

Cinquième partie

La persécution liée au genre (article 1 A 2)

Sommaire

| | |
|--|-----|
| 5.1 | |
| La persécution liée au genre | 363 |
| 5.2 | |
| Relevé des conclusions : la persécution liée au genre | 397 |
| 5.3 | |
| Liste des participants | 399 |

LA PERSÉCUTION LIÉE AU GENRE

Rodger HAINES QC *

Table des matières

| | | |
|------|---|-----|
| I. | Introduction | 365 |
| II. | L'interprétation de l'article 1 A 2 | 368 |
| | A. L'accès universel au régime de protection des réfugiés | 369 |
| | B. L'examen se concentre sur les caractéristiques et les circonstances propres au demandeur d'asile | 370 |
| | C. Le sexe et le genre font partie intégrante de la détermination de la qualité de réfugié | 370 |
| | D. L'importance du Protocole de 1967 | 371 |
| | E. Le sexe et le genre sont d'ores et déjà inclus dans la Convention de 1951 | 371 |
| III. | Comprendre la signification du terme « persécution » | 372 |
| | A. La persécution = un préjudice grave + l'absence de protection de l'État | 375 |
| | B. Un préjudice grave | 375 |
| | C. La discrimination | 376 |
| | D. L'absence de protection de l'État | 377 |
| | E. La norme de protection de l'État | 378 |
| | F. Le relativisme culturel | 379 |
| | G. La violence domestique | 380 |
| | H. La discrimination liée au genre imposée par la loi | 380 |
| | I. Guerre, guerre civile et troubles civils | 381 |
| | J. La protection interne | 382 |
| IV. | Comprendre la signification des termes « avec raison » | 384 |
| V. | Comprendre la signification de l'expression « du fait de » | 385 |

* Ce document a été commandé par le HCR pour servir de document de travail pour les discussions d'une table ronde d'experts portant sur la persécution liée au genre, organisée dans le cadre des Consultations globales sur la protection internationale, à l'occasion du 50^e anniversaire de la *Convention de 1951 relative au statut des réfugiés*.

| | |
|---|-----|
| VI. Les cinq motifs de la Convention | 387 |
| A. La race | 388 |
| B. La religion | 388 |
| C. La nationalité | 389 |
| D. L'appartenance à un certain groupe social | 390 |
| E. Les opinions politiques | 392 |
| VII. Questions de procédure | 395 |
| VIII. Conclusion | 396 |

I. Introduction

Le principe de non-discrimination a été, à juste titre, décrit comme fondamental pour le concept des droits de l'Homme¹. Il est expressément affirmé, par exemple, au préambule de la *Charte des Nations Unies*², dans la *Déclaration universelle des droits de l'Homme de 1948*³, dans le *Pacte international relatif aux droits civils et politiques de 1966*⁴, et dans la *Convention sur l'élimination de toutes les formes de discrimination à l'égard des femmes de 1979*⁵. Le principe d'égalité et l'interdiction de la discrimination ont été réaffirmés et renforcés par une multitude de traités internationaux relatifs aux droits de l'Homme. Leur respect est toutefois loin d'être exemplaire et cela vaut également pour la *Convention relative au statut des réfugiés de 1951*⁶. En particulier, il n'a pas toujours été reconnu que les femmes et les petites filles bénéficiaient de la même protection en vertu de la Convention de 1951.

Depuis 1985 au moins, un effort concerté a toutefois été consenti par l'Office du Haut Commissariat des Nations Unies pour les réfugiés (HCR) en vue de corriger cette inéquité. Le Comité exécutif du Programme du Haut Commissaire a également prié les États de reconnaître que les femmes réfugiées victimes de violence et de persécution avaient besoin de la protection de la *Convention de 1951*⁷. Ainsi, en octobre 1995, le Comité exécutif :

1. P. Sieghart, *The International Law of Human Rights* (Clarendon Press, Oxford, 1990), p. 75. Voir aussi M. Nowak, *UN Covenant on Civil and Political Rights : CCPR Commentary* (NP Engel, Kehl am Rhein, Allemagne, et Arlington, VA, États-Unis, 1993), pp. 458 et 460 : « Avec la liberté, l'égalité est le principe le plus important, imprégnant et inspirant le concept des droits de l'Homme » ; « Le principe d'égalité et l'interdiction de la discrimination parcourent le [*Pacte international relatif aux droits civils et politiques*] comme un fil rouge » (traduction libre).

2. L'article 1 § 3 de la *Charte des Nations Unies, 1945*, inclut également le sexe parmi les motifs de discrimination interdits, au même titre que la race, la langue et la religion.

3. *Déclaration universelle des droits de l'Homme*, Résolution 217 A (III) de l'Assemblée générale des Nations Unies, 10 décembre 1945 (ci-après « *Déclaration universelle* »), articles 2 et 7.

4. *Pacte international relatif aux droits civils et politiques*, 1966, Nations Unies, *Recueil des Traités*, vol. 999, n° 171, 6 ILM 368, 1967 (ci-après « *PIDCP* »), articles 2 § 1, 3 et 26.

5. *Convention sur l'élimination de toutes les formes de discrimination à l'égard des femmes*, 1979, Nations Unies, *Recueil des Traités*, vol. 1249, n° 13, articles 1 à 5.

6. *Convention relative au statut des réfugiés, 1951*, Nations Unies, *Recueil des Traités*, vol. 189, n° 150 (ci-après « *Convention de 1951* »). Les références à la *Convention de 1951* faites dans ce document doivent être comprises comme incluant le *Protocole de 1967 relatif au statut des réfugiés*, Nations Unies, *Recueil des Traités*, vol. 606, n° 267.

7. Voir, par exemple, Comité exécutif, Conclusion No. 39 (XXXVI) 1985, *Les femmes réfugiées et la protection internationale*, paragraphes b) et k) qui se félicite de l'adoption de recommandations relatives à la situation des femmes réfugiées ou déplacées par la Conférence mondiale chargée d'examiner et d'évaluer les résultats de la Décennie des Nations Unies pour la femme, réunie à Nairobi (Kenya) en juillet 1985.

invite le Haut Commissaire à appuyer et promouvoir les efforts déployés par des États pour élaborer et appliquer les critères et principes directeurs sur les réponses à la persécution visant spécifiquement les femmes [...]. Conformément au principe qui veut que les droits des femmes participent des droits de l'Homme, ces principes directeurs doivent reconnaître comme réfugiées les femmes dont la demande de statut de réfugié s'appuie sur une crainte fondée de persécution pour les raisons énumérées dans la *Convention de 1951* et le *Protocole de 1967 relatifs au statut des réfugiés*, y compris la persécution du fait de violences sexuelles ou toute autre persécution liée au genre⁸.

Il en a résulté un ensemble de plus en plus complet de positions et de principes directeurs relatifs à la persécution liée au genre, publiés par le HCR et d'autres organes⁹. Dans le même temps, l'analyse et la compréhension des considérations de sexe et de genre dans le domaine des réfugiés ont progressé d'une manière très significative dans la jurisprudence¹⁰, dans la pratique des États¹¹ et dans les travaux

8. Comité exécutif, Conclusion No. 77 (XLVI) 1995, *Conclusion générale sur la protection internationale*, paragraphe g), UN doc. A/AC.96/878, IIIA.1. Voir, en général, HCR, Division de la protection internationale, « Gender-Related Persecution : An Analysis of Recent Trends », *International Journal of Refugee Law*, édition spéciale, 1997, pp. 79-113. Voir aussi Rapport de la quatrième Conférence mondiale sur les femmes, Programme d'action, UN doc. A/CONF.177/20, 17 octobre 1995, Annexe II, en particulier le paragraphe 136 qui reconnaît que les femmes (...) « peuvent être forcées de s'enfuir, pour les raisons énumérées dans la *Convention de 1951*, en raison de craintes justifiées de persécutions, (...) notamment sous forme de sévices sexuels ou d'autres violences spécifiques au genre [...] ».

9. Ces documents incluent, entre autres, HCR *Guidelines on the Protection of Refugee Women*, juillet 1991 ; HCR, *Sexual Violence Against Refugees : Guidelines on Prevention and Response*, 1995 ; Symposium sur la persécution liée au genre organisé à Genève les 22 et 23 février 1996 (reproduit dans *International Journal of Refugee Law*, édition spéciale, 1997, pp. 1-251) et HCR, *Gender-Related Persecution*, Position du HCR, janvier 2000 (ci-après HCR, *Position de 2000 sur la persécution liée au genre*).

10. Voir, par exemple, *In Re Kasinga*, US Board of Immigration Appeals (BIA), Décision provisoire No. 3278, 1996, [1996] I. & N. Decisions 357 ; *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*, UK House of Lords, [1999] 2 WLR 1015 ; [1999] INLR 144 ; [1999] 2 AC 629 et 11 *International Journal of Refugee Law*, 1999, pp. 496-527 (ci-après « *Islam et Shah* ») ; *Minister for Immigration and Multicultural Affairs c. Khawar*, High Court of Australia, (2002) 187 ALR 574 et [2000] HCA 14, 11 avril 2002 ; Refugee Appeal No. 71427/99, New Zealand Refugee Status Appeals Authority (NZ RSAA), [2000] NZAR 545 ; [2000] INLR 608. Ces décisions sont commentées entre autres dans D.E. Anker, « Refugee Status and Violence Against Women in the 'Domestic' Sphere : The Non-State Actor Question ? », 15 *Georgetown Immigration Law Journal*, 2001, p. 391.

11. Voir, par exemple, Immigration and Naturalization Service (INS), *Gender Guidelines : Considerations for Asylum : Considerations for Asylum Officers Adjudicating Asylum Claims from Women*, 26 mai 1995 (États-Unis) ; Department of Immigration et Multicultural Affairs, *Guidelines on Gender Issues for Decision Makers*, juillet 1996 (Australie) ; Commission de l'immigration et du statut de réfugié, *Principe directeur 4 : Femmes en quête d'asile craignant des persécutions liées à leur genre*, 25 novembre 1996 (Canada) ; Immigration and Naturalization Service, *Work Instruction No. 148 : Women in the Asylum Procedure*, 1997 (Pays-Bas) ; Immigration Appellate Authority (IAA), *Asylum Gender Guidelines*, novembre 2000 (Royaume-Uni) (ci-après IAA, *Asylum Gender Guidelines*). Pour les développements récents aux États-Unis, voir *INS Issues Proposed Rule on Gender and Domestic Violence-Based Asylum Claims*, 77 *Interpreter Releases* 1737, 18 décembre 2000. L'article 1 § 1 du Refugee Act de 1996 (Irlande)

universitaires¹². Cela est lié avant tout à une meilleure appréciation de la différence entre le sexe, qui indique une différence biologique, et le genre, qui fait référence aux relations entre les hommes et les femmes fondées sur des rôles définis socialement qui sont attribués à un sexe ou à l'autre¹³.

Ces développements se sont produits parallèlement à l'évolution du droit international relatif aux droits de l'Homme et du droit international humanitaire et s'en sont inspirés — notamment de la jurisprudence du Tribunal pénal international pour l'ex-Yougoslavie et du Tribunal pénal international pour le Rwanda¹⁴. Le *Statut de Rome* de la Cour pénale internationale a également joué un rôle important en reconnaissant explicitement que la violence sexuelle pouvait constituer un crime contre l'humanité et un crime de guerre¹⁵. Comme pour d'autres aspects de la définition du réfugié, la pratique des États relative aux questions de sexe et de genre dans le contexte des réfugiés est variable mais indique dans l'ensemble une convergence sur le principe d'une interprétation de la *Convention de 1951* prenant en compte le genre et sensible à cet aspect¹⁶.

définit « l'appartenance à un certain groupe social » comme incluant l'appartenance à un groupe de personnes dont la caractéristique commune est d'appartenir au sexe féminin ou masculin. La législation suédoise a intégré une disposition spécifique dans la loi sur les étrangers en 1997 prévoyant que les personnes persécutées en raison de leur genre ont droit à un titre de séjour humanitaire. Un amendement de 1998 à la loi suisse sur l'asile stipule que les motifs de fuite liés au genre doivent être pris en considération, et l'accord constituant la base du nouveau gouvernement allemand en 1998 contient également des règles spécifiques concernant la persécution liée au genre : voir T. Spijkerboer, *Gender and Refugee Status* (Ashgate, Aldershot, 2000), p. 3. L'Office fédéral de l'asile d'Autriche est en train d'élaborer des lignes directrices relatives au traitement des demandeurs d'asile particulièrement vulnérables, y compris les enfants séparés, les demandeurs d'asile traumatisés et les cas de persécution liée au genre.

12. Pour deux récents exemples notables, voir Spijkerboer, *Gender and Refugee Status*, *supra* note 11, et H. Crawley, *Refugees and Gender : Law and Process* (Jordans, Bristol, 2001). Pour un commentaire sur la législation américaine, voir D.E. Anker, *Law of Asylum in the United States* (3^e édition, Refugee Law Center, 1999), pp. 252-66, 365-76 et 388-93 ; P. Golberg, « Analytical Approaches in Search of Consistent Application : A Comparative Analysis of the Second Circuit Decisions Addressing Gender in the Asylum Law Context », 66 *Brooklyn Law Review*, 2000, p. 309.

13. Pour une discussion plus détaillée sur cette question spécifique, voir le sous-titre *infra* intitulé « Le sexe et le genre font partie intégrante de l'examen de la demande d'asile ». Crawley, *Refugees and Gender*, *supra* note 12, p. 6 ; Refugee Women's Legal Group (RWLG), *Gender Guidelines for the Determination of Asylum Claims in the UK*, juillet 1998, paragraphe 1.8 ; HCR, *Position de 2000 sur la persécution liée au genre*, *supra* note 9, p. 1.

