

LE CRITÈRE D'APPARTENANCE A UN CERTAIN GROUPE SOCIAL DANS LA CONVENTION RELATIVE AU STATUT DES RÉFUGIÉS DE 1951

NAÏMA HADJ SAHRAOUI BENBERNOU



The need for a clear definition of the concept of a "refugee" arose with compelling urgency in the wake of the marked intensification in the flow of refugees that followed the Second World War. The 1951 *Convention relating to the Status of Refugees* responded to this exigency: providing criteria which make it possible to identify those individuals who could be classified as refugees. The Convention limits the recognition of refugee status to those individuals who "have a well-founded fear of being persecuted for reasons of race, religion, nationality, membership of a particular social group or political opinion." Unlike the other criteria, the meaning of "membership of a particular social group" remains obscure. Since 1951, court judgements and scholarly publications have supplied various interpretations of this criterion: manifesting the need to have a clear definition so as to avoid weakening the very notion of a refugee. In this article Benbernou addresses the need to define this criterion ¹²¹

by analysing: (a) the historical evolution of the concept; (b) various theoretical interpretations; and (c) court judgements. Thus the author constructs a clear definition of this concept that highlights its progressive function, since it is the only criterion that can accommodate new situations that were not envisaged by the drafters of the Convention. The *ejusdem generis* theory is seen as providing the best interpretation of this criterion that satisfies scientific rigour as well as humanitarian exigencies. There is persecution motivated by "membership of a particular social group" when what are threatened are characteristics that are innate, immutable or such an intrinsic aspect of group identity, that forcing members to renounce to them would constitute a violation of their fundamental human rights.¹

¹ Table des matieres:

Introduction. 1. Le Contenu Du Critere d'appartenance A Un Certain Groupe

Introduction

Les chauffeurs de taxi à El Salvador², les jeunes cadres en âge de faire leur service militaire dans ce même pays³, les militaires au Guatemala⁴, l'élite intellectuelle au Ghana⁵, les chefs héréditaires du peuple esubète au Nigeria⁶, le cercle rapproché d'Imelda Marcos aux Philippines⁷, les grands propriétaires terriens⁸, les fabricants de fromage salvadoriens⁹, les membres d'une famille¹⁰, les femmes victimes de violence sexuelle¹¹, les femmes célibataires vivant dans un pays musulman sans la protection d'un membre de la famille masculin¹², les homosexuels¹³,

Social. 1.1. Origine Du Concept. 1.1.1. L'introduction Du Concept Dans La Convention De 1951. 1.1.2. Acception Originelle. 1.2. Interprétation Du Critère. 1.2.1. Méthode d'interprétation Des Traités Relatifs Aux Droits De l'homme. 1.2.2. Interprétation Restrictive: Absence d'autonomie Du Critère. 1.2.3. Interprétation Libérale: Caractère Résiduel Du Critère. 1.2.4. Interprétation Ejusdem Generis. 1.2.5. Les Orientations Du HCR. 1.3. Conclusion. 2. Applications Particulières Du Critère d'appartenance A Un Certain Groupe Social. 2.1. Cas De Persécution En Raison Du Sexe. 2.1.1. Les Spécificités De La Persécution En Raison Du Sexe Comme Illustration D'appartenance A Un Groupe Social. 2.1.2. Examen Des Textes Relatifs A La Persecution En Raison Du Sexe. 2.1.3. Les Femmes Victimes De Persecution En Raison De l'appartenance A Un Certain Groupe Social Dans La Jurisprudence. 2.2. Autres Cas De Persecution. 2.2.1. Cas De Persécution En Raison De l'orientation Sexuelle. 2.2.2. Cas De Persécution En Raison De l'appartenance A Une Famille. 2.2.3. Cas De Persécution En Raison De l'appartenance A Une Association Volontaire. Conclusion. Bibliographie.

² *Matter of Acosta*, Int. Dec. 2986 (BIA, 1985), Etats-Unis.

³ *Sanchez-Trujillo v. INS*, 801 F.2nd 1571 (Ninth Cir. 1986), Etats-Unis.

⁴ *Arriaga-Barrientos v. INS*, 925 F.2nd 1177 (Ninth Cir. 1991), Etats-Unis.

⁵ *Ananeh-Firempong v. INS*, 766 F.2nd 621 (First Cir. 1985), Etats-Unis.

⁶ *Adebisi v. INS*, 952 F.2nd 910 (Fifth Cir. 1992), Etats-Unis.

⁷ *Rodriguez v. INS*, N° 91-70226, 1992 WL 116029 (Ninth Cir. 1992), Etats-Unis.

⁸ *Gatchalian v. INS*, N° 90-70204, 1991 WL 92349 (Ninth Cir. 1991), Etats-Unis.

⁹ *Alvarez-Flores v. INS*, 909 F.2nd 1 (First Cir. 1990), Etats-Unis.

¹⁰ *Luis Enrique Toha Seguel*, Immigration Appeal Board Decision 79-1150, C.L.I.C., notes 28.8, November 13 1980, Canada.

¹¹ *Gomez v. INS*, 947 F.2nd 660 (Second Cir. 1991), Etats-Unis.

¹² *Zekiye Incirciyan*, Immigration Appeal Board Decision M87-1541X, 10 août 1987, Canada.

¹³ *Matter of Toboso*, N° A23 220 644 (Board of Immigration Appeal, 1990), Etats-Unis.

les hommes d'affaires¹⁴, les officiers corrompus de l'armée ghanéenne¹⁵ peuvent-ils se voir reconnaître le statut de réfugié sur la base d'une crainte fondée de persécution en raison de l'appartenance à un certain groupe social, telle que la définit la *Convention relative au statut des réfugiés* du 28 juillet 1951¹⁶?

Ces exemples, qui oscillent entre le saugrenu et le dramatique, sont en fait tirés de la jurisprudence. Cette énumération montre que les circonstances les plus diverses peuvent être invoquées pour justifier une demande de reconnaissance du statut de réfugié. Elle illustre la complexité de la question du critère d'appartenance à un certain groupe social dans la définition retenue par la Convention. Elle révèle la nécessité, pour opérer un tri entre les situations possibles, de déterminer des critères précis pour qualifier l'appartenance à un certain groupe social.

Il n'est cependant pas possible de détacher ce sujet du cadre général de la protection des réfugiés. A cet effet, il nous faudra procéder, nécessairement de façon brève, à un rappel historique de l'appréhension du problème des réfugiés par la société internationale et à un commentaire de la définition du réfugié aujourd'hui retenue.

La définition de la Convention de 1951 n'est pas la première tentative de définition du réfugié en droit international. Depuis les années vingt, date à laquelle la Communauté internationale a pris conscience de l'exigence de faire face à ce problème, plusieurs arrangements, résolutions et conventions avaient proposé des définitions du terme "réfugié".

Dans le contexte de phénomènes de flux massifs de groupes déterminés, les réfugiés furent dans un premier temps définis selon leurs origines nationales ou le territoire qu'ils avaient quitté. En raison de l'absence de protection de la part du pays d'origine; il s'agissait là de définitions par catégories¹⁷.

¹⁴ Cour administrative de Gelsenkirchen, arrêt du 29 mars 1985, N° 17 K 10. 343/83, Allemagne.

¹⁵ Cour administrative d'Hanovre, arrêt du 6 juin 1984, N° 1 OVGA 91/82 As, Allemagne.

¹⁶ *Convention relative au statut des réfugiés*, Nations Unies, Recueil des Traités n° 2545, Vol. 189, p. 137.

¹⁷ Ainsi l'arrangement du 12 mai 1926 (réfugiés russes et réfugiés arméniens), l'arrangement du 30 juin 1928 (réfugiés assyriens, assyro-chaldéens et assimilés

A ce type de définitions furent préférées par la suite des définitions individuelles où l'élément essentiel devenait l'examen des raisons personnelles contraignant l'individu à quitter son pays et à ne plus pouvoir (ou vouloir) se réclamer de la protection de son Etat d'origine¹⁸. Bien que plus générales, ces définitions restaient limitées à des types de réfugiés précis.

Face à l'intensification des flux de réfugiés après la Seconde Guerre mondiale, il est apparu nécessaire d'introduire un instrument complet de protection fondée sur une définition générale du terme "réfugié". La *Convention relative au statut des réfugiés* répond à ce besoin. En se référant aux divers instruments examinés ci-dessus, elle établit un lien avec le passé et assure la continuité de la protection internationale dont bénéficiaient jusque là les réfugiés, définis par catégories.

L'article premier, section A, paragraphe 2 énonce que le terme "réfugié" s'appliquera à toute personne:

"qui, par suite d'événements survenus avant le 1^{er} janvier 1951 et craignant avec raison d'être persécuté du fait de sa race, de sa religion, de sa nationalité, de son appartenance à un certain groupe social ou de ses opinions politiques, se trouve hors du pays dont elle a la nationalité et qui ne peut ou, du fait de cette crainte, ne veut se réclamer de la protection de ce pays; ou qui, si elle n'a pas de nationalité et se trouve hors du pays dans lequel elle avait sa résidence habituelle à la suite de tels événements, ne peut ou, en raison de ladite crainte, ne veut y retourner".

et réfugiés turcs), résolution du Conseil de la Société des Nations n° 3593 du 24 mai 1935 (réfugiés de la Sarre), la convention du 10 février 1938 (réfugiés provenant d'Allemagne), résolution du Conseil de la Société des Nations n° 4119 du 17 janvier 1939 (réfugiés du territoire des Sudètes), le protocole du 14 septembre 1939 (réfugiés autrichiens victimes de la persécution nazie). Malheureusement, ces instruments successifs furent signés par de moins en moins d'Etats. Pour une référence rapide à ces définitions, voir Recueil de traités et autres textes de droit international concernant les réfugiés, Office du Haut Commissaire des Nations Unies pour les réfugiés, Genève, 1982, pp. 48-55.

¹⁸ Voir en particulier la définition contenue dans l'Annexe I de la Constitution de l'Organisation Internationale pour les Réfugiés, résolution 62 (I) du 15 décembre 1946 de l'Assemblée générale des Nations Unies.

Cette définition s'articule en trois axes:

1. la crainte fondée d'être persécuté pour des motifs énoncés dans une liste limitative;
2. le fait que le réfugié se trouve hors de son pays d'origine (l'Etat de sa nationalité ou, s'il est apatride, celui dans lequel il avait sa résidence habituelle);
3. l'absence d'une protection nationale, d'où le besoin d'une protection internationale.

Le problème de l'appartenance à un certain groupe social s'insère dans la première branche. Mais il nous faut le placer dans son contexte, et, pour ce faire, examiner rapidement les autres éléments.

La définition évoque d'abord une crainte fondée d'être persécuté. Elle introduit ainsi un élément subjectif à la base de la reconnaissance du statut de réfugié: il faut examiner l'état d'esprit du demandeur. Cette crainte doit cependant être raisonnable et correspondre à une situation objective. La demande sera examinée en tenant compte des antécédents personnels et familiaux du requérant, de son appartenance à tel ou tel groupe racial, religieux, national, social ou politique, de sa propre interprétation de son expérience et même des conditions générales existantes dans son pays d'origine.

Aucune définition de la "persécution" n'est énoncée dans la Convention. Mais en prenant appui sur l'article 33, on peut déduire que des menaces à la vie ou à la liberté ou d'autres violations graves des droits de l'homme constitueraient des persécutions. Un traitement moins favorable réservé à certaines personnes n'équivaut pas en lui-même à une persécution. Celle-ci ne sera réalisée que lorsque les mesures discriminatoires auront des conséquences gravement préjudiciables pour la personne affectée ou provoquent un sentiment d'appréhension et d'insécurité chez le demandeur.

Seules les persécutions fondées sur les motifs énumérés dans le paragraphe 2 de l'article 1 sont pertinents pour la reconnaissance du statut de réfugié:

1. Il s'agit d'abord de la "race", entendue comme l'appartenance à un certain groupe ethnique.
2. Par "religion", il faut comprendre toutes les formes d'exercice de cette liberté, y compris le droit de changer de religion ou de conviction, la liberté de manifester sa religion ou sa conviction tant en public qu'en privé, par l'enseignement, les pratiques, le culte et l'accomplissement des rites.

