

The Peter A. Allard School of Law

Allard Research Commons

All Faculty Publications

Allard Faculty Publications

2013

La Culture de la Protection Des Droits Fondamentaux en Droit Canadien Des Réfugiés: Un Examen Des Affaires de Violence Familiale

Efrat Arbel

Allard School of Law at the University of British Columbia, arbel@allard.ubc.ca

Follow this and additional works at: https://commons.allard.ubc.ca/fac_pubs



Part of the [Immigration Law Commons](#), and the [Law and Gender Commons](#)

Citation Details

Efrat Arbel, "La Culture de la Protection Des Droits Fondamentaux en Droit Canadien Des Réfugiés: Un Examen Des Affaires de Violence Familiale" (2013) 58:3 McGill LJ 729.

This Article is brought to you for free and open access by the Allard Faculty Publications at Allard Research Commons. It has been accepted for inclusion in All Faculty Publications by an authorized administrator of Allard Research Commons.

LA CULTURE DE LA PROTECTION DES
DROITS FONDAMENTAUX EN DROIT
CANADIEN DES RÉFUGIÉS : UN EXAMEN DES
AFFAIRES DE VIOLENCE FAMILIALE

*Efrat Arbel**

This article examines Canadian refugee law cases involving domestic violence, analyzed through a comparison with cases involving forced sterilization and genital cutting. Surveying 645 reported decisions, it suggests that Canadian adjudicators generally adopted different methods of analysis in refugee cases involving domestic violence, as compared with these other claims. The article argues that Canadian adjudicators rarely recognized domestic violence as a rights violation in itself but, instead, demonstrated a general predisposition toward finding domestic violence persecution in cultural difference. That is, adjudicators tended to recognize domestic violence claimants not as victims of persecutory *practices* but rather as victims of persecutory *cultures*. The article suggests that this approach establishes incorrect criteria by which to evaluate domestic violence claims, for two main reasons. First, this approach does not accord due weight to complex factors besides culture that make women vulnerable to persecution in domestic settings. Second, this approach erects legal and conceptual barriers for women who cannot authentically narrate their experience through the script of cultural vulnerability or who cannot present as “victims of culture”. The article posits that characterizing the violence suffered by refugee women as a product of culture does more than erect barriers for refugee claimants; it also operates as a protective device that suppresses the commonality of domestic violence across cultures and elides its domestic prevalence. The article concludes by suggesting that this approach replicates problematic assumptions about gender violence and gender difference that make it harder to address domestic violence both abroad and at home.

Cet article examine les cas canadiens de droit des réfugiés impliquant de la violence familiale, analysés par le biais d’une comparaison avec les cas de stérilisation forcée et de mutilations génitales. Parcourant 645 décisions publiées, il suggère que les arbitres canadiens ont en général adopté différentes méthodes d’analyse dans le cas des réfugiés de violence familiale, par rapport aux autres affaires. L’article soutient que les arbitres canadiens reconnaissent rarement la violence domestique comme une violation des droits en soi, mais au contraire, ont montré une prédisposition générale à reconnaître des situations violence domestique dans la différence culturelle. Autrement dit, les arbitres ont tendance à reconnaître les demandeurs subissant de la violence conjugale non pas comme des victimes de pratiques de persécution, mais plutôt comme des victimes de cultures persécutrices. L’article suggère que cette approche établit des critères erronés d’évaluation des allégations de violence conjugale pour deux raisons principales. Tout d’abord, cette approche n’a pas accordé assez d’importance aux facteurs complexes, qui s’additionnent à la question la culture et qui rendent les femmes vulnérables à la persécution dans leur milieu familial. Ensuite, cette approche érige des barrières juridiques et conceptuelles pour les femmes qui ne peuvent pas authentiquement raconter leur expérience à travers le script de vulnérabilité culturelle ou qui ne peuvent pas se présenter comme des « victimes de leur culture ». L’article avance que la caractérisation de la violence subie par les femmes réfugiées comme un produit de la culture fait plus que d’ériger des barrières pour les demandeurs d’asile; il fonctionne également comme un dispositif de protection qui supprime le caractère commun de la violence domestique à travers les cultures et élude sa prévalence locale. L’article conclut en suggérant que cette approche reproduit des hypothèses problématiques de la violence entre les sexes et de la différence des sexes qui rendent difficile la lutte contre la violence domestique à l’étranger et à la maison.

* This article was translated from its English original by MultiTransPrism Flow in January 2024. Neither the author nor the journal took part in the translation process.

Doctorat en droit, Faculté de droit de Harvard (2012); stagiaire postdoctorale, Faculté de droit de l’Université de la Colombie-Britannique. Remerciements à Martha Minow et à Joseph Singer, ainsi qu’à Catherine Dauvergne, Lisa Kerr, Vishaal Kishore, Anna Lund, Shaun Ramdin et aux examinateurs anonymes de la *Revue de droit de McGill* pour leurs précieux commentaires sur les versions précédentes du présent article. La recherche pour le présent article a bénéficié du soutien généreux du Programme du Canada au Centre Weatherhead pour les affaires internationales de l’Université Harvard et du Conseil de recherches en sciences humaines du Canada.