14. Pour plus de détails, voir le sous-titre *infra* intitulé « Guerre, guerre civile et troubles civils » ; E. Mose, « The Criminality Perspective », 15 *Georgetown Immigration Law Journal*, 2001, p. 463.

15. *Statut de Rome de la Cour pénale internationale*, UN doc. A/CONF.183/9, 17 juillet 1998, articles 7 et 8. L'article 6 inclut aussi dans sa définition du génocide « le fait d'imposer des mesures visant à entraver les naissances au sein du groupe ».

16. Voir, par exemple, A. Leiss et R. Boesjes, *Female Asylum-Seekers : A Comparative Study Concerning Policy and Jurisprudence in the Netherlands, Germany, France, the United Kingdom, also Dealing Summarily with Belgium and Canada* (Dutch Refugee Council, Amsterdam, avril 1994), p. 94 ; J. Bissland et K. Lawand, « Report of the UNHCR Symposium on Gender-Based Persecution », *International Journal of Refugee Law*, édition spéciale, 1997, pp. 13 et 28.

L'expérience a montré qu'une telle interprétation de la *Convention de 1951* ne conduit pas inexorablement à ce que toutes les femmes en quête d'asile se voient automatiquement reconnaître le statut de réfugié¹⁷. Tout(e) requérant(e) d'asile doit toujours établir qu'elle ou il craint avec raison d'être persécuté(e), que la nature du préjudice redouté atteint le niveau d'un préjudice grave, que l'État ne la ou le protégerait pas en cas de retour, et que sa crainte fondée de persécution est du fait de la race, de la religion, de la nationalité, de l'appartenance à un certain groupe social ou des opinions politiques. L'examen du statut de réfugié est toujours individuel ; il dépend toujours des particularités au cas en l'espèce.

Ce document a pour objectif de proposer une manière d'interpréter la définition du réfugié qui soit sensible au genre. La partie II examine brièvement les questions générales relatives à l'interprétation de l'article 1 A 2 de la *Convention de 1951*, qui prévoit un examen visant à déterminer si la ou le requérant(e) d'asile est une 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 peut ou, du fait de cette crainte, ne veut se réclamer de la protection de ce pays (...)

Les parties III à V analysent les différents éléments liés aux termes « persécution », « avec raison » et « du fait de » contenus dans la définition du réfugié. Elles démontrent que les différents éléments de cette définition doivent tous être remplis pour qu'une personne soit reconnue réfugiée. Bien que le genre ne soit pas spécifiquement mentionné dans la définition, cet élément peut influencer, voire dicter, le type de persécution ou de préjudice subi et les motifs de ce traitement. La partie VI examine chacun des cinq motifs de la Convention permettant l'octroi du statut de réfugié en intégrant la question du genre. Enfin, la partie VII identifie brièvement quelques-unes des questions de procédure les plus importantes pouvant être soulevées et qui nécessitent une réponse tenant compte du genre. Bien que l'accent de cette analyse soit avant tout mis sur la situation particulière des femmes et des filles, il est bien évident que les hommes et les garçons peuvent également être exposés à une persécution liée au genre.

II. L'interprétation de l'article 1 A 2

Ni la définition du réfugié, ni la *Convention de 1951* en général, ne font référence au sexe ou au genre¹⁸. Toutefois, cette omission n'a pas de réelle portée. Le

17. C. Bernier, « The IRB Guidelines on Women Refugee Claimants Fearing Gender-Related Persecution », *International Journal of Refugee Law*, édition spéciale, 1997, pp. 167 et 168. Le Canada, qui figure parmi les pays les plus expérimentés concernant les principes directeurs sur les femmes en quête d'asile, n'a pas remarqué d'effet sensible sur le nombre de requêtes liées au genre au Canada. L'expérience des États-Unis a été similaire. Voir D.E. Anker, *Law of Asylum in the United States* (3^e édition, Refugee Law Center, Washington DC, 1999), p. 254, n. 405.

18. La clause de non-discrimination de la *Convention de 1951*, à savoir l'article 3, ne mentionne que la race, la religion et le pays d'origine comme motifs de discrimination prohibés.

sens ordinaire de l'article 1 A 2 de la *Convention de Genève*, dans son contexte et à la lumière de l'objet et du but de cette dernière, impose la conclusion que la Convention protège tant les femmes que les hommes et qu'il faut donc en faire une interprétation prenant en compte le genre et sensible à cet aspect¹⁹. En outre, l'article 26 du *PIDCP* confère un droit indépendant à l'égalité devant la loi et à une égale protection de la loi, en sus et au-delà de l'interdiction complémentaire de la discrimination prévue à l'article 2 du *PIDCP*²⁰.

A. L'accès universel au régime de protection des réfugiés

Conformément au texte lui-même, la définition du réfugié s'applique à toute personne sans distinction basée sur le sexe, l'âge, le handicap, l'orientation sexuelle, le statut marital, le statut familial, la race, les convictions religieuses, les origines ethniques ou nationales, les opinions politiques, ou sur tout autre statut ou caractéristique. Les seules catégories de personnes qui ne sont pas incluses dans la définition sont celles décrites dans les clauses de cessation de l'article 1 C et dans les clauses d'exclusion des articles 1 D, 1 E et 1 F. Mais même dans ce cas, aucune de ces clauses ne fait de distinction entre les personnes sur la base, par exemple, de leur sexe, de leur âge, de leur handicap, de leur orientation sexuelle, de leur statut marital ou familial, de leur race, de leurs opinions politiques ou de leurs croyances religieuses ou éthiques.

L'intention d'assurer un accès universel au régime des réfugiés est expressément affirmée par le premier et le deuxième considérants du préambule de la *Convention de 1951* :

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 ce principe que les êtres humains, sans distinction, doivent jouir des droits de l'Homme et des libertés fondamentales,

Considérant que l'Organisation des Nations Unies a, à plusieurs reprises, manifesté la profonde sollicitude qu'elle éprouve pour les réfugiés et qu'elle s'est préoccupée d'assurer à ceux-ci dans l'exercice le plus large possible des droits de l'Homme et des libertés fondamentales [...]

19. L'article 31 de la *Convention de Vienne de 1969 sur le droit des traités*, Nations Unies, *Recueil des Traités*, vol. 1155, n° 331, dispose : « Un traité doit être interprété de bonne foi suivant le sens ordinaire à attribuer aux termes du traité dans leur contexte et à la lumière de son objet et de son but ». Voir aussi *Applicant A. c. Minister for Immigration and Ethnic Affairs*, High Court d'Australie, (1997) 190 CLR 225, par le juge McHugh ; HCR, *L'interprétation de l'article 1 de la Convention de 1951 relative au statut des réfugiés*, avril 2001, paragraphes 2-6.

20. Nowak, *CCPR Commentary*, supra note 1, p. 465. L'article 26 du *PIDCP* dispose que :

Toutes les personnes sont égales devant la loi et ont droit sans discrimination à une égale protection de la loi. À cet égard, la loi doit interdire toute discrimination et garantir à toutes les personnes une protection égale et efficace contre toute discrimination, notamment de race, de couleur, de sexe, de langue, de religion, d'opinion politique et de toute autre opinion, d'origine nationale ou sociale, de fortune, de naissance ou de toute autre situation.

B. L'examen se concentre sur les caractéristiques et les circonstances propres au demandeur d'asile

Bien que le régime de protection des réfugiés soit universel, la définition du réfugié est stricte et nécessite un examen extrêmement spécifique des caractéristiques et des circonstances propres au demandeur d'asile. Il faut établir que l'intéressé(e) craint avec raison d'être persécuté(e) et que cette crainte est du fait d'au moins un des cinq « motifs » énumérés dans la définition. En termes plus généraux, l'examen porte sur la personne elle-même ou ce qu'elle pense et la raison pour laquelle elle ne peut ou ne veut se réclamer de la protection de son pays d'origine. Le sexe et le genre constituent tous deux des aspects inhérents à la question de savoir si le ou la requérant(e) répond à la définition du réfugié.

C. Le sexe et le genre font partie intégrante de la détermination de la qualité de réfugié

L'objectif de la *Convention de 1951* est d'assurer une protection de substitution aux hommes, aux femmes et aux enfants qui craignent des persécutions. Comme les hommes, les femmes et les enfants peuvent être persécutés de manière différente et comme l'article 1 A 2 exige un examen des caractéristiques et des circonstances propres à chaque demandeur, le sexe et/ou l'âge de l'intéressé(e) font partie intégrante de la détermination de la qualité de réfugié.

Font également partie intégrante de cet examen les structures du pouvoir dans le pays d'origine et en particulier la situation civile, politique, sociale et économique du demandeur d'asile. Dans ce contexte, comme l'ont expliqué Heaven Crawley et d'autres :

Le terme « genre » [...] fait référence à la construction sociale des relations de pouvoir entre les femmes et les hommes, et aux implications de ces relations pour leur identité respective, leur statut, leurs rôles et leurs responsabilités (en d'autres termes, l'organisation sociale de la différence entre les sexes). Le genre n'est ni statique ni inné, mais il acquiert une signification construite socialement et culturellement parce que c'est le moyen principal de montrer les relations de pouvoir. Les relations et les différences de genre sont spécifiques historiquement, géographiquement et culturellement, de telle sorte que ce qu'on entend par être une « femme » ou un « homme » varie selon les lieux et les époques. L'analyse de la façon dont le genre (par opposition au sexe biologique) influence les expériences des femmes en quête d'asile doit par conséquent replacer ces expériences dans leur contexte²¹.

En effet, comme l'a exposé le *Refugee Women's Legal Group* au Royaume-Uni :

Le genre est une relation sociale qui intervient dans, et fait partie de, toutes les autres relations et identités sociales. Les expériences que rencontrent les femmes en matière de persécution et

21. Crawley, *Refugees and Gender*, supra note 12, pp. 6-7 (traduction libre). Voir aussi Refugee Women's Legal Group (RWLG), *Gender Guidelines for the Determination of Asylum Claims in the UK*, juillet 1998, paragraphes 1.8-1.15 (ci-après RWLG, *Gender Guidelines*) ; HCR, *Position de 2000 sur la persécution liée au genre*, supra note 9, p. 1.

de procédure de détermination du statut de réfugié seront également influencées par les différences de race, de classe, de sexualité, d'âge, de statut marital, d'expérience sexuelle, etc. Tenir compte du genre, par opposition au sexe, permet une approche [de la définition du réfugié] qui peut combiner la spécificité, la diversité et l'hétérogénéité²².

La persécution liée au genre fait référence aux expériences que rencontrent des femmes *parce que* ce sont des femmes, c'est-à-dire à cause de leur identité et de leur statut en tant que femmes. La persécution basée sur le genre fait référence à des formes de préjudice grave qui sont spécifiques aux femmes²³. Les motifs de cette persécution et la forme qu'elle prend peuvent toutefois se recouper. Le premier aspect sera développé dans le contexte de la discussion relative au lien causal (« du fait de ») et aux « motifs de la Convention ». Le second sera débattu dans la partie relative à la « persécution ».

D. L'importance du Protocole de 1967

Le *Protocole de 1967* additionnel à la *Convention de 1951* n'a pas seulement supprimé la date limite du 1^{er} janvier 1951 et la limite géographique, mais il a fondamentalement transformé la *Convention de 1951* d'un document établi à un moment donné de l'histoire en un instrument relatif aux droits de l'Homme traitant des formes contemporaines de violations des droits de l'Homme appelées à juste titre persécutions²⁴.

E. Le sexe et le genre sont d'ores et déjà inclus dans la Convention de 1951

Le texte, le but et l'objet de la *Convention de 1951* exigent une interprétation prenant en compte le genre et sensible à cet aspect. Le sexe et le genre sont d'ores et déjà inclus dans la définition du réfugié. Si l'on perd cela de vue, une interprétation erronée peut refléter et renforcer les préjugés liés au genre conduisant à la marginalisation des femmes dans le contexte des réfugiés²⁵. Il a été suggéré que le « sexe » ou le « genre » soit ajouté comme sixième motif à la *Convention de 1951*. Hormis le fait qu'il est peu réaliste d'espérer que la Convention évolue dans ce sens, l'argument en faveur d'un sixième motif peut avoir l'effet involontaire de marginaliser davantage les femmes, s'il est interprété de manière erronée, comme une concession implicite que le sexe et le genre n'ont pas leur place dans le droit des réfugiés actuel²⁶.

22. RWLG, *Gender Guidelines*, supra note 21, paragraphe 1.10 (traduction libre).

23. Crawley, *Refugees and Gender*, supra note 12, p. 7.

24. L'article 31 § 3 a) de la *Convention de Vienne sur le droit des traités*, supra note 19, dispose en particulier qu'il sera tenu compte, en même temps que du contexte, de tout accord ultérieur intervenu entre les parties au sujet de l'interprétation du traité ou de l'application de ses dispositions.

25. Crawley, *Refugee and Gender*, supra note 12, pp. 4-5 ; HCR, *Position de 2000 sur la persécution liée au genre*, supra note 9, p. 2.

26. T. Spijkerboer, *Women and Refugee Status : Beyond the Public/Private Distinction* (Emancipation Council, La Haye, septembre 1994), p. 68 ; HCR, *L'interprétation de l'article 1*, supra note 19, paragraphe 19.

Le fait que les décisionnaires ne reconnaissent pas et ne répondent pas de manière adéquate aux expériences des femmes ne s'explique pas par l'absence de référence spécifique dans la *Convention de 1951* à la persécution fondée sur le sexe ou sur le genre, mais plutôt par le fait que ce texte est abordé de manière partielle et interprété via le prisme d'expériences masculines²⁷. Le problème principal que rencontrent les femmes qui demandent l'asile, est l'incapacité des décisionnaires d'intégrer les demandes d'asile liées au genre faites par des femmes, à l'interprétation des motifs énumérés existant, ainsi que leur incapacité à reconnaître la nature politique d'actes, apparemment privés, qui portent préjudice aux femmes²⁸.

