certain nombre d'États à identifier la non-discrimination comme un critère sous-jacent à la *Convention de 1951* pouvant aider à l'interprétation. On fait ainsi régulièrement référence¹¹⁷ au premier paragraphe du préambule de la Convention qui déclare :

Considérant que la *Charte des Nations Unies* et la *Déclaration universelle des droits de l'Homme* approuvée le 10 décembre 1948 par l'Assemblée générale ont affirmé le principe que les êtres humains, *sans distinction, doivent jouir des droits de l'Homme et des libertés fondamentales (...)* (c'est nous qui soulignons)

L'approche fondée sur la non-discrimination est censée fournir une base commune aux motifs énumérés dans la Convention. Cela signifie que les personnes qui sont persécutées du fait de leur race, de leur religion, de leur nationalité, de leur appartenance à un certain groupe social ou de leurs opinions politiques sont des personnes dont les droits de l'Homme sont violés pour des raisons discriminatoires. Dans l'affaire *Islam et Shah*, Lord Hoffmann déclare :

Selon moi, la notion de discrimination dans les affaires touchant aux droits de l'Homme et aux libertés fondamentales est capitale pour comprendre la Convention. Cette dernière ne comprend pas tous les cas de persécution, même s'ils entraînent des privations des droits de l'Homme, mais les persécutions fondées sur la discrimination. Dans le cadre d'un instrument de protection des droits de l'Homme, la discrimination consiste en des différences de traitement que les principes des droits de l'Homme considèrent comme incompatibles avec le droit de tout être humain à un traitement équitable et au respect de sa personne (...). L'inclusion du motif « un certain groupe social » a permis de reconnaître l'existence de différents critères de discrimination, sur le même plan que la discrimination pour d'autres motifs, qui seraient aussi choquants pour les principes des droits de l'Homme (...). En choisissant d'employer l'expression générale « un certain groupe social », plutôt qu'une énumération de groupes spécifiques, les

116. Dans un commentaire sur la version antérieure de ce document débattue lors de la table ronde d'experts, l'INS a suggéré que la règle d'interprétation *noscitur a sociis* (la signification d'un terme peut se déduire des termes qui l'accompagnent) va dans le sens de l'approche des caractéristiques protégées. L'INS prétend que l'élément commun aux autres motifs est une caractéristique protégée ou essentielle et que cela devrait donc s'appliquer également au motif du groupe social. Cet argument est plausible mais il se heurte à des difficultés car on peut identifier d'autres éléments communs parmi les motifs. Par exemple, l'un d'eux pourrait être « la reconnaissance sociale » ; un autre pourrait être les « motifs traditionnels de traitement défavorable ». De plus, l'élément des caractéristiques protégées lui-même est un peu artificiel : il doit aller au-delà des caractéristiques immuables pour pouvoir couvrir les opinions politiques et la religion. (Notons également que toutes les caractéristiques immuables ne sont pas nécessairement essentielles, par exemple, la taille). Une fois que cette évolution conceptuelle est prise en compte, il n'est pas clair pourquoi un élément supplémentaire ne pourrait pas être ajouté pour s'étendre jusqu'au groupe social ; ainsi l'élément commun pourrait logiquement être décrit comme « une caractéristique immuable, une caractéristique essentielle ou une caractéristique commune à un groupe ».

117. *Re G.J.*, *supra* note 47 ; *Islam et Shah*, *supra* note 2, pp. 510-11.

rédacteurs de la Convention avaient, selon moi, l'intention d'inclure tous les groupes pouvant être considérés comme relevant des objectifs de non-discrimination de la Convention¹¹⁸.

L'invocation d'un principe de non-discrimination semble répondre à quatre objectifs. Premièrement, en définissant un principe limitatif, il s'oppose à l'approche « filet de sécurité » du groupe social. Deuxièmement, en mettant l'accent sur le manque de protection étatique et la marginalisation, il explique pourquoi les personnes fuyant des désastres naturels et la guerre civile peuvent ne pas être des réfugiés au sens de la Convention¹¹⁹. Troisièmement, il rejette l'analyse de la « cohésion » et de l'« association volontaire » de *Sanchez-Trujillo*. Quatrièmement, il facilite la reconnaissance des femmes en tant que groupe social, dans la mesure où les femmes sont fréquemment victimes de discrimination sociétale grave.

Malgré les avantages de l'approche fondée sur la non-discrimination, il est très difficile d'en faire le seul principe sous-jacent aux cinq motifs de la Convention¹²⁰. Le principe de non-discrimination est invoqué en premier lieu pour faire comprendre que la Convention n'offre pas une protection à toutes les personnes qui sont victimes de persécution. Cependant, il n'est pas nécessaire d'avoir recours à cette approche pour atteindre ce résultat. Cela semble évident à la lecture de la Convention elle-même. D'aucuns *pourraient* dire qu'un opposant politique souffre de discrimination à cause de ses opinions, tandis que d'autres personnes ayant des opinions plaisant au régime ne sont pas persécutées. Cela serait cependant vrai de toute personne dont les droits de l'Homme sont violés, comparée à toutes celles, dans une société donnée, dont les droits ne sont pas violés¹²¹.

En outre, une analyse fondée sur la non-discrimination peut conduire à proposer des normes supplémentaires qui restreignent de manière excessive la portée de la Convention. Cela pourrait, par exemple, conduire les juges à transposer de manière inappropriée en droit des réfugiés des concepts appartenant au droit interne en matière de non-discrimination, comme ceux relatifs au lien de causalité. De façon encore plus significative, une interprétation de la Convention fondée sur la non-discrimination pourrait conduire à une approche de l'« immuabilité » pour définir le groupe social¹²². Il en est ainsi parce que le droit interne en matière de non-discrimination dans plusieurs pays définit de manière typique les groupes protégés comme ceux qui partagent des caractéristiques qui ne devraient pas entrer en ligne de compte dans la prise de décision de l'État ; et les caractéristiques immuables sont

118. *Islam et Shah*, *supra* note 2, p. 511 (traduction libre).

119. Voir Hathaway, *Law of Refugee Status*, *supra* note 18, p. 137.

120. Comme Goodwin-Gill le fait remarquer, « cela reste un vernis sur les termes d'origine, dont les avocats doivent être conscients ». Goodwin-Gill, *Judicial Reasoning*, *supra* note 37, p. 539 (traduction libre).

121. Goodwin-Gill a suggéré que « bien qu'il puisse être possible, et c'est souvent le cas, d'interpréter la persécution comme une forme de privation discriminatoire des droits de l'Homme, le fait de ne penser qu'en ces termes peut échouer à refléter la réalité sociale de l'oppression ». *Ibid.*, p. 539 (traduction libre).

122. Voir, par exemple, *Re GJ*, *supra* note 47.

fréquemment identifiées de cette manière. Par exemple, il est considéré comme injuste de faire des distinctions entre les personnes sur la base de caractéristiques qu'elles ne peuvent pas modifier, telles que la race, le sexe, l'origine ethnique ou la caste. Il semble finalement que même les instances de jugement qui prétendent adopter une approche fondée sur la non-discrimination la définissent d'une manière qui, en réalité, va au-delà. Par exemple, la *New Zealand Refugee Appeals Authority* (Instance d'appel des réfugiés de Nouvelle-Zélande), qui est fortement engagée dans une analyse fondée sur la non-discrimination/les caractéristiques protégées, déclare que selon cette approche « on reconnaît le principe que le droit des réfugiés doit couvrir les actions qui, d'une manière ou d'une autre, portent atteinte à la dignité humaine »¹²³. Bien que cette conclusion soit sensée, la fonction que remplit en fin de compte la norme de non-discrimination dans l'analyse est loin d'être claire.

E. Groupes sociaux et violations des droits de l'Homme

Le fait d'exiger qu'un certain groupe social existe en dehors de la persécution alléguée jette des doutes sur les groupes définis exclusivement sur la base de la violation des droits de l'Homme de leurs membres. Par exemple, il est peu probable qu'un juge accepte la demande d'une victime de torture si le groupe social allégué est constitué par toutes les personnes du pays qui sont ou qui pourraient devenir victimes de torture.

C'est ce raisonnement qui a généralement motivé le rejet des demandes des requérants chinois alléguant une crainte de stérilisation ou d'avortement forcés. Bien qu'il ne fasse pas de doute que ces actes violent les droits fondamentaux de l'Homme, les juges ont hésité à reconnaître ces demandes, parce qu'ils concluent que la persécution alléguée est la seule caractéristique partagée par le groupe concerné.