Introduction	731
I. Le cadre juridique	733
<i>A. Définition du terme « réfugié » : un aperçu</i>	733
<i>B. Conclure qu'il y a eu violation des droits fondamentaux de la personne</i>	737
<i>C. Conclure à l'absence de protection de l'État</i>	742
<i>D. Motifs d'admissibilité</i>	744
II. Les affaires de violence familiale : un aperçu	746
<i>A. Méthodologie</i>	746
<i>B. Conclure qu'il y a eu violation des droits fondamentaux de la personne</i>	749
1. Cas mettant en cause la stérilisation forcée et la mutilation génitale	749
2. Affaires de violence familiale	753
<i>C. Conclure à l'absence de protection de l'État</i>	754
1. Cas portant sur la stérilisation forcée et la mutilation génitale	754
2. Affaires de violence familiale	756
<i>D. Motifs d'admissibilité</i>	758
1. Cas portant sur la stérilisation forcée et la mutilation génitale	758
2. Affaires de violence familiale	760
III. Les limites de la protection	761
<i>A. Masquer les facteurs autres que la « culture »</i>	762
<i>B. La construction des réfugiées en tant que « victimes de la culture »</i>	765
Conclusion	769

Introduction

Dans la définition internationale du terme « réfugié » établie par la Convention des Nations Unies relative au statut des réfugiés, le « sexe » ne figure pas parmi les motifs de persécution reconnus¹. Selon cette définition, tout demandeur d'asile doit démontrer, d'une part, qu'il craint avec raison d'être persécuté pour un des cinq motifs énumérés, soit « du fait de sa race, de sa religion, de sa nationalité, de son appartenance à un certain groupe social ou de ses opinions politiques² » et, d'autre part, que son pays d'origine ne peut pas ou ne veut pas le protéger contre cette persécution. En 1993, le Canada est devenu le premier pays signataire de la Convention sur les réfugiés à corriger cette omission, année à laquelle la Commission de l'immigration et du statut de réfugié du Canada (CISR) a publié les Directives intitulées *Revendicatrices du statut de réfugié craignant d'être persécutées en raison de leur sexe*³. Ces directives n'ajoutent pas à la définition le « sexe » comme motif de persécution, mais elles présentent un cadre d'analyse, assorti de directives quant au fond et à la procédure, pour que la définition soit interprétée en tenant compte de la dimension de genre. La reconnaissance que la violence familiale commise par des acteurs ne relevant pas de l'État peut équivaloir à de la persécution et servir de fondement à une demande d'asile est une des contributions les plus importantes des Directives. Cette reconnaissance marque un tournant important dans l'approche du Canada en matière de protection des réfugiés et a élargi l'asile à d'innombrables femmes ne pouvant autrefois bénéficier de la protection conférée aux réfugiés. Elle a été saluée comme une des [traduction] « des avancées les plus remarquables de l'histoire juridique canadienne⁴ ».

Dans le présent article, en prévision du vingtième anniversaire de la publication des Directives, j'examine comment les commissaires canadiens ont traité les demandes d'asile portant sur la violence familiale au cours des vingt dernières années. Mon but est d'évaluer si l'objectif des Directives, à savoir favoriser un processus de détermination du statut de

¹ 28 juillet 1951, 189 RTNU 137, art. 1(A)(2), RT Can 1969 n° 6 (entrée en vigueur le 22 avril 1954, et mis en vigueur au Canada le 4 juin 1967) [Convention sur les réfugiés].

² *Ibid.*

³ Directives numéro 4 – *Revendicatrices du statut de réfugié craignant d'être persécutées en raison de leur sexe* (Ottawa : Commission de l'immigration et du statut de réfugié du Canada, 1996), en ligne : CISR <<http://www.irb-cisr.gc.ca/eng/brdcom/references/pol/guidir/Pages/GuideDir4.aspx>> [Directives] (mise à jour de la version de 1993).

⁴ Sherene Razack, *Domestic Violence as Gender Persecution: Policing the Borders of Nation, Race, and Gender* (1995) 8:1 CJWL 45, à 47.

réfugié tenant compte de la dimension du genre, a été réalisé de manière significative dans les affaires portant sur la violence familiale. Je passe en revue les décisions accessibles au public sur les demandes d'asile portant sur la violence familiale qui ont été rendues depuis la publication des Directives et je les examine en les comparant avec des cas de stérilisation forcée et de mutilation génitale. Après avoir examiné 645 cas, je soutiens que, au cours des vingt dernières années, les commissaires ont adopté des méthodes d'analyse nettement différentes dans les affaires portant sur la violence familiale, en comparaison avec les autres demandes d'asile fondées sur le sexe. En particulier, dans les affaires portant sur la stérilisation forcée et la mutilation génitale, les commissaires ont, conformément aux instructions des Directives, dénoncé de manière continue ces pratiques comme des violations de droits. Dans ces affaires, ils ont généralement reconnu que la demandeur d'asile était une réfugiée parce qu'elle était victime d'une pratique de persécution. Par contre, les commissaires ont rarement désigné la violence familiale comme une violation des droits en soi et ont montré une prédisposition générale à conclure que la persécution était attribuable à des différences culturelles. Autrement dit, les commissaires ont généralement reconnu que les demandeuses d'asile subissant de la violence familiale avaient qualité de réfugié non pas parce qu'elles étaient victimes de *pratiques* de persécution, mais plutôt parce qu'elles étaient victimes de *cultures* de persécution.