3. La notion de "nationalité" est proche de celle de race et semble devoir être comprise dans un sens large, comme l'appartenance à un groupe ethnique ou linguistique particulier.
4. En ce qui concerne les "opinions politiques", une protection doit être accordée non seulement à ceux dont les opinions et les affiliations sont clairement identifiables, mais également à ceux qui sont vulnérables devant les forces politiques de leur propre pays¹⁹.

Si ces motifs de persécution semblent relativement clairs, l'expression "appartenance à un certain groupe social", intercalée subrepticement dans cette liste, reste nébuleuse. C'est à cette question que la présente étude tente de répondre.

Le caractère obscur du critère d'appartenance à un certain groupe social fait sa force mais aussi sa faiblesse. Son manque de précision a permis des interprétations fort variées. Il est ainsi nécessaire de se pencher tout d'abord sur les différentes théories portant sur le contenu de ce critère. Sur cette base et en prenant appui sur les jurisprudences nationales, on abordera les applications particulières du critère à l'heure actuelle: la souplesse dudit critère a permis d'appréhender des situations très éloignées des préoccupations initiales des auteurs de la Convention.

1. Le Contenu Du Critère D'appartenance A Un Certain Groupe Social

On ne peut bien comprendre un concept juridique sans connaître les circonstances qui lui ont permis de voir le jour. L'obscurité théorique qui entoure le critère d'appartenance à un certain groupe social s'explique avant tout par les conditions présidant à son avènement.

Une étude de l'origine de ce concept s'impose donc de prime abord,

¹⁹ Pour l'ensemble de ces considérations, voir Bureau du Haut Commissaire des Nations Unies pour les réfugiés, Guide des procédures et critères à appliquer pour déterminer le statut de réfugié au regard de la Convention de 1951 et du Protocole de 1967 relatifs au statut des réfugiés, U.N. Doc. HCR/PRO/4 (1979) (ci-après "Guide").

après quoi il sera possible d'évaluer les diverses théories développées par la doctrine et la jurisprudence.

1.1. *Origine du concept*

Comment ce critère a-t-il été dégagé? Quelles étaient les intentions de ceux qui l'ont formulé pour la première fois?

1.1.1. L'introduction du concept dans la convention de 1951

La Convention relative au statut des réfugiés du 28 juillet 1951 est le fruit d'une longue élaboration par divers organes des Nations Unies dans la période 1947-1950²⁰. Le 14 décembre 1950, l'Assemblée générale approuve deux résolutions fondamentales en matière de réfugiés: la résolution 428 (V) invite les gouvernements à coopérer avec le Haut Commissaire des Nations Unies pour les réfugiés dans l'exercice de ses fonctions et porte en annexe le Statut du Haut Commissariat²¹; par sa résolution 429 (V), l'Assemblée approuve le *Projet de Convention relative au statut des réfugiés*, et décide:

"de convoquer à Genève une conférence de plénipotentiaires pour achever de rédiger et pour signer la Convention relative au statut des réfugiés et aussi le Protocole relatif au statut des apatrides".

Cette Conférence de plénipotentiaires se réunit ainsi entre le 2 et le 25 juillet 1951²². Or, si la discussion relative aux apatrides a été

²⁰ Sur le fondement d'une résolution de la Commission des droits de l'homme, le Conseil économique et social, dans la résolution 116 (VI) D du 2 mars 1948 (UN Doc. E/1618, E/AC.32/5), invita le Secrétaire général à étudier la situation des apatrides et "à présenter des recommandations au Conseil sur l'avantage qu'il y aurait à conclure une nouvelle Convention à ce sujet". En réponse, un Comité spécial pour les réfugiés et les apatrides composé de représentants de 13 gouvernements fut nommé par le Conseil pour élaborer "une Convention révisée et globale relative au statut international des réfugiés et apatrides". Le texte en résultant (UN Doc. E/1850, E/AC.32/8) fut soumis à la cinquième session de l'Assemblée générale.

²¹ Cette résolution fait écho à la résolution 319 (IV) du 3 décembre 1949 qui prévoyait la création, à partir du 1 janvier 1951, d'un Haut Commissariat pour les réfugiés.

²² Les plénipotentiaires, si l'on compte les deux observateurs, représentaient 17 Etats d'Europe, 6 du continent américain, 4 d'Asie, un d'Afrique et un d'Océanie (Acte final de la Conférence de plénipotentiaires des Nations Unies sur le statut des réfugiés et des apatrides).

reportée à une date ultérieure, les Etats présents se sont en revanche mis d'accord sur la question des réfugiés. Ils ont adopté un texte qui contient d'une part une définition précise du terme "réfugié", et définit d'autre part les droits et obligations des Etats et des bénéficiaires du statut.

S'agissant de la définition du réfugié, les discussions au sein de la Conférence avaient pris pour base un texte calqué sur la résolution portant Statut du HCR, qui, dans son article 6, A, ii), cerne ce concept comme englobant:

"(...) toute personne qui, par suite d'événements survenus avant le 1er janvier 1951 et craignant avec raison d'être persécutée du fait de sa race, de sa religion, de sa nationalité ou de ses opinions politiques, se trouve hors du pays dont elle a la nationalité, et qui ne peut ou, du fait de cette crainte ou pour des raisons autres que de convenance personnelle, ne veut se réclamer de la protection de ce pays; ou qui, si elle n'a pas de nationalité et se trouve hors du pays dans lequel elle avait sa résidence habituelle, ne peut ou, en raison de ladite crainte ou pour des raisons autres que de convenance personnelle, ne veut y retourner".

Le critère d'appartenance à un certain groupe social n'était, comme on peut le constater, pas prévu dans le projet originel. Il a fait l'objet d'un amendement de dernière minute proposé par le représentant suédois au sein de la Conférence:

*"... experience had shown that certain refugees had been persecuted because they belonged to particular social groups (...) Such cases existed, and it would be as well to mention them explicitly."*²³

Ainsi, la différence entre la définition du réfugié retenue par le mandat du HCR et celle proposée par la Convention s'explique par l'introduction de ce concept selon cette proposition, soit en 1951, alors que le statut du HCR avait été adopté dès 1950.

²³ Déclaration de M. Petren, représentant de la Suède, UN Doc. A/CONF.2/SR.3, p. 14, 19 novembre 1951 et UN Doc. A/CONF.2/SR.19, p. 14 du 26 novembre 1951.

Cependant, on peut s'interroger sur la valeur réelle de l'introduction de ce concept. Il est utile à cet effet d'examiner la question à la lumière des textes contemporains relatifs aux droits de l'homme: la Charte des Nations Unies, la *Déclaration universelle des droits de l'homme* et la *Convention sur la prévention et la répression du crime de génocide*.

L'appartenance à un groupe social pour justifier une protection renforcée des droits de la personne ressortait déjà dans la *Déclaration universelle des droits de l'homme*. Son article 2 envisage l'origine sociale comme un motif de discrimination:

*"Chacun peut se prévaloir de tous les droits et de toutes les libertés proclamées 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"*²⁴

La *Convention pour la prévention et la répression du crime de génocide*²⁵, par contre, ne contient aucune référence au groupe social dans la définition de ce crime²⁶, et s'est vue souvent critiquée pour cette omission. Ainsi, DROST remarque que la définition y contenue laisse

*"a wide and dangerous loophole for any government to escape the human duties under the Convention by putting genocide into practice under the cover of executive measures against political or other groups for reasons of security (...)"*²⁷

En incluant l'appartenance à un groupe social parmi les motifs

²⁴ Résolution de l'Assemblée générale 217 A (III) du 10 décembre 1948.

²⁵ Approuvée et soumise à la signature et à la ratification ou à l'adhésion par l'Assemblée générale dans sa résolution 260 A (III) du 9 décembre 1948.

²⁶ Le champ d'application *ratione personae* de la Convention est prévu à l'article 2: *"Le génocide s'entend de l'un quelconque des actes ci-après, commis dans l'intention de détruire, en tout ou en partie, un groupe national, ethnique, racial ou religieux (...)"*.

²⁷ DROST, P., *The Crime of State* (Book II), Genocide 122 (1959), cité dans: UN Doc., E/CN.4/SUB. 2/416, p.22.

de persécution, la définition du réfugié de la Convention de 1951 se place donc dans la perspective la plus progressiste de la protection des droits de l'homme.

En revanche, si l'on procède à une comparaison entre *la Convention sur le statut des réfugiés* et les autres instruments protégeant les droits de l'homme, on remarque la surprenante omission de la persécution à raison du sexe. Ainsi, la Charte des Nations Unies, dans les nombreuses dispositions relatives aux droits de l'homme proclame

*"le respect des droits de l'homme et des libertés fondamentales pour tous, sans distinction de race, de sexe, de langue ou de religion"*²⁸

La référence au sexe est aussi présente, comme il a été vu ci-dessus, dans la Déclaration universelle. Compte tenu de ces précédents, l'omission de la référence au sexe dans la Convention de 1951 apparaît donc bien comme le résultat d'une volonté délibérée. Elle est d'autant plus grave que les cas de persécution en raison du sexe sont très fréquents, et donnent lieu à des cas souvent très dramatiques dans les faits.

1.1.2. Acception originelle

L'amendement suédois a certes eu pour effet d'élargir le champ d'application de la Convention en appréhendant des situations de persécution beaucoup plus larges. Cette préoccupation d'étendre la définition du réfugié avait déjà été exprimée par le représentant italien²⁹. L'amendement fut adopté sans discussion des plénipotentiaires par 14 voix pour, 0 contre et 8 abstentions. Il n'y eut donc aucun vote négatif.

Les travaux préparatoires³⁰ ne contiennent, quant à eux, aucune indication sur les délégations favorables à l'amendement et celles

²⁸ Article 1, paragraphe 3. Voir également, les articles 13 et 55 (c).

²⁹ U.N. Doc. E/AC.32/L.40, p. 13 (1950).

³⁰ TAKKENBERG A., TAHBAZ C., *The Collected Travaux Préparatoires of the 1951 Geneva Convention Relating to the Status of Refugees* (Vol. 1), published by the Dutch Refugee Council under the auspices of the European Legal Network on Asylum, Amsterdam 1990.

qui se sont abstenues. L'article 1 du projet de convention tel qu'amendé par la proposition suédoise incluant l'appartenance à un certain groupe social comme motif de persécution fut adopté par un vote favorable de 22 voix à 0 et une abstention. Il est donc délicat, compte tenu des modalités d'adoption du critère du groupe social, de déterminer les intentions qui ont animé les plénipotentiaires.

Le critère de l'appartenance à un certain groupe social peut cependant être lu à la lumière d'un certain nombre d'éléments. Un indice révélateur se trouve dans la recommandation E de l'Acte final, dans laquelle les participants à la Conférence reconnaissent que la situation de certaines personnes pourrait ne pas être couverte par la définition du réfugié retenue par la Convention. Aussi cette recommandation demande-t-elle aux Etats signataires d'appliquer la Convention au-delà de sa portée purement conventionnelle:

"La Conférence exprime l'espoir que la Convention relative au statut des réfugiés aura valeur d'exemple, en plus de sa portée contractuelle, et qu'elle incitera tous les Etats à accorder dans toute la mesure du possible aux personnes se trouvant sur leur territoire en tant que réfugiés et qui ne seraient pas couvertes par les dispositions de la Convention, le traitement prévu par la Convention".

S'agissant de la portée du groupe social, il faut également prêter attention à un échange de vues entre le représentant de la Fédération américaine du travail et le délégué français:

"Mr. Stolz (American Federation of Labour) recalled that people sometimes left their country for social and economic reasons, an eventuality which was not specifically mentioned in (draft of article 1)..."

"Mr. Rain (France) thought that the nature of the persecution should be described in very broad terms. In actual practice he felt that the people referred to by the American Federation of Labour representative would be recognized as refugees"³¹.