Le juge La Forest, qui est l'auteur de la décision *Ward* rendue par la Cour suprême du Canada, a cependant affirmé que les demandes fondées sur l'appartenance à un groupe social pouvaient émaner d'une catégorie de personnes dont les droits fondamentaux ont été violés. Dans une opinion dissidente dans l'affaire *Chan c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration)*¹²⁴, il a déclaré qu'il modifierait la deuxième catégorie de *Ward* (« les groupes dont les membres s'associent volontairement pour des raisons si essentielles pour leur dignité humaine qu'ils ne devraient pas être contraints à renoncer à cette association ») en supprimant l'exigence d'« association volontaire ». Selon le juge La Forest, la question pertinente est de savoir si le persécuteur traite les personnes ayant un attribut commun comme si elles formaient un groupe, et non celle de savoir si les membres du groupe s'associent volontairement entre eux¹²⁵. Ainsi, si une personne est volontairement associée à un statut pour des raisons essentielles pour sa dignité humaine, un groupe pourrait alors

123. *Ibid.*, p. 26, citant Hathaway, *Law of Refugee Status*, *supra* note 18, p. 108.

124. Voir *supra* note 21.

125. *Ibid.*, p. 645. Voir également, A. Macklin, « *Canada (Procureur général) c. Ward : A Review Essay* », 6 *International Journal of Refugee Law*, 1994, pp. 362-81.

être reconnaissable ; ce dernier existerait « du fait d'une tentative commune d'exercer un droit fondamental ». Dans le cas d'espèce, le juge La Forest aurait considéré que les personnes persécutées parce qu'elles ont plus d'un enfant peuvent se prévaloir de l'appartenance à un certain groupe social¹²⁶.

Dans l'affaire *Applicant A.*, le juge Dawson ne partage pas la conclusion du juge La Forest, estimant que le groupe ne peut pas être simplement constitué par un ensemble de personnes prises au hasard à travers la Chine, dont les droits de l'Homme ont été violés par des pratiques coercitives de planning familial. Le juge Dawson ajoute, cependant, qu'il conviendrait de reconnaître un groupe social si la violation des droits de l'Homme donnait lieu à une auto-perception ou à la perception sociétale d'un groupe :

Un droit fondamental pourrait constituer une caractéristique unificatrice seulement si les personnes étaient associées les unes aux autres sur la base de ce droit ou, on pourrait ajouter, si la société percevait ces personnes comme un groupe en raison de leur volonté commune d'exercer leur droit. Dans ce cas, ce serait l'aspect unificateur de cet élément, et non son caractère de droit fondamental, qui permettrait de circonscrire un certain groupe social¹²⁷.

Selon la logique du juge Dawson, si des personnes s'unissaient à travers la Chine pour former des groupes « de soutien » aux familles de plus d'un enfant, ou si la politique étatique d'avortements forcés conduisait à la perception sociétale que les personnes s'opposant à l'avortement forcé étaient des parias, une demande fondée sur le groupe social serait alors valable. Cela semble représenter une approche sensée qui ne reconnaît pas toutes les victimes des droits de l'Homme comme membres d'un groupe social mais qui ne supprime pas non plus la possibilité que les victimes de politiques « d'application générale », constituent un groupe social reconnaissable. En résumé, le fait qu'un groupe de personnes ait subi des violations des droits de l'Homme peut être un élément important pour déterminer qu'un « certain groupe social » existe, dans la mesure où ces sévices sont infligés à des personnes qui partagent une caractéristique identifiable indépendante. Il en est ainsi parce que ces sévices peuvent renforcer la constatation que le groupe est perçu comme un groupe par la société dans laquelle il se situe, c'est-à-dire qu'il est identifié comme « susceptible d'être persécuté », ou qu'il attire en fait la persécution en raison de sa caractéristique commune.

V. Le cœur de l'analyse : les caractéristiques protégées et la perception sociale

Comme l'a montré l'examen de la jurisprudence des États dans la partie III, le développement du motif du groupe social dans les pays de *common law* a eu lieu

126. Voir également Daley et Kelley, *Particular Social Group*, *supra* note 8.

127. *Applicant A.*, *supra* note 4 (1997) 190 CLR 225 à 246 (traduction libre).

avant tout, mais pas exclusivement, au moyen de l'adoption et de l'application de l'approche dite des caractéristiques protégées. Les résultats ont été importants en permettant d'accorder une protection aux victimes de violations graves des droits de l'Homme ; et ces affaires ont influencé d'autres États. L'affaire *Islam et Shah* constitue un exemple particulièrement intéressant. L'approche des caractéristiques protégées a aussi été vivement défendue par d'éminents spécialistes¹²⁸.

Les raisons du succès de l'approche des caractéristiques protégées sont évidentes. Elle fournit un principe limitatif pour l'interprétation du « certain groupe social » qui est conforme à une perspective de protection des droits de l'Homme. Cela signifie qu'on pourrait affirmer de façon plausible, comme l'approche des caractéristiques protégées est censée le faire, que les quatre premiers motifs de la Convention sont tous fondés sur des conceptions des droits de l'Homme et que, par conséquent, le motif du « certain groupe social » doit également être limité aux groupes définis en termes de droits de l'Homme. L'approche des caractéristiques protégées identifie des groupes dont nous pouvons généralement estimer qu'ils méritent une protection : ceux qui subiraient un préjudice très important s'ils devaient renoncer à leur affiliation au groupe, soit parce qu'il serait pratiquement impossible de renoncer à une caractéristique « immuable », soit parce que cette affiliation se fonde sur l'exercice d'un droit fondamental. Cette approche a également apporté une innovation importante dans la mesure où les instances de jugement ont estimé que l'analyse de l'« association volontaire » de *Sanchez-Trujillo* n'était pas satisfaisante. Elle a permis de reconnaître des groupes dont la protection était totalement justifiée — tels que les femmes et les homosexuels — et dont les membres ne sont généralement pas étroitement affiliés entre eux.

Face à ces avantages, il existe toutefois des inconvénients qui doivent être évalués. L'analyse des caractéristiques protégées est sans aucun doute en divergence avec la signification du « groupe social » dans le sens commun. Rien ne suggère dans la définition du réfugié, pas plus que dans les travaux préparatoires, que les caractéristiques immuables ou essentielles soient fondamentales pour la compréhension des motifs énoncés dans la Convention. En outre, bien que la jurisprudence des États parties manifeste le souci de ne pas définir ce motif de manière tellement large qu'il engloberait les autres motifs de la Convention ou qu'il ferait automatiquement de toutes les victimes de persécution des réfugiés, ce qui est une préoccupation manifestement conforme aux termes et aux objectifs de la Convention, cette seule considération ne peut pas justifier des limites qui ne seraient pas, par ailleurs, conformes à la Convention ou déduites d'une lecture raisonnable de ce texte¹²⁹.

128. Hathaway, en particulier, a défendu avec force et conviction l'approche *Acosta* de la définition du groupe social. Voir Hathaway, *Law of Refugee Status*, *supra* note 18, pp. 157-69.

129. Comme l'a exprimé le juge Brennan dans l'affaire *Applicant A.* : « Toute tentative visant à limiter la signification de l'expression « un certain groupe social » afin de restreindre la protection accordée par la Convention » serait déplacée alors que « le but et l'objet de la Convention est de garantir au mieux la même jouissance par tous de leurs droits et libertés fondamentales », *supra* note 4, (1997) 190 CLR 225 à 236 (traduction libre).

L'approche des caractéristiques protégées semble également priver de la protection du statut de réfugié les membres de groupes qui peuvent très bien être la cible de persécution en raison de leurs associations largement reconnues dans la société¹³⁰. On peut citer, par exemple, les étudiants, les syndicalistes, les professionnels, les employés des camps de réfugiés ou les enfants des rues. (Le fait d'énumérer ces groupes ne signifie pas que tous auront toujours le droit d'être reconnus ; cela aide toutefois le lecteur à imaginer des cas où il pourrait être justifié de reconnaître ces groupes).

La décision *Montoya*¹³¹, rendue par le *Immigration Appeal Tribunal* (IAT, Tribunal d'appel en matière d'immigration) en 2001 au Royaume-Uni, représente un exemple notable. Le demandeur, gérant de la plantation de café de son père en Colombie, alléguait qu'il était exposé à des menaces et à des extorsions de la part d'un groupe révolutionnaire que le gouvernement n'avait ni la capacité, ni la volonté de contrôler. Il affirmait que sa famille était ciblée parce qu'ils étaient de riches propriétaires terriens ; il ajoutait que son oncle, qui avait exploité une plantation de café dans le même village, avait fait l'objet des mêmes menaces et qu'il avait fini par être assassiné. Le tribunal a fait remarquer qu'en Colombie, « le statut de propriétaire d'une terre exploitée pour faire du profit est un facteur d'identification sociale ostensible et important avec une connotation historique » ; il a également admis qu'« une autre caractéristique partagée par les propriétaires terriens privés est le fait qu'ils sont inefficacement protégés ». Il a néanmoins conclu que le requérant n'appartenait pas à un certain groupe social au sens de la Convention, parce que le groupe allégué ne se fondait pas sur une caractéristique que les membres du groupe « ne peuvent pas changer ou ne doivent pas être contraints de changer »¹³². Le tribunal a déclaré que le requérant pouvait changer son statut de propriétaire terrien et ce « sans que cela ait un impact fondamental sur son identité ou sa conscience »¹³³.