III. Comprendre la signification du terme « persécution »

L'engagement de la communauté internationale envers la protection non discriminatoire des droits de l'Homme sous-tend la *Convention de 1951*²⁹. La Convention ne protège toutefois pas les personnes contre toute forme de préjudice, même grave³⁰. Il doit exister un risque de préjudice d'un type qui soit incompatible avec l'obligation élémentaire de protection qu'un État doit à sa propre population³¹. L'opinion dominante est que le droit des réfugiés doit se préoccuper des actes qui portent atteinte à la dignité humaine d'une façon majeure et que la violation continue ou générale des droits fondamentaux de l'Homme constitue la référence appropriée³². La définition la plus appropriée de la persécution est l'absence continue ou générale de protection étatique à l'égard de l'un des droits fondamentaux reconnus par la communauté internationale³³.

Les droits fondamentaux de l'Homme en question sont ceux qui figurent dans ce qu'on appelle la *Déclaration internationale des droits*, qui comprend la *Déclaration universelle des droits de l'Homme* (DUDH) et, du fait que leur adhésion est quasi-uni-

27. Crawley, *Refugee and Gender*, supra note 12, pp. 35.

28. *Ibid.*

29. Préambule (premier et deuxième considérants) de la *Convention de 1951* ; *Canada (Procureur général) c. Ward*, Cour suprême du Canada, [1993] 2 SCR 689 à 733 ; (1993) 103 DLR (4th) 1 (ci-après « *Ward* »).

30. J.C. Hathaway, *The Law of Refugee Status* (Butterworths, Toronto, 1991), p. 103.

31. *Ibid.*, pp. 103-4.

32. *Ibid.*, pp. 108, approuvé dans *Ward*, supra note 29, [1993] 2 SCR 689 à 733.

33. Hathaway, *Law of Refugee Status*, supra note 30, pp. 104-5 et 112, approuvé dans *Horvath c. Secretary of State for the Home Department*, Chambre des Lords du Royaume-Uni, [2001] 1 AC 489 à 495F, 501C, 512F et 517D (ci-après « *Horvath* ») et par le juge Kirby dans *Minister for Immigration and Multicultural Affairs c. Khawar*, High Court d'Australie, (2002) 187 ALR 574, et [2002] HCA 14, 11 avril 2002, paragraphe 111. Voir aussi *Refugee Appeal No. 71427/99*, supra note 10, paragraphe 51 ; *Crawley, Refugees and Gender*, supra note 12, pp. 40-2 ; RWLG, *Gender Guidelines*, supra note 21, paragraphe 1.17 ; IAA, *Asylum Gender Guidelines*, supra note 11, paragraphe 2.3.

verselle, le *PIDCP* et le *Pacte international de 1966 relatif aux droits économiques, sociaux et culturels*³⁴. À ces instruments, il faut ajouter la *Convention de 1965 sur l'élimination de toutes les formes de discrimination raciale*³⁵, la *Convention de 1979 sur l'élimination de toutes les formes de discrimination à l'égard des femmes*³⁶ et la *Convention de 1989 sur les droits de l'enfant*³⁷.

Quatre types distincts d'obligations ont été identifiés. Il s'agit tout d'abord des droits énumérés dans la *DUDH* et transcrits sous forme immédiatement contraignante dans le *PIDCP*, et auxquels aucune dérogation, quelle qu'elle soit, n'est permise, même en cas de danger public exceptionnel. Ces droits incluent : la protection contre la privation arbitraire de la vie ; la protection contre la torture ou les peines ou traitements cruels, inhumains ou dégradants ; la protection contre l'esclavage ; le droit à la reconnaissance de sa personnalité juridique et la liberté de pensée, de conscience et de religion³⁸.

En deuxième lieu, figurent les droits inclus dans la *Déclaration universelle* et transcrits sous forme contraignante et exécutoire dans le *PIDCP*, mais auxquels les États peuvent déroger en cas de danger public menaçant l'existence de la Nation et proclamé par un acte officiel³⁹. Ces droits incluent : la protection contre l'arrestation ou la détention arbitraires ; le droit à une égale protection de la loi ; le droit à des procédures pénales équitables ; le droit à la vie privée et à l'intégrité familiale ; la liberté de circulation ; le droit de quitter son pays et d'y revenir ; la liberté d'opinion, d'expression, de réunion et d'association ; le droit de constituer un syndicat et d'y adhérer ; la possibilité de prendre part au gouvernement ; le droit d'accéder aux fonctions publiques sans discrimination ; et le droit de vote⁴⁰.

En troisième lieu, figurent les droits reconnus dans la *Déclaration universelle* et inclus dans le *PIDESC*. Contrairement au *PIDCP*, le *PIDESC* n'impose pas de nor-

34. *Pacte international relatif aux droits économiques, sociaux et culturels*, Résolution 220 A (XXI) de l'Assemblée générale des Nations Unies, 16 décembre 1966, Nations Unies, *Recueil des Traités*, vol. 993, n° 3 (ci-après *PIDESC*). Voir, en général, Hathaway, *Law of Refugee Status*, *supra* note 30, pp. 108-12.

35. *Convention sur l'élimination de toutes les formes de discrimination raciale*, 1965, Nations Unies, *Recueil des Traités*, vol. 660, n° 195.

36. *Supra* note 5.

37. *Convention sur les droits de l'enfant*, 1989, Résolution 44/25 de l'Assemblée générale des Nations Unies, 20 décembre 1989. Voir aussi, en général, J.C. Hathaway, « The Relationship Between Human Rights and Refugee Law : What Refugee Law Judges Can Contribute », in *The Realities of Refugee Determination on the Eve of a New Millennium : The Role of the Judiciary* (Actes de la Conférence de 1998 de l'Association internationale des juges du droit des réfugiés, octobre 1998), pp. 80 et 85-90 ; Refugee Appeal No. 71427/99, *supra* note 10, paragraphe 51.

38. Hathaway, *Law of Refugee Status*, *supra* note 30, p. 109 ; Crawley, *Refugees and Gender*, *supra* note 12, p. 40 ; RWLG, *Gender Guidelines*, *supra* note 21, paragraphe 1.20 ; IAA, *Asylum Gender Guidelines*, *supra* note 11, paragraphe 2A.4.

39. Hathaway, *Law of Refugee Status*, *supra* note 30, p. 109.

40. *Ibid.*, pp. 109-10 ; Crawley, *Refugees and Gender*, *supra* note 12, p. 40 ; IAA, *Asylum Gender Guidelines*, *supra* note 11, paragraphe 2A.4.

mes absolues et immédiatement contraignantes, mais exige plutôt des États qu'ils prennent des mesures au maximum de leurs moyens disponibles pour assurer progressivement le plein exercice de ces droits de façon non discriminatoire. Figurent, par exemple, dans cette troisième catégorie le droit au travail, le droit à la nourriture, aux vêtements et au logement, le droit aux soins médicaux, à la sécurité sociale et à l'enseignement primaire ; ainsi que la protection de la famille, en particulier des enfants et des mères. Même si la norme de protection est moins absolue que celle qui s'applique pour les deux premières catégories de droits, l'État viole ses obligations fondamentales s'il ne respecte pas ces droits, nonobstant la capacité financière dont il dispose, ou s'il exclut une minorité de sa population de leur jouissance⁴¹. En outre, la privation de certains droits socio-économiques, comme le droit de gagner sa vie ou le droit à la nourriture, au logement et à la santé, équivaldra à un certain niveau à une privation de la vie ou à un traitement cruel, inhumain ou dégradant et constituera incontestablement une persécution⁴². Les droits économiques, sociaux et culturels ont un impact spécifique sur le niveau de vie et sont directement pertinents dans le contexte des demandes d'asile déposées par des femmes et des enfants⁴³. On ne saurait considérer que, du fait que ces droits appartiennent à la troisième catégorie, ils ont moins d'importance pour l'examen du statut de réfugié, que les droits de la première ou deuxième catégorie.

En quatrième lieu, figurent les droits reconnus dans la *Déclaration universelle*, mais codifiés dans aucun des Pactes internationaux de 1966. Ces droits incluent le droit à la propriété privée et à la protection contre le chômage⁴⁴.

La question de savoir si le préjudice redouté atteint le niveau d'une persécution ne repose pas sur une application rigide ou mécanique de ces catégories de droits, mais sur l'évaluation d'un ensemble complexe de facteurs qui incluent non seulement la nature du droit menacé, mais aussi la nature de la menace ou de la restriction et la gravité du préjudice redouté. Il faut également garder à l'esprit que tous les droits de l'Homme et les libertés fondamentales sont universels, indissociables, interdépendants et intimement liés⁴⁵.

41. Hathaway, *Law of Refugee Status*, supra note 30, p. 110-11.

42. *Ibid.*, pp. 111. Voir aussi l'exposé de R. Higgins, *Problems and Process : International Law and How We Use It* (Clarendon, Oxford, 1995), pp. 100-1.

43. H.J. Steiner et P. Alston, *International Human Rights in Context : Law, politics, Morals — Text and Materials* (2^e édition, Oxford University press, 2000), p. 163.

44. Hathaway, *Law of Refugee Status*, supra note 30, p. 111 ; Crawley, *Refugees and Gender*, supra note 12, p. 40.

45. *Déclaration et programme d'action de Vienne adoptés lors de la Conférence mondiale sur les droits de l'Homme*, UN doc. A/CONF.157/24, 25 juin 1993, chapitre 1, paragraphe 5 ; « Programme d'action » adopté lors de la Quatrième Conférence mondiale sur les femmes de 1995, supra note 8, chapitre 1, paragraphe 2. On peut aussi mentionner les Observations générales du Comité des droits de l'Homme, du Comité des droits économiques, sociaux et culturels, du Comité contre la torture et les Recommandations générales du Comité sur l'élimination de toutes les formes de discrimination à l'égard des femmes et du Comité sur l'élimination de la discrimination raciale.

A. La persécution = un préjudice grave + l'absence de protection de l'État

Pour savoir si une personne est exposée à un risque de persécution, il faut identifier le préjudice grave existant dans le pays d'origine et évaluer la capacité et la volonté de l'État de contrer effectivement ce risque⁴⁶. La persécution est composée de deux éléments séparés mais essentiels, à savoir le risque de préjudice grave et l'absence de protection de l'État. On peut l'exprimer avec la formule : la persécution = un préjudice grave + l'absence de protection de l'État⁴⁷.

B. Un préjudice grave

Les femmes vivent souvent l'expérience de la persécution différemment des hommes⁴⁸. En particulier, elles peuvent être victimes de violence sexuelle ou d'autres formes de persécution spécifique à leur genre ou liée à ce dernier⁴⁹. Cette violence doit être interprétée de manière extensive et peut être définie comme tout acte de violence liée au genre dirigé contre le sexe féminin, qui cause, ou peut causer, un préjudice ou des souffrances physiques, sexuelles ou psychologiques, y compris la menace de tels actes, la contrainte ou la privation arbitraire de liberté, que ce soit dans la vie publique ou dans la vie privée⁵⁰. La violence à l'égard des femmes s'entend comme comprenant, sans y être limitée, les formes de violence énumérées ci-après⁵¹ :

46. Hathaway, *Law of Refugee Status*, supra note 30, p. 125.

47. RWLG, *Gender Guidelines*, supra note 21, paragraphe 1.17, approuvé dans *Islam et Shah*, supra note 10, [1999] 2 AC 629 à 653 F ; *Horvath*, supra note 33, [2001] 1 AC 489 à 515 H ; *Refugee Appeal No. 71427/99*, supra note 10, paragraphe 67 ; et *Minister for Immigration and Multicultural Affairs c. Khawar*, Haute Cour d'Australie, supra note 10, paragraphes 31 et 118. Voir aussi Anker, *Refugee Status and Violence Against Women in the 'Domestic' Sphere*, supra note 10, p. 391.

48. Comité exécutif, Conclusion No. 73 (XLIV) 1993, *La protection des réfugiés et la violence sexuelle*, paragraphes d) et e).

49. Comité exécutif, Conclusion No. 77 (XLVI) 1995, Conclusion générale, paragraphe g) ; Conclusion No. 79 (XLVII) 1996, *Conclusion générale sur la protection internationale*, paragraphe o) ; Conclusion No. 81 (XLVIII) 1997, *Conclusion générale sur la protection internationale*, paragraphe t) ; Conclusion No. 87 (L) 1999, *Conclusion générale sur la protection internationale*, paragraphe n).

50. Assemblée générale des Nations Unies, *Déclaration sur l'élimination de la violence à l'égard des femmes*, 20 décembre 1993, UN doc. A/RES/48/104, 23 février 1994, article 1. Il est bien établi que la persécution peut impliquer des mauvais traitements physiques ou psychologiques. Voir, par exemple, *R. c. Secretary of State for the Home Department, ex parte Sasitharan*, English High Court (Queen's Bench Division), [1998] Imm AR 487 à 489-90 par le juge Sedley ; *Abdulaziz Faraj c. Secretary of State for the Home Department*, Cour d'appel d'Angleterre, [1999] INLR 451 à 456 ; *Khawar c. Minister for Immigration and Multicultural Affairs*, Cour fédérale d'Australie, (1999) 168 ALR 190, paragraphe 37, confirmé en appel dans *Minister for Immigration and Multicultural Affairs c. Khawar*, supra note 10.

51. Assemblée générale des Nations Unies, *Déclaration sur l'élimination de la violence à l'égard des femmes*, supra note 50, article 2 ; HCR, *Position de 2000 sur la persécution liée au genre*, supra note 9, pp. 4-5.