³¹ U.N. Doc. E/ AC.32/ SR. 17, p.3-4 (31 janvier 1950).

Si ces éléments ne sont pas suffisants pour décrire avec précision le critère d'appartenance à un certain groupe social, ils fournissent cependant de précieux instruments pour son interprétation.

1.2. *Interpretation du critere*

La Convention une fois en vigueur, il s'agit de l'appliquer et donc de l'interpréter. A cet effet, le droit international propose un certain nombre d'outils. Face à un texte pèchant par manque de clarté, des interprétations contrastées ont été proposées.

1.2.1. Methodes d'interpretation des traites relatifs aux droits de l'homme

L'interprétation d'un traité *"consiste à dégager le sens exact et le contenu de la règle de droit applicable dans une situation donnée"*³². En général, un problème d'interprétation survient lorsque le sens d'un traité est douteux ou controversé, ce qui est certainement le cas de l'expression "appartenance à un certain groupe social". La coutume internationale et la *Convention de Vienne de 1969 sur le droit des traités* ont permis de dégager des règles interprétatives précises. S'il n'est pas question ici d'élaborer une théorie générale de l'interprétation des instruments internationaux relatifs aux droits de l'homme, il convient toutefois de signaler les méthodes d'interprétation les plus pertinentes afin de mieux comprendre le concept qui nous intéresse ici.

La règle générale, codifiée par l'article 31 de la Convention de Vienne, stipule:

"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 but et de son objet".

Trois méthodes interprétatives se dégagent de cette norme: l'interprétation textuelle, l'interprétation systématique et l'interprétation téléologique.

L'interprétation textuelle privilégie le sens ordinaire à attribuer aux termes. C'est en effet l'élément qui reflète le mieux les intentions

³² NGUYEN QUOC DINH, DAILLIER, P., PELLET, A., *Droit international public*, Librairie générale de droit et de jurisprudence, Paris, 1992, p. 245.

des parties. Dans le cas qui nous occupe, il s'agira de chercher une définition autonome de "certain groupe social", ce qui pose des obstacles de taille, puisqu'aucune description du critère n'est fournie ni par la Convention elle-même, ni par d'autres instruments.

L'interprétation systématique préconise de placer les expressions à interpréter dans leur contexte. Par "contexte", comme le précise le paragraphe 2 de l'article 31, il faut entendre le texte, le préambule et les annexes. On doit y ajouter tout accord ayant rapport au traité et intervenu entre toutes les parties au moment de sa conclusion, et tout instrument établi par une ou plusieurs parties à cette même occasion et accepté par les autres parties à cette fin (sans parler des moyens susceptibles de révéler un accord ultérieur des parties envisagés au paragraphe 3).

Cette forme d'interprétation est utilisée pour dégager la portée de deux ou plusieurs expressions au sein d'un même alinéa, de deux paragraphes l'un par rapport à l'autre au sein de la même disposition, pour éclairer la structure de l'instrument ou le rapport de ses dispositions avec d'autres instruments internationaux. Ici, il faut bien sûr faire référence aux autres motifs de persécution énoncés par la définition: l'appartenance à un groupe social n'est qu'un élément d'une énumération ayant une logique et une raison d'être précises et qu'il ne faut pas perdre de vue.

L'interprétation téléologique s'appuie sur le but du texte pour en éclairer le sens et permet ainsi d'aller au-delà d'une lecture littérale du traité. Il faudrait ainsi rechercher la raison d'être de l'introduction du critère de l'appartenance à un certain groupe social dans le cadre général d'une convention visant à protéger des personnes fuyant des situations de persécution. S'appuyer sur le but du texte pour tenter d'élargir son champ d'application ne doit en aucun cas aboutir à une dénaturation du traité. Il s'agit de conserver l'équilibre entre les exigences humanitaires et le respect du texte originel.

Si ces méthodes se révèlent insuffisantes, si elles laissent le sens ambigu ou obscur ou conduisent à un résultat qui est manifestement absurde ou déraisonnable, il peut être fait usage de moyens complémentaires, développés par l'article 32 de la Convention de Vienne, en particulier le recours aux travaux préparatoires et aux circonstances dans lesquelles le traité a été conclu. C'est pour cette raison qu'il a été utile de se pencher sur l'historique de l'expression de l'appartenance à un certain groupe social.

Parmi les règles méthodologiques, qui permettent à l'interprète

d'appliquer les techniques précitées, une place particulièrement importante doit être réservée à celle de l'effet utile. Ce principe veut que les mots ou phrases insérés dans un traité l'aient été, non pour créer un effet de style, mais pour entraîner des conséquences précises. On doit donc se refuser à toute interprétation qui les rendrait inutiles. L'introduction de l'expression "appartenance à un certain groupe social" devrait donc être interprétée de façon telle qu'elle ait un effet réel.

Tous ces moyens doivent être appliqués en gardant bien en vue que la matière des droits de l'homme doit répondre à des priorités particulières: l'enjeu de l'interprétation des traités relatifs aux droits de l'homme est d'accorder le maximum de garanties aux individus. Ces exigences ont été mises en exergue dans la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme³³, mais elles doivent rester toujours présentes à l'esprit de l'interprète des traités universels.

1.2.2. Interpretation restrictive: absence d'autonomie du critère

Une des interprétations proposées consiste à nier l'indépendance du critère de l'appartenance à un certain groupe social comme motif de persécution. Ce critère ne pourrait être dissocié des autres critères contenus dans la définition du réfugié de la Convention de 1951. Il viendrait seulement corroborer l'existence d'une persécution pour des motifs de race, de religion, de nationalité ou d'opinions politiques.

C'est là l'interprétation développée par GOODWIN-GILL qui voit dans le critère de l'appartenance à un groupe social une clarification des autres critères³⁴: ce motif ne jouerait donc que s'il intervient cumulativement avec les autres motifs de persécution. Mais la thèse de GOODWIN-GILL est restrictive à un autre égard: l'appartenance ne reposerait en effet que sur des éléments indépendants de la volonté de l'individu, sur lesquels il n'a aucun contrôle. Un groupe social

³³ Voir par exemple, arrêt *Delcourt* du 17 janvier 1970, Recueil des arrêts de la Cour européenne des droits de l'homme, A n°11, p. 14-15, par. 25: "Dans une société démocratique au sens de la Convention, le droit à une bonne administration de la justice occupe une place si éminente qu'une interprétation restrictive de l'article 6, par. 1, ne correspondrait pas au but et à l'objet de cette disposition".

³⁴ GOODWIN-GILL, G., "Entry and Exclusion of Refugees: The Obligations of States and the Protection Function of the Office of the UNHCR", *Michigan Yearbook of International Legal Studies*, 1980, p. 297.

serait constitué par un ensemble d'individus qui partageraient les mêmes intérêts, les mêmes valeurs, le même environnement socio-culturel: lors de la détermination du statut de réfugié, on devrait prêter une attention particulière aux facteurs unificateurs tels que l'origine ethnique, culturelle, linguistique, l'éducation, le milieu familial, l'activité économique, des valeurs partagées et des aspirations communes; devront également être examinés la perception du groupe par la société à laquelle il appartient, et notamment le traitement que les autorités gouvernementales réservent au dit groupe³⁵. Ainsi, c'est un véritable faisceau d'indices que les autorités nationales compétentes devraient considérer dans la procédure de reconnaissance.

On retrouve des illustrations jurisprudentielles de cette interprétation. Par exemple, les autorités canadiennes n'ont, dans un premier temps, accordé le statut de réfugié sur la base de l'appartenance à un groupe social que si ce motif étayait l'existence d'une des autres raisons de persécution. Dans l'arrêt *Obertz Belfont* de 1975, l'*Immigration Appeal Court* affirmait:

*"Either the group must be political and proclaim and exhibit dissidence with the regime or be a religious sect which has been persecuted by the civil authorities because of its religious beliefs. In a multinational state, a racial minority might also constitute such a group"*³⁶.

Ainsi, les demandeurs du statut de réfugié au Canada qui se fondaient sur l'appartenance à un certain groupe social devaient être: d'une part, soit des tenants d'opinions politiques divergentes de celles du gouvernement, soit des membres d'un groupe religieux persécuté, ou d'une minorité; et, d'autre part, être persécutés pour cette raison par les autorités gouvernementales³⁷.

³⁵ GOODWIN-GILL, G., *The Refugee in International Law*, Clarendon Press, Oxford, 1983, p. 29-30.

³⁶ Cité par HATHAWAY, J., *The law of Refugee Status*, Butterworths, Toronto, Vancouver, 1991, p. 157.

³⁷ BAGAMBIERE, D., "Terrorism and Convention Refugee Status in Canadian Immigration Law: The Social Group Category according to *Ward v. Canada*", *International Journal of Refugee Law*, vol. 5, n° 2, 1993, p. 188.

Cette interprétation a été l'objet de diverses critiques. Elle ferait de l'appartenance à un groupe social un critère superflu, ce qui semble contraire à la règle de l'effet utile dans l'interprétation des traités. D'autre part, lier ce critère exclusivement à des caractéristiques involontaires ne permet pas d'appréhender le problème dans son intégralité.

1.2.3. Interpretation liberale: caractere residuel du critere

Le critère de l'appartenance à un certain groupe social a une vocation beaucoup plus ambitieuse dans sa perception libérale: il aurait un caractère résiduel par rapport aux autres critères, et permettrait ainsi de reconnaître le statut de réfugié aux victimes de persécution pour des raisons allant parfois au-delà de la race, la religion, la nationalité ou les opinions politiques. Ainsi, aucune situation de persécution ne devrait échapper au champ d'application de la Convention de 1951 et tout vide juridique serait évité³⁸.

Cette interprétation a été notamment développée par GRAHL-MADSEN. Celui-ci classe les motifs de persécution envisagés par la *Convention relative au statut des réfugiés* en deux catégories. La première englobe les caractéristiques dont le contrôle échappe à la volonté des individus, tels la race, la nationalité, l'héritage religieux et l'appartenance à un certain groupe social. La seconde catégorie regroupe quant à elle les caractéristiques sur lesquelles les individus exercent un contrôle, comme les opinions politiques et le comportement religieux.

Cette classification permet de ne pas exclure du champ d'application de la Convention les individus appartenant à un certain groupe social en raison de qualités volontaires.

Grâce à cette grille d'analyse, la noblesse, les propriétaires fonciers, les fonctionnaires, les hommes d'affaires, les personnes exerçant une activité professionnelle, les fermiers, les travailleurs, les membres d'un groupe linguistique ou d'une minorité, voire les membres de certaines associations, clubs ou sociétés pourraient être considérés comme des groupes sociaux au sens où l'entend la Convention³⁹.

³⁸ "Whenever a person is likely to suffer persecution merely because of his background, he should get the benefit of the present provision", GRAHL-MADSEN G., *The Status of Refugees in International Law*, Sijthoff, Leyden, 1966, p. 220.

³⁹ GRAHL-MADSEN G., *The Status of Refugees in International Law*, Sijthoff, Leyden, 1966, p. 219.

Pour les groupes dits "économiques", l'appartenance peut paraître à prime abord volontaire. Cependant, propriétaires terriens, hommes d'affaires ou professionnels, même s'ils abandonnent terres, entreprises ou professions, continueront à être perçus par leur entourage comme faisant partie de ce groupe. Ainsi, durant la révolution culturelle en Chine, les enfants d'anciens propriétaires terriens ou riches paysans faisaient à ce titre l'objet de persécutions.

Des cas de jurisprudence, émanant notamment de la République Fédérale d'Allemagne, reflètent cette conception libérale du critère d'appartenance à un certain groupe social. Ainsi, un arrêt de la Cour administrative de Bavière a reconnu la qualité de réfugié à un Chinois devenu orphelin à l'âge de cinq ans et victime de persécutions au sein de la coopérative agricole dont il faisait partie en raison du fait que ses grand-parents et parents étaient propriétaires terriens⁴⁰. L'asile fut également octroyé à une roumaine issue d'une famille aisée dont le père avait été directeur de banque et l'époux médecin dans l'armée royale, et qui faisait l'objet de persécutions en raison de ses origines sociales⁴¹.