Bien que la conclusion du tribunal selon laquelle la propriété de terres n'est pas immuable ni fondamentale pour l'identité soit plausible, il n'est pas évident qu'elle aille jusqu'au bout de l'analyse. Supposons que le requérant puisse établir ses allégations, le cas montre un risque évident de violations graves des droits de l'Homme fondées uniquement sur le statut du requérant, un risque partagé avec d'autres personnes dans une situation comparable. Si l'on s'en tient au sens ordinaire des termes, il n'y a pas de raison d'estimer que les propriétaires terriens ne peuvent pas constituer un groupe social ; ils sont clairement perçus comme tels dans de nombreuses sociétés, à la fois par eux-mêmes et par les autres. En effet, le tribunal a semblé admettre que les riches propriétaires terriens en Colombie étaient perçus comme

130. Goodwin-Gill, *Refugee in International Law* (2^e édition, 1996), *supra* note 17, p. 365 : « Il est évident qu'il existe des groupes sociaux autres que ceux qui partagent des caractéristiques immuables ou qui s'associent pour des raisons essentielles pour leur dignité humaine » (traduction libre).

131. *Montoya*, *supra* note 41.

132. *Ibid.*, p. 21 (traduction libre).

133. *Ibid.*, p. 22 (traduction libre).

un groupe social. Pourtant, l'approche des caractéristiques protégées, tout au moins telle qu'elle est appliquée par le tribunal, a écarté la demande. La raison pour laquelle une Convention protégeant les droits de l'Homme devrait être interprétée de cette manière est loin d'être évidente.

L'analyse des caractéristiques protégées pourrait être étendue de manière à inclure le groupe de Montoya ainsi que d'autres groupes mentionnés plus haut. La propriété de terres pourrait être vue comme un aspect fondamental de l'identité d'une personne (bien que le tribunal n'en ait pas été convaincu). James Hathaway est disposé à donner une interprétation plus généreuse de l'approche des caractéristiques protégées. Il suggère ainsi que « les étudiants entrent logiquement dans la catégorie du groupe social puisque la poursuite de l'éducation constitue un droit fondamental reconnu au plan international » auquel personne ne devrait être contraint de renoncer¹³⁴. Cela semble élargir la catégorie dans le seul but d'atteindre un résultat approprié, sans pour autant affaiblir l'analyse dite des caractéristiques protégées. Il est d'ailleurs intéressant de noter que le projet de règlements de l'INS, en reconnaissant d'autres facteurs pertinents pour déterminer un groupe social, semble pousser la jurisprudence américaine au-delà de la formulation *Acosta*¹³⁵.

Une autre interprétation des termes de la Convention est proposée par la majorité des juges dans la décision *Applicant A.*, rendue par la Haute Cour d'Australie. Ce qui constitue un certain groupe social est « un attribut commun et une perception sociale qu'ils sont à part »¹³⁶. Cet attribut doit non seulement être partagé, mais il doit unir le groupe selon sa propre perception ou la perception sociale. Cela signifie que la caractéristique partagée doit faire « de ceux qui la partagent un groupe reconnaissable au sein de leur société »¹³⁷. Les termes employés dans la décision *Ourbih* du Conseil d'État français produisent le même effet : l'appartenance à un certain groupe social doit être examinée par rapport à la question de savoir si les membres du groupe seraient exposés à des persécutions « en raison des caractéristiques communes qui les définissent aux yeux des autorités et de la société »¹³⁸. La meilleure appellation pour cette approche serait celle des « caractéristiques communes/perception sociale » mais nous utiliserons l'expression abrégée de « perception sociale ».

134. Hathaway, *Law of Refugee Status*, supra note 18, p. 168 (traduction libre).

135. De la discussion qui précède, il doit être clair que les critères de « cohésion » et d'« association volontaire » de *Sanchez-Trujillo*, supra note 25, ne constituent pas une alternative acceptable. Comme cela a été dit, la *Ninth Circuit* elle-même s'est écartée de cette approche dans l'affaire *Hernandez-Montiel*, supra note 64.

136. *Applicant A.*, supra note 4, (1997) 190 CLR 225 à 265-6. Voir aussi *ibid.*, p. 264 :

L'existence d'un tel groupe dépend dans la plupart des cas, peut-être dans tous, de la perception externe du groupe... [L'expression « certain groupe social »] évoque des personnes qui sont définies comme un groupe social distinct en raison d'une caractéristique, d'un attribut, d'une activité, d'une croyance, d'un intérêt ou d'un but qui les unit. (traduction libre)

137. *Ibid.*, p. 241 (sans note de bas de page) (traduction libre).

138. *Ourbih*, cité supra note 80.

Cette interprétation se retrouve, de façon non-explicite, dans certaines sources américaines décrites plus haut et elle est expressément mentionnée dans *Islam* et *Shah*. Lord Hope of Craighead a ainsi déclaré :

En général, on peut dire qu'un groupe social existe quand un groupe de personnes possédant une caractéristique particulière est considéré comme un groupe distinct par la société [...] Comme les coutumes et les attitudes sociales varient d'un pays à l'autre, le contexte de la présente investigation est le pays dont la personne est ressortissante. L'expression peut donc inclure certains groupes sociaux qui peuvent être reconnaissables en tant que tels dans un pays mais pas dans d'autres ou qui, dans un pays donné, n'ont jusqu'alors pas été reconnus¹³⁹.

Il est important de mentionner que l'analyse de la perception sociale semblerait englober les groupes actuellement reconnus au titre de l'approche des caractéristiques protégées. Cela est principalement dû au fait que les groupes reconnus au titre de l'analyse des caractéristiques protégées ont des chances d'être perçus comme des groupes sociaux. Pourquoi cela ? Il en est ainsi parce que les personnes appartenant à des groupes soumis à des traitements discriminatoires et à des persécutions éviteront la caractéristique partagée qui définit le groupe si elles le peuvent, tandis que les groupes définis par des caractéristiques immuables ne peuvent pas le faire et les groupes définis par des caractéristiques essentielles pour la dignité humaine choisissent souvent de ne pas le faire et ne devraient pas être contraints de le faire¹⁴⁰. Ainsi, ces groupes maintiendront probablement leur appartenance malgré le traitement défavorable et seront généralement perçus comme des groupes sociaux, définis par la caractéristique en raison de laquelle des mauvais traitements leur sont imposés. Par exemple, les personnes garderont probablement leurs convictions religieuses ou politiques profondes même si elles s'exposent à des risques ce faisant parce qu'elles peuvent considérer ces convictions comme fondamentales pour leur identité. Les personnes qui maintiennent ces types d'affiliations malgré la pression sociale qui les pousse à les modifier seront probablement perçues comme des groupes sociaux.

Tandis que la plupart des groupes définis par des « caractéristiques protégées » seront probablement perçus comme des groupes sociaux, il peut également exister des groupes sociaux perçus comme tels qui ne sont pas fondés sur des caractéristiques protégées. Par conséquent, l'approche de la perception sociale va au-delà des caractéristiques protégées en reconnaissant que les facteurs externes peuvent être importants pour définir correctement le groupe social. Le fait de demander

139. *Islam* et *Shah*, *supra* note 2, p. 1038 (traduction libre).

140. Notons que cela explique également pourquoi toutes les caractéristiques immuables ne définissent pas des groupes sociaux — la taille, par exemple. Les personnes ne sont généralement pas persécutées pour ce motif et ne sont généralement pas perçues comme un groupe social. Si toutefois elles étaient perçues comme un groupe social et persécutées pour ce motif, elles devraient se voir reconnaître le statut de réfugié. À l'inverse, l'approche des caractéristiques immuables ne peut pas fournir d'explication quant au fait que certaines caractéristiques immuables permettent d'établir des groupes et d'autres non.

si un groupe a été « marqué comme autre »¹⁴¹ ne revient pas à vider le groupe social et les questions de persécution de leur sens mais plutôt à examiner si le groupe est reconnaissable dans un contexte culturel donné¹⁴². Prenons à nouveau l'exemple du cas *Montoya* concernant le propriétaire terrien colombien ciblé par les forces de guérilla. Même si le demandeur ne pouvait pas satisfaire les critères de l'analyse des caractéristiques protégées, il semble tout à fait plausible de le considérer comme appartenant à un groupe que la guérilla perçoit comme distinct et marqué pour être l'objet de persécutions.

L'approche de la perception sociale pourrait également couvrir les demandes déposées par des personnes qui croient en des valeurs qui ne sont pas conformes aux coutumes des sociétés dans lesquelles elles vivent¹⁴³. Par exemple, les femmes qui s'opposent à des mutilations génitales ou qui refusent de porter les vêtements traditionnels ont de fortes chances d'être perçues comme constituant un groupe social parce qu'elles se sont opposées aux pratiques culturelles, religieuses ou politiques de la société. À l'inverse, il peut s'avérer plus difficile de reconnaître certaines de ces demandes, par exemple, celles fondées sur les vêtements, au titre de l'approche des caractéristiques protégées.