L'approche en question s'est avérée fructueuse pour octroyer l'asile à certaines réfugiées, mais elle établit des critères erronés pour l'évaluation des demandes d'asile fondées sur la violence familiale. Je développe mon analyse en quatre parties. Dans la première partie, je présente un aperçu des principes qui régissent l'évaluation des demandes d'asile fondées sur le sexe, afin d'établir un contexte pour l'analyse. Dans la deuxième partie, je décris en détail les résultats de mon étude et j'explique les différents schémas d'analyse qui se dégagent des affaires de violence familiale, en comparaison avec les autres demandes d'asile fondées sur le sexe. À la lumière de ces résultats, dans la troisième partie, j'examine les affaires fondées sur la violence familiale de manière plus détaillée. Grâce à une lecture attentive de certaines décisions, je relève deux problèmes importants posés par la tendance des commissaires à situer la persécution liée à la violence familiale dans un contexte de différences culturelles. Premièrement, je soutiens qu'en jetant le blâme sélectivement sur la « culture » pour la persécution des réfugiées, les commissaires n'accordent pas assez d'importance aux facteurs autres que la culture qui rendent les femmes vulnérables à la violence familiale, tels que les disparités matérielles, la hiérarchie des genres et les structures du pouvoir existantes. Deuxièmement, je soutiens que cette approche présente la culture non

occidentale comme un milieu où la violence familiale se produit à cause de la soi-disant vulnérabilité « inhérente » des femmes se trouvant dans ce milieu culturel. Par conséquent, les femmes qui ne peuvent pas raconter de façon authentique leur expérience de la violence à l'aide du script de la vulnérabilité culturelle se heurtent à des barrières juridiques et conceptuelles quand elles tentent de démontrer le bien-fondé de leurs demandes d'asile. Sur ces deux plans importants, les décisions sur les affaires de violence familiale favorisent une mauvaise compréhension de la violence fondée sur le sexe et les différences de genre. Elles établissent des critères indûment restreints pour évaluer la vulnérabilité des femmes à la persécution liée à la violence familiale et, par conséquent, risquent de faire que de véritables réfugiées se voient refuser l'asile.

Dans la quatrième partie, après avoir pris appui sur les critiques en question, je soutiens que la tendance des commissaires à attribuer la persécution liée à la violence familiale à des différences culturelles est le fruit et le reflet d'une angoisse qui fonctionne comme un moyen de défense. Contrairement à la stérilisation forcée et à la mutilation génitale — des pratiques « exotiques » perçues comme ne pouvant avoir lieu que dans des pays étrangers — la violence familiale est également répandue au Canada. Ainsi, il y a des lignes de séparation bien connues qui font qu'il n'est pas facile de reconnaître les demandes d'asile fondées sur la violence familiale comme des violations des droits dans le lexique juridique canadien. Vue sous cet angle, la tendance à situer la persécution dans un contexte de différences culturelles peut être perçue comme un moyen de défense qui établit une distinction entre la violence subie par les réfugiées et celle subie par les Canadiennes. La réticence à s'interroger sur les structures du pouvoir qui rendent les femmes vulnérables à la violence familiale à l'étranger fait en sorte qu'il est plus facile d'ignorer la prédominance de ces mêmes structures au Canada. Ainsi, l'approche adoptée dans les affaires de violence familiale a pour effet de reproduire des postulats douteux au sujet de la violence fondée sur le sexe et des différences de genre, tout en rendant plus difficile de contester ces postulats dans le discours juridique canadien.

Je conclus en plaidant en faveur d'un virage discursif dans l'approche par le tribunal dans les affaires de violence familiale. Je suggère qu'un réexamen des postulats en jeu dans ces affaires permettra aux intervenants du système de justice canadien de voir la violence familiale dans une plus juste perspective et produira une jurisprudence plus nuancée en lien avec les demandes d'asile fondées sur la violence familiale. Une telle approche serait plus conforme non seulement à l'esprit des Directives, mais aussi aux normes canadiennes en matière d'égalité et de protection des droits.

I. Le cadre juridique

A. Définition du terme « réfugié » : un aperçu

Pour présenter une demande d'asile fondée sur le sexe, une demandeur d'asile doit d'abord démontrer qu'elle répond à la définition du terme « réfugié » énoncée au paragraphe A.2 de l'article premier de la Convention sur les réfugiés, modifiée par le Protocole de 1967 relatif au statut des réfugiés⁵. Aux termes du paragraphe A.2 de l'article premier, le terme « réfugié » s'applique à toute personne qui :

craignant avec raison d'être persécutée du fait de sa race, de sa religion, de sa nationalité, de son appartenance à un certain groupe social ou de ses opinions politiques, se trouve hors du pays dont elle a la nationalité et qui ne peut ou, du fait de cette crainte, ne veut se réclamer de la protection de ce pays; 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.

Cette définition est intégrée au droit canadien, presque mot à mot, au moyen de l'article 96 de la *Loi sur l'immigration et la protection des réfugiés*⁶ (LIPR). La définition englobe un éventail de considérations, mais comporte trois éléments centraux. Pour faire simple, elle exige la preuve (i) d'une crainte fondée de persécution (ii) qui démontre l'absence de protection de l'État (iii) et qui présente un lien de causalité avec l'un des motifs énumérés dans la définition : la race, la religion, la nationalité, les opinions politiques ou l'appartenance à un certain groupe social⁷. Comme

⁵ 31 janvier 1967, 606 RTNU 267, art. 1, RT Can 1969 n° 29 (entré en vigueur le 4 octobre 1967, et mis en vigueur au Canada le 4 juin 1969) (qui supprime les restrictions temporelles et géographiques initialement établies dans la Convention sur les réfugiés et qui incorpore la convention par renvoi).