L'interprétation de GRAHL-MADSEN a été suivie plus récemment par plusieurs auteurs, dont HELTON⁴². Or, pour séduisante qu'elle apparaisse du point de vue de considérations humanitaires, cette thèse n'en est pas moins critiquable.

En effet, GRAHL-MADSEN ne tire pas toutes les conséquences de la distinction qu'il a opérée entre les caractéristiques volontaires

⁴⁰ Cour administrative de Bavière, arrêt du 29 mars 1983, cité par FULLERTON M. dans "A Comparative Look at Refugee Status Based on Persecution Due to Membership in a particular Social Group", *Cornell International Law Journal*, vol. 26, N° 5, 1993, p. 515.

⁴¹ Cour administrative de Saarland, arrêt du 10 décembre 1982, cité par FULLERTON, M., dans "A Comparative Look at Refugee Status Based on Persecution Due to Membership in a particular Social Group", *Cornell International Law Journal*, vol. 26, N° 5, 1993, p. 515.

⁴² Afin de démontrer que la catégorie de l'appartenance à un groupe social répond, dans une interprétation dynamique de la Convention, à cette vision libérale, HELTON propose une analyse de la notion dans la pratique internationale, dans celle des Nations Unies (dans le cadre de la théorie dite de l'"arbre vivant") et dans la jurisprudence nationale des Etats parties à la Convention, HELTON A., "Persecution on Account of Membership in a Social Group As a Basis for Refugee Status", *Columbia Human Rights Law Review*, vol. 15, N° 1, Fall 1983.

et les caractéristiques involontaires. Seules ces dernières constituent, selon lui, des fondements de persécutions à raison de l'appartenance à un certain groupe social.

Il n'aborde pas davantage la question des caractéristiques volontaires qu'un individu serait en droit de conserver, et n'identifie pas les abandons qui constitueraient une violation des droits fondamentaux de la personne.

De plus, le critère d'appartenance à un certain groupe social devient ici une sorte de catégorie "fourre-tout", ce qui tend à priver la définition du réfugié proposée par la Convention de sa rigueur juridique: puisque le droit des réfugiés est destiné à accorder une protection à une catégorie d'individus particulièrement vulnérable, l'introduction d'un concept trop large nuirait à ce but. Enfin, cette approche ouvre la porte à toutes sortes d'abus. Les Etats signataires, soucieux de se préserver de flux d'immigration massifs, ne sauraient l'accepter.

1.2.4. Interpretation ejusdem generis

Une conception médiane entre les deux voies précédentes, par ailleurs plus fidèle aux règles générales d'interprétation des traités, est celle dite de l'*ejusdem generis*, ce qui signifie "du même type".

Selon cette théorie, le critère de l'appartenance à un certain groupe social devrait être interprété à l'instar des autres motifs (la race, la religion, la nationalité ou les opinions politiques) qui possèdent tous une caractéristique commune: celle d'être immuables au demandeur. Soit cette caractéristique est innée, comme la race ou la religion et il est au-delà de son pouvoir de la changer, soit elle est si fondamentale, si inscrite dans son identité ou sa conscience individuelle, que lui demander de s'en départir serait une atteinte à ses droits fondamentaux.

Cette interprétation est d'abord le résultat d'une élaboration jurisprudentielle. Le premier arrêt dégagant le principe *ejusdem generis* est l'arrêt *Matter of Acosta*⁴³ du *Board of Immigration Appeals* (BIA) des Etats-Unis. Le raisonnement y adopté part de l'affirmation de la règle d'interprétation suivante:

"General words used in an enumeration with specific words should be construed in a manner consistent with the specific words."

Une telle règle appliquée à la définition du réfugié mène à définir

la persécution en raison de l'appartenance à un certain groupe social comme:

*"... persecution that is directed toward an individual who is member of a group of persons all of whom share a common, immutable characteristic. The shared characteristic might be an innate one such as sex, color or kinship ties, or in some circumstances it might be a shared past experience such as former military leadership or land ownership. The particular kind of group characteristic that will qualify under this construction remains to be determined on a case by case basis. However, whatever the common characteristic that defines the group, it must be one that the members of the group either cannot change, or should not be required to change because it is fundamental to their individual identities or conscience"*⁴⁴.

Cette définition exclut donc les groupes identifiés par des caractéristiques que l'on peut modifier ou dont peut se dissocier sans renoncer à des droits et libertés fondamentales. Un lien logique est ainsi établi entre les différents éléments de la définition de réfugié. Le critère d'interprétation de la notion de persécution coïncide avec celui des motifs de persécution: c'est l'atteinte aux droits fondamentaux de la personne⁴⁵.

⁴³ En 1985, le *Board of Immigration Appeals* dut se pencher sur la reconnaissance du statut de réfugié d'un ressortissant de El Salvador. Le requérant Acosta était chauffeur de taxi et membre d'une coopérative de travail dont il avait été l'un des fondateurs. La guérilla locale avait demandé à la coopérative de se mettre en grève afin de nuire au gouvernement en place. Devant le refus d'Acosta et des autres membres de la coopérative, les guérilleros avaient procédé à des actes de terreur. Des taxis furent volés et incendiés et surtout, plusieurs membres de la coopérative furent assassinés dans leurs taxis. Acosta, après avoir reçu des menaces de mort et avoir été agressé dans son taxi, décida de chercher refuge aux Etats-Unis. Il avait fondé sa demande de reconnaissance du statut de réfugié sur son appartenance à un certain groupe social, à savoir "membre d'une coopérative de travail". Cette décision est intéressante non pas pour son résultat (puisque Acosta a vu sa demande rejetée), mais pour l'évolution de l'interprétation du groupe social.

⁴⁴ *Matter of Acosta*, Interim Decision 2986 (BIA, 1985), Etats-Unis.

⁴⁵ La définition de persécution généralement retenue parle de "menaces à la vie ou à la liberté" ou d'"autres violations graves des droits de l'homme": voir Bureau du

et les caractéristiques involontaires. Seules ces dernières constituent, selon lui, des fondements de persécutions à raison de l'appartenance à un certain groupe social.

Il n'aborde pas davantage la question des caractéristiques volontaires qu'un individu serait en droit de conserver, et n'identifie pas les abandons qui constitueraient une violation des droits fondamentaux de la personne.

De plus, le critère d'appartenance à un certain groupe social devient ici une sorte de catégorie "fourre-tout", ce qui tend à priver la définition du réfugié proposée par la Convention de sa rigueur juridique: puisque le droit des réfugiés est destiné à accorder une protection à une catégorie d'individus particulièrement vulnérable, l'introduction d'un concept trop large nuirait à ce but. Enfin, cette approche ouvre la porte à toutes sortes d'abus. Les Etats signataires, soucieux de se préserver de flux d'immigration massifs, ne sauraient l'accepter.

1.2.4. Interpretation ejusdem generis

Une conception médiane entre les deux voies précédentes, par ailleurs plus fidèle aux règles générales d'interprétation des traités, est celle dite de l'*ejusdem generis*, ce qui signifie "du même type".

Selon cette théorie, le critère de l'appartenance à un certain groupe social devrait être interprété à l'instar des autres motifs (la race, la religion, la nationalité ou les opinions politiques) qui possèdent tous une caractéristique commune: celle d'être immuables au demandeur. Soit cette caractéristique est innée, comme la race ou la religion et il est au-delà de son pouvoir de la changer, soit elle est si fondamentale, si inscrite dans son identité ou sa conscience individuelle, que lui demander de s'en départir serait une atteinte à ses droits fondamentaux.

Cette interprétation est d'abord le résultat d'une élaboration jurisprudentielle. Le premier arrêt dégageant le principe *ejusdem generis* est l'arrêt *Matter of Acosta*⁴⁹ du *Board of Immigration Appeals* (BIA) des Etats-Unis. Le raisonnement y adopté part de l'affirmation de la règle d'interprétation suivante:

"General words used in an enumeration with specific words should be construed in a manner consistent with the specific words."

Une telle règle appliquée à la définition du réfugié mène à définir

la persécution en raison de l'appartenance à un certain groupe social comme:

*"... persecution that is directed toward an individual who is member of a group of persons all of whom share a common, immutable characteristic. The shared characteristic might be an innate one such as sex, color or kinship ties, or in some circumstances it might be a shared past experience such as former military leadership or land ownership. The particular kind of group characteristic that will qualify under this construction remains to be determined on a case by case basis. However, whatever the common characteristic that defines the group, it must be one that the members of the group either cannot change, or should not be required to change because it is fundamental to their individual identities or conscience"*⁴⁴.

Cette définition exclut donc les groupes identifiés par des caractéristiques que l'on peut modifier ou dont peut se dissocier sans renoncer à des droits et libertés fondamentales. Un lien logique est ainsi établi entre les différents éléments de la définition de réfugié. Le critère d'interprétation de la notion de persécution coïncide avec celui des motifs de persécution: c'est l'atteinte aux droits fondamentaux de la personne⁴⁵.

⁴³ En 1985, le *Board of Immigration Appeals* dut se pencher sur la reconnaissance du statut de réfugié d'un ressortissant de El Salvador. Le requérant Acosta était chauffeur de taxi et membre d'une coopérative de travail dont il avait été l'un des fondateurs. La guérilla locale avait demandé à la coopérative de se mettre en grève afin de nuire au gouvernement en place. Devant le refus d'Acosta et des autres membres de la coopérative, les guérilleros avaient procédé à des actes de terreur. Des taxis furent volés et incendiés et surtout, plusieurs membres de la coopérative furent assassinés dans leurs taxis. Acosta, après avoir reçu des menaces de mort et avoir été agressé dans son taxi, décida de chercher refuge aux Etats-Unis. Il avait fondé sa demande de reconnaissance du statut de réfugié sur son appartenance à un certain groupe social, à savoir "membre d'une coopérative de travail". Cette décision est intéressante non pas pour son résultat (puisque Acosta a vu sa demande rejetée), mais pour l'évolution de l'interprétation du groupe social.

⁴⁴ *Matter of Acosta*, Interim Decision 2986 (BIA, 1985), Etats-Unis.

⁴⁵ La définition de persécution généralement retenue parle de "menaces à la vie ou à la liberté" ou d'"autres violations graves des droits de l'homme": voir Bureau du

L'arrêt *Matter of Acosta* n'est pas resté isolé. Il a servi de point de départ à une jurisprudence consolidée dans les juridictions américaines⁴⁶. De plus, cette même interprétation s'est vue également accueillie, et affinée, au Canada.

Dans un premier temps, les autorités canadiennes font leurs les arguments élaborés aux Etats-Unis⁴⁷. Mais une évolution apparaît dès l'arrêt *Cheung v. Canada* de 1993, où la Cour Fédérale d'Appel, face au cas d'une femme chinoise, mère de plus d'un enfant et risquant la stérilisation forcée, déclare:

"Des personnes forment un groupe en ce qu'elles ont le même statut social et un même intérêt que ne partage pas leur gouvernement. Elles ont en commun certaines caractéristiques fondamentales. Toutes les personnes composant ce groupe sont unies par un but, ou s'identifient à ce but qui est si fondamental pour leur dignité humaine qu'on ne devrait pas exiger qu'elles le modifient parce que l'atteinte à la liberté de reproduction des femmes est un droit fondamental placé à un rang élevé dans notre échelle de valeurs."

Haut Commissaire des Nations Unies pour les réfugiés, Guide des procédures et critères à appliquer pour déterminer le statut de réfugié au regard de la Convention de 1951 et du Protocole de 1967 relatifs au statut des réfugiés, U.N. Doc. HCR/PRO/4 (1979).

⁴⁶ Voir par exemple le cas *Sanchez Trujillo v. INS*, 801 F.2nd 1571, Ninth Circuit Court, 1986.