Comme l'approche des caractéristiques protégées, celle de la perception sociale fait des adeptes dans la doctrine. Goodwin-Gill propose qu'« aux fins de la définition de la Convention, les facteurs internes d'union ne soient pas pris en considération de façon isolée mais seulement en conjonction avec les facteurs externes, tels que les perceptions, les politiques, les pratiques et les lois »¹⁴⁴. Cela évite d'avoir à identifier un principe unique (tel que l'« immuabilité »), en mettant plutôt l'accent sur un ensemble de variables :

Ces variables incluraient, par exemple, 1) le fait de s'associer volontairement, lorsqu'une telle association répond à une certaine *valeur* et ne résulte pas simplement d'un accident ou d'un incident, à moins que ceci soit affecté à son tour par [des perceptions sociales] ;

2) des liens involontaires, comme la famille, une expérience commune antérieure ou des caractéristiques innées, immuables et 3) la perception des autres¹⁴⁵.

141. T.D Parish, « Membership in a Particular Social Group under the Refugee Act of 1980 : Social Identity and the Legal Concept of the Refugee », 92 *Columbia Law Review*, 1992, pp. 923 et 946 (traduction libre).

142. Voir Goodwin-Gill, *Refugee in International Law*, supra note 17 (2^e édition, 1996), p. 362 : tandis que la « mise en position de victime » ne suffit pas à établir à elle seule un groupe social, des lois et des pratiques de persécution peuvent représenter « une facette de politiques et de perspectives plus larges qui contribuent toutes à l'identification du groupe » (traduction libre).

143. Ces demandes sont fréquemment analysées comme des demandes fondées sur les opinions politiques ou les opinions politiques imputées.

144. Voir Goodwin-Gill, *Refugee in International Law*, supra note 17 (2^e édition, 1996), p. 362 (traduction libre).

145. *Ibid.*, p. 366 (traduction libre).

Goodwin-Gill reconnaît que cette interprétation pourrait englober des groupes d'« individus apparemment sans rapport entre eux et non apparentés » tels que les mères, les femmes exposées à la violence domestique, les capitalistes et les homosexuels¹⁴⁶.

Tout en reconnaissant les arguments plaidant pour l'analyse de la perception sociale, il ne faut pas sous-estimer les difficultés. On peut se demander comment, précisément, un juge va déterminer les « perceptions sociales » d'autres sociétés ? En outre, *de qui* relèvent les perceptions qui comptent ? Le juge devrait-il prendre en compte les opinions des persécuteurs allégués, de la majorité de la société, les vues de l'élite dirigeante ? Un très grand avantage de l'approche des caractéristiques protégées est qu'elle évite certains de ces problèmes de preuves : un juge peut rendre des jugements raisonnables au sujet de l'immuabilité d'une caractéristique donnée et il peut évaluer le témoignage du demandeur quant à la dimension essentielle d'un aspect particulier de son identité. (Bien entendu, selon l'approche des caractéristiques protégées, le demandeur doit toujours démontrer que le groupe auquel il appartient est exposé à des persécutions dans le pays vers lequel il serait renvoyé).

Les problèmes de preuve qui entourent l'analyse de la perception sociale ne sont pas insurmontables. Dans de nombreux cas, il existe d'importantes preuves objectives que certains groupes sont considérés comme des groupes parias ou reconnus comme séparés du reste de la société dans le pays d'origine de la requérante ou du requérant. Des lois et des politiques discriminatoires, des animosités historiques, des relevés de presse, et d'autres documents de ce genre, peuvent souvent établir, avec un degré satisfaisant de certitude, qu'un groupe particulier est perçu comme « autre » dans une société donnée. Les juges devraient avoir peu de difficultés à conclure, par exemple, que les femmes, les homosexuels ou les membres de la famille des groupes visés constituent des groupes sociaux dans de nombreux pays.

Une autre objection à l'analyse de la perception sociale pourrait être qu'elle semblerait reconnaître des groupes sans égard pour le degré de futilité de la caractéristique partagée. Les philatélistes ou les amateurs de rollers, par exemple, pourraient être considérés comme constituant des « groupes sociaux » dans certains pays. À l'inverse, l'approche des caractéristiques protégées emploie un filtre conceptuel, en veillant à ce que les groupes reconnus soient unis par un trait réellement important. Ce faisant, elle réserve le puissant palliatif de la protection internationale aux personnes pour lesquelles il serait injuste d'exiger qu'elles évitent ou qu'elles renoncent à leur caractéristique commune. Comme Hathaway l'a énoncé dans un commentaire portant sur une première ébauche de ce document, « il serait certainement plus raisonnable d'attendre des amateurs de rollers qu'ils enlèvent leurs patins que d'insister pour qu'ils se voient accorder un « laissez-passer » pour les contrôles migratoires pour leur permettre de continuer de faire du roller »¹⁴⁷.

146. *Ibid.* (traduction libre). Voir également l'approche « sociologique » proposée dans Graves, *From Definition to Exploration*, *supra* note 17.

147. J.C. Hathaway, *Professor Aleinikoff's Paper on « Membership of a Particular Social Group »*, p. 2 (archives de l'auteur) (traduction libre).

Une première réponse à cette objection consiste à faire remarquer que les associations les plus insignifiantes ont peu de chances d'attirer des actes de persécution ; il est donc tout à fait improbable que les amateurs de rollers soient reconnus comme réfugiés qu'ils constituent ou non un « groupe social ». Si toutefois ces groupes étaient effectivement considérés comme des groupes dans une société donnée et que les personnes étaient effectivement exposées à des persécutions du fait de leur appartenance à ce groupe, pourquoi la protection internationale devrait-elle leur être refusée ? Quoi qu'on puisse penser des philatélistes ou des amateurs de rollers, le persécuteur les considère manifestement comme un groupe représentant une menace et devant être supprimé et il est disposé à leur infliger des sévices injustifiés pour atteindre cet objectif. La Convention vise à empêcher que des sévices graves soient infligés en raison de l'appartenance à un groupe et non à préserver l'appartenance à des groupes considérés comme importants ou dignes de l'être. La futilité, ou non, de la caractéristique partagée par le groupe ne doit donc pas être pertinente aux fins de la Convention. En effet, comme exposé plus haut, dans la plupart des États de droit civil, le risque de persécution est un élément qui pèse beaucoup plus dans la détermination du statut de réfugié que le motif conventionnel concerné. Il n'est donc pas surprenant que la Convention n'emploie pas les termes « fondamental » ou « immuable » pour qualifier le « groupe social ». Comme l'histoire humaine le montre, les persécuteurs choisissent des groupes et des victimes pour diverses raisons, pas simplement en fonction du caractère fondamental du trait qui les définit.

En effet, le fait d'adopter une exigence de « non-futilité » reviendrait à donner carte blanche au persécuteur envers les groupes qui s'associent pour des raisons « non fondamentales », c'est-à-dire à permettre au persécuteur d'accomplir précisément ce qu'il veut : la suppression de la caractéristique sur laquelle le groupe se fonde. (Il est concevable que des persécuteurs sadiques cherchent en fait à infliger des sévices, mais en général le persécuteur cherche plutôt à se débarrasser de la caractéristique incriminée.) Cette approche renverse l'ordre des choses : elle impose aux membres d'un groupe la charge de changer afin d'éviter la persécution plutôt que d'accorder une protection à ceux exposés à des sévices graves injustifiables.

Une dernière préoccupation concernant l'analyse de la perception sociale pourrait être qu'elle permet une interprétation trop large du groupe social, ouvrant la porte à d'innombrables groupes et demandeurs. Pourquoi les personnes handicapées, les pauvres, les étudiants, les commerçants, les athlètes ou les artistes comiques ne pourraient-ils pas satisfaire l'analyse ? Pourtant, tant que les juges respectent la règle selon laquelle le groupe doit exister en dehors de la persécution (interprétée correctement), la catégorie du groupe social sera considérablement limitée. En outre, les autres éléments de la définition du réfugié, par exemple, les exigences que le « lien causal » soit établi et que la crainte soit fondée, apportent d'autres limites.

Étant donné les avantages et les inconvénients que présentent toutes deux les analyses des caractéristiques protégées et de la perception sociale, quelle analyse le juge consciencieux doit-il adopter ? Selon moi, celle de la perception sociale est plus proche

du sens et de l'objet de la Convention. Elle est également plus inclusive ; l'analyse des caractéristiques protégées semble écarter des demandes plausibles dans le seul but d'identifier un principe limitatif. Il faut toutefois également reconnaître que l'approche des caractéristiques protégées est bien établie dans la jurisprudence d'un certain nombre d'États et que, dans l'ensemble, elle a produit des résultats conformes à la Convention qui favorisent manifestement la protection de groupes exposés à des persécutions.