⁶ LC 2001, chap. 27 [*Loi sur l'immigration et la protection des réfugiés* - LIPR]. Dans sa version anglaise, la définition de la LIPR diffère de celle qui est énoncée dans la Convention sur les réfugiés en raison de certaines modifications mineures — mais importantes — apportées dans le libellé. Alors que la version anglaise de la Convention sur les réfugiés stipule qu'une demandeur d'asile doit démontrer qu'elle a qualité de réfugié « *owing to a well-founded fear of being persecuted* » (*supra*, note 1, paragr. A.2 de l'article premier [non souligné dans l'original]), la norme énoncée dans la LIPR est « *by reason of a well-founded fear of persecution* » (*supra*, note 6, art. 96 [non souligné dans l'original]). La locution « *owing to* », par opposition à « *by reason of* », entraîne des normes différentes en matière d'évaluation. Par exemple, l'utilisation délibérée de la voix passive dans la Convention sur les réfugiés impose un fardeau moins exigeant aux demandeurs d'asile que la LIPR qui exige un lien de causalité plus direct entre la crainte et la persécution. De plus, la différence entre la norme qui exige « *a well-founded fear of persecution* » (comme dans la LIPR) et celle qui exige « *a well-founded fear of being persecuted* » (comme dans la Convention) fait que l'analyse menée en application de la LIPR met l'accent sur les expériences de persécution subies par le passé, plutôt que sur la crainte de persécutions futures, ce qui réduit les chances qu'un revendicateur ait gain de cause. Voir aussi James C Hathaway *et al.*, *The Michigan Directives on Nexus to a Convention Ground* (2002) 23:2 Mich J Int'l L 210, à 211.

⁷ En plus des trois éléments en question, la définition du terme « réfugié » fait qu'une

je l'ai signalé précédemment, l'omission du « sexe » parmi les motifs de persécution saute aux yeux.

En 1993, le Canada fut le premier pays signataire de la Convention sur les réfugiés à reconnaître officiellement que la persécution fondée sur le sexe peut constituer le fondement d'une demande d'asile, année à laquelle la CISR a publié les Directives⁸. Dans ces directives, le « sexe » n'est pas intégré à la définition du réfugié parmi les motifs de persécution, mais on avise les commissaires que la définition « peut être interprétée à bon droit de façon à protéger les femmes qui démontrent une crainte justifiée de persécution fondée sur le sexe pour l'un des motifs énumérés ou une combinaison de ceux-ci⁹ ». Les Directives n'ont pas force de loi, mais la CISR incite les commissaires à les appliquer sérieusement en exigeant que des motifs écrits soient présentés pour étayer toute décision allant à l'encontre des principes énoncés dans les Directives¹⁰. L'argument principal — et le principe directeur — qui sous-tend les Directives est que « [d']après l'état actuel de la jurisprudence, le sens attribué au mot “persécution” est fondé surtout sur l'expérience de demandeurs de sexe masculin¹¹ ». Selon les Directives, étant donné que les « circonstances qui font naître chez les femmes une crainte de persécution sont souvent uniques aux femmes », les demandes d'asile fondées sur le sexe exigent une méthode d'analyse différente¹². De plus, les Directives reconnaissent

demandeur d'asile doit démontrer qu'elle se trouve à l'extérieur de son pays d'origine, qu'elle ne dispose d'aucune possibilité de refuge intérieur et qu'elle peut établir le bien-fondé de sa demande d'asile en prouvant que sa crainte est à la fois subjective et objective.

⁸ Il convient aussi de noter que le Haut Commissariat des Nations Unies pour les réfugiés (HCR) a publié des lignes directrices relatives aux femmes réfugiées dès 1985, année à laquelle son comité exécutif a adopté une conclusion intitulée *Les femmes réfugiées et la protection internationale* (HCR, Comité exécutif du Programme du Haut-Commissaire, *Rapport du Sous-comité plénier sur la protection internationale*, Documents officiels de l'Assemblée générale, 40^e session, supplément 12A, document NU A/40/12A/Add.1(1985), annexe II), qui stipule que « [l]es États, dans l'exercice de leur souveraineté, sont libres d'adopter l'interprétation selon laquelle les femmes en quête d'asile soumises à des traitements cruels ou inhumains pour avoir transgressé les coutumes de la communauté où elles vivent peuvent être considérées comme appartenant à un “certain groupe social” » (*ibid.*, au paragr. 19(k)).

⁹ *Supra*, note 3, section A.I [les caractères gras et l'italique ont été omis]. Il convient de noter que le simple fait d'ajouter le « sexe » à la définition du réfugié ne suffirait pour garantir un examen sur le fond des demandes d'asiles fondées sur le sexe : voir Deborah E. Anker, *Refugee Law, Gender, and the Human Rights Paradigm* (2002) 15 Harv Hum Rts J 133 ([traduction] « [l]es obstacles à l'admissibilité des femmes au statut de réfugié ne résident pas dans les catégories juridiques elles-mêmes (autrement dit, dans le fait de ne pas inclure le genre ou le sexe parmi les cinq motifs énumérés), mais dans l'interprétation incomplète et genrée du droit des réfugiés, le défaut de la part des décideurs de “reconnaître et combattre la sexualisation de la politique et des rapports des femmes avec l'État”. Se contenter d'ajouter le genre ou le sexe aux motifs énumérés ne réglerait pas ce problème », à 139 [note de bas de page omise] citant Heaven Crawley, *Refugees and Gender: Law and Process* (Bristol: Jordans, 2001) à 6-9).

¹⁰ Voir Nurjehan Mawani, *Introduction to the Immigration and Refugee Board Directives on Gender-Related Persecution* (1993) 5:2 Int'l J Refugee L 240, à 243.

¹¹ *Directives, supra*, note 3, section B.

¹² *Ibid.*

explicitement que les femmes peuvent être victimes de persécution de la part « d'agents de persécution non gouvernementaux dans le cas où l'État ne peut ou ne veut offrir une protection¹³ ».