⁴⁷ Ainsi dans le cas *The Minister of Employment and Immigration v. Mayers* rendu en 1992 par la Cour Fédérale d'Appel, sur la question de la reconnaissance du statut de réfugié d'une ressortissante de Trinidad et Tobago, victime de violences conjugales. La Cour a reconnu le statut de réfugié sur le fondement de l'appartenance au groupe "femmes triniennes victimes de violences conjugales". Dans un *obiter dictum*, la Cour, dans la lignée de l'affaire *Matter of Acosta*, définit quatre catégories qui peuvent être considérées comme des "groupes sociaux": 1) une association volontaire ou involontaire de personnes, 2) des personnes partageant des origines communes, un même statut social, une histoire, des valeurs, des aspirations, une activité commune, une activité économique ou des intérêts souvent en contradiction avec ceux du gouvernement au pouvoir, 3) des personnes partageant des caractéristiques intrinsèques innées et immuables et une conscience solidaire, 4) des personnes partageant un statut volontaire dans un objectif si fondamental pour leur dignité humaine qu'il ne devrait pas leur être demandé de s'en départir.

Pour la première fois, dans cet arrêt, apparaît la référence aux droits fondamentaux de la personne pour examiner la possibilité ou non de renoncer à l'appartenance au groupe. Une renonciation qui impliquerait une violation d'un droit fondamental devrait être considérée équivalente à une renonciation impossible.

Dans son raisonnement dans l'arrêt *Ward*⁴⁸, la Cour Suprême canadienne passe en revue les théories en présence. Elle rejette la théorie libérale qui considère le critère d'appartenance à un groupe social comme résiduel. Elle rejette également la théorie restrictive qui nie au groupe social tout caractère indépendant. Elle adopte ensuite une démarche qui suit le principe *ejusdem generis*. La Cour précise alors les catégories dégagées dans les arrêts précédents, à savoir:

- groupes à caractéristiques communes innées ou immuables. Entreraient dans cette catégorie les victimes de persécution basée sur des caractéristiques comme le sexe, l'orientation sexuelle ou le régime linguistique.
- groupes dont les membres se sont volontairement associés pour des raisons si fondamentales à leur dignité humaine qu'on ne peut leur demander de s'en dissocier. La Cour prend comme exemple les personnes qui sont persécutées du fait des activités humanitaires qu'elles exercent.
- groupes dont l'association est définitive pour des raisons historiques. Selon la Cour, le passé d'une personne constitue une caractéristique inaltérable.

⁴⁸ Le demandeur Francis Ward était un résident de l'Irlande du Nord qui avait joint un groupe terroriste, l'Armée Irlandaise de Libération Nationale (AILN). Il avait reçu l'ordre de ses supérieurs d'assurer la surveillance d'otages. Ayant appris qu'ils allaient être exécutés, Ward organisa leur évasion. Il fut emprisonné et torturé par les membres de l'AILN et condamné à mort devant un simulacre de Cour martiale. Ward réussit à échapper et se livra aux autorités. Après que Ward ait subi une peine d'emprisonnement pour sa participation à la prise d'otages, les autorités irlandaises, incapables d'assurer sa protection contre l'AILN, organisèrent sa fuite au Canada afin qu'il puisse y déposer une demande de reconnaissance du statut de réfugié sur la base de l'appartenance à un certain groupe social, à savoir l'AILN. *Canada v. Ward*, arrêt de la Cour Suprême, 30 juin 1993, 2 Recueil de la Cour Suprême, p. 689.

Cet arrêt pose ainsi les critères de base pour définir la notion de l'appartenance à un certain groupe social et en donne une description suffisamment détaillée. La théorie de l'*ejusdem generis*, qui recherche un équilibre entre les exigences humanitaires et celle de ne pas vider la catégorie d'appartenance à un groupe social de tout son sens, aboutit ainsi à une solution cohérente et complète.

Hathaway, dans la doctrine, a synthétisé les différentes propositions de la théorie de l'*ejusdem generis*. Partant de l'arrêt *Matter of Acosta*, cet auteur retrace les fondements juridiques de cette interprétation. Il distingue ainsi trois catégories de groupes:

- les personnes qui partagent les mêmes caractéristiques innées ou immuables,
- les personnes définies par les mêmes expériences passées, qu'il leur est désormais impossible de changer,
- les groupes qui se sont formés volontairement, et qui sont liés par une caractéristique si fondamentale à leur dignité, qu'ils ne devraient pas avoir à y renoncer.

Cette conception dégage un critère suffisamment ouvert pour permettre des évolutions et suffisamment rigoureux pour rester fidèle à l'esprit de la Convention.

1.2.5. Les orientations du HCR

Malgré les efforts des auteurs de la Convention de 1951, la détermination de la qualité de réfugié reste soumise à des aléas. Une définition parfois sibylline du réfugié a mené les autorités étatiques, seules compétentes pour reconnaître le statut de réfugié selon la Convention, à des applications les plus diverses et parfois contradictoires. La matière souffre ainsi de quelques incohérences et d'un manque d'homogénéité.

Les auteurs de la Convention avaient cependant envisagé ce problème et avaient confié au Haut Commissariat des Nations Unies pour les réfugiés un rôle de garde-fou. En effet, l'article 35, relatif à la coopération des autorités nationales avec les Nations Unies, énonce:

“Les Etats contractants s'engagent à coopérer avec le Haut Commissariat des Nations Unies pour les réfugiés, ou toute autre institution qui lui succéderait dans

l'exercice de ces fonctions et en particulier à faciliter sa tâche de surveillance de l'application des dispositions de cette Convention"⁴⁹.

Parmi les méthodes utilisées par le Comité exécutif du HCR⁵⁰ pour remplir cette mission on peut citer l'adoption de recommandations destinées aux gouvernements sous forme de "conclusions sur la protection internationale des réfugiés" et la publication d'un *Guide des procédures et critères à appliquer pour déterminer le statut de réfugié*⁵¹.

Pour l'élaboration de ce Guide, le bureau du Haut Commissaire a examiné la pratique de détermination du statut de réfugié des Etats signataires de la Convention et du Protocole, la doctrine concernant le statut de réfugié et les échanges de vues qui ont pu avoir lieu entre les Etats membres et le HCR, se fondant sur l'expérience acquise par l'Organisation depuis l'entrée en vigueur de la Convention de 1951.

Ce guide est une sorte de manuel pratique contenant un commentaire des divers éléments de la définition du terme "réfugié" au sens de la Convention de 1951 et du Protocole de 1967. Sa vocation première est celle de servir d'instrument de travail pour les fonctionnaires des Etats contractants qui sont chargés de procéder à la reconnaissance du statut de réfugié⁵². Il est dénué de toute valeur juridique contraignante pour les Etats, mais, de par sa qualité et son origine, s'est rapidement imposé comme une référence essentielle pour la jurisprudence, qui y fait souvent mention. Ainsi, par exemple, les juridictions des Etats-Unis ont-elles considéré ce Guide comme

⁴⁹ Cette même préoccupation se retrouve dans le Statut du HCR, paragraphe 8, lettre g) du chapitre II, qui envisage un "*contact suivi avec les gouvernements et les organisations intergouvernementales intéressés*".

⁵⁰ Le Comité exécutif du programme du Haut Commissaire, dans sa structure actuelle, a été institué par la résolution 1166 (XII) de l'Assemblée générale du 26 novembre 1957 et la résolution 672 (XXV) du Comité économique et social du 30 avril 1958. Il est composé, depuis 1978, de 40 Etats membres.

⁵¹ Bureau du Haut Commissaire des Nations Unies pour les réfugiés, *Guide des procédures et critères à appliquer pour déterminer le statut de réfugié au regard de la Convention de 1951 et du Protocole de 1967 relatifs au statut des réfugiés*, U.N. Doc. HCR/PRO/4 (1979) (ci-après "Guide").

⁵² Guide, Préface, p. 1-2.

une “*significant source of guidance*” pour l’interprétation de la notion de réfugié selon la Convention⁵³.

D’une façon surprenante, la définition du groupe social donnée par le Guide dans son paragraphe 77 s’avère particulièrement simple pour un critère qui a fait l’objet d’aussi vives controverses:

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

Certains auteurs ont considéré cette description suffisante⁵⁴. Pourtant, elle laisse sans aucun doute une marge d’ambiguïté. Si les expressions “origine” et “mode de vie” sont susceptibles d’être cernées, celle de “statut social” reste incertaine et rend peut-être même tautologique l’entière définition. De plus, tout comme celle proposée par GRAHL-MADSEN, cette interprétation tend à nier une nature indépendante au critère de groupe social, en le liant explicitement aux autres motifs de persécution (parmi lesquels, d’ailleurs, celui des opinions politiques est mystérieusement absent).

Le Guide poursuit son analyse dans le paragraphe 78:

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

Ce n’est qu’ici qu’apparaît le motif des opinions politiques, auquel s’ajoutent cependant d’autres considérations (activités économiques ou les “antécédents”) traditionnellement absents dans la définition

⁵³ S’agissant de la valeur à accorder au guide, voir les arrêts *Sanchez-Trujillo v. INS* (9th Circuit Court, 1986); *Hernandez-Ortiz v. INS* (9th Circuit Court, 1985); *Matter of Acosta* (BIA, 1985).

⁵⁴ FULLERTON, *cit.*, p. 518.

de réfugié. Le concept devient alors vraiment ambigu: il est en même temps élément qui confirme les autres critères et motif autonome de persécution, un peu comme dans la théorie de Grahl-Madsen. Au lieu d'éclairer une notion nébuleuse, ce commentaire semble plutôt la rendre encore plus incertaine. A ceci s'ajoute, dans ce même paragraphe *in fine*, la référence aux autorités gouvernementales, que l'on peut considérer d'autant plus regrettable qu'il semble désormais acquis qu'il existe d'autres agents de persécution possibles. La persécution peut notamment émaner de la société dans laquelle un individu évolue ou de groupes terroristes⁵⁵.

L'interprétation ébauchée ci-dessus se précise dans le dernier paragraphe consacré à ce sujet par le Guide qui précise que:

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

L'appartenance à un certain groupe social apparaît en ligne générale comme un critère confirmant la présence d'autres motifs de persécution et ce n'est que dans "des circonstances particulières" qu'il recouvre une autonomie mal précisée.

1.3 Conclusion

A l'issue de l'analyse qui précède, nous nous trouvons face à une palette de théories qui, dans l'application du critère, combinent de façon différente les exigences humanitaires et celles du formalisme juridique. Dans la recherche d'un équilibre harmonieux entre ces deux lignes de force, la théorie de l'*ejusdem generis* apparaît sans doute comme la plus séduisante. Elle fait place aux dites exigences humanitaires sans sacrifier pour autant la rigueur scientifique, et fournit un paramètre de gestion des cas les moins évidents de reconnaissance du statut de réfugié: c'est l'identification du groupe

⁵⁵ MOORE, E., "Refugee Determinations: A Consolidation of Approaches to Actions by Nongovernmental Forces", *Virginia Journal of International Law*, vol. 33, n° 4, Summer 1993, pp. 927-958.

social par des caractéristiques innées ou immuables, ou encore inscrites à un point tel dans l'identité des membres que s'en départir serait une atteinte à leurs droits fondamentaux. Encore faut-il savoir comment ce paramètre fonctionne, ce qu'une analyse empirique permettra de faire.

2. Applications particulières du critère d'appartenance à un certain groupe social

Les quatre motifs de persécution constitués par la race, la religion, la nationalité, et les opinions politiques dans la définition du réfugié représentent en quelque sorte un cadre strict, sinon un carcan, puisqu'ils sont fondés sur des notions relativement rigides. En revanche, le critère de l'appartenance à un certain groupe social, autrement plus souple, peut être la porte vers une possible évolution, car c'est le seul qui permette d'appréhender les situations nouvelles non envisagées par les auteurs de la Convention. Pour éviter le risque de dénaturer par là la notion même de réfugié, on doit comprendre comment le critère de l'appartenance à un certain groupe social est appliqué, et pour ce faire s'intéresser aux jurisprudences nationales.