Plutôt que de considérer les deux approches comme des analyses contradictoires et concurrentes, je propose de concevoir l'approche des caractéristiques protégées comme le cœur de l'analyse de la perception sociale. Cela signifie que les groupes qui sont reconnus au titre de l'approche des caractéristiques protégées sont quasiment assurés de l'être également au titre de l'analyse de la perception sociale. Comme cela est noté plus haut, il en est ainsi parce que les caractéristiques immuables produisent généralement des perceptions sociales, en particulier quand ces caractéristiques ont été utilisées comme motif pour imposer des sévices. De la même façon, les groupes fondés sur des caractéristiques non-immuables, mais néanmoins essentielles, qui ont été exposés à des sévices graves, ont également des chances d'être reconnaissables socialement, sinon, les membres du groupe auraient renoncé à leur comportement pour éviter les sévices. Le fait de conceptualiser les choses de cette façon permet de conserver l'analyse et les résultats de l'approche des caractéristiques protégées tout en interprétant l'« appartenance à un certain groupe social » comme incluant d'autres groupes répondant à l'analyse de la perception sociale.

L'idée que la protection puisse être accordée en vertu de différentes analyses n'est pas étrangère au droit relatif aux droits de l'Homme. Par exemple, les normes interdisant la discrimination raciale peuvent condamner la discrimination intentionnelle ainsi que les pratiques qui imposent de façon injustifiée des sévices disproportionnés, que ce soit intentionnel ou non. Les analyses de l'intention et les analyses des effets soulèvent des questions différentes et nécessitent différents types de preuves mais les juges semblent avoir peu de difficultés à appliquer les analyses aux mêmes demandes. L'application des deux analyses différentes n'est pas non plus considérée comme contradictoire ; toutes deux condamnent les pratiques qui relèvent de la catégorie plus large de la discrimination. De la même façon, les juges des États qui utilisent actuellement l'approche des caractéristiques protégées pourraient envisager d'adopter de plus l'analyse de la perception sociale, examinant les demandes fondées sur le groupe social à l'aune des deux normes. Cela signifie que l'identification d'un groupe au titre de l'approche des caractéristiques protégées serait *suffisante*, mais non *nécessaire*, aux fins de la Convention.

VI. L'exigence du « lien causal » et les acteurs non étatiques

Dans de nombreuses affaires de groupe social, la question difficile pour le juge ne sera pas la définition du groupe mais plutôt l'exigence du « lien causal »,

c'est-à-dire le lien entre la persécution et l'appartenance au groupe (« *du fait de* »). Le présent document n'a pas la prétention de procéder à une analyse complète de la question¹⁴⁸ du « lien causal » mais plusieurs questions d'appréciation doivent être examinées concomitamment à l'étude du « certain groupe social ». Ces questions se posent dans les situations où l'agent de persécution n'est pas l'État.

Des exemples peuvent être tirés de différentes affaires : i) une femme subit des sévices de la part de son époux dans un État qui ne prend aucune mesure contre ces sévices ; ii) une femme est menacée d'être soumise à des mutilations génitales par son groupe tribal dans un État qui interdit, mais ne peut pas arrêter ces pratiques ; iii) une entreprise criminelle menace la famille d'une personne qui lui doit de l'argent. Dans ces cas, il est difficile de décider si le comportement du persécuteur et/ou l'absence de protection étatique sont « *du fait de* » l'appartenance de la victime à un groupe social. Par exemple, dans l'affaire *Matter of R.A.*, la BIA a conclu que la requérante, qui avait subi des sévices très graves, ne pouvait pas satisfaire l'exigence du lien causal parce qu'elle ne pouvait pas établir que les sévices infligés par son mari étaient motivés par son appartenance à un groupe social¹⁴⁹. Selon la majorité des membres, il en était ainsi parce qu'il n'existait pas de preuves que l'époux avait ou aurait visé d'autres membres du groupe¹⁵⁰. Leur opinion a été la suivante : « À la lumière de ce dossier, nous avons le sentiment que l'époux visait la requérante parce qu'elle était sa femme et non parce qu'elle était membre d'un ensemble plus large de femmes, quel que soit sa définition, dont il pensait qu'elles méritaient de subir des préjudices »¹⁵¹.

Le raisonnement tenu dans l'affaire *R.A.* suscite des questions graves¹⁵². En effet, les règles proposées par l'INS, élaborées pour apporter des « clarifications » au

148. Pour une analyse approfondie, voir J.C. Hathaway, *Les recommandations de Michigan sur le lien avec un motif conventionnel* (2001), disponible sur <http://www.refugeecaselaw.org/Refugee/guidelines2001.htm>.

149. *In Re R.A.*, *supra* note 14, pp. 21-2. Le Board of Immigration Appeals (BIA, Commission d'appel en matière d'immigration) a également estimé que la requérante n'avait pas établi que le gouvernement encourageait les sévices infligés aux femmes ou était incapable de protéger les femmes dans le but que des sévices se produisent.

150. *Ibid.*, p. 20 : « Si l'appartenance au groupe était la motivation des sévices, on pourrait s'attendre à avoir des preuves d'agissements envers d'autres membres du même groupe » (traduction libre).

151. *Ibid.*, p. 21 (traduction libre).

152. Voir également l'opinion dissidente profonde du Président de la BIA, P. Schmidt, concluant qu'il était raisonnable de penser que le préjudice infligé à la requérante était motivé par son appartenance à un certain groupe social défini par son genre, sa relation à son mari et son opposition à la violence conjugale. L'opinion dissidente estimait également que l'affaire *R.A.* ne pouvait être distinguée de l'affaire *Kasinga*, *supra* note 5, une affaire de mutilations génitales féminines où l'appartenance à un certain groupe social était établie, parce que « les caractéristiques fondées sur le genre partagées par les membres de chaque groupe sont immuables, la nature du sévice auquel les requérantes avaient résisté dans les deux cas était considérée comme faisant partie des traditions culturelles, le refus était largement condamné par la communauté et la persécution imposée avait lieu sans possibilité de protection étatique », *In Re R.A.*, *supra* note 14, p. 37 (traduction libre).

raisonnement de la BIA, désapprouvent en fait implicitement l'analyse du « lien causal » de la BIA¹⁵³. Le fait de savoir si le persécuteur a agi envers d'autres personnes dans une situation similaire peut donner une indication, mais cela ne peut certainement pas être exigé comme une condition, pas plus qu'une personne prétendant être victime de discrimination raciale doit prouver que l'auteur a également discriminé d'autres personnes en raison de la race. La Convention exige la preuve que sa crainte de persécution est fondée sur une caractéristique qu'elle possède.

Même quand il ne peut pas être prouvé que le persécuteur a agi « du fait » d'un des motifs de la Convention, dans certaines circonstances, une demande d'asile pourrait être reconnue. M. Haines, de la *Refugee Status Appeals Authority* (Instance d'appel des réfugiés de Nouvelle-Zélande), fournit un exposé convaincant dans l'affaire en appel No. 71427/99 :

Le lien causal entre le motif conventionnel et la persécution peut être rempli soit par le risque de préjudice grave, soit par l'absence de protection de l'État contre ce risque. Cela signifie que si un demandeur d'asile est exposé à un risque réel de préjudice grave de la part d'un acteur non étatique (par ex., le conjoint, le partenaire ou un autre agent non étatique) pour des raisons qui n'ont pas de rapport avec un des motifs de la Convention, mais que l'absence de protection de l'État est liée à un motif de la Convention, le lien causal est satisfait. À l'inverse, si le risque de préjudice de la part de l'agent non étatique est lié à la Convention, mais que l'absence de protection de l'État ne l'est pas, le lien causal est toujours satisfait. Cela vient du fait que la « persécution » est composée de deux éléments séparés mais essentiels, à savoir le risque de préjudice grave et l'absence de protection¹⁵⁴.

En d'autres termes, le demandeur doit prouver que la persécution redoutée est « du fait de » l'un des motifs de la Convention et que l'État n'accorde pas de protection. Le motif de la Convention peut être fourni soit par le persécuteur non étatique (couplé à un État qui n'a pas la capacité ou la volonté d'accorder une protection), soit par l'État (quand il n'a pas la volonté d'accorder une protection pour un des motifs de la Convention)¹⁵⁵.

153. L'exposé des motifs des règles proposées déclare que le demandeur n'a pas à montrer que le persécuteur serait enclin à faire du mal aux autres membres du groupe social défini. Il énonce : « Ainsi, dans certains cas, il se peut que la victime de violence conjugale satisfasse la condition « du fait de », même si les limites sociales et d'autres facteurs font que l'auteur des sévices a la possibilité, et la motivation, de ne porter atteinte qu'à une seule des femmes qui partagent les caractéristiques, parce que seule une de ces femmes a un lien conjugal avec l'auteur des sévices ». 65 Fed. Reg. à 76593 (traduction libre).

154. Voir *supra* note 7, paragraphe 112 (traduction libre).

155. La Cour fédérale d'Australie a estimé que « l'incapacité du système Étatique à protéger les membres d'un certain groupe social » contre un mari auteur de sévices, pourrait constituer en elle-même « un comportement de persécution ». Voir *Minister for Immigration and Multicultural Affairs c. Khawar*, *supra* note 34, paragraphe 124, qui énonce : « La motivation du mari n'a pas d'importance : sa violence ne constitue pas le comportement de persécution et ne serait pertinente que pour donner l'occasion d'un exemple de persécution par l'État » (traduction libre). Voir aussi P. Golberg, « Anyplace but Home : Asylum in the United States for Women Fleeing Intimate Violence », 26 *Cornell International Law Journal*, 1993, pp. 565 et 584-8.