1. la violence physique, sexuelle et psychologique exercée au sein de la famille, y compris les coups, les sévices sexuels infligés aux enfants de sexe féminin au foyer, les violences liées à la dot, le viol conjugal, les mutilations génitales et autres pratiques traditionnelles préjudiciables à la femme, la violence non-conjugale, et la violence liée à l'exploitation ;
2. la violence physique, sexuelle et psychologique exercée au sein de la collectivité, y compris le viol, les sévices sexuels, le harcèlement sexuel et l'intimidation au travail, dans les établissements d'enseignement et ailleurs, le proxénétisme et la prostitution forcée⁵² ;
3. la violence physique, sexuelle et psychologique perpétrée ou tolérée par l'État, où qu'elle s'exerce.

C. La discrimination

Des différences de traitement entre divers groupes existent à un degré plus ou moins marqué, dans de nombreuses sociétés. Les personnes qui, de ce fait, jouissent d'un traitement moins favorable, ne sont pas nécessairement victimes de persécutions. La discrimination en soi ne suffit pas à faire droit à une demande de reconnaissance du statut de réfugié. Il convient de faire la distinction entre une violation des droits de l'Homme et une persécution. Toute violation des droits de l'Homme d'un demandeur d'asile ne constitue pas une persécution⁵³. Ce n'est que dans des circonstances particulières que la discrimination équivaldra à une persécution. Il en est ainsi lorsque les mesures discriminatoires ont des conséquences gravement préjudiciables pour la personne concernée⁵⁴. La discrimination peut, toutefois, affecter les personnes à des degrés différents et il est nécessaire de reconnaître et de mesurer correctement l'impact des mesures discriminatoires à l'égard des femmes. Plusieurs actes de discrimination, par leur effet cumulatif, peuvent affecter la dignité humaine de manière substantielle et doivent être considérés clairement comme une persécution au sens de la *Convention de 1951*⁵⁵.

La discrimination à l'égard des femmes, telle que définie dans la *Convention pour l'élimination de la discrimination à l'égard des femmes*, vise :

toute distinction, exclusion ou restriction fondée sur le sexe qui a pour effet ou pour but de compromettre ou de détruire la reconnaissance, la jouissance ou l'exercice par les femmes, quel que soit leur état matrimonial, sur la base de l'égalité de l'homme et de la femme, des droits de

52. Pour une définition de la traite des personnes, voir le *Protocole visant à prévenir, réprimer et punir la traite des personnes, en particulier des femmes et des enfants, additionnel à la Convention des Nations Unies contre la criminalité transnationale organisée*, novembre 2000, UN doc. A/55/383, article 3.

53. Hathaway, *Law of Refugee Status*, *supra* note 30, pp. 103-4.

54. HCR, *Guide des procédures et critères à appliquer pour déterminer le statut de réfugié* (Genève, 1979, réédité en 1992), paragraphe 54 (ci-après « HCR, *Guide* ») ; HCR, *Interprétation de l'article 1*, *supra* note 19, paragraphe 17.

55. Refugee Appeal No. 71427/99, *supra* note 10, paragraphe 51.

l'Homme et des libertés fondamentales dans les domaines politique, économique, social, culturel et civil ou dans tout autre domaine⁵⁶.

Comme l'a fait remarquer le Comité pour l'élimination de la discrimination à l'égard des femmes :

La violence fondée sur le sexe, qui compromet ou rend nulle la jouissance des droits individuels et des libertés fondamentales par les femmes en vertu des principes généraux du droit international ou des conventions particulières relatives aux droits de l'homme, constitue une discrimination, au sens de [...] la Convention [pour l'élimination de la discrimination à l'égard des femmes]⁵⁷.

D. L'absence de protection de l'État

Tandis que la persécution peut être définie comme la violation continue ou générale des droits fondamentaux de l'Homme démontrant une absence de protection de l'État, la définition du réfugié n'exige pas que l'État soit lui-même l'agent qui commet le préjudice. La persécution émanant d'agents de persécution « privés » ou non étatiques, relève également de la définition. L'incapacité de l'État à protéger la personne contre la persécution constitue une absence de protection locale⁵⁸. Il existe quatre situations dans lesquelles on peut estimer qu'il y a une absence de protection de l'État :

1. la persécution commise par l'État concerné ;
2. la persécution encouragée par l'État concerné ;
3. la persécution tolérée par l'État concerné ; et
4. la persécution qui n'est ni encouragée ni tolérée par l'État concerné mais qui est néanmoins réelle parce que l'État refuse ou est incapable d'assurer une protection adéquate.

56. *Convention sur l'élimination de toutes les formes de discrimination à l'égard des femmes*, supra note 5, article 1.

57. Comité pour l'élimination de la discrimination à l'égard des femmes, *Violence à l'égard des femmes*, Recommandation générale No. 19, 1992, paragraphe 7, voir <http://www.un.org/womenwatch/daw/cedaw/recomm.htm>. Cette recommandation déclare que la définition de la discrimination figurant à l'article 1 de la *Convention sur l'élimination de toutes les formes de discrimination à l'égard des femmes* inclut la violence fondée sur le genre, c'est-à-dire la violence exercée contre une femme parce qu'elle est une femme, ou qui touche spécialement la femme. Elle englobe les actes qui infligent des tourments ou des souffrances d'ordre physique, mental ou sexuel, la menace de tels actes, la contrainte ou autres privations de liberté. La violence fondée sur le genre peut violer des dispositions particulières de la Convention, même si ces dispositions ne mentionnent pas expressément la violence. Voir Recommandation générale No. 19, paragraphe 6. Le texte de la recommandation est reproduit dans S. Joseph, J. Shultz et M. Castan, *The International Covenant on Civil and Political Rights : Cases, Materials, and Commentary* (Oxford University Press, 2000), p. 564.

58. *Ward*, supra note 29, [1993] 2 SCR 689 à 709 et 716-17 ; HCR, *Position de 2000 sur la persécution liée au genre*, supra note 9, p. 5 ; HCR, *Interprétation de l'article 1*, supra note 19, paragraphe 19.

La complicité de l'État dans la persécution n'est pas une condition préalable à l'octroi du statut de réfugié⁵⁹.

E. La norme de protection de l'État

L'examen d'une demande d'asile ne vise pas à déterminer les responsabilités des uns et des autres⁶⁰. L'objectif du droit des réfugiés consiste plutôt à identifier les personnes qui ont une crainte fondée de persécution pour un motif de la Convention. Le niveau de protection assuré par un État doit être de nature à réduire le risque auquel un demandeur d'asile est exposé au point de considérer que la crainte de persécution n'est plus fondée. Sinon, une personne craignant avec raison d'être persécutée du fait de l'un des cinq motifs énumérés dans la *Convention de 1951*, sera expulsée ou refoulée sur les frontières des territoires où sa vie ou sa liberté serait menacée, en violation de l'obligation de non-refoulement⁶¹.

Un demandeur d'asile n'est pas obligé de risquer sa vie dans la recherche d'une protection non effective d'un État, dans le simple objectif de démontrer cette ineffectivité⁶². L'approche correcte de la question de la protection de l'État consiste à examiner si cette protection va réduire le risque de préjudice grave jusqu'à un niveau inférieur au bien-fondé de la crainte. L'obligation de l'État n'est pas d'éliminer tout risque de préjudice⁶³, mais pour considérer que le demandeur d'asile peut avoir accès à la protection de l'État, cette protection doit être réelle, accessible, effective et disponible pour tous, quel que soit le sexe, la race, l'origine ethnique, l'orientation sexuelle, le handicap, la religion, la classe, l'âge, la profession ou tout autre aspect de l'identité. Dans certains cas, la protection peut exister en théorie mais pas en pratique⁶⁴.

59. HCR, *Guide*, supra note 54, paragraphe 65 ; HCR « An Overview of Protection Issues in Western Europe : Legislative Trends and Positions Taken by UNHCR », *European Series*, vol. 1, No. 3, septembre 1995, pp. 27-30 ; *Adan c. Secretary of State for the Home Department*, Chambre des Lords du Royaume-Uni, [1999] 1 AC 293 à 306A ; *R. c. Secretary of State for the Home Department, ex parte Adan*, *R. c. Secretary of State for the Home Department, ex parte Aitseguer (appels conjoints)*, Chambre des Lords, [2001] 2 WLR 143 à 147F, 156-7 et 168 ; *Islam et Shah*, supra note 10 ; *Horvath*, supra note 33 ; *Minister for Immigration and Multicultural Affairs c. Khawar*, Haute Cour d'Australie, supra note 10 ; W. Kälin, « Non-State Agents of Persecution and the Inability of the State to Protect », 15 *Georgetown Immigration Law Journal*, 2001, p. 415 ; R. Marx, « The Notion of Persecution by Non-State Agents in German Jurisprudence », 15 *Georgetown Immigration Law Journal*, 2001, p. 447.

60. Cela est reflété dans le vœu exprimé au Préambule de la *Convention de 1951* que « tous les États, reconnaissant le caractère social et humanitaire du problème des réfugiés, fassent tout ce qui est en leur pouvoir pour éviter que ce problème ne devienne une cause de tension entre États ».

61. Article 33 § 1 de la *Convention de 1951*.

62. *Ward*, supra note 29, [1993] 2 SCR 689 à 724 ; *Refugee Appeal No. 71427/99*, supra note 10, paragraphes 62-7. Par opposition *Horvath*, supra note 33.

63. Hathaway, *Law of Refugee Status*, supra note 30, p. 105.

64. RWLG, *Gender Guidelines*, supra note 21, paragraphe 3.3 ; IAA, *Asylum Gender Guidelines*, supra note 11, paragraphe 2B.3.

F. Le relativisme culturel

Les souffrances et les sévices ne représentent pas des valeurs culturellement authentiques et ne sauraient être justifiées au nom du relativisme culturel⁶⁵. La question de savoir si le préjudice redouté est suffisamment grave pour être décrit comme une « persécution » doit être mesurée par rapport aux droits fondamentaux de l'Homme reconnus par la communauté internationale. Les violations des droits de l'Homme ne sauraient être ignorées, rabaisées ou justifiées au nom de la culture, de la tradition ou de la religion.

La *Déclaration de 1994 sur l'élimination de toutes les formes de discrimination à l'égard des femmes* énonce que les États « devraient [...] ne pas invoquer de considérations de coutume, de tradition ou de religion, pour se soustraire à l'obligation d'éliminer [la violence à l'égard des femmes] »⁶⁶. La *Convention sur l'élimination de toutes les formes de discrimination à l'égard des femmes* exige que les États parties prennent toutes les mesures appropriées « pour modifier les schémas et modèles de comportement socio-culturel de l'homme et de la femme en vue de parvenir à l'élimination des préjugés et des pratiques coutumières, ou de tout autre type, qui sont fondés sur l'idée de l'infériorité ou de la supériorité de l'un ou l'autre sexe ou d'un rôle stéréotypé des hommes et des femmes »⁶⁷. Le Comité des droits de l'Homme a déclaré que les États parties au *PIDCP* doivent faire en sorte que les attitudes traditionnelles, historiques, religieuses ou culturelles ne servent pas à justifier les violations du droit des femmes à l'égalité devant la loi et à la jouissance égale de tous les droits énoncés dans le Pacte⁶⁸.

Dans ces exigences figure implicitement une obligation de protéger les femmes contre les pratiques fondées sur des présomptions d'infériorité ou des

65. J.J. Shestack, « The Philosophical Foundations of Human Rights », in *Human Rights : Concept and Standards* (ed. J. Symonides, Ashgate, Aldershot, 2000), pp. 31 et 59.

66. *Déclaration sur l'élimination de la violence à l'égard des femmes*, *supra* note 50, article 4. Voir, en général, « Rapport préliminaire présenté par le Rapporteur spécial chargé de la question de la violence contre les femmes, y compris ses causes et ses conséquences, Mme Radhika Coomaraswamy, conformément à la résolution 1994/45 de la Commission des droits de l'Homme », UN doc. E/CN.4/1995/42, 22 novembre 1994, paragraphe 63-9, disponible sur <http://www.unhchr.ch/Huridoca.nsf/TestFrame/75ccfd797b0712d08025670b005c9a7d?Opendocument>, et « Rapport présenté par le Rapporteur spécial chargé de la question de la violence contre les femmes, y compris ses causes et ses conséquences, Mme Radhika Coomaraswamy, conformément à la résolution 1995/85 de la Commission des droits de l'Homme », UN doc. E/CN.4/1996/53, 6 février 1996, paragraphes 100-15, disponible sur <http://www.unhchr.ch/Huridoca/Huridoca.nsf/TestFrame/c41d8f479a2e9757802566d6004c72ab?Opendocument>.

67. *Convention sur l'élimination de toutes les formes de discrimination à l'égard des femmes*, *supra* note 5, article 5.a).

68. Comité des droits de l'Homme, *Egalité des droits entre hommes et femmes*, Observation générale No. 28, 2000, paragraphe 5.

stéréotypes traditionnels. Les pratiques comme les mutilations génitales féminines⁶⁹, le sati⁷⁰, les brûlures des jeunes mariées, les mariages forcés, le viol et la violence conjugale ne constituent pas seulement des violations de la liberté et de la sécurité de la personne mais elles sont clairement dangereuses et dégradantes pour les femmes et sont l'expression de la position inférieure inhérente aux femmes dans de nombreuses sociétés⁷¹. Le droit à la sécurité, à la dignité de la vie et à la protection contre les peines ou traitements cruels, inhumains ou dégradants n'est pas une donnée culturelle, mais émane de la nature humaine de la personne⁷².