Les types de cas les plus significatifs impliquant des personnes qui demandent la reconnaissance du statut de réfugié seront examinés dans les pages qui vont suivre. Ils mettent en cause, d'une part les femmes, auxquelles nous nous intéresserons plus longuement, puisqu'il s'agit certainement de l'application la plus fréquente du critère; et d'autre part, les membres d'une famille, les homosexuels, et enfin, les membres d'une association volontaire.

2.1. Cas de persécution en raison du sexe

La question des persécutions infligées aux femmes en tant que femmes n'est pas du tout marginale. Toutes espèces de violence, de menaces d'atteinte à la sécurité physique, de mauvais traitements ou de sévices sexuels⁵⁶ amènent les femmes à quitter leur pays d'origine en raison des persécutions qu'on leur y fait subir.

⁵⁶ Comité exécutif du programme du Haut Commissaire, conclusion n°39 (XXXVI), *Les femmes réfugiées et la protection internationale*, 1985.

2.1.1. Les spécificités de la persécution en raison du sexe comme illustration d'appartenance à un groupe social

Si le phénomène des femmes réfugiées mérite une attention spéciale, c'est tout d'abord en raison de la nature particulière des brimades dont elles peuvent faire l'objet.

On sait que, dans les faits, viols, exploitation sexuelle et sévices sont légion contre les femmes, ce qui en fait un groupe particulièrement vulnérable⁵⁷. Le problème à résoudre est celui de savoir dans quelle mesure ces actes constituent des persécutions au sens de la Convention de 1951. Pour cela, il nous faut revenir à la définition de la persécution déjà évoquée, à savoir les menaces à la vie ou à la liberté ou d'autres violations graves des droits de l'homme⁵⁸. Cette définition établit un lien avec les droits fondamentaux de la personne et nous amène donc à étudier les instruments internationaux en la matière.

Le *Pacte international relatif aux droits civils et politiques* de 1966 prévoit, dans l'article 3, un "*droit égal des hommes et des femmes de jouir de tous les droits civils et politiques énoncés dans le présent Pacte*" et, en son article 7, que "*nul ne sera soumis à la torture ni à des peines ou traitements cruels, inhumains ou dégradants*"⁵⁹. En 1984, la *Convention contre la torture et autres peines ou traitements cruels, inhumains ou dégradants* nous apporte une précision supplémentaire à ce sujet en définissant la torture comme:

"tout acte par lequel une douleur ou des souffrances aiguës, physiques ou mentales, sont intentionnellement infligées à une personne aux fins notamment (...) de l'intimider ou de faire pression sur elle ou d'intimider ou de faire pression sur une tierce personne (...) lorsqu'une telle douleur ou de

⁵⁷ Voir, en ce sens, Comité exécutif du programme du HCR, Conclusion N° 54(XXXIX) de 1988, intitulé "Femmes réfugiées". Voir aussi, CASTEL, J.R., "Rape, Sexual Assault and the Meaning of Persecution", *International Journal of Refugee Law*, vol. 4, n° 1, January 1992, pp. 39-56.

⁵⁸ Voir *supra* page 3.

⁵⁹ Cette tendance se dessinait déjà en 1948 dans la *Déclaration universelle des droits de l'homme* déclare, dans son article 1, que "*tous les êtres humains naissent libres et égaux en dignité et en droits*" et, dans son article 3, que "*tout individu a le droit à la vie, à la liberté et à la sûreté de sa personne*".

telles souffrances sont infligées par un agent de la fonction publique ou toute autre personne agissant à titre officiel ou à son instigation ou avec son consentement exprès ou tacite."

Par conséquent, toute violation grave des droits fondamentaux de la personne imposant une souffrance physique ou mentale à la victime doit être considérée comme une persécution au sens de la *Convention relative au statut des réfugiés*. Prendre uniquement en compte les atteintes à la liberté serait trop restrictif et laisserait la plupart des femmes qui ont fui leur pays d'origine parce que victimes de violence sans aucune protection⁶⁰.

Ce lien entre les droits de l'homme et la notion de persécution revêt un caractère irréfragable tant pour la doctrine que pour la jurisprudence et le HCR.

Ainsi Goodwin-Gill propose une lecture de la persécution à travers le prisme des droits de l'homme avec la définition suivante:

*"measures, taken under basis of one or more of the stated grounds which threaten: deprivation of life or liberty; torture or cruel inhumane or degrading treatment; subjection to slavery or servitude; non recognition as a person (particularly where the consequences of such non-recognition impinge directly on an individual's life, liberty, livelihood, security or integrity); and a pression, discrimination or harassment of a person in his or her private home or family"*⁶¹.

Deux décisions émanant de juridictions américaines sont significatives à ce sujet. Face à deux requérantes victimes de viol, les juges ont été amenés à examiner le lien entre violence sexuelle et persécution et ont reconnu que les violences dont elles avaient été l'objet constituaient des persécutions au sens de la Convention de 1951⁶².

⁶⁰ Ainsi, dans le cas *Araya Heredio v. Minister of Employment and Immigration*, Immigration Appeal Board Decision 76-1127, C.L.I.C. n° 1.11, 20 mars 1979, les menaces de viol faites à la requérante ont été considérées comme constitutives de persécution.

⁶¹ GOODWIN-GILL, G., *The Refugee in International Law*, cit., p. 40.

⁶² Dans l'affaire *Sofia Campos-Guardado v. INS* (809 F.2nd 285 Fifth Circuit, 1987), la demanderesse avait été agressée par quatre membres de la guérilla

Le HCR lui-même, dans une note concomitante à la publication des *Lignes directrices sur la protection des femmes réfugiées* du 22 juillet 1991, précise que la protection des femmes réfugiées exige non seulement le respect de la Convention de 1951 et du Protocole de 1967 mais également des autres instruments pertinents relatifs aux droits de l'homme.

Les cas de persécution en raison du sexe se caractérisent, d'autre part, par l'identité de leurs auteurs. En effet, c'est surtout dans ces cas que les agents de persécution sont, non pas les autorités gouvernementales, mais des groupes ou la population en général. Comme le souligne le Guide du HCR:

*"Lorsque des actes ayant un caractère discriminatoire grave ou très offensant sont commis par le peuple, ils peuvent être considérés comme des persécutions s'ils sont sciemment tolérés par les autorités ou si les autorités refusent ou sont incapables d'offrir une protection efficace".*⁶³

L'Immigration Appeal Board canadien identifie quatre situations dans lesquelles on observe un manquement à la protection étatique:

1. Persecution committed by the State concerned;
2. Persecution condoned by the State concerned;
3. Persecution tolerated by the State concerned;

salvadorienne, alors qu'elle était en visite chez son oncle. Alors que les hommes étaient exécutés, les femmes étaient violées et contraintes à la fuite sous menace de mort. Sofia Campos-Guardado a été par la suite menacée et harcelée par ces personnes à plusieurs reprises et elle décida ainsi de fuir aux Etats-Unis. Dans le cas *Olympia Lazo-Majano v. INS* (813 F.2nd 1432 Ninth Cir., 1987), la requérante dont le mari, membre d'une organisation d'extrême droite avait fui aux Etats Unis, avait été violée à maintes reprises par son employeur Zuniga, sergent de l'armée salvadorienne. Celui-ci, usant fallacieusement de ses prérogatives d'officier, l'avait menacée de mort, elle et ses enfants. Même si dans les deux cas les autorités nièrent le statut de réfugié aux requérantes puisque les menaces dont elles étaient victimes étaient dues à des motifs personnels (ils relèveraient de leur vie privée!), ils restent pertinents à notre sujet dans la mesure où ils reconnaissent que des viols ou des menaces à caractère sexuel envers des femmes peuvent constituer une "persécution".

⁶³ *Guide cit.*, p. 18. Sur les agents de la persécution dans la doctrine, voir, par exemple, HATHAWAY, J., *The Law of Refugee Status*, Butterworths, Toronto-Vancouver, 1991, pp. 125-133.

4. Persecution not condoned or not tolerated by the State concerned but nevertheless present because the State either refuses or is unable to offer adequate protection.⁶⁴

S'ajoute à cela le problème des motifs de la persécution envers les femmes. Si ces actes de violence sont souvent motivés par des raisons de race, de religion, de nationalité ou d'opinions politiques⁶⁵, cela ne couvre certainement pas l'ensemble des raisons pour lesquelles les femmes sont contraintes à la fuite. Devant le silence de la Convention de 1951 sur les persécutions en raison du sexe, le motif le plus à même d'assurer la protection des femmes est l'appartenance à un certain groupe social. Le sexe, caractéristique certainement immuable et innée d'une personne, aurait la possibilité de distinguer un groupe social. Mais suffit-il par lui-même?

Probablement irait-on trop loin en affirmant que toutes les femmes constituent "un certain groupe social"⁶⁶. Il faut trouver un critère plus précis, qui permette de mieux appréhender le vrai problème qui reste celui de la violence dirigée contre les femmes en tant que femmes. Pour cela, il faudra s'intéresser aux textes et à la jurisprudence qui se sont occupés spécifiquement de ce problème.

⁶⁴ Immigration Appeal Board, *Zahirdeen Rajudeen v. Minister of Employment and Immigration* (1985), 55 N.R. 129 (F.C.A.).

⁶⁵ Ainsi, le cas tragique de l'épuration ethnique en ex-Yougoslavie peut-il être classé dans la catégorie des persécutions en raison de la race ou de la religion des victimes (voir Comité exécutif du programme du HCR, document A/AC.96/822 du 12 octobre 1993; *Note on Certain Aspects of Sexual Violence against Refugee Women*, en particulier le paragraphe intitulé "Sexual Violence as Persecution under the Refugee Definition"). De même, les traitements inhumains infligés aux femmes qui ont affirmé par leur comportement une opposition aux règles sociales de leur communauté appartiennent-ils parfois au chef des persécutions en raison des opinions politiques (voir HUMAN RIGHTS AND FOREIGN POLICY ADVISORY COMMISSION, "Threatened Women and Refugee Status", The Hague, décembre 1987, p. 4-7 et BONNERJEA, L., "Shaming the World: The Needs of Women Refugees", *Change*, World University Service, Londres 1985, p. 19-20).

⁶⁶ Ainsi, l'arrêt *Mayers v. Canada*, cit.: "il est peu probable que dans l'esprit des plénipotentiaires, présents lors de la négociation de la Convention de 1951, "les femmes", qui représentent la moitié de l'humanité puissent constituer un certain groupe social".

2.1.2. Examen des textes relatifs à la persécution en raison du sexe

C'est le Parlement européen qui, le premier, s'est prononcé sur la question de la protection des femmes persécutées qui ont fui leur pays d'origine, en se basant sur le seul instrument universel applicable, c'est-à-dire la Convention de 1951. Il proposait une lecture nouvelle du motif de l'appartenance à un certain groupe social afin de l'adapter aux besoins de ce cas spécifique. Dans une résolution du 13 avril 1984⁶⁷, il enjoignait les autorités nationales des Douze à considérer les femmes persécutées comme membres d'un groupe particulier.

Un long débat eut lieu par la suite au sein du Comité exécutif du programme du HCR. Conscients des lacunes de la Convention et de l'acuité du problème, certains Etats proposèrent de mettre à l'ordre du jour la question des femmes réfugiées. Devant la forte opposition des représentants de certains pays (notamment musulmans) qui craignaient qu'une référence trop large aux femmes victimes de persécution se traduise par une condamnation générale de leur système de valeurs, une formule de compromis fut finalement adoptée:

"Le Comité exécutif (...)

k) reconnaît que les Etats, dans l'exercice de leur souveraineté, sont libres d'adopter l'interprétation selon laquelle les femmes en quête d'asile soumises à des traitements cruels ou inhumains pour avoir transgressé les coutumes de la communauté où elles vivent peuvent être

⁶⁷ Resolution on the Application of the Geneva Convention relating to the Status of Refugees, 1984 O.J.(C127) 137. Cette même année, aux Pays-Bas, le Conseil pour les réfugiés avait donné la directive d'orientation suivante:

"Le Conseil néerlandais pour les réfugiés estime que la persécution en raison de l'appartenance à un certain groupe social peut aussi comprendre la persécution fondée sur la position sociale conférée par le sexe. Cela est particulièrement vrai dans les situations où la discrimination à l'égard des femmes dans la société, contraire aux règles de droit international, a été institutionnalisée et où les femmes qui s'opposent à ce genre de discrimination, où s'en éloignent, font face à des peines sévères, soit de la part des autorités elles-mêmes soit de la part de leur milieu social, où les autorités ne veulent pas ou ne peuvent pas les protéger" (HUMAN RIGHTS AND FOREIGN POLICY ADVISORY COMMISSION, loc. cit., p. 7-8).

considérées comme appartenant à un "certain groupe social", aux termes de l'article premier, A.2) de la Convention des Nations Unies de 1951 relative au statut des réfugiés".