Cette analyse à deux branches signifie qu'une demande fondée sur le groupe social peut nécessiter deux analyses séparées du comportement de l'acteur non étatique et de l'État pour voir si l'un d'eux agit en raison de l'appartenance du demandeur à un certain groupe social. Prenons à nouveau l'exemple d'un mari infligeant des sévices. Une demande fondée sur le groupe social peut être établie en montrant soit i) que les actes de l'homme sont basés sur le genre de son épouse et que l'État n'a pas la capacité (ou la volonté) d'accorder une protection contre ce comportement, soit ii) que, quelles que soient les motivations des actes du mari, l'État n'a pas la volonté de protéger l'épouse en raison de son genre ¹⁵⁶.

Il est important de noter que cette analyse n'implique pas que tout cas de violence conjugale fonde une demande d'asile. Premièrement, l'État peut avoir instauré une procédure légale adéquate pour sanctionner les auteurs de sévices ; dans ce cas, la requérante d'asile ne serait pas en mesure de prouver l'absence de protection de l'État. Deuxièmement, même si la requérante d'asile en question n'a pas bénéficié de la protection de la police, il se pourrait — comme l'a expliqué la Cour fédérale d'Australie dans l'affaire *Khawar* — que cette absence de protection soit atypique, due à l'attitude ou à l'incompétence d'un officier de police particulier, fondées sur l'inefficacité de la police ou sur la réticence de la police à se mêler de conflits conjugaux. La requérante devra alors démontrer « quelque chose de plus » — une condition qui « serait satisfaite au moins par une absence continue ou systémique de protection étatique envers les membres d'un certain groupe social due à la perception de l'État que ces derniers ou ces dernières ne méritent pas la même protection selon la loi que les autres membres de la société » ¹⁵⁷.

VII. Applications pratiques

Dans cette partie, j'applique l'analyse qui précède à plusieurs types de demandes auxquelles les juges sont confrontés aujourd'hui. L'analyse ne peut pas être défi-

156. A comparer avec les affaires *Islam* et *Shah*, *supra* note 2.

157. *Minister for Immigration and Multicultural Affairs c. Khawar*, *supra* note 34, jugement du 23 août 2000, paragraphe 160 (traduction libre). Voir également Lord Hoffmann dans l'affaire *Islam* et *Shah*, *supra* note 2, [1999] 2 WLR 1015 à 1035 :

Supposons que le gouvernement nazi, au début, n'organise pas activement de violence envers les juifs, mais qu'il poursuive une politique consistant à ne pas accorder de protection aux juifs subissant la violence de leurs voisins. Un épicier juif est attaqué par un gang organisé par un concurrent aryen qui détruit son magasin, le bat et le menace de recommencer s'il continue d'exercer. Le concurrent et son gang sont motivés par la rivalité dans les affaires et par le souhait de régler un compte, mais ils ne se seraient pas comportés de la sorte sans savoir que les autorités leur permettraient d'agir en toute impunité. Et le motif pour lequel ils jouissent de l'impunité était que la victime était juive. Était-elle persécutée du fait de sa race ? (...) Selon moi, la réponse est affirmative. Un élément essentiel de la persécution, l'absence de protection de la part des autorités, repose sur la race. Il est vrai qu'une réponse à la question 'Pourquoi a-t-il été attaqué ?' serait 'parce qu'un concurrent voulait le chasser des affaires'. Mais une autre réponse, et selon moi la bonne réponse dans le contexte de la Convention, serait 'il a été attaqué par un concurrent qui savait qu'il ne se verrait accorder aucune protection parce qu'il est juif' (traduction libre).

nitive dans la mesure où les cas dépendent des circonstances propres au demandeur et au pays d'origine. Néanmoins, les développements susmentionnés devraient aider à guider l'examen de ces demandes.

A. L'orientation sexuelle

M. A. est un homme qui ne cache pas son homosexualité. Il a été gravement battu et harcelé par des individus dans la ville où il réside. Les plaintes qu'il a déposées auprès de la police locale ont été vaines. Il allègue que l'homosexualité est pénalisée dans son pays et que la police locale et la police nationale tolèrent ou encouragent la violence contre les homosexuels.

Dans de nombreux États, les homosexuels ont été reconnus comme un certain groupe social au sens de la Convention¹⁵⁸. Le résultat est le même que le juge applique l'approche des caractéristiques protégées ou l'approche de la perception sociale. L'orientation sexuelle est désormais généralement admise comme immuable ou si essentielle pour la dignité humaine qu'on ne saurait être contraint d'en changer. En outre, dans de nombreuses sociétés, les homosexuels sont considérés comme des parias. L'absence de « cohésion » parmi les membres du groupe ne doit pas faire échec à la demande. Pour satisfaire la condition du « lien causal », un demandeur devra établir que le persécuteur lui a infligé des sévices en raison de son homosexualité (et que l'État a refusé d'agir) ou que l'État ne lui a pas accordé de protection en raison de son homosexualité.

B. Les demandes fondées sur la famille

1. La persécution par un membre de la famille fondée sur l'appartenance de la victime à la famille

Mme. R. est une jeune femme de 18 ans qui, de même que ses trois sœurs, a subi des sévices physiques et sexuels de la part de son père pendant plusieurs années. Son père a menacé sa mère de mort si elle cherchait à intervenir. Les plaintes déposées à la police n'ont pas empêché ces abus.

Selon toutes les approches développées plus haut (y compris la norme *Sanchez-Trujillo*), la famille a été identifiée comme un certain groupe social plausible, bien que le fait que le persécuteur soit lui-même un membre de la famille rend peut-être l'utilisation de ce motif de la Convention originale dans ce cas. Dans une décision importante (*Aguirre-Cervantes c. INS*), une Cour d'appel des États-Unis a néan-

158. Voir *Re G.J.*, *supra* note 47 et les cas cités dans cette affaire. Il est important de noter que le raisonnement de la Chambre des Lords dans l'affaire *Islam et Shah*, *supra* note 2, semble également inclure l'orientation sexuelle. Le cas peut donc être considéré comme tirant au clair une ambiguïté qui existait dans les affaires jugées par les tribunaux de degré inférieur du Royaume-Uni. Voir Vidal, *Membership of a Particular Social Group*, *supra* note 37, pp. 535-6. Voir également, le Comité ad hoc d'experts sur les aspects juridiques de l'asile territorial, des réfugiés et des apatrides (CAHAR), *Réponses au questionnaire sur les demandeurs d'asile gay et lesbiennes*, 14 mars 2001.

moins reconnu que la famille constituait un groupe social dans ces circonstances¹⁵⁹. L'intégration de la « famille » dans la définition d'un certain groupe social évite un certain nombre d'écueils qui apparaissent quand les demandes liées à des sévices invoquent une persécution du fait du genre, par exemple, parce que le « lien causal » peut être établi en montrant que le père a violenté des membres de sa famille, il n'est pas nécessaire de prouver que l'État a agi « du fait de » l'appartenance du ou de la requérant(e) à un groupe social. En outre, la définition de cette catégorie évite la difficulté exprimée par la BIA dans l'affaire *R.A.* selon laquelle le mari ne montrait aucune inclination à infliger des sévices à d'autres femmes que sa propre épouse (empêchant de ce fait, selon la BIA, de définir les « femmes » comme un groupe social). Dans l'affaire *Aguirre-Cervantes*, il existait un lien étroit entre le groupe et les victimes de persécution : la famille proche de l'auteur des sévices.

D'autres tribunaux et d'autres juridictions peuvent refuser de suivre l'approche développée dans *Aguirre-Cervantes* car elle semble transformer tout cas de violence domestique qui n'est pas empêché par l'État, en demande d'asile, indépendamment des raisons de l'absence de protection étatique. Dans les affaires de sévices invoquant un certain groupe social fondé sur le genre, la requérante d'asile identifie normalement des valeurs et des normes sociales qui tolèrent les sévices infligés aux femmes et qui sous-tendent tant les actes de l'auteur des sévices que l'absence de protection étatique. Cela signifie que les femmes, en tant que catégorie, sont dévaluées, considérées comme n'ayant pas droit à la même protection contre la violence de la part de l'État. Dans *Aguirre-Cervantes*, il serait cependant difficile de trouver des preuves qu'une société dévalue la vie de famille. L'élément clé de l'affaire est peut-être la conception sociale de la famille, avec un chef de famille masculin libre de traiter les membres de la famille comme il l'entend, sans intervention de l'État. La Cour cite des preuves que la violence domestique est largement admise au Mexique, que l'État n'a ni la volonté ni la capacité d'y mettre un terme et que l'État semble « approuver tacitement un certain degré de sévices ».

2. La persécution par un acteur non étatique qui s'en prend aux membres de la famille du demandeur

Mme S. et ses enfants ont reçu des menaces de mort de la part de criminels à qui son mari doit de l'argent. La famille vit dans une zone où le gouvernement ne peut pas exercer de contrôle effectif sur les gangs criminels.