G. La violence domestique

La violence physique et psychologique et les mauvais traitements au sein de la famille sont une forme de préjudice répandue et souvent liée au genre. Le fait que ces traitements aient lieu dans le contexte familial n'exclut pas qu'ils constituent un « préjudice grave ». Un traitement qui constituerait un préjudice grave s'il était infligé en dehors de la famille constituera également un préjudice grave s'il est infligé au sein de la famille. Comme pour les autres formes de préjudice, la question de savoir s'il constitue une persécution au sens de la *Convention de 1951* doit être appréciée sur la base des droits de l'Homme reconnus au plan international ainsi qu'en fonction du lien de causalité. Ce point est développé ci-dessous dans la section V intitulée « Comprendre la signification de l'expression “du fait de” »⁷³.

H. La discrimination liée au genre imposée par la loi

La discrimination liée au genre est souvent imposée par la loi et par les pratiques sociales⁷⁴. Une demande de reconnaissance du statut de réfugié déposée par une femme ne peut pas se fonder uniquement sur le fait qu'elle est soumise à une politique ou une loi nationale à laquelle elle est opposée⁷⁵. Le demandeur devra établir que :

69. Voir, par exemple, Organisation mondiale pour la santé/Fonds des Nations Unies pour l'enfance (UNICEF)/Fonds des Nations Unies pour la Population (UNFPA), *Déclaration commune sur les mutilations génitales*, 1997, qui conclut que les mutilations génitales féminines sont une violation de l'intégrité physique et psycho-sexuelle des femmes et des fillettes, sont une forme de violence contre elles et sont donc inacceptables au plan universel.

70. Ancienne coutume hindoue où une veuve s'immole par le feu dans le bûcher funéraire de son époux.

71. N. Valji et L.A. De La Hunt, *Gender Guidelines for Asylum Determination*, National Consortium on Refugee Affairs, 1999, p. 18 (Afrique du Sud) ; *Aguirre-Cervantes c. INS*, 242 F 3d 1169 (9th Circuit), 2001.

72. N. Valji et De La Hunt, *Gender Guidelines for Asylum Determination*, *supra* note 71, p. 8 ; R. Higgins, *Problems and Process*, *supra* note 42, pp. 96-7.

73. IAA, *Asylum Gender Guidelines*, *supra* note 11, paragraphe A.23 ; Crawley, *Refugees and Gender*, *supra* note 12, p. 129 ; HCR *Interprétation de l'article 1*, *supra* note 19, paragraphe 31.

74. Crawley, *Refugees and Gender*, *supra* note 12, p. 51.

75. HCR, *Guide*, *supra* note 54, paragraphe 65 ; HCR, *Position de 2000 sur la persécution liée au genre*, *supra* note 9, p. 4 ; HCR, *Interprétation de l'article 1*, *supra* note 19, paragraphe 18 ; Immigration and Refugee Board, *Women Refugee Claimants*, *supra* note 11, p. 11.

1. la politique ou la loi constitue en soi une persécution ; ou
2. la politique ou la loi est utilisée comme un moyen de persécution pour l'un des motifs de la Convention ; ou
3. la politique ou la loi, bien qu'ayant des objectifs légitimes, est appliquée par des moyens assimilables à une persécution ; ou
4. la sanction pour non-respect de la politique ou de la loi est disproportionnément sévère⁷⁶.

I. Guerre, guerre civile et troubles civils

Le rôle des femmes dans la reproduction biologique et sociale de l'identité du groupe les place dans une position de vulnérabilité particulière pendant les guerres, les guerres civiles et les troubles civils. Cette vulnérabilité et la signification politique du genre pendant les périodes de guerre et de troubles civils doivent être reconnues de manière spécifique⁷⁷. Les femmes peuvent participer directement en tant que combattantes ou remplir des missions de soutien, comme rassembler des renseignements, fournir de la nourriture et soigner les blessés. Cela peut leur faire encourir des risques de persécution pour un motif de la Convention. De nombreuses femmes peuvent faire l'objet d'une persécution ciblée du fait de leur race, de leur nationalité, de leur appartenance ou association clanique. En outre, les femmes peuvent être ciblées parce que, en tant que femmes, elles ont un certain statut symbolique⁷⁸.

Les femmes sont particulièrement vulnérables à la persécution par la violence sexuelle en tant qu'arme de guerre⁷⁹. Comme l'a noté Crawley :

Les femmes font particulièrement l'objet de violence à cause du symbolisme attaché aux rôles féminins et masculins. La violation du corps des femmes agit comme un symbole de la violation du pays (ou d'un groupe politique, ethnique ou national donné).

[...] Pendant la guerre, le corps des femmes devient extrêmement symbolique et représente le territoire physique d'une bataille politique plus importante, dans laquelle la violence sexuelle, notamment le viol, est utilisée comme une stratégie militaire pour humilier et démoraliser un adversaire ; le corps des femmes devient le champ de bataille pour les « revanches », il symbolise la domination d'un groupe sur un autre [...] Il est important de reconnaître que la violence sexuelle et le viol peuvent eux-mêmes constituer une véritable *arme* ou *stratégie* de guerre, plutôt qu'une simple expression ou conséquence de celle-ci. Dans le contexte d'un conflit armé ou d'une guerre civile, le viol des femmes est aussi une question

76. HCR, *Guide*, supra note 54, paragraphes 57-60 ; HCR, *Position de 2000 sur la persécution liée au genre*, supra note 9, p. 4-6 ; HCR, *Interprétation de l'article 1*, supra note 19, paragraphe 18 ; Immigration and Refugee Board, *Women Refugee Claimants*, supra note 11, p. 11 ; Crawley, *Refugees and Gender*, supra note 12, p. 51.

77. *Ibid.*, p. 88.

78. *Ibid.*, p. 89.

79. *Ibid.*

de contrôle sur les autres hommes et sur le groupe (national, ethnique, politique) auquel elles appartiennent⁸⁰.

J. La protection interne

Le droit des réfugiés a été élaboré pour servir de remplacement à la protection que toute personne attend de l'État dont elle est ressortissante. Il n'était censé entrer en jeu dans les situations où cette protection n'est pas disponible⁸¹. Lorsque le risque de persécution trouve son origine dans des actions émanant d'un agent étatique ou non étatique qui peuvent être et qui seront effectivement supprimées par le gouvernement national, cette protection internationale de substitution n'est pas nécessaire. Par conséquent, de nombreux pays prennent en compte la question de savoir si la ou le requérant(e) peut bénéficier d'un lieu sûr à l'intérieur de son pays d'origine. Cette problématique est parfois nommée possibilité de protection interne, de réinstallation interne ou de fuite interne.

L'analyse de cette protection nécessite une évaluation objective et tournée vers l'avenir de la situation dans une ou plusieurs parties du pays envisagées comme lieu de repli ou lieu sûr⁸². Avant de pouvoir refuser le statut de réfugié au motif que le demandeur d'asile dispose d'une possibilité de protection interne lui permettant de s'installer ailleurs dans son pays, il doit être possible d'affirmer que l'intéressé(e) peut effectivement avoir accès à une protection interne réelle. Quatre conditions minimales doivent être remplies. Premièrement, le lieu proposé pour la protection interne doit être accessible tant au plan de la sécurité qu'en pratique. Deuxièmement, le refuge dans ce lieu doit supprimer la crainte fondée de persécution, ce qui signifie que l'endroit en question doit permettre au demandeur d'asile d'être protégé contre un risque de persécution pour un motif de la Convention. Troisièmement, dans ce lieu, l'intéressé(e) ne doit pas être exposé(e) au risque d'autres formes de préjudice grave, lié à la Convention ou non, même si ce dernier n'atteint pas le niveau d'une persécution. Quatrièmement, une protection interne importante ne signifie

80. *Ibid.*, pp. 89-90 (traduction libre). La violence sexuelle est prohibée par l'article 3 commun aux *Conventions de Genève de 1949* et par les deux *Protocoles additionnels de 1977*. Les articles 7 et 8 du *Statut de Rome de la Cour pénale internationale* définissent les « crimes contre l'humanité » et les « crimes de guerre » comme incluant le viol, l'esclavage sexuel, la prostitution forcée, la grossesse forcée, la stérilisation forcée ou toute autre forme de violence sexuelle de gravité comparable. Voir aussi Tribunal pénal international pour le Rwanda, *Procureur c. Jean-Paul Akayesu*, 2 septembre 1998, Affaire No. TPIR-96-4-T, disponible sur <http://www.ictj.org>, qui définit le viol en droit international et considère que le viol peut constituer un génocide et, plus récemment, Tribunal pénal international pour l'ex-Yougoslavie, *Procureur c. Kunarac, Kovac et Vukovic*, 22 février 2001, disponible sur <http://www.un.org/icty/foca/trialc2/judgement/index.htm>.

81. *Ward*, *supra* note 29, [1993] 2 SCR 689 à 709 ; *Horvath*, *supra* note 33, [2001] 1 AC 489 à 495C, 501C et 517D ; *Minister for Immigration and Multicultural Affairs c. Khawar*, Haute Cour d'Australie, *supra* note 10, paragraphes 20 et 113.

82. Position du HCR, « Relocating Internally as a Reasonable Alternative to Seeking Asylum (The So-Called « Internal Flight Alternative » or « Relocation Principle ») », février 1999, paragraphe 13.

pas seulement une absence de risque de préjudice mais exige aussi l'octroi de droits civils, politiques et socio-économiques de base⁸³.

La première condition signifie qu'on ne peut exiger d'une femme qu'elle mette sa sécurité personnelle, ou celle de ses enfants, en danger. Cela signifie aussi que, si les coutumes du pays d'origine exigent qu'elle voyage en compagnie d'un membre de famille de sexe masculin mais qu'aucun n'est disponible, le lieu proposé n'est pas accessible en pratique. Lorsque la femme a la garde de ses enfants, le site de protection interne proposé doit être accessible en toute sécurité et au plan pratique pour l'ensemble du groupe. La deuxième condition se passe facilement d'explication.

Les troisième et quatrième conditions trouvent une application particulière dans le cas des demandes d'asile déposées par des femmes. Dans de nombreuses sociétés, les femmes ne jouissent pas de l'égalité des droits ni de l'accès aux droits sur un pied d'égalité avec les hommes. Il se peut que des femmes ne puissent pas avoir accès à un logement ou à d'autres biens de première nécessité ou qu'elles ne puissent y avoir accès sans être accompagnées par un mari ou un membre de famille de sexe masculin. Dans de nombreuses situations de fuite, cela peut s'avérer impossible. De même, les femmes seules, en particulier quand elles sont accompagnées par des enfants, peuvent subir des discriminations dans tous les aspects de la vie en raison de la coutume, de la religion ou de la construction sociale des rôles. Ces facteurs peuvent être exacerbés par la rupture du tissu social qui accompagne souvent les conflits armés, les troubles civils ou la persécution. La possibilité pour les femmes d'avoir accès, pour elles-mêmes et leurs familles, aux droits civils, politiques et socio-économiques de base est d'une importance fondamentale. Elles doivent être en mesure de fournir à leur famille une nourriture suffisante, d'entretenir leur foyer, de s'occuper des enfants et, dans de nombreux cas, de soutenir leur époux ou partenaire. Il faut également garder à l'esprit que, dans certaines circonstances, les femmes sont confrontées à des problèmes particuliers dans la mesure où leurs difficultés peuvent venir non seulement de leur religion, de leur race, de leur origine ethnique ou d'un autre statut de minorité, mais également de leur sexe ou de leur genre. Le refus du statut de réfugié au motif qu'une possibilité de protection interne existe dans le pays d'origine ne peut pas se fonder sur l'hypothèse implicite qu'une femme doit tolérer que ses droits fondamentaux soient bafoués.

83. Hathaway, *Law of Refugee Status*, supra note 30, p. 134, approuvé et appliqué dans *Butler c. Attorney-General*, Cour d'appel de Nouvelle-Zélande, [1999] NZAR 205 et *Al-Amidi c. Minister for Immigration and Multicultural Affairs*, Cour fédérale d'Australie, (2000) 177 ALR 506 ; Refugee Appeal No. 71684/99, NZ RSAA, [2000] INLR 165 aux paragraphes 55-79 ; *Canaj c. Secretary of State for the Home Department*, Cour d'appel d'Angleterre, [2001] INLR 342 au paragraphe 31 ; « Recommandations de Michigan sur l'alternative de protection interne », 21 *Michigan Journal of International Law*, avril 1999, 131 et <http://www.refugeecaselaw.org/frenchGuidelines.pdf>.

IV. Comprendre la signification des termes « avec raison »

La condition que le demandeur d'asile craigne « avec raison » d'être persécuté en cas de retour dans son pays d'origine impose une évaluation du risque potentiel de préjudice qui soit tournée vers l'avenir. Cette évaluation doit être faite par les décisionnaires à la date de la décision relative à la demande d'asile⁸⁴.

La condition que la crainte de persécution soit fondée nécessite une évaluation objective du risque de persécution auquel le demandeur est exposé⁸⁵. Cette condition peut s'avérer très difficile lorsqu'on dispose de peu d'informations sur la véritable situation dans le pays d'origine. Comme l'indique le *Guide* du HCR :

[B]ien que la charge de la preuve incombe en principe au demandeur, la tâche d'établir et d'évaluer tous les faits pertinents sera-t-elle menée conjointement par le demandeur et l'examineur. Dans certains cas, il appartiendra même à l'examineur d'utiliser tous les moyens dont il dispose pour réunir les preuves nécessaires à l'appui de la demande. Cependant, même cette recherche indépendante peut n'être pas toujours couronnée de succès et il peut également y avoir des déclarations dont la preuve est impossible à administrer. En pareil cas, si le récit du demandeur paraît crédible, il faut lui accorder le bénéfice du doute, à moins que de bonnes raisons ne s'y opposent. Ainsi, les exigences de la preuve ne doivent pas être interprétées trop strictement, et cela compte tenu des difficultés de la situation dans laquelle se trouve le demandeur du statut de réfugié⁸⁶.