Cette conclusion, bien que reflétant une intention louable, était insuffisante. Aussi dès le 22 juillet 1991 le H.C.R. a élaboré des *Lignes directrices pour la protection des femmes réfugiées*⁶⁸. Dans ce document, le Comité exécutif du H.C.R. prévoit que:

"Les femmes qui craignent d'être persécutées ou d'être victimes d'une discrimination grave au motif de leur sexe, doivent être considérées comme appartenant à un groupe social aux fins de la détermination du statut de réfugié. Dans certains cas, on peut aussi considérer qu'elles ont pris une position religieuse ou politique qui transgresse les règles sociales de leur communauté".

Ces préoccupations ont eu des répercussions à l'échelle nationale, notamment au Canada, avec l'adoption de *Directives de la Commission de l'immigration et du statut de réfugié concernant les revendicatrices du statut de réfugié craignant d'être persécutées en raison de leur sexe*, et aux Etats-Unis, avec des *Guidelines for Women's Asylum Claims*⁶⁹.

Les premières examinent deux cas particuliers: d'une part, en se référant à la conclusion n° 39 du Comité exécutif du HCR, celui des femmes ayant transgressé les lois sur la religion ou les coutumes sociales et d'autre part —et c'est là une innovation— celui de la violence familiale⁷⁰. Elles considèrent, dans ces deux hypothèses,

⁶⁸ *Lignes directrices pour la protection des femmes réfugiées*, H.C.R., EC/SCP/67, 22 juillet 1991.

⁶⁹ Elaboré par *Women Refugees Project of Cambridge and Somerville Legal Services and Harvard Immigration and Refugee Program, and Clinical Instructor*, dans *International Journal of Refugee Law*, vol. 6, n° 4, 1994, pp. 517-534.

⁷⁰ Dans un commentaire du projet, la Présidente de la Commission de l'immigration et du réfugié se fonde sur l'objet visé par la définition de réfugié au sens de la Convention pour aborder la question de la violence familiale: le but de la Convention étant de protéger les personnes subissant un préjudice important pour l'un des motifs prévus par la Convention et à qui l'Etat n'offre pas une protection raisonnable, l'on devrait ainsi considérer ces femmes comme appartenant au

considérées comme appartenant à un "certain groupe social", aux termes de l'article premier, A.2) de la Convention des Nations Unies de 1951 relative au statut des réfugiés".

Cette conclusion, bien que reflétant une intention louable, était insuffisante. Aussi dès le 22 juillet 1991 le H.C.R. a élaboré des *Lignes directrices pour la protection des femmes réfugiées*⁶⁸. Dans ce document, le Comité exécutif du H.C.R. prévoit que:

"Les femmes qui craignent d'être persécutées ou d'être victimes d'une discrimination grave au motif de leur sexe, doivent être considérées comme appartenant à un groupe social aux fins de la détermination du statut de réfugié. Dans certains cas, on peut aussi considérer qu'elles ont pris une position religieuse ou politique qui transgresse les règles sociales de leur communauté".

Ces préoccupations ont eu des répercussions à l'échelle nationale, notamment au Canada, avec l'adoption de *Directives de la Commission de l'immigration et du statut de réfugié concernant les revendicatrices du statut de réfugié craignant d'être persécutées en raison de leur sexe*, et aux Etats-Unis, avec des *Guidelines for Women's Asylum Claims*⁶⁹.

Les premières examinent deux cas particuliers: d'une part, en se référant à la conclusion n° 39 du Comité exécutif du HCR, celui des femmes ayant transgressé les lois sur la religion ou les coutumes sociales et d'autre part —et c'est là une innovation— celui de la violence familiale⁷⁰. Elles considèrent, dans ces deux hypothèses,

⁶⁸ *Lignes directrices pour la protection des femmes réfugiées*, H.C.R., EC/SCP/67, 22 juillet 1991.

⁶⁹ Elaboré par *Women Refugees Project of Cambridge and Somerville Legal Services and Harvard Immigration and Refugee Program, and Clinical Instructor*, dans *International Journal of Refugee Law*, vol. 6, n° 4, 1994, pp. 517-534.

⁷⁰ Dans un commentaire du projet, la Présidente de la Commission de l'immigration et du réfugié se fonde sur l'objet visé par la définition de réfugié au sens de la Convention pour aborder la question de la violence familiale: le but de la Convention étant de protéger les personnes subissant un préjudice important pour l'un des motifs prévus par la Convention et à qui l'Etat n'offre pas une protection raisonnable, l'on devrait ainsi considérer ces femmes comme appartenant au

que le critère de l'appartenance à un certain groupe social doit être appliqué⁷¹. Les secondes différencient les cas où la persécution constituerait un type de dommage spécifique au sexe (comme le viol, les abus sexuels, les mariages forcés, etc.), et ceux où la persécution a lieu à cause de la qualité de femme de la requérante, comme le refus de se conformer à des règles sociales qui restreindraient très sévèrement les droits des femmes. Mais les lignes directrices américaines identifient surtout un groupe social défini par le sexe de ses membres: une requérante d'asile n'aura pas besoin de prouver qu'elle a personnellement été persécutée, la preuve d'une pratique de persécution des femmes se trouvant dans une situation similaire suffira⁷².

Les résultats de cette analyse des textes sont contrastés. La conclusion n° 39 du Comité exécutif du HCR pèche par un excès de précaution, soucieuse qu'elle était de ménager la susceptibilité des Etats. Les *Lignes directrices pour la protection des femmes réfugiées* de 1991 vont plus loin en affirmant sans ambages que les victimes d'une discrimination grave au motif de leur sexe doivent être considérées comme faisant partie d'un groupe social. Mais cet instrument reste non obligatoire pour les Etats. Les autorités nationales surmontent ce dernier obstacle et fournissent à la jurisprudence des critères précis pour la reconnaissance du statut de réfugié aux femmes craignant une persécution en raison de leur appartenance à un certain groupe social. En l'occurrence, le résultat ultime, celui de l'application de ces critères, reste la tâche des juridictions.

groupe social particulier des femmes non protégées et victimes de violence familiale (MAWANI, Nurjehan, "Introduction aux Directives de la CISR concernant les revendicatrices du statut de réfugié craignant d'être persécutées en raison de leur sexe", *International Journal of Refugee Law*, vol. 5, n° 2, 1993, p. 253.

⁷¹ En plus, les Directives préconisent que l'audition des revendicatrices soit faite par des femmes ayant suivi une formation particulière. Elles prévoient l'élaboration d'une documentation objective et à jour sur la situation des femmes dans leur pays d'origine, sur la fréquence des cas de violence tant sexuelle que familiale et sur la protection de l'Etat dont peuvent se prévaloir les femmes, ce qui devrait permettre aux officiers de mieux comprendre le contexte de la demande d'asile.

⁷² Le projet contient également des lignes directrices sur la procédure de reconnaissance du statut pour les femmes, prévoyant par exemple que les preuves soient considérées dans la perspective de la requérante.

2.1.3. Les femmes victimes de persécution en raison de l'appartenance à un certain groupe social dans la jurisprudence

Dans la pléthore de décisions jurisprudentielles en la matière, nous ne choisirons que les cas les plus symptomatiques. On partira de certains types de persécutions dont sont victimes les femmes pour illustrer notre propos, à savoir:

- les femmes persécutées pour avoir transgressé les normes religieuses et sociales de leur communauté;
- les femmes qui souffrent de graves discriminations, par la loi ou par la coutume, dans leur pays;
- les femmes victimes de violences par des forces non-gouvernementales et qui n'obtiennent aucune protection des autorités nationales.

Dans le cas *Fatin v. INS*⁷³, une femme iranienne qui craignait des persécutions pour avoir refusé de porter le voile et du fait de son éducation occidentale demandait l'asile aux Etats-Unis. La Cour refusa la reconnaissance du statut de réfugié au motif que les politiques gouvernementales iraniennes s'appliquaient à toutes les citoyennes sans distinction aucune et que par conséquent on ne pouvait isoler un groupe spécifique, cible de persécutions, auquel Fatin appartiendrait. D'autre part, la Cour estima que cette dernière n'avait pas apporté une preuve suffisante de son refus de se conformer aux règles et de la force de ses convictions. Malgré son résultat négatif, cet arrêt reste, par son raisonnement, un bon exemple de la façon dont les cours américaines appréhendent le problème des femmes persécutées pour avoir transgressé les normes religieuses et sociales de leur communauté. La Cour a tracé les contours que la persécution doit revêtir pour justifier la reconnaissance du statut de réfugié.

Dans un cas similaire, l'Office fédéral pour la reconnaissance des réfugiés de la République fédérale allemande a accordé l'asile à cinq femmes iraniennes au motif que l'idéologie qui fonde le pouvoir des hommes sur les femmes se manifeste comme une politique générale

⁷³ *Fatin v. INS*, Third Cir., décision du 20 décembre 1993, n° 92-3346.

de répression à l'égard des femmes, sans aucun égard pour leurs libertés individuelles.

En ce qui concerne les femmes visées par de graves discriminations d'ordre légal ou coutumier dans leur pays, on peut citer le cas *In Re:X*⁷⁴ où une jeune femme du Zimbabwe réclamait l'asile au Canada parce qu'elle avait été contrainte à un mariage polygamique, moyennant paiement à sa famille, en application d'une coutume locale. Victime de violence conjugale et du refus tant de sa famille que des autorités de lui apporter une protection quelconque, elle avait fui son pays. La Cour accéda à sa demande, la considérant membre de deux groupes sociaux particuliers: celui des "femmes du Zimbabwe objet de violences conjugales et sans protection" et celui des "femmes du Zimbabwe forcées à un mariage arrangé en vertu du droit coutumier local". Cet arrêt marque le point de départ d'une jurisprudence canadienne qui, depuis lors, tend à inclure dans la catégorie du groupe social les femmes victimes de persécution en raison de leur sexe.

Toujours dans cette catégorie, on doit traiter le cas des mutilations sexuelles à travers deux affaires. La première est celle d'une femme qui avait fui le Mali pour échapper aux pressions familiales exigeant qu'elle se soumette à la pratique coutumière de l'excision, ainsi qu'aux discriminations visant les femmes non excisées. La Commission des recours française a reconnu que ce rite, lorsque commis, encouragé ou toléré par l'autorité publique, deviendrait une persécution à condition que les intéressées y aient été personnellement exposées contre leur volonté⁷⁵. Dans le second cas, une Somalienne demandant l'asile au

Canada, en raison notamment de la menace d'excision qui pesait sur sa fille, vit l'Immigration and Refugee Board le lui accorder: celui-ci fut d'avis que cette pratique constituait une violation grave des droits de la personne contre laquelle la protection fournie par l'Etat somalien était insuffisante.

⁷⁴ Immigration and Refugee Board, 13 novembre 1992.

⁷⁵ Commission des recours, décision n° 164078 de 1991. Dans le cas spécifique, une preuve suffisante de ces éléments n'ayant pas été fournie, la Commission rejeta la demande.