Comme dans l'autre exemple, la famille peut constituer un certain groupe social. La question intéressante dans ce cas-ci est de savoir si la famille peut faire valoir une demande fondée, même si les liens entre le groupe criminel et le mari sont sans rapport avec un des motifs de la Convention. Comparons, par exemple, avec le cas classique d'un État menaçant la famille d'un dissident afin de décourager les activités de ce dernier¹⁶⁰. La Cour fédérale d'Australie a estimé que la famille

159. A comparer avec *Aguirre-Cervantes c. INS*, *supra* note 55.

constituait un groupe social dans ces circonstances, rejetant la conclusion d'un tribunal inférieur selon laquelle le litige était d'ordre privé parce que « la principale cible de la persécution n'entrait pas dans le champ d'application de la Convention »¹⁶¹. Ce jugement semble raisonnable. C'est la famille en tant que telle qui est ciblée ; on ne peut échapper à ce statut et l'État est incapable d'accorder une protection contre la persécution.

C. Les pratiques coercitives de planning familial chinoises

M. et Mme C. ont fui la Chine après la naissance de leur second enfant. Ils allèguent qu'ils ont été menacés de stérilisation forcée par les autorités locales chinoises.

Les demandeurs qui fondent leur demande d'asile sur une crainte liée aux pratiques coercitives de planning familial sont généralement déboutés¹⁶². Les affaires soulèvent un certain nombre de préoccupations. Tout d'abord, tout en ne tolérant pas la stérilisation ou l'avortement forcés, les tribunaux et les instances administratives ont tendance à considérer que les mesures de contrôle de la population sont des politiques sociales autorisées, c'est-à-dire qu'elles ne sont pas en elles-mêmes une source de persécution. Ensuite, les rapports sur les mesures prises par des fonctionnaires de police peuvent être considérés comme des incidents isolés. Ainsi, les demandes peuvent être écartées car elles n'établissent pas de crainte *fondée* de persécution¹⁶³. Les juges ont également sans doute été influencés par le fait que la majorité des requérants sont des hommes originaires de régions en Chine qui sont traditionnellement des terres d'émigration.

L'élément le plus important, pour ce qui nous concerne, est que les juges hésitent à conclure que les personnes s'opposant à une politique sociale d'application générale constituent un certain groupe social. Ces personnes n'ont pas de lien d'affiliation en tant que groupe et, selon les juges, elles ne sont pas perçues comme un groupe par le reste de la société. La préoccupation sous-jacente évidente est de ne pas énoncer une règle tendant à reconnaître des criminels ordinaires comme un

160. Pour une étude des affaires allemandes relatives à cette question, voir M. Fullerton, « Persecution Due to Membership in a Particular Social Group : Jurisprudence in the Federal Republic of Germany », 4 *Georgetown Immigration Law Journal*, 1990, pp. 381, 428-37.

161. *Minister for Immigration and Multicultural Affairs c. Sarrazola*, [1999] FCA 1134, 1999 Austr Fedct Lexis 667 (traduction libre). A comparer aux décisions néerlandaises accordant le statut de réfugié dans des situations où le préjudice est infligé à des membres de la famille pour en atteindre un autre. Spijkerboer, *Gender and Refugee Status*, *supra* note 95, p. 120.

162. Voir *Chang*, *supra* note 53 (USA), *Applicant A.*, *supra* note 4 (Australie). A comparer avec *Chan* (Canada), *supra* note 21. Il est important de noter cependant que les enfants de familles de deux enfants ont été considérés comme constituant un certain groupe social. Voir *Chen Shi Hai c. Minister for Immigration and Multicultural Affairs*, *supra* note 29 (les enfants dits « noirs »). En outre, les requérants peuvent être en mesure d'établir leurs demandes sur la base de la persécution du fait de la religion ou des opinions politiques.

163. A comparer à *Chan*, *supra* note 21, qui conclut qu'une crainte de stérilisation forcée n'était pas objectivement fondée.

groupe social, qui seraient susceptibles d'être considérés comme liés, du fait de leur violation de mesures étatiques générales.

Les demandeurs ont cherché à se distinguer des criminels ordinaires en faisant remarquer que les affaires de planification familiale forcée donnaient lieu à une punition pour l'exercice de droits fondamentaux, comme le droit à disposer de son corps et le droit à une vie familiale. Cela rejoint la seconde catégorie de *Ward/Acosta* englobant les caractéristiques essentielles pour la dignité humaine, ce qui signifie qu'on peut affirmer qu'un groupe social est constitué par des personnes unies par la revendication de leurs droits fondamentaux¹⁶⁴. Le problème de cette analyse est toutefois qu'elle semblerait conduire à remplacer les motifs individuels de la Convention par un motif unique, protégeant toutes les personnes dont les droits de l'Homme ont été violés, désignant un groupe social pour chaque droit violé, ou peut-être pour toutes les personnes dont les droits de l'Homme sont violés dans une société donnée. Ce type de principe général de non-refoulement pourrait représenter un progrès admirable en matière de protection des droits de l'Homme, mais il dépasse manifestement l'intention et la portée de la Convention.

Les juges devraient, toutefois, prendre leur temps avant de conclure hâtivement que les personnes qui s'opposent aux pratiques chinoises de planning familial ne peuvent jamais constituer un groupe social. Si on adopte l'approche proposée plus haut, il faut examiner la question de savoir si les personnes qui ont eu deux enfants, ou qui ont invoqué un droit fondamental à le faire, ont été perçues comme un groupe social en Chine. Dans cette recherche, le fait qu'il y ait persécution pourrait aller dans le sens de la reconnaissance d'un groupe social, sans négliger la règle selon laquelle la persécution ne peut pas définir le groupe. Cela signifie que l'action coercitive de l'État peut être perçue par l'ensemble de la société comme renforçant l'idée que ceux qui s'y opposent sont des ennemis de l'État. En effet, la gravité de l'atteinte aux droits de l'Homme souligne la position de l'État. C'est comme si l'État disait : « Le comportement de ces personnes transgresse les normes sociales à tel point qu'il est justifié que nous violions leurs droits fondamentaux ». (Même si la punition infligée n'incluait pas la stérilisation ou l'avortement forcés, il pourrait toujours être utile d'identifier les contrevenant(e)s comme un groupe paria dans la société chinoise).

En résumé, la question pertinente dans les cas de planification familiale coercitive chinoise doit être de savoir si celles et ceux qui s'opposent à cette politique sont perçu(e)s comme un groupe à part en Chine. Ce serait le cas que le groupe soit « uni » ou non, ou que les membres du groupe soient volontairement affilié(e)s entre eux ou non. Il suffit que le groupe soit reconnu comme tel dans la société, de telle manière que tout(e) membre qui possède la caractéristique qui définit le groupe soit perçu(e) comme un(e) membre du groupe. Dans ce cas, les actes dirigés contre elles et/ou eux en violation des droits de l'Homme doivent être interprétés comme une persécution infligée du fait de leur appartenance à un certain groupe social.

164. Voir l'opinion dissidente du juge La Forest dans *Chan*, *supra* note 21, [1995] 3 SCR 593 à 642-6.

Cet exemple montre la façon dont l'approche proposée trace une voie médiane, ne concluant pas que toutes les personnes subissant des violations des droits de l'Homme doivent se voir accorder la protection de la Convention sur le motif du groupe social et ne rejetant pas automatiquement les demandes déposées par celles et ceux qui s'opposent à des politiques sociales d'application générale. Cela évite les conséquences fâcheuses de l'approche développée dans l'affaire *Sanchez-Trujillo* et ne nécessite pas non plus une application extensive de l'approche des caractéristiques protégées afin de fournir une protection adéquate au titre de la Convention.

D. Les violences conjugales

Mme T., après avoir été fréquemment battue par son mari, lui a dit qu'elle souhaitait divorcer. Il l'a chassée du foyer et lui a dit qu'il ne consentirait pas au divorce. Bien qu'ils ne vivent plus ensemble, le mari continue de harceler sa femme. Ses appels aux autorités locales ne lui ont procuré aucune assistance ; selon les normes sociales de l'État, le mari est libre de punir une femme ayant quitté le domicile.

Aucun autre type de cas n'a autant testé le motif du groupe social que les demandes impliquant des violences conjugales. Même si ces demandes étaient quasiment inexistantes il y a vingt ans, elles sont de plus en plus nombreuses à être déposées dans plusieurs juridictions. Ces demandes soulèvent des questions difficiles d'interprétation de l'expression « appartenance à un certain groupe social » et de la condition du lien causal. Les juges, aidés par des lignes directrices officielles relatives aux demandes d'asile fondées sur le genre¹⁶⁵, ont généralement manifesté une volonté d'accueillir ces demandes, mais le raisonnement tenu dans les différents cas varie énormément d'une juridiction à l'autre.