Les femmes, en particulier, peuvent rencontrer des difficultés pour établir leur demande de reconnaissance du statut de réfugié. De nombreuses femmes proviennent de pays où elles ont été privées d'une éducation réelle et peuvent être analphabètes. De nombreuses femmes proviennent de pays où elles ont été privées de participation réelle dans la vie et peuvent avoir du mal à s'exprimer. Dans certains pays, les femmes vivent recluses. On ne sait pas grand chose d'elles ou de leur statut et de leur traitement, à la fois dans la société dans son ensemble et dans leur foyer. Il est important de noter qu'il existe peu d'informations sur leur capacité à avoir accès à une protection réelle de l'État. Le partage de la responsabilité entre la personne en charge de l'examen de la demande et la demanderesse pour l'établissement de tous

84. Pour une analyse du droit français, allemand et suisse, voir W. Kälin, « Well-Founded fear of Persecution : A European Perspective » in *Asylum Law and Practice in Europe and North America : A Comparative Analysis* (ed. J. Bhabha et G. Coll, 1^{re} édition, Federal Publications, Washington DC, 1992), p. 21. Pour une analyse du droit canadien et américain, voir B. Jackman, « Well-Founded Fear of Persecution and Other Standards of Decision-Making : A North American Perspective », in *Asylum Law and Practice in Europe and North America : A Comparative Analysis* (ed. J. Bhabha et G. Coll, 1^{re} édition, Federal Publications, Washington DC, 1992), p. 37. Pour une étude comparative plus récente, voir J.Y. Carlier, D. Vanheule, P. Galiano et K. Hullmann (eds.), *Who is a Refugee ? A Comparative Case Law Study* (Kluwer, La Haye, 1997). Pour un résumé de la jurisprudence canadienne et néo-zélandaise, voir *Re C.*, Appeal No. 70366/96, NZ RSAA, [1997] 4 HKC 236 à 264.

85. HCR, *Guide*, *supra* note 54, paragraphe 38.

86. HCR, *Guide*, *supra* note 54, paragraphes 196-7.

les faits pertinents dans les cas de ce type, doit être réellement appliqué, de même que le principe du bénéfice du doute.

V. Comprendre la signification de l'expression « du fait de »

Afin d'établir la meilleure façon de concevoir le lien de causalité entre le motif de la Convention et le risque d'être persécuté, en 2001 un Colloque a élaboré les « recommandations de Michigan sur le lien avec un motif conventionnel⁸⁷ » dont le contenu est le suivant :

1. [...] Le risque encouru par le demandeur doit être causalement lié à au moins l'un des cinq motifs énumérés par la Convention — race, religion, nationalité, appartenance à un certain groupe social ou opinion politique.
2. Dans beaucoup d'États, le lien de causalité requis est explicitement rencontré [...] [tandis que] dans d'autres États, le lien de causalité n'est pas envisagé comme un élément définitionnel *per se*, mais se trouve plutôt inclus dans l'analyse des autres exigences conventionnelles [...]
3. Il n'est pas du devoir du demandeur d'identifier de façon précise la raison pour laquelle il éprouve une crainte bien fondée d'être persécuté. Il appartient à l'État évaluant la demande de statut de réfugié de décider pour quel motif conventionnel, s'il y en a un, rencontre la crainte bien fondée du demandeur d'être persécuté.
4. Le risque d'être persécuté peut parfois provenir de circonstances dans lesquelles deux ou plusieurs motifs conventionnels existent dans le chef de la même personne ; dans ce cas, la combinaison de tels motifs définit la relation causale avec une crainte bien fondée d'être persécuté.
5. On ne devrait pas attendre d'un individu qu'il renie ses croyances ou son identité protégée dans le but d'éviter de susciter l'attention de l'État ou de l'agent non-gouvernemental de persécution.

Nature du lien de causalité requis

6. La relation causale requise est entre un motif conventionnel et la crainte bien fondée du demandeur « *d'être persécuté* » [...] L'attention [est] portée sur la situation difficile du demandeur [...].
7. Puisque c'est la situation difficile du demandeur qui doit être causalement liée à un motif conventionnel, le fait que sa crainte *subjective* soit basée sur un motif conventionnel ne suffit pas à justifier la reconnaissance du statut de réfugié.
8. Le lien de causalité entre la situation difficile du demandeur et le motif conventionnel sera établi par la preuve des raisons qui ont conduit soit à la réalisation soit à la menace d'un préjudice donné, ou qui poussent l'État d'origine du demandeur à ne pas fournir une protection effective en face d'un risque émanant de personnes privées [...] ⁸⁸.

Comme le déclare la *New Zealand Refugee Appeals Authority* (Instance d'appel en matière de réfugiés de Nouvelle-Zélande) :

87. « Les recommandations de Michigan sur le lien avec un motif conventionnel », 25 mars 2001, 23 *Michigan Journal of International Law*, 2002, p. 210 ; disponible sur <http://www.refugeecaselaw.org/liens-avec-un-motif-conventionnel.pdf>.

88. *Ibid.*, paragraphes 1-8 (C'est nous qui soulignons).

Si nous admettons, comme nous le faisons, que la persécution = un préjudice grave + l'absence de protection de l'État, le lien de causalité entre le motif conventionnel et la persécution peut être établi *soit* par l'élément constitué par le risque de préjudice grave, *soit* par l'élément constitué par l'absence de protection de l'État face à ce risque. Cela signifie que si un demandeur d'asile est exposé à un risque réel de préjudice grave de la part d'un agent non étatique (par exemple, mari, partenaire ou autre agent non-étatique), pour des raisons qui n'ont de lien avec aucun motif de la Convention, mais que l'absence de protection de l'État est, elle, liée à un motif de la Convention, le lien de causalité est satisfait. À l'inverse, si le risque de préjudice de la part d'un agent non étatique a un lien avec la Convention, mais que l'absence de protection de l'État n'en a pas, le lien de causalité est toujours satisfait. Dans les deux cas, la persécution est du fait d'un motif de la Convention. Il en est ainsi parce que la « persécution » est constituée de deux éléments séparés mais essentiels, à savoir le risque de préjudice grave et l'absence de protection. En toute logique, si l'un des deux éléments constitutifs est « du fait d'un » motif de la Convention, la construction d'ensemble est elle aussi du fait d'un motif de la Convention⁸⁹.

Les recommandations de Michigan poursuivent ainsi :

8. [...] L'attribution du motif conventionnel au demandeur par l'État ou l'agent de persécution non-gouvernemental suffit à établir la relation causale requise.

9. Un lien de causalité peut être établi, qu'il y ait ou non preuve d'inimitié, de nuisance ou d'animosité particularisée de la part de la personne ou du groupe responsable de la réalisation ou de la menace d'un préjudice donné, ou de la part de l'État qui refuse sa protection aux personnes encourant un risque de préjudice de provenance non-gouvernementale.

10. Le lien de causalité peut aussi être établi en l'absence de toute preuve d'intention de porter préjudice ou de refuser la protection, aussi longtemps qu'il est établi que le motif conventionnel contribue à exposer le demandeur au risque d'être persécuté.

Standard de causalité

11. Les standards de causalité développés dans d'autres branches du droit international ou national ne devraient pas être considérés comme étant nécessairement pertinents pour la reconnaissance du statut de réfugié. En ce que la reconnaissance du statut de réfugié est à la fois orientée vers la protection et tournée vers l'avenir, il n'est pas certain de tirer quelque instruction utile des standards de causalité déterminés par des considérations relevant de la recherche de la responsabilité criminelle ou civile, ou qui sont orientés exclusivement vers l'analyse des événements passés.

12. Le standard de causalité devrait aussi prendre en compte les réalités pratiques de la détermination du statut de réfugié, en particulier les combinaisons complexes des circonstances qui peuvent donner lieu au risque d'être persécuté, la prévalence des différences de conviction, et la difficulté d'obtention de la preuve à travers les divisions linguistiques et culturelles.

13. En considérant les objets et buts uniques de la détermination du statut de réfugié, et prenant en compte des défis pratiques de la détermination du statut de réfugié, le motif conventionnel mérite de ne pas être considéré comme la seule, ou même la dominante, cause du

89. Refugee Appeal No. 71427/99, *supra* note 10, paragraphe 112 (C'est nous qui soulignons) (traduction libre). Ce passage a été adopté et appliqué par le juge Kirby dans l'affaire *Minister for Immigration and Multicultural Affairs c Khawar*, Haute Cour d'Australie, *supra* note 10, paragraphe 120. Voir aussi le juge Gleeson aux paragraphes 29-31 et les juges McHugh et Gunmow aux paragraphes 79-80. Voir aussi les affaires *Islam* et *Shah*, *supra* note 10, à 646C-D, 648C, 653E-G et 654D.

risque d'être persécuté. Il devrait seulement être un facteur contribuant au risque d'être persécuté. Si, toutefois, le motif conventionnel est insuffisant au point de n'être pas pertinent, le statut de réfugié ne devrait pas être reconnu.

Preuve de causalité

14. La relation de causalité requise entre le risque d'être persécuté et le motif conventionnel peut être établie par preuve directe ou circonstancielle.

15. Qu'elle soit vécue individuellement ou en tant que membre d'un groupe, la crainte d'être persécuté doit être rattachée à des raisons liées à un motif conventionnel. Ainsi, la preuve que les personnes qui partagent la race, la religion, la nationalité, l'appartenance à un certain groupe social ou encore l'opinion politique du demandeur courent plus de risque d'être persécutées que d'autres dans le pays d'origine représente une forme suffisante de preuve circonstancielle qu'un motif conventionnel a été un facteur contribuant au risque d'être persécuté.

16. Il n'y a, cependant, aucune exigence qu'un demandeur d'asile court plus de risque que d'autres personnes ou groupes dans son pays d'origine. La question pertinente consiste plutôt à savoir si le motif conventionnel est causalement lié à la situation difficile du demandeur, indépendamment du fait de savoir si d'autres individus ou groupes courent aussi une crainte bien fondée d'être persécutés pour le même ou un autre motif conventionnel.

17. Aucune règle spéciale ne gouverne l'application du standard du lien de causalité à la situation des réfugiés venant d'un pays où il y a un risque de guerre, ou d'autre violence ou oppression à grande échelle. Les demandeurs venant d'un tel pays ne sont pas automatiquement des réfugiés au sens de la Convention. Ils sont cependant en droit d'être reconnus comme réfugiés si leur race, leur religion, nationalité, appartenance à un certain groupe social ou opinion politique représente un facteur contribuant à leur crainte bien fondée d'être persécutés dans de telles circonstances. Par exemple, les personnes fuyant une guerre peuvent être des réfugiés conventionnels là où soit la raison de la guerre, soit la manière dont la guerre est conduite, démontre un lien de causalité entre le motif conventionnel et le risque d'être persécuté⁹⁰.

VI. Les cinq motifs de la Convention

La question du genre est un facteur et une caractéristique pertinents, et parfois extrêmement importants, qui doit être prise en considération lorsque l'on décide si la crainte fondée de persécution est liée à un motif de la Convention. Cette question doit entrer en ligne de compte dans l'appréciation de la race, de la religion, de la nationalité, de l'appartenance à un certain groupe social ou des opinions politiques. En particulier, « la religion » et « les opinions politiques » doivent être correctement interprétées, de manière à inclure les expériences vécues par les femmes. Dans certains cas, « les femmes » (ou une sous-catégorie de ce groupe) peuvent constituer « un certain groupe social »⁹¹.

90. *Les recommandations de Michigan sur le lien avec un motif conventionnel*, supra note 87, paragraphes 8-17.

91. RWLG, *Gender Guidelines*, supra note 21, paragraphe 4.1 ; *Islam et Shah*, supra note 10 ; *Refugee Appeal No. 71427/99*, supra note 10 ; *Minister for Immigration and Multicultural Affairs c. Khawar*, Haute Cour d'Australie, supra note 10.

La *UK Immigration Appellate Authority* (Instance d'appel en matière d'immigration du Royaume-Uni) a déclaré :

Les femmes peuvent être exposées à une persécution du fait d'un motif de la *Convention sur les réfugiés* qui leur est attribué ou imputé. Dans de nombreuses sociétés, les opinions politiques d'une femme, sa race, sa nationalité, sa religion et ses affiliations sociales sont souvent considérées comme assimilées à celles des membres de sa famille ou celles de son entourage ou des membres de sa communauté. Il est donc important d'examiner si une femme est persécutée du fait d'un motif de la Convention qui lui a été attribué ou imputé⁹².

A. La race

Concernant ce motif conventionnel, le *UK Refugee Women's Legal Group* a noté :

Alors que l'identité raciale, réelle ou imputée, n'est pas spécifique aux femmes, elle peut fonctionner en tandem avec le genre pour expliquer pourquoi une femme craint une persécution. Par exemple, tandis que la destruction d'une identité ethnique et/ou de la prospérité d'un groupe racial peut se faire par le meurtre, la mutilation ou l'incarcération des hommes, les femmes peuvent être considérées comme propageant l'identité ethnique par leur fonction de reproduction, et peuvent être persécutées notamment par la violence sexuelle ou le contrôle de la reproduction⁹³.

B. La religion

Une femme peut être exposée à un préjudice du fait de son adoption, ou de son rejet, de certaines croyances ou pratiques religieuses, ou de sa décision d'adopter une croyance ou une pratique religieuse d'une manière différente de celle qui est prescrite⁹⁴.