Plusieurs mois après la mise en œuvre des Directives, la Cour suprême du Canada a publié sa décision dans l'arrêt *Canada (Procureur général) c. Ward*, où la Cour a confirmé que le « sexe » pouvait être un motif de persécution¹⁴. Même si cette affaire n'avait pas trait à une revendication du statut de réfugié fondée sur le sexe, la Cour suprême a conclu que le « sexe » pouvait être une caractéristique partagée par un « groupe social », au sens de la définition du réfugié¹⁵. Fait important, la Cour suprême a également reconnu que la persécution pouvait émaner directement de l'État ou d'acteurs non étatiques¹⁶. Cette conclusion s'est avérée d'une importance cruciale pour étayer de nombreuses demandes d'asile fondées sur le sexe, particulièrement celles portant sur la violence familiale.

Dans l'arrêt *Ward*, la Cour suprême a également expliqué qu'il n'est pas nécessaire que la protection de l'État soit parfaite pour satisfaire à la définition de réfugié¹⁷. De l'avis de la Cour suprême, il y a lieu de présumer que les États qui ont des gouvernements démocratiques fonctionnels sont capables de protéger leurs citoyens. Ainsi, dans de tels cas, la revendicatrice doit démontrer d'une façon « claire et convaincante » l'incapacité de l'État d'assurer sa protection¹⁸. Après avoir réalisé que cette norme de preuve pouvait ériger des obstacles difficiles à surmonter pour les femmes exposées à la violence familiale, la CISR a révisé les Directives après la publication de l'arrêt *Ward*. Ainsi, la version actuelle

¹³ *Ibid.*, section C.2. Dans les Directives, il est ajouté que si la revendicatrice peut montrer clairement qu'il était « objectivement déraisonnable pour elle de demander la protection de l'État », son omission de le faire ne fera pas échouer sa revendication (*ibid.*).

¹⁴ [1993] 2 RCS 689, 103 DLR (4^e) 1 [*Ward* avec renvois aux RCS].

¹⁵ *Ibid.*, à 739.

¹⁶ *Ibid.*, à 713-717 (« la persécution au sens de la Convention comprend les cas où l'État n'est pas strictement complice de la persécution, mais est simplement incapable de protéger ses citoyens », à 717).

¹⁷ *Ibid.*, à 717 et suiv. Voir aussi *Milev c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, 1996 CarswellNat 1060 (WL Can), [1996] ACF 907 (QL) (1^{re} inst.). Comme l'a expliqué la Cour d'appel fédérale dans l'arrêt *Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration) c. Villafranca*, « [a]ucun gouvernement qui professe des valeurs démocratiques ou affirme son respect des droits de la personne ne peut garantir la protection de chacun de ses citoyens en tout temps » ((1992), 99 DLR (4^e) 334 à 337, 150 NR 232, autorisation de pourvoi à la CSC refusée, [1993] 2 RCS xi). La Cour d'appel fédérale a ajouté que « lorsqu'un État a le contrôle efficace de son territoire, qu'il possède des autorités militaires et civiles et une force policière établies, et qu'il fait de sérieux efforts pour protéger ses citoyens contre les activités terroristes », le seul fait qu'il n'y réussit pas toujours ne suffit pas à prouver l'inadéquation de la protection de l'État (*ibid.*).

¹⁸ *Ward, supra*, note 14, à 724-725.

des Directives prévoit que dans les cas « où la revendicatrice ne peut compter sur les éléments de preuve plus courants ou typiques comme “preuve claire et convaincante” de l’incapacité de l’État d’assurer la protection, il pourrait être nécessaire de s’en remettre à d’autres éléments de preuve pour satisfaire au critère de la “preuve claire et convaincante”¹⁹ ». Ailleurs, les Directives encouragent aussi les commissaires à « tenir compte, parmi d’autres facteurs pertinents, du contexte social, culturel, religieux et économique dans lequel se trouve la revendicatrice²⁰ ». Avant d’effectuer un examen détaillé des demandes d’asile fondées sur la violence familiale, je vais d’abord présenter un aperçu des principes de base qui régissent l’évaluation de ces demandes d’asile, en me reportant aux trois éléments centraux de la définition de réfugié.

B. Conclure qu’il y a eu violation des droits fondamentaux de la personne

Le critère de la persécution est au cœur de la définition du réfugié et oblige les demandeurs d’asile à démontrer qu’ils ont une crainte subjective d’être persécutés qui est liée à un risque objectif de préjudice²¹. Dans l’arrêt *Ward*, la Cour suprême du Canada définit la persécution

¹⁹ *Supra*, note 3, section C.2. Il est mentionné ce qui suit dans les Directives :

Pour déterminer si l’État veut ou peut assurer la protection à une femme qui craint d’être persécutée en raison de son sexe, les décideurs doivent tenir compte du fait que les éléments de preuve pouvant normalement être fournis par la revendicatrice comme une « preuve claire et convaincante » de l’incapacité de l’État d’assurer la protection ne seront pas toujours disponibles ou utiles dans les cas de persécution fondée sur le sexe.

Par exemple, lorsqu’une revendication fondée sur le sexe repose sur des menaces ou des actes réels de violence sexuelle de la part des autorités gouvernementales (ou d’agents de persécution non gouvernementaux dans le cas où l’État ne peut ou ne veut offrir une protection), il pourrait être difficile pour la revendicatrice de justifier sa revendication à l’aide de « données statistiques » concernant les incidents de violence sexuelle dans son pays d’origine.

Dans les cas où la revendicatrice ne peut compter sur les éléments de preuve plus courants ou typiques comme « preuve claire et convaincante » de l’incapacité de l’État d’assurer la protection, il pourrait être nécessaire de s’en remettre à d’autres éléments de preuve pour satisfaire au critère de la « preuve claire et convaincante ». Il pourrait s’agir de témoignages de femmes se trouvant dans des situations similaires et pour lesquelles l’État a omis d’assurer la protection ou du témoignage de la revendicatrice elle-même concernant des incidents personnels précédents lors desquels l’État n’a pas assuré sa protection (*ibid.*).