La définition précise du groupe social a été particulièrement difficile¹⁶⁶. Les cas ont examiné les groupes tels que les femmes, les femmes mariées, les femmes exprimant leur opposition à la violence ou les femmes mariées à des maris infligeant des sévices. L'approche des caractéristiques protégées et celle de la perception sociale pourraient toutes deux reconnaître que *les femmes* constituent le groupe approprié. Cela a été la conclusion de la majorité des Lords dans l'importante décision *Islam* et *Shah*. On pourrait objecter que cette définition ne convient pas parce que tous les membres du groupe ne sont pas en danger¹⁶⁷. Cependant, comme l'a fait remarquer Lord Steyn dans *Islam* et *Shah*, cela constituerait une restriction inappropriée de la catégorie ; la question pertinente n'est pas de savoir si tous les membres sont soumis au danger, mais si l'appartenance de la requérante au groupe est la base

165. Voir, par exemple, l'Australie, le Canada, les Pays-Bas, le Royaume-Uni et les États-Unis. Des lignes directrices relatives au traitement des demandeurs d'asile particulièrement vulnérables (y compris ceux confrontés à une persécution liée au genre) ont également été élaborées par l'Office fédéral autrichien de l'asile.

166. Voir Goldberg, *Anyplace but Home*, supra note 155.

167. C'était l'argument du conseil du Secrétaire d'État dans *Islam* et *Shah*, supra note 2. Voir le jugement de Lord Steyn au § 504.

de sa crainte de persécution. Une autre objection à la définition du groupe social des *femmes* pourrait être fondée sur l'idée qu'un auteur de sévices pourrait avoir ciblé sa femme pour lui infliger des sévices, non parce qu'elle est une femme, mais plutôt parce qu'elle est sa femme ou parce qu'il est simplement violent. Mais ce raisonnement semble ouvert à controverse, une fois que l'analyse est développée pour prendre en compte les normes sociales. Il se peut que des normes plus générales au sein de la société permettent, par essence, que des sévices soient infligés aux femmes dans la mesure où ces normes ne stigmatisent pas le persécuteur et n'insistent pas non plus pour que l'État prenne des mesures pour les prévenir. Dans ce cas, les sévices subis par la requérante semblent manifestement lui arriver simplement parce qu'elle est une femme.

Certains juges ont préféré utiliser la catégorie des *femmes mariées*, peut-être parce qu'elle identifie plus étroitement le groupe de personnes susceptibles de subir des sévices. Cela signifie qu'un mari violent peut ne pas persécuter les femmes dans la rue mais infliger des sévices à toute femme à qui il est marié.

Selon l'approche proposée, il pourrait être approprié que les juges identifient soit les *femmes*, soit les *femmes mariées* comme groupe social particulier : il est difficile d'imaginer une société dans laquelle ces groupes ne sont pas reconnus comme partageant une caractéristique distincte et socialement pertinente. Les deux groupes auraient également des chances d'être reconnus selon l'approche des caractéristiques protégées. La question serait alors de savoir si la requérante peut démontrer que la persécution a été subie du fait de son appartenance à ce groupe. Comme décrit dans l'exposé portant sur le « lien causal », cela pourrait être établi de deux façons. Soit la requérante peut montrer que l'auteur des sévices l'a persécutée en raison de son appartenance au groupe social particulier et que l'État n'avait ni la capacité, ni la volonté d'empêcher les sévices, soit elle peut montrer que, quelles que soient les motivations de l'auteur des sévices, l'État n'avait *pas la volonté* d'empêcher les sévices en raison de son appartenance au groupe défini.

Il faut reconnaître que cette analyse ne cadre pas avec la décision de la BIA dans *Matter of R.A.*, mais ce jugement semble soulever des questions graves, comme indiqué par les règles proposées par l'INS et par la déclaration du Procureur général des États-Unis invalidant la décision de la BIA et lui renvoyant l'affaire pour réexamen, une fois les règles définitives de l'INS promulguées. Il n'est pas justifié d'exiger de la requérante qu'elle prouve que l'auteur de ses sévices les infligerait à toutes les femmes (ou à toutes les femmes mariées). Encore une fois, la question à creuser est de savoir si la requérante est en danger en raison des circonstances dans lesquelles elle se trouve et si c'est son appartenance au groupe qui la met en danger.

VIII. Conclusion

Il serait sage de garder à l'esprit les mots du juge Sedley, écrivant pour la Cour d'appel dans l'affaire *Islam et Shah* (et cités par Lord Steyn dans *Islam et Shah*) :

Le fait de juger [une demande fondée sur l'appartenance à un certain groupe social] n'est pas un exercice conventionnel pour un juriste, consistant à appliquer un test juridique décisif pour établir des faits ; il s'agit d'effectuer une évaluation globale de la situation passée et future d'une personne dans un milieu culturel, social, politique et juridique particulier, au travers d'une analyse qui, bien que comprenant des limites juridiques et linguistiques, comporte un objectif humanitaire large¹⁶⁸.

De plus, il est très important d'insister sur le fait que les procédures de détermination des demandes fondées sur le groupe social sont spécifiques aux faits et aux pays. Cela signifie qu'il n'y a aucune raison *a priori* de présumer qu'un groupe identifié comme un groupe social au sens de la Convention dans un pays pourra être qualifié de groupe social dans d'autres pays. En gardant à l'esprit ces éléments de réflexion, voici le résumé des discussions qui précèdent.

L'expression « un certain groupe social » ne doit pas être artificiellement limitée dans son application, mais elle ne peut pas non plus se voir attribuer une signification rendant les autres motifs superflus. Il est important de noter qu'un groupe ne peut pas être défini uniquement par la persécution infligée. Deux analyses générales ont été identifiées : l'approche des caractéristiques protégées et l'approche de la perception sociale. J'ai démontré que cette dernière, tout en suscitant parfois quelques difficultés, constitue probablement la meilleure interprétation de la Convention. La question centrale à analyser dans un cas de groupe social doit, alors, être celle de savoir si le groupe allégué est uni par une caractéristique commune par laquelle les membres s'identifient ou sont identifiés par le gouvernement ou la société. Les deux approches peuvent néanmoins être considérées comme cohérentes si l'analyse des caractéristiques protégées est comprise comme définissant un ensemble central de groupes qui sont quasiment certains d'être reconnus en vertu de l'analyse de la perception sociale. Si on l'entend de cette façon, l'analyse des caractéristiques protégées peut être appliquée par les juges qui estiment qu'elle est plus adéquate ; ces juges peuvent avoir la certitude qu'elle identifiera la majeure partie des groupes qui doivent être protégés par la Convention. J'ai toutefois suggéré qu'ils soient disposés à évaluer également les demandes qui ne remplissent pas les critères de l'analyse des caractéristiques protégées à l'aune de l'analyse de la perception sociale.

Quelle que soit l'analyse utilisée, il n'est pas exigé que le groupe soit « uni » pour être reconnu comme un « certain groupe social » au sens de la Convention, c'est-à-dire qu'il n'est pas nécessaire de montrer que tou(te)s les membres du groupe se connaissent ou s'associent volontairement. La question pertinente est de savoir si

168. *R. c. IAT and Secretary of State for the Home Department, ex parte Shah*, English High Court, [1997] Imm AR 145 à 153 (traduction libre).

ces membres partagent une caractéristique commune qui définit le groupe. Un ou une requérant(e) n'a pas non plus besoin de démontrer que chaque membre du groupe est menacé(e) de persécution pour établir qu'un certain groupe social existe. Il ou elle doit seulement prouver que sa crainte de persécution est fondée sur son appartenance au groupe.

Alors qu'un « certain groupe social » ne saurait être défini exclusivement par la persécution subie par tou(te)s les membres du groupe, ni par une crainte commune d'être persécuté, un acte de persécution à l'encontre d'un groupe peut être un élément pertinent pour déterminer la visibilité d'un groupe dans une société donnée. Le fait que les abus ciblent des personnes qui partagent une caractéristique identifiable indépendante peut prouver que le groupe est perçu comme un groupe dans la société dans laquelle il se trouve et qu'il est donc identifié comme « susceptible d'être persécuté » ou qu'il attire effectivement la persécution, en raison de cette caractéristique partagée.

J'ai montré que l'invocation de l'*ejusdem generis* et l'interprétation de la Convention principalement en termes de « non-discrimination » n'ont qu'une pertinence limitée pour interpréter l'expression « certain groupe social ».

Concernant l'exigence d'un lien causal entre l'appartenance à un groupe social et une crainte fondée de persécution, lorsqu'un ou une requérant(e) subit un préjudice de la part d'un agent non étatique, ce préjudice peut constituer une persécution du fait de l'appartenance à un certain groupe social si i) le préjudice est infligé en raison de cette appartenance et l'État n'a ni la capacité, ni la volonté d'empêcher ce préjudice ou ii) le préjudice est infligé et l'État, en raison de l'appartenance du ou de la requérant(e) à un certain groupe social, n'a pas la volonté d'empêcher ce préjudice.

Un dernier point mérite d'être rappelé. Le fait de conclure qu'un certain groupe social existe dans un cas individuel n'établit bien entendu pas que tous les membres du groupe ont le droit d'être reconnus réfugiés. Un ou une requérant(e) aura besoin de démontrer une crainte fondée de persécution du fait de son appartenance à ce groupe.