La religion inclut notamment :

a) la liberté d'adopter le système de croyances de son choix ou de n'adopter aucun système de croyances particulier ;

92. IAA, *Asylum Gender Guidelines*, supra note 11, paragraphe 3.3 ; Spijkerboer, *Women and Refugee Status*, supra note 26, pp. 47-53.

93. RWLG, *Gender Guidelines*, supra note 21, paragraphe 4.6 (traduction libre). Voir aussi HCR, *Position de 2000 sur la persécution liée au genre*, supra note 9, p. 7 ; IAA, *Asylum Gender Guidelines*, supra note 11, paragraphe 3.6. L'article 1 de la *Convention sur l'élimination de toutes les formes de discrimination raciale*, supra note 35, donne une définition large de l'expression « discrimination raciale ». Elle vise « toute distinction, exclusion, restriction ou préférence fondée sur la race, la couleur, l'ascendance ou l'origine nationale ou ethnique ». L'interprétation large donnée à la race et aux origines nationales ou ethniques est confirmée par l'affaire *King-Ansell c. Police*, Cour d'appel de Nouvelle-Zélande, [1979] 2 NZLR 531 ; et par l'affaire *Mandla c. Dowell Lee*, Chambre des Lords du Royaume-Uni, [1983] 2 AC 548 ; HCR, *Interprétation de l'article 1*, supra note 19, paragraphe 26.

94. RWLG, *Gender Guidelines*, supra note 21, paragraphe 4.9 ; IAA, *Asylum Gender Guidelines*, supra note 11, paragraphe 3.11.

- b) la liberté de pratiquer la religion de son choix ou de ne pas pratiquer la religion prescrite ;
- c) la liberté de pratiquer une religion de la manière de son choix⁹⁵.

Les *Lignes directrices relatives au genre* de la *UK Immigration Appellate Authority* (Instance d'appel en matière d'immigration du Royaume-Uni) prévoient :

Lorsque la religion attribue des rôles ou des codes de comportement particuliers aux femmes, une femme qui refuse ou ne se conforme pas à ce rôle ou n'en respecte par les codes peut avoir une crainte fondée de persécution liée au motif de la religion.

Le fait de ne pas se conformer aux codes de comportement établis pour les femmes peut être perçu comme une preuve qu'une femme défend des opinions religieuses inacceptables quelles que soient ses croyances religieuses réelles⁹⁶.

Il y a souvent un recoupement entre la persécution religieuse et la persécution politique. La nature politique de l'oppression des femmes dans le cadre des lois et des rites religieux doit être reconnue. Lorsque la doctrine religieuse impose certains types de comportement aux femmes, le comportement contraire d'une femme peut être perçu comme la preuve d'une opinion politique inacceptable, quelles que soient ses convictions réelles⁹⁷. Comme l'a également fait remarquer le *Refugee Women's Legal Group* : « L'identité religieuse d'une femme peut être assimilée à celle des autres membres de sa famille ou de sa communauté. L'imputation ou l'attribution d'une identité religieuse peut donc être importante »⁹⁸.

C. La nationalité

La nationalité ne doit pas s'entendre simplement au sens de la citoyenneté, mais dans son sens le plus large, incluant l'appartenance à un groupe ethnique ou linguistique et elle peut parfois recouvrir certains aspects des notions de « race », de « religion » et d'« opinions politiques »⁹⁹.

95. RWLG, *Gender Guidelines*, supra note 21, paragraphe 4.9 (traduction libre) ; IAA, « Asylum Gender Guidelines », supra note 11, paragraphe 3.12. Voir, par exemple, *Matter of S.A.*, Décision provisoire No. 3433 (BIA) 2000, p. 11-12.

96. IAA, *Asylum Gender Guidelines*, supra note 11, paragraphes 3.13 et 3.14 (traduction libre).

97. HCR, *Position de 2000 sur la persécution liée au genre*, supra note 9, p. 7 ; RWLG, *Gender Guidelines*, supra note 21, paragraphe 4.10 ; IAA, *Asylum Gender Guidelines*, supra note 11, paragraphe 3.15 ; Refugee Appeal No. 2039-93 *Re M.N.*, NZ RSAA, 12 février 1996, p. 41, disponible sur <http://www.refugee.org.nz/rsaa/text/docs/2039-93.htm> ; Refugee Appeal No. 71427/99, supra note 10, paragraphes 86-7.

98. RWLG, *Gender Guidelines*, supra note 21, paragraphe 4.11 (traduction libre). Voir aussi IAA, *Asylum Gender Guidelines*, supra note 11, paragraphe 3.16.

99. RWLG, *Gender Guidelines*, supra note 21, paragraphe 4.7 ; IAA, *Asylum Gender Guidelines*, supra note 11, paragraphe 3.8. Voir aussi supra note 93.

D. L'appartenance à un certain groupe social

Le principe sous-tendant la *Convention de 1951* est qu'un préjudice grave ne doit pas être infligé pour des raisons liées au statut personnel¹⁰⁰. Le préambule de la Convention mentionne explicitement le principe de non-discrimination garanti par l'article 2 de la *Déclaration universelle* qui énonce :

Chacun peut se prévaloir de tous les droits et de toutes les libertés proclamés dans la présente Déclaration, sans distinction aucune, notamment de race, de couleur, de sexe, de langue, de religion, d'opinion politique ou de toute autre opinion, d'origine nationale ou sociale, de fortune, de naissance ou de toute autre situation [...]

(C'est nous qui soulignons)

L'article 26 du *PIDCP*, rédigé en termes comparables, exige que :

[...] la loi doit interdire toute discrimination et garantir à toutes les personnes une protection égale et efficace contre toute discrimination, notamment de race, de couleur, de sexe, de langue, de religion, d'opinion politique et de toute autre opinion, d'origine nationale ou sociale, de fortune, de naissance ou de toute autre situation.

(C'est nous qui soulignons)¹⁰¹

Aucun de ces instruments ne tente d'énumérer de manière exhaustive les caractéristiques sur lesquelles la discrimination peut se baser. Ils reconnaissent plutôt qu'il est impossible de donner une définition exhaustive.

De même, le motif du groupe social de la *Convention de 1951* est une catégorie ouverte qui n'admet pas de liste limitée d'applications. Il existe néanmoins une limitation inhérente aux termes « certain groupe social ». L'appartenance à un certain groupe social est l'une des cinq seules catégories existantes. Il ne s'agit pas d'une catégorie qui englobe tout. Elle n'inclut pas toute association liée par un trait commun¹⁰². En outre, tout du moins dans les juridictions de *common law*, un groupe social particulier peut exister seulement si le groupe existe indépendamment de la persécution et n'est pas défini par cet élément. Néanmoins, bien que le comportement de persécution ne puisse pas définir le groupe social, les actes des agents de

100. D.J. Steinbock, « The Refugee Definition as Law : Issues of Interpretation » in *Refugee Rights and Realities : Evolving International Concepts and Regimes* (ed. F. Nicholson et P. Twomey, Cambridge University Press, 1999), p. 13 et pp. 20-3. À la page 20, l'auteur déclare que les objectifs de la définition du réfugié concernent les deux plus grands paradigmes de la période d'après-guerre : les droits à la non-discrimination et à la liberté d'expression. Ils servent ainsi à garantir deux attributs essentiels de la personnalité humaine.

101. L'article 26 complet est cité *supra* note 20.

102. Pour une analyse plus détaillée du motif conventionnel de l'« appartenance à un certain groupe social », voir le document rédigé par T.A. Aleinikoff dans le Chapitre 4 de cette publication ; *Ward*, *supra* note 29, [1993] 2 SCR 689 à 728-32 ; *Applicant A.*, *supra* note 19, (1997) 190 CLR 225 à 242 et 260 ; *Islam et Shah*, *supra* note 10, [1999] 2 AC 629 à 643B-C, 656D et 658H ; HCR, *Position de 2000 sur la persécution liée au genre*, *supra* note 9, p. 7.

persécution peuvent servir à identifier voire à provoquer la création d'un certain groupe social dans la société¹⁰³.

La cohésion n'est pas une condition pour l'existence d'un certain groupe social. Bien que cet aspect puisse être utile pour prouver l'existence d'un groupe social, la signification d'un « certain groupe social » ne peut pas être limitée par l'exigence de cohésion¹⁰⁴.

Les quatre autres motifs de la Convention (race, religion, nationalité et opinions politiques) décrivent une caractéristique, ou un statut, dont la modification est hors du pouvoir d'une personne, ou qui est si essentielle pour l'identité ou la conscience de la personne, que sa modification ne saurait être exigée. En appliquant ce concept fondamental de protection contre un préjudice infligé sur la base d'une différence de statut ou de caractéristiques personnelles, trois catégories possibles de la notion de « certain groupe social » ont été identifiées :

- a) les groupes définis par une caractéristique innée ou immuable ;
- b) les groupes dont les membres s'associent volontairement pour des raisons si fondamentales pour leur dignité humaine qu'on ne saurait les contraindre d'y renoncer ; et
- c) les groupes associés par un statut passé volontaire, immuable du fait de sa permanence historique¹⁰⁵.

La première catégorie engloberait les personnes craignant la persécution du fait de leur sexe, de leur situation linguistique et de leur orientation sexuelle, tandis que la deuxième regrouperait, par exemple, les défenseurs des droits de l'Homme. Sont exclus les groupes définis par une caractéristique qui peut être modifiée ou dont il est possible de se dissocier, tant que ces possibilités n'exigent pas de renoncer à l'exercice des droits fondamentaux de l'Homme.

Les groupes basés sur le sexe représentent des exemples clairs de groupes sociaux définis par une caractéristique innée et immuable. Ainsi, alors que le sexe n'est pas un motif séparé énuméré dans la Convention, il relève à juste titre de la catégorie du groupe social¹⁰⁶.

103. *Ward*, *supra* note 29, [1993] 2 SCR 689 à 729 ; *Applicant A.*, *supra* note 19, (1997) 190 CLR 225 à 242, 263-4 et 285-6 ; *Islam et Shah*, *supra* note 10, [1999] 2 AC 629 à 639G-H, 645^E, 656G, 658H et 662B. Voir aussi HCR, *Position de 2000 sur la persécution liée au genre*, *supra* note 9, p. 7.

104. *Ward*, *supra* note 29, [1993] 2 SCR 689 à 739 ; *Islam et Shah*, *supra* note 10, [1999] 2 AC 629 à 642A-643G, 651G, 657F, 658H et 661D ; HCR, *Position de 2000 sur la persécution liée au genre*, *supra* note 9, p. 8.

105. *Ward*, *supra* note 29, [1993] 2 SCR 689 à 739 ; Hathaway, *Law of Refugee Status*, *supra* note 30, p. 161.

106. Hathaway, *Law of Refugee Status*, *supra* note 30, p. 162 ; *Islam et Shah*, *supra* note 10, [1999] 2 AC 629 à 644D et 652C ; *Refugee Appeal No. 71427/99*, *supra* note 10, paragraphe 106 ; HCR, *Position de 2000 sur la persécution liée au genre*, *supra* note 9, p. 8 ; Comité exécutif, *Conclusion No. 39 (XXXVI) 1985 sur les femmes réfugiées et la protection internationale*, paragraphe k) ; *Crawley, Refugees and Gender*, *supra* note 12, p. 70.

Les femmes qui se comportent d'une façon non conforme aux coutumes sociales et culturelles dominantes peuvent également constituer un certain groupe social¹⁰⁷. Les liens au sein du groupe proviennent d'attitudes et de systèmes de valeur communs, intrinsèques à la nature des personnes concernées qui touchent à leur identité ou à leur statut. Dans ce contexte, les facteurs externes, au-delà des caractéristiques internes unissant le groupe, sont également pertinentes pour associer des personnes en un groupe social. Par exemple, bien que la discrimination ne crée pas en soi l'appartenance à un certain groupe social, elle peut contribuer à le définir, en isolant les personnes par rapport aux segments de la société plus largement tolérés. Cette approche va dans le sens de ceux qui reconnaissent que les femmes qui choisissent de vivre en dehors du cadre des codes sociaux acceptés et qui risquent de subir des punitions sévères en raison de ce choix, relèvent de la Convention¹⁰⁸. À cet égard, plus d'un motif de la Convention peut être applicable, y compris, outre l'appartenance à un certain groupe social, les opinions politiques réelles ou imputées ou la religion¹⁰⁹.

Les associations familiales ou de parenté peuvent définir un certain groupe social. Il existe des cas où les femmes sont persécutées uniquement à cause de leurs relations de famille ou de parenté. Par exemple, une femme peut être persécutée comme un moyen de démoraliser ou de punir des membres de sa famille ou de sa communauté, ou afin de faire pression sur elle pour qu'elle dévoile des informations¹¹⁰.

E. Les opinions politiques

La définition de la *Convention de 1951* mentionne les « opinions politiques » plutôt que les « activités politiques ». Il n'est pas exigé qu'un demandeur d'asile ait agi conformément à ses convictions avant de quitter son pays pour pouvoir bénéficier du statut de réfugié¹¹¹. Les opinions politiques doivent être entendues au sens large, incluant toute opinion sur toute question dans laquelle l'État, le gouvernement et la politique peuvent être engagés¹¹². Cela peut inclure une opinion au sujet des rôles attribués aux hommes et aux femmes. Les opinions politiques, en tant que fondement d'une crainte fondée de persécution, ont été définies assez simplement comme la persécution de personnes au motif que l'on présume, ou que l'on sait,

107. *Islam et Shah*, *supra* note 10.