Parmi les cas de femmes violentées par des forces non-gouvernementales et qui n'obtiennent aucune protection des autorités nationales, on peut citer la décision concernant Nadia El Kebir. La requérante était victime de menaces et de violences répétées de la part d'éléments islamistes tant en raison de l'activité professionnelle qu'elle entendait continuer à exercer que de son refus proclamé, en dépit des pressions dont elle faisait l'objet, de se soumettre aux exigences qu'on entendait lui imposer en matière de mode de vie. La Commission des recours considéra que les autorités locales, restées impassibles malgré leur connaissance de ces agissements, devaient être regardées comme les ayant tolérés⁷⁶. Par conséquent, l'asile lui fut accordé.

De même, le statut de réfugié fut reconnu par l'Immigration Appeal Board canadien à une veuve turque, habitant seule, harcelée quotidiennement et agressée à maintes reprises. Les autorités gouvernementales refusaient de répondre à ses plaintes, au motif qu'il était contre-indiqué pour une femme de vivre sans la protection d'un membre masculin de sa famille⁷⁷.

Dans le domaine de la protection des femmes contre les persécutions, l'application du critère de l'appartenance à un certain groupe social a déjà fait ses preuves. Son potentiel à saisir des situations nouvelles non envisagées par les auteurs de la Convention se trouve là pleinement développé.

2.2 *Autres cas de persécution*

Cependant, il existe d'autres domaines où le besoin d'une protection internationale a été ressenti. Malheureusement, le matériau jurisprudentiel et doctrinal y est nettement moins riche. Cela ne nous dispense toutefois pas d'y prêter attention.

2.2.1. Cas de persécution en raison de l'orientation sexuelle

Cette question a été rattachée par HATHAWAY à une caractéristique immuable de l'être humain, approche que semble préférer la jurisprudence à celle qui classifierait l'homosexualité

⁷⁶ Voir en ce sens, Commission des recours des réfugiés, 1994, *International Journal of Refugee Law*, "Cases and Comments", IJRL/0209.

⁷⁷ Immigration Appeal Board Decision, M87-1541X, 10 août 1987.

comme "une caractéristique à laquelle un individu ne saurait être forcé à renoncer sans qu'il soit porté atteinte à ses droits fondamentaux". Quel que soit cependant le point de vue adopté, le résultat, c'est-à-dire la reconnaissance du statut de réfugié, reste assuré. Les deux approches, bien que par des moyens différents, visent à rattacher l'individu à un certain groupe social, soit les homosexuels victimes de persécution.

Les juridictions nationale amenées à examiner les cas de tels demandeurs d'asile, se sont penchées sur deux éléments:

- les persécutions qui peuvent émaner des autorités gouvernementales, et
- le rejet de ce comportement par la société, assorti de brimades intolérables.

Ainsi, la Cour administrative fédérale allemande a considéré que la probabilité de persécution contre un homosexuel iranien était grande, puisque ce comportement est passible de la peine de mort en Iran. La Cour alla jusqu'à dire que l'homosexualité est une caractéristique personnelle irréversible et reconnut ainsi l'asile au requérant⁷⁸.

Dans l'affaire canadienne *Re:Inaudi*, l'Immigration and Refugee Board a reconnu à un Argentin le statut de réfugié sur la base de son homosexualité. Inaudi, harcelé, détenu et agressé à plusieurs reprises par les autorités, a été en outre forcé à céder au chantage et à payer divers pots-de-vin pour garantir que son homosexualité ne soit pas rendue publique⁷⁹. Le tribunal administratif considéra que Inaudi était: a) persécuté en raison de son orientation sexuelle et, b) que les homosexuels formaient un certain groupe social. La décision désigne les éléments caractéristiques d'un "certain groupe social" au sens de la Convention de 1951, c'est-à-dire, le degré de similarité des membres du groupe et l'immuabilité du facteur unificateur. Or, si le raisonnement adopté semble favoriser la première thèse citée

⁷⁸ Cour fédérale administrative, n° 9 C 278.86 du 21 août 1986, RFA.

⁷⁹ Par exemple, la police avait averti la propriétaire d'Inaudi de l'homosexualité de ce dernier, sur quoi il fut promptement évincé de son appartement; à une autre occasion, on informa son employeur, qui le renvoya séance tenante. Voir *Re: Inaudi*, Immigration and Refugee Board, n° T91-04459 du 9 avril 1992.

plus haut (celle de la caractéristique immuable), le tribunal confirme le peu d'importance pratique de la distinction en notant que, si tel n'était pas le cas, le choix de l'orientation sexuelle serait si fondamental que la seconde thèse justifierait sa décision.

2.2.2. Cas de persécution en raison de l'appartenance à une famille

L'article 16 de la *Déclaration universelle des droits de l'homme* énonce que: "la famille est l'élément naturel et fondamental de la société et a droit à la protection de la société et de l'Etat". Il n'est donc pas surprenant de voir que nombre de demandes de reconnaissance du statut de réfugié en raison du rattachement à une cellule familiale ont été reconnues comme faisant partie de la catégorie "appartenance à un certain groupe social".

Ce cas, s'il se rapproche de celui de la persécution sur la base des activités politiques, ne le recoupe pas pour autant. En effet, il s'agit ici de persécution "par ricochet", puisque ces agissements ne sont pas basés sur les opinions ou les activités de l'individu lui-même, mais sur celles d'un membre de sa famille. La violence peut être motivée soit par l'imputation de ces idées à la victime, soit par le désir d'obtenir des informations, soit par la volonté de punir la famille par cet intermédiaire.

Pour prouver une persécution pour ces motifs, on doit établir la relation familiale (caractéristique immuable, s'il en est) avec la cible des persécutions du gouvernement ou de tout autre agent, ainsi que l'appartenance à un certain groupe social. Mais de quel groupe social s'agit-il? Deux hypothèses sont envisageables:

- a. Soit l'on considère comme tel la famille elle-même. Ainsi, la jurisprudence canadienne a reconnu la possibilité de qualifier une famille comme "certain groupe social" dès 1979, dans l'affaire *Astudillo v. Minister of Employment and Immigration*⁸⁰, ce qui fut affirmé avec certitude en 1984 dans l'affaire de *Richard Cid Requena Cruz*:

"The application, based on social group, raises the question whether or not a family can be considered a social group(...). The answer to that question is a qualified yes. In some

⁸⁰ Federal Court of Appeal (1979), 31 N.R., p. 121.

cultures (...) it is quite likely that an individual will be assumed to be a supporter of specific social, religious or political ideas merely because his father, uncle or a prominent family member is a known advocate of those ideas."⁸¹

- b. Soit l'on identifie un autre groupe, formé, par exemple, par les femmes, les enfants, etc. de différentes familles sujettes à persécution. Dans une affaire concernant une femmes kurdes de Turquie, la requérante s'était vue accorder l'asile par une juridiction allemande parce que son mari était un opposant actif au régime et qu'elle était par conséquent victime de persécutions. Le groupe social identifiable en l'espèce était celui des femmes dont les membres de la famille sont opposants politiques⁸².

2.2.3. Cas de persécution en raison de l'appartenance à une association volontaire

La facette la plus controversée du concept d'appartenance à un certain groupe social est celle qui envisage les membres d'associations dont il serait possible de se retirer de son plein gré.

Si le but de l'association est essentiel au plein développement de l'identité ou de la conscience de l'individu, on peut raisonnablement penser que ses membres menacés de persécution devraient jouir d'une protection internationale, car les forcer à renoncer à l'intérêt qui les unit serait une violation de leurs droits fondamentaux. Dans cette catégorie pourraient entrer, par exemple, les étudiants ou les intellectuels. De même, en général, les groupes définis par leur emploi ou leur profession tombent-ils dans cette catégorie, tant il est vrai que la liberté de choisir son occupation est un droit fondamental. Il en irait de même pour les membres de syndicats ou d'associations ouvrières, si l'on en croit une certaine jurisprudence⁸³.

⁸¹ Immigration Appeal Board, n° T83-10559, du 8 février 1984.

⁸² Cour administrative fédérale, décision n° 9 C. 35.84 du 2 juillet 1985.

⁸³ *Wilfredo Alejandro Zubieta*, Immigration Appeal Board decision 79-1034, C.L.I.C., 31 octobre 1971 et *Oscar Trujillo Barraza*, Immigration Appeal Board decision 77-9449, 23 mars 1978.

Il est en revanche moins facile d'appliquer le critère lorsque le rôle de la volonté s'exerce, non pas sur la participation au groupe en tant que tel, mais sur le facteur qui singularise les membres. C'est pourtant ce qu'a accompli, dans une décision rendue en 1993, la Cour Fédérale du Canada. Il s'agissait d'une demande de reconnaissance du statut de réfugié formulée par une Chinoise⁸⁴ qui courait le risque d'être stérilisée parce que mère de plus d'un enfant. La requérante se vit accorder le statut demandé, car on la considéra comme remplissant les trois conditions énoncées par la Cour: *primo*, partager le même statut social et un intérêt non conforme à celui de son gouvernement; *secundo*, posséder des caractéristiques intrinsèques communes aux membres de son groupe; et, *tertio*, que les membres dudit groupe fasse l'objet d'une même atteinte à un droit fondamental, en l'espèce celui de se reproduire.

C'est le lien ainsi tracé avec les droits essentiels de la personne qui, comme dans les cas précédents, justifie ici la protection accordée, et ce même si la participation à (ou l'inclusion dans) l'association est volontaire et ne présente donc pas un caractère proprement immuable.

Conclusion

La présente étude s'est amorcée sur une certaine méfiance à l'endroit du concept de "l'appartenance à un certain groupe social". Non envisagé par le projet original de la *Convention relative au statut de réfugié* de 1951, introduit presque à la sauvette, sans opposition ni discussion, par les plénipotentiaires, le critère se présentait comme une boîte noire dont on pouvait cerner le contour mais pas le contenu. Cette aura mystérieuse s'avère être à la fois sa force et sa faiblesse.

La faiblesse réside dans une élucidation imparfaite du concept en termes formels. Celui-ci peut voir son sens soit exagérément restreint, c'est-à-dire dépourvu d'autonomie par rapport aux autres motifs de persécution et réduit à les corroborer; soit étendu hors de toute limite raisonnable, par une interprétation qui en ferait un critère résiduel trop généreux. Il pourrait donc s'agir, en l'occurrence, d'une boîte de Pandore.

⁸⁴ *Cheung v. Minister of Employment and Immigration*, [1993] F.C.J. N° 309

A l'inverse, le flou qui entoure la notion fait aussi sa force, puisque ce motif de persécution ouvre une porte plus large à l'évolution. On entend par là la capacité unique du critère à accommoder les situations non envisagées par les auteurs de la Convention, mais nécessitant néanmoins une protection internationale. Le critère de l'appartenance à un certain groupe social devient alors un instrument utile dans la matière changeante qu'est le droit des réfugiés, pour autant qu'on sache en faire usage avec discernement⁸⁵.

En ce sens, la phrase du juge Ganshof Van Der Meersch sur la Convention européenne des droits de l'homme est tout aussi valable dans le cas qui nous occupe:

"Le droit de la Convention n'est pas statique. Son objet ne le permet pas. Le milieu social dans lequel l'accord international a puisé son inspiration et sa justification vit et réagit directement sur le système normatif conventionnel. Les objectifs de la Convention sont solidaires du rythme de l'évolution de la société".

Une boîte à ouvrir avec précaution, en somme. Et c'est la théorie de l'*ejusdem generis* qui nous en fournit la clé. En effet, en établissant un lien entre la notion d'appartenance à un certain groupe social et les droits fondamentaux de la personne, elle confère au critère un cadre dans lequel celui-ci peut s'épanouir: il suivra les progrès réalisés dans le domaine des droits de l'homme, lequel endiguera en retour l'imprécision dont on pouvait lui faire grief.

On peut sans doute voir là un reflet, à une échelle réduite, du lien essentiel qui existe entre le développement du droit des réfugiés et celui des droits de l'homme.

⁸⁵ W.GANSHOF VAN DER MEERSCH, cité dans *La Convention européenne des droits de l'homme, commentaire article par article*, sous la direction de PETITIT, DECAUX et IMBERT, Economica, mai 1995, p. 45.