²⁰ *Ibid.*

²¹ Voir l’arrêt *Ward*, *supra*, note 14, à 723. Comme l’a expliqué la Cour suprême, l’élément subjectif « se rapporte à l’existence de la crainte de persécution dans l’esprit du réfugié » et doit être évalué à la lumière de la situation subjective du revendicateur. En revanche, l’élément objectif « requiert l’appréciation objective de la crainte du réfugié pour déterminer si elle est fondée » (*ibid.*, citant l’arrêt *Rajudeen c. Canada (Ministre de l’Emploi et de l’Immigration)* (1984), 55 NR 129, à 134 (disponible sur WL Can) [CAF]).

comme la « violation soutenue ou systémique des droits fondamentaux de la personne démontrant l'absence de protection de l'État²² ». Ainsi, suivant l'arrêt *Ward*, les commissaires doivent tirer deux conclusions distinctes mais reliées : que la revendicatrice subit une violation de ses droits fondamentaux de la personne et que son État ne peut pas ou ne veut pas la protéger contre cette violation. Il convient de noter le caractère central des droits de la personne dans cette analyse : il est évident que la Cour suprême a décidé d'établir les droits de la personne comme point de repère pour l'examen des demandes d'asile²³. Cette approche, de l'avis de la Cour suprême, respecte et reflète le but sous-jacent de la Convention des Nations Unies sur les réfugiés, à savoir « l'engagement qu'a pris la communauté internationale de garantir, sans distinction, les droits fondamentaux de la personne²⁴ ». De plus, l'exigence que ces violations soient soutenues et systémiques signifie que les préjudices mineurs — ou les cas de « simple discrimination », comme ils sont qualifiés dans la jurisprudence — n'équivalent pas à de la persécution²⁵.

À l'instar de l'arrêt *Ward*, dans les Directives, le critère de la persécution est interprété en se reportant aux principes des droits de la personne et les revendicatrices subissant la persécution fondée sur le sexe doivent démontrer qu'il s'agit « d'un préjudice grave qui va à l'encontre des droits fondamentaux de la revendicatrice²⁶ ». Reconnaissant que la violence prend souvent des formes uniques selon le sexe de la personne, les Directives relèvent plusieurs « expériences vécues typiquement par les femmes²⁷ » qui équivalent à de la persécution, notamment le viol, l'infanticide, la mutilation génitale, l'immolation des épouses par le feu, le mariage imposé, la violence familiale, l'avortement forcé ou la stérilisation forcée. Les Directives anticipent et réfutent l'argument selon

²² *Supra*, note 14, à 734, citant James C. Hathaway, *The Law of Refugee Status* (Toronto: Butterworths, 1991), à 104-105 [Hathaway, *Refugee Status*].

²³ Voir l'arrêt *Ward*, *supra*, note 14 (la Cour suprême a souligné que le droit relatif aux réfugiés « devrait s'appliquer aux actions qui nient d'une manière fondamentale la dignité humaine, et que la négation soutenue ou systémique des droits fondamentaux de la personne est la norme appropriée », à 733, citant James C. Hathaway, *Refugee Status*, *supra*, note 22, à 108).

²⁴ *Ward*, *supra*, note 14, à 733.

²⁵ Suivant l'orientation donnée par le HCR, les décisions canadiennes établissent une distinction entre la persécution et la « simple discrimination », qui à elle seule ne suffit pas pour octroyer la protection offerte aux réfugiés : voir le *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 de réfugié* du HCR, édition révisée (Genève : Haut-Commissaire des Nations Unies pour les réfugiés, 1992), en ligne : HCR <<http://www.unhcr.org/3d58e13b4.html>> (« [c]e n'est que dans des circonstances particulières que la discrimination équivaudra à des persécutions. Il en sera ainsi lorsque les mesures discriminatoires auront des conséquences gravement préjudiciables pour la personne affectée, par exemple de sérieuses restrictions du droit d'exercer un métier, [...] ou d'avoir accès aux établissements d'enseignement normalement ouverts à tous », au parag. 54).

²⁶ Directives, *supra*, note 3, Cadre d'analyse.

²⁷ *Ibid.*, section B.

lequel le caractère universel de la violence fondée sur le sexe pourrait exclure sa reconnaissance comme motif de persécution : « [l]e fait que la violence, notamment la violence sexuelle et familiale, à l'encontre des femmes soit universelle n'est pas pertinent pour déterminer si le viol et d'autres crimes liés au sexe constituent des formes de persécution²⁸ ». Il est plutôt précisé dans les Directives que : « [l]a véritable question qu'il faut se poser est celle de savoir si la violence, vécue ou redoutée, constitue une grave violation d'un droit fondamental de la personne pour un motif de la Convention et dans quelles circonstances peut-on dire que le danger de cette violence résulte de l'absence de protection par l'État²⁹? »

Le fait que, tant dans l'arrêt *Ward* que dans les Directives, les principes des droits de la personne soient le point d'ancrage de l'analyse des demandes d'asile est important. D'abord et avant tout, cela a eu pour effet d'élargir le droit des réfugiés et d'étendre le statut de réfugié à d'innombrables demandeurs d'asile, y compris un grand nombre de femmes, qui ne pouvaient autrefois bénéficier de la protection. L'importance de ces résultats ne peut être sous-estimée. Deuxièmement, l'accent mis sur les droits de la personne annonçait un passage de ce que Matthew Price qualifiait de [traduction] « modèle politique » de l'asile vers un [traduction] « modèle humanitaire de l'asile »³⁰. Dans sa conception originale, le droit international des réfugiés était un instrument politique, un moyen de protéger les personnes persécutées tout en faisant avancer les valeurs politiques occidentales³¹. Bien que cette approche ait prédominé à l'époque de la Guerre froide, au fur et à mesure que changeait le climat

²⁸ *Ibid.*

²⁹ *Ibid.* [notes de bas de page omises].

³⁰ Pour une analyse plus complète, voir Matthew E. Price, *Rethinking Asylum: History, Purpose, and Limits* (Cambridge, UK: Cambridge University Press, 2009), à 4 et suiv. [Matthew E. Price, *Rethinking Asylum*].

³¹ Voir *Ibid.* Voir aussi James C. Hathaway, *Refugee Status*, *supra*, note 22, à 6-10. Comme le montre l'analyse de James C. Hathaway, les termes de la définition du réfugié ont été conçus à rebours en se basant sur les idéologies politiques des principaux pays occidentaux et visaient stratégiquement à inclure seulement certaines expériences du déplacement sous la protection internationale. James C. Hathaway donne l'explication suivante : [traduction] « En assurant la protection des personnes dont les droits civils et politiques (d'inspiration occidentale) sont en péril, sans en même temps protéger les personnes dont les droits socioéconomiques (d'inspiration socialiste) sont menacés, la Convention incarne une logique en matière de droits de la personne qui est incomplète et politiquement partisane » (*ibid.*, à 8). James C. Hathaway démontre que les débats qui ont précédé l'adoption de la Convention sur les réfugiés reflétaient essentiellement une segmentation idéologique et étaient alimentés par la rivalité politique entre les pays occidentaux et le bloc soviétique. Les représentants soviétiques souhaitaient que le statut de réfugié repose sur l'apatridie et s'opposaient vigoureusement à l'idée de fonder le statut de réfugié sur l'incompatibilité sociale ou idéologique. Les pays occidentaux, qui ont prévalu à la fin, ont plutôt décidé de mettre en place un régime très politisé et individualiste dans lequel la persécution est l'élément clé de la définition du réfugié. Cela a permis d'atteindre deux buts : établir une définition qui était taillée sur mesure pour répondre au déplacement européen dans la foulée de l'Holocauste et de la Deuxième Guerre mondiale, tout en facilitant la condamnation de la politique soviétique au moyen du droit international : voir *Ibid.*, à 6-10.

politique mondial, l'approche de la communauté internationale au droit des réfugiés changeait aussi³². Avec la montée du mouvement international des droits de la personne, les États signataires ont peu à peu tourné leur attention vers les principes des droits de la personne dans leur interprétation du droit des réfugiés. Ce virage visait à éloigner le droit des réfugiés de ses racines politiques et à l'ancrer dans un modèle d'évaluation fondée sur les droits de la personne, ostensiblement « neutre » et universellement accepté³³. Du fait que les droits de la personne sont censés transcender le particulier — ou, pour reprendre les propos de la Cour suprême du Canada, ces droits « transcendent les perspectives subjectives et chauvines, et [...] s'appliquent au-delà des frontières nationales³⁴ » — ils sont perçus comme constituant la base de

³² Voir, par exemple, Matthew E. Price, *Rethinking Asylum*, *supra*, note 30, à 4 : [traduction]

Il semblait naturel d'inclure la persécution comme critère obligatoire dans un monde marqué par la Guerre froide où les gens qui demandaient l'asile auprès des pays occidentaux fuyaient des États puissants et oppressifs. Aujourd'hui, bon nombre de ceux qui demandent l'asile [...] fuient la violence aux mains de groupes aussi divers que les guérillas, les escadrons de la mort, les gangs criminels, les familles et les clans, ainsi que les forces de sécurité gouvernementales.

Ces réalités ont remis en question l'approche traditionnelle en matière d'asile. Restreindre l'asile aux personnes persécutées peut sembler une démarche trop étroite : ceux qui fuient la violence qui accompagne l'effondrement de l'État ou la guerre civile, ou la famine ou la pauvreté extrême, ont besoin de protection tout autant que les personnes persécutées.

Voir aussi Matthew E. Price, *Persecution Complex: Justifying Asylum Law's Preference for Persecuted People* (2006) 47:2 Harv Int'l LJ 413, à 419.

³³ Prêchant finalement en faveur du renouement de l'asile avec ses racines politiques, Matthew E. Price résume bien le contraste entre ces deux approches :

[traduction]

Durant la Guerre froide, l'asile était perçu dans une perspective politique : étroitement liée à la politique étrangère, l'asile était un moyen de faire valoir les valeurs politiques occidentales. Les demandeurs d'asile étaient perçus comme des « bulletins de vote en faveur de la liberté », des symboles de la supériorité idéologique de la démocratie libérale sur le communisme. En qualifiant ceux qui ont fui le bloc de l'Est de « persécutés » — un mot qui évoque un jugement de valeur — l'Occident a exprimé sa condamnation des régimes communistes. [...]

Dans le monde de l'après-Guerre froide, un monde moins caractérisé par les grandes luttes idéologiques, une conception politique de l'asile — suivant laquelle l'asile est l'expression de valeurs politiques et sert à condamner les régimes persécuteurs — est mal vue. La même impulsion qui est à l'origine de l'humanitarisme donne à penser que l'asile devrait être politiquement neutre. Ce qui compte sur le plan humanitaire est la question de savoir si les demandeurs d'asile ont besoin de protection. De ce point de vue, l'effort pour désigner la partie responsable de l'insécurité du demandeur d'asile et jeter le blâme sur cette dernière n'est pas seulement dépourvu de pertinence, mais peut aussi nuire au but de l'asile qui est d'assurer une protection. Du point de vue humanitaire, l'asile a un but « palliatif » (*ibid.*, à 6-7 [notes de bas de page omises]).

³⁴ *Chan c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration)*, [1995] 3 RCS 593, à 635, 128 DLR (4^e) 213 [*Chan* avec renvois aux RCS].

normes de protection universelles qui ne sont pas assujetties aux préférences politiques des États qui accueillent les réfugiés³⁵. Ancrer le droit des réfugiés dans le modèle des droits de la personne permet aux acteurs étatiques de s'abstenir d'exprimer des jugements de valeur explicites sur la conduite des États persécuteurs³⁶.

Dans le contexte canadien, l'arrêt *Ward* est vanté pour avoir marqué un virage dans le droit des réfugiés, l'éloignant des considérations à caractère politique et l'ancrant fermement dans le modèle des droits de la personne³⁷. Des observateurs ont salué cet arrêt, lui attribuant le mérite d'avoir tracé [traduction] « une trajectoire autre que celle de l'époque où le droit des réfugiés servait à condamner publiquement les États rivaux pour leurs écarts de conduite³⁸ ». Ils ont également salué l'arrêt pour avoir affirmé avec force que la [traduction] « protection des personnes exposées à de graves violations des droits de la personne est l'éclairage sous lequel il faut voir le droit des réfugiés³⁹ ». Depuis l'arrêt *Ward*, l'objectif principal de protéger les droits de la personne est officiellement inscrit dans la LIPR, qui prévoit que le régime de protection des réfugiés du Canada « vise avant tout à sauver des vies et à protéger les personnes de la persécution », dans le cadre d'une procédure « respectueuse, [...], des droits et des libertés fondamentales reconnus à tout être humain⁴⁰ ».

En effet, on a vanté l'arrêt *Ward* et les Directives pour avoir réorienté l'analyse des demandes d'asile vers un modèle d'évaluation fondé sur les droits, de façon à mobiliser le langage international des droits de la personne et, ainsi, à échapper aux accusations d'impérialisme culturel. C'était justement le but visé par les rédacteurs des Directives en décidant d'y incorporer les principes des droits de la personne⁴¹. Comme l'a

³⁵ Selon l'approche en question, le droit des réfugiés [traduction] « ne cherche pas à mettre en place un programme correctif, à dire à un autre pays comment il devrait se comporter ou à proposer des plans pour éliminer certaines pratiques » (Deborah E. Anker, *supra*, note 9, à 146). Il accorde plutôt la protection à ceux qui en ont besoin [traduction] « dans un esprit d'entraide, de compassion, de charité envers un semblable » (Gilbert Jaeger, *A Comment on the Distortion of the Palliative Role of Refugee Protection, Comment*, (1995) 8:3 *Journal of Refugee Studies* 300, à 300).

³⁶ Voir Matthew E. Price, *Rethinking Asylum, supra*, note 30, à 7.

³⁷ Voir Deborah E. Anker, *supra*, note 9 ([traduction] « la Cour suprême du Canada a signalé dans l'arrêt *Ward* [que] [...] le droit des réfugiés fait de plus en plus renvoi à un modèle international des droits de la personne et reconnaît de manière plus explicite qu'il repose sur ce modèle », à 133).

³⁸ Linda E. Tranter, *A Step Forward in Protecting Human Rights: Canada v. Ward* (1993) 13:4 *Refugee* 16, à 16.

³⁹ *Ibid.*

⁴⁰ *Supra*, note 6, alinéas 3(2)a) et 3(2) e).

⁴¹ Pour une analyse complète, voir Audrey Macklin, *Refugee Women and the Imperative of Categories* (1995) 17:2 *Hum Rts Q* 213. Par exemple, le ministre de l'Emploi et de l'Immigration de l'époque, Bernard Valcourt, a fait observer que la reconnaissance du sexe comme motif d'octroi de l'asile équivaudrait à [traduction] « tenter unilatéralement d'imposer [...] les valeurs [du Canada] aux autres pays en ce qui concerne les lois d'application générale » et a mis en garde

expliqué Nurjehan Mawani, l'ancienne présidente de la CISR, au sujet de l'application des Directives : [traduction] « il ne s'agit pas simplement d'imposer des normes occidentales aux autres pays », il s'agit plutôt de [traduction] « respecter les normes internationalement reconnues en matière de droits de la personne »⁴². Comme l'a montré Audrey Macklin, cette approche visait à [traduction] « renforcer l'idée que considérer certaines formes de discrimination et d'oppression fondées sur le sexe comme de la persécution représente non seulement le point de vue du Canada, mais aussi le point de vue de la communauté internationale⁴³ ». À cette fin, les Directives renvoient à huit textes internationaux sur les droits de la personne pour aider les décideurs à « déterminer si un traitement donné est considéré comme une forme de persécution⁴⁴ ». Selon les Directives, ces textes internationaux établissent une « norme objective » pour évaluer les allégations de persécution relatives à la demande d'asile formulées par des femmes⁴⁵.

contre la tentation pour le Canada [traduction] « d'agir comme un pays impérialiste » à cet égard (*ibid.*, à 252-253, citant Estanislao Oziewicz, *Canada Not Planning to Widen Refugee Rules to Cover Sex Bias*, *The Globe and Mail* (16 janvier 1993) A9).

⁴² Commission de l'immigration et du statut de réfugié du Canada, Communiqué de presse (9 mars 1993), cité dans Audrey Macklin, *supra*, note 41, à 253. Mais voir aussi Audrey Macklin, *supra*, note 41, à 253, n. 159 : [traduction]

Toutefois, l'utilisation de normes internationales pose problème dans la mesure où tous les pays ne les ont pas nécessairement ratifiées (particulièrement les « pays à problème »), mais aussi parce que ces normes représentent au