108. Refugee Appeal No. 2039/93 *Re M.N.*, 12 février 1996 ; Refugee Appeal No. 71427/99, *supra* note 10.

109. *Ibid.*

110. RLWG, *Gender Guidelines*, *supra* note 21, paragraphe 4.26.

111. Hathaway, *Law of Refugee Status*, *supra* note 30, p. 149.

112. G.S. Goodwin-Gill, *The Refugee in International Law* (2^e édition, Clarendon press, Oxford, 1996), p. 49, approuvé dans *Ward*, *supra* note 29, [1993] 2 SCR 689 à 746. Voir aussi Hathaway, *Law of Refugee Status*, *supra* note 30, p. 154 : « Par essence, tout acte perçu comme défiant l'autorité du gouvernement doit être considéré comme l'expression d'une opinion politique ».

qu'elles ont des opinions contraires, ou critiques vis-à-vis des politiques du gouvernement ou du parti dominant¹¹³. Cette conception large doit également être appliquée lorsque l'agent de persécution n'est pas l'État mais un agent de persécution non-étatique ou un acteur privé.

Comme énoncé au paragraphe 80 du *Guide* du HCR : « Le fait d'avoir des opinions politiques différentes de celles du gouvernement n'est pas en soi un motif suffisant pour demander la reconnaissance du statut de réfugié et le demandeur doit montrer qu'il a lieu de craindre d'être persécuté du fait de ses opinions politiques ». Toutefois, dans la mesure où la définition du réfugié exige une évaluation tournée vers l'avenir d'un risque de préjudice anticipé dans le futur, un demandeur, affirmant avoir une crainte de persécution en raison de ses opinions politiques, n'a pas besoin de montrer que l'agent de persécution dans le pays d'origine connaissait ses opinions avant que le demandeur ne quitte le pays. Il peut les avoir cachées et n'avoir jamais été victime de discrimination ni de persécution. Cependant, le simple fait qu'il refuse le bénéfice de la protection du gouvernement, ou qu'il refuse de retourner dans son pays, peut révéler le véritable état d'esprit du demandeur et conduire à penser qu'il craint effectivement d'être persécuté. « En pareil cas », comme l'énonce le paragraphe 83 du *Guide*, « il faut, pour apprécier le bien-fondé de ses craintes, examiner quelles seraient, pour un demandeur ayant certaines dispositions politiques, les conséquences d'un retour dans son pays »¹¹⁴.

Dans certaines sociétés, la manifestation claire d'opinions politiques par les femmes peut être impossible, dans la mesure où ces dernières n'ont officiellement pas l'autorisation de participer à la vie politique. En outre, le fait qu'une femme puisse remettre en cause certaines conventions sociales concernant la manière dont les femmes doivent se comporter peut être considéré comme une position politique par les autorités et peut engendrer un traitement relevant de la persécution sur cette base¹¹⁵. Selon certaines jurisprudences, les activités relevant de la sphère privée sont considérées non-politiques par nature, mais la distinction entre activités par nature politiques et activités par nature non politiques n'a aucun sens. La question de savoir si des activités sont politiques ou non dépend de leur contexte ; celle de savoir si elles peuvent donner lieu à des demandes légitimes de reconnaissance du statut de réfugié dépend de la réaction de l'agent de persécution et/ou de celle des autorités du pays d'origine du demandeur d'asile¹¹⁶. Ce qui constitue une opinion

113. A. Grahl-Madsen, *The Status of Refugees in International Law* (A.W. Sijthoff, Leiden, 1996), vol. I, p. 220, approuvé dans *Ward, supra* note 29, [1993] 2 SCR 689 à 746.

114. HCR, *Guide, supra* note 54, paragraphe 83.

115. Department of Immigration and Multicultural Affairs, *Guidelines on Gender Issues for Decision-Makers*, juillet 1996 (Australie), paragraphe 4.25, reproduit dans *International Journal of Refugee Law*, édition spéciale, 1997, pp. 195 et 210.

116. Spijkerboer, *Women and Refugee Status, supra* note 26, p. 58.

politique n'est pas une question de définition mais dépend entièrement du contexte de l'affaire¹¹⁷.

Les questions « privées », généralement associées aux femmes, ne sont pas par nature moins politiques que celles ayant lieu dans la sphère « publique ». Les conflits concernant la délimitation de la vie privée (par exemple, la liberté de choisir de porter le voile ou non, de suivre une éducation ou d'exercer certains emplois, d'être sexuellement active ou non, de choisir son partenaire, de ne pas subir la domination et la violence masculines, d'exercer ses droits reproductifs ou de refuser les mutilations génitales féminines) peuvent être considérés comme des conflits de nature politique¹¹⁸.

Lorsque la personne en quête d'asile n'est pas directement impliquée dans une activité politique au sens conventionnel, une demande de reconnaissance du statut de réfugié nécessite que les opinions politiques soient correctement entendues comme incluant les opinions au sujet du traitement ou du statut des femmes à l'intérieur du pays, de la culture ou du groupe social, religieux ou ethnique de l'intéressée¹¹⁹. Comme l'a fait remarquer le *Refugee Women's Legal Group* :

Une femme qui s'oppose à la discrimination institutionnalisée à l'égard des femmes ou qui exprime des opinions indépendantes des normes sociales ou culturelles de sa société, peut subir ou craindre un préjudice en raison de ses opinions politiques réelles ou imputées. Au sein de la structure politique/sociale établie, elle est perçue comme exprimant des opinions politiquement opposées par ses actions ou ses omissions. Si une femme résiste à l'oppression basée sur le genre, sa résistance est politique.

Lorsqu'une femme ne défie pas directement ou intentionnellement les normes ou les comportements institutionnalisés, on peut néanmoins lui imputer (c'est-à-dire attribuer) une opinion politique. Cela peut s'observer, par exemple, dans le cas d'une femme violée qualifiée de femme adultère, de l'ostracisme social à l'égard d'une femme célibataire, séparée, divorcée, veuve ou lesbienne, et de la politisation de violations (non intentionnelles) des codes vestimentaires¹²⁰.

117. Spijkerboer, *Women and Refugee Status*, supra note 26, p. 58 :

Une discussion privée peut être en elle-même subversive et, par conséquent, constituer un acte politique, comme dans le livre *1984* d'Orwell. Dans le contexte du droit des réfugiés, le fait de cuisiner sera normalement un acte privé et ne sera donc pas pertinent. Cela peut toutefois changer si la nourriture est servie à un opposant politique aux autorités et ou si la cuisine est préparée collectivement par des membres de famille de personnes « disparues ». Il existe des discussions politiques et des discussions privées — comme nous le savons. Mais il existe aussi la cuisine privée et la cuisine politique. C'est pourquoi il faut être vigilant lorsque l'on analyse le droit des réfugiés sur la base de la distinction public/privé. Les notions de public ou privé ne concernent pas les actes. Ce sont des aspects de l'analyse, qu'elle soit menée par les autorités du pays d'origine du demandeur (qui peuvent considérer que cuisiner est politique), ou par le juge en matière d'asile (qui peut considérer que cuisiner est par nature privée).
(traduction libre).

118. Spijkerboer, *Women and Refugee Status*, supra note 26, p. 46 ; RWLG, *Gender Guidelines*, supra note 21, paragraphe 4.16.

119. Crawley, *Refugees and Gender*, supra note 12, p. 69.

120. RWLG, *Gender Guidelines*, supra note 21, paragraphes 4.17-4.18 (traduction libre). Voir aussi IAA, *Asylum Gender Guidelines*, supra note 11, paragraphes 3.25-3.26.

Les opinions des femmes sur les questions sociales et économiques et leurs activités dans ces domaines peuvent être interprétées comme des opinions politiques par les autorités du pays d'origine. Les droits sociaux et économiques peuvent être violés pour des raisons politiques.

VII. Questions de procédure

La protection des femmes réfugiées n'exige pas seulement une interprétation de la définition du réfugié qui prenne en compte la question du genre, mais aussi une procédure de détermination du statut de réfugié qui le fasse également¹²¹. Les procédures de détermination du statut de réfugié sont extrêmement importantes et elles doivent être réactives aux expériences vécues par les femmes qui demandent l'asile¹²². Les décisionnaires doivent être conscients et sensibles aux difficultés de procédure et de preuve que rencontrent les femmes.

Parmi les questions les plus importantes identifiées par le *Refugee Women's Legal Group* figure le fait que :

certaines requérantes d'asile arrivent seules. D'autres arrivent avec l'ensemble de la cellule familiale et elles ne sont pas toujours interrogées au sujet de leurs expériences, même s'il se peut que, comme les membres de leur famille de sexe masculin, voire davantage qu'eux, elles soient exposées à un risque de persécution. Les membres masculins de la famille ou de l'entourage peuvent ne pas soulever les questions pertinentes, parce qu'ils ne sont pas au courant des détails ou de leur importance, ou qu'ils ont honte d'en faire état.

Il est important de ne pas partir de l'hypothèse que le statut d'une femme est un statut dérivé ; la demande d'asile d'une femme peut dans certains cas être aussi solide, voire plus solide, que celle d'un membre masculin de sa famille ou de son entourage¹²³.

121. HCR, *Position de 2000 sur la persécution liée au genre*, supra note 9, p. 8 ; HCR, *Guidelines on the Protection of Refugee Women*, juillet 1991, paragraphes 57-76, en particulier les techniques d'entretien des femmes réfugiées prenant en compte la question de l'appartenance sexuelle (paragraphe 72) et les conditions dans le pays affectant les femmes (paragraphe 73) ; HCR, *La violence sexuelle et sexiste contre les réfugiés, les rapatriés et les personnes déplacées, mai 2003 (version française), paragraphe 4.3* ; Spijkerboer, *Women and Refugee Status*, supra note 26, ch. 6 ; Crawley, *Refugees and Gender*, supra note 12, ch. 10 ; RWLG, *Gender Guidelines*, supra note 21, partie 5 ; Immigration and Refugee Board, *Women Refugee Claimants*, supra note 11, partie D ; Department of Immigration and Multicultural Affairs (Australie), *Guidelines on Gender Issues for Decision-Makers*, juillet 1996, partie 3 ; IAA, *Asylum Gender Guidelines*, supra note 11, partie 5 ; G. Hinshelwood, « Interviewing Female Asylum Seekers », *International Journal of Refugee Law*, édition spéciale, 1997, p. 159 ; W. Kâlin, « Gender-Related Persecution », in *Switzerland and the International Protection of Refugees* (ed. V. Chetail et V. Gowland-Debbas, Kluwer, La Haye, 2002), p. 111.

122. Comité exécutif, Conclusion No. 73 (XLIV) 1993 sur la protection des réfugiés et la violence sexuelle, paragraphe g).

123. RWLG, *Gender Guidelines*, supra note 21, paragraphes 5.2-5.3 (traduction libre).

Il a également été fait remarquer que les femmes devaient se voir systématiquement accorder la possibilité de déposer une demande individuelle de reconnaissance du statut de réfugié¹²⁴. En effet, comme l'a souligné le *Refugee Women's Legal Group* : « Les femmes rencontrent certaines difficultés pour défendre leur cas auprès des autorités, notamment quand elles ont vécu des expériences difficiles et/ou douloureuses à décrire. L'entretien devrait ne pas conduire à une confrontation mais chercher à obtenir des explications »¹²⁵. Par conséquent, il est important que les femmes ne soient pas interrogées en présence de membres masculins de leur famille, à moins qu'elles ne le demandent explicitement¹²⁶. De leur côté, « les personnes en charges de l'audition et les agents chargés de l'instruction doivent se familiariser avec le rôle, le statut et le traitement des femmes dans le pays d'où la femme a fui »¹²⁷. Il est donc nécessaire de former toutes les personnes impliquées dans la procédure de détermination du statut de réfugié afin qu'elles soient sensibles aux questions de genre. En particulier, les femmes qui demandent l'asile doivent avoir accès à une personne en charge de l'entretien du même sexe et à un interprète ayant reçu une formation adéquate¹²⁸.

VIII. Conclusion

En conclusion, les développements en matière de droit international relatif aux droits de l'Homme et en droit international humanitaire, y compris la jurisprudence internationale, de même que les avancées importantes dans la pratique des États, dans la jurisprudence et dans les travaux universitaires, montrent des progrès vers une interprétation, par de nombreuses juridictions, des dispositions de la *Convention de 1951* prenant en compte la question du genre. La pratique des États, quoique variable, montre une convergence dans la conception de la définition du réfugié qui, interprétée correctement, intègre les demandes d'asile liées au genre. Elle a également renforcé la capacité des femmes qui demandent l'asile à avoir notamment accès à des procédures d'asile prenant en compte cet aspect et à bénéficier d'une interprétation de leurs demandes allant au-delà des limites étroites du cadre des expériences vécues par les hommes. Le texte, l'objet et le but de la *Convention de 1951*, y compris le principe de non-discrimination, exigent une interprétation prenant en compte la question du genre et sensible à cet aspect, sans quoi les préjugés liés au genre peuvent être renforcés. De ce fait, il n'est pas nécessaire d'ajouter un sixième motif à ceux qui sont déjà énumérés dans la *Convention de 1951* elle-même.

124. Spijkerboer, *Women and Refugee Status*, supra note 26, paragraphe 6.2.

125. RWLG, *Gender Guidelines*, supra note 21, paragraphe 5.8 (traduction libre).

126. Spijkerboer, *Women and Refugee Status*, supra note 26, paragraphe 6.2 ; RWLG, *Gender Guidelines*, supra note 21, paragraphes 5.10-5.16.

127. RWLG, *Gender Guidelines*, supra note 21, paragraphe 5.43 (traduction libre). Voir aussi Spijkerboer, *Women and Refugee Status*, supra note 26, paragraphe 6.4.

128. Spijkerboer, *Women and Refugee Status*, supra note 26, paragraphe 6.3 ; RWLG, *Gender Guidelines*, supra note 21, paragraphe 5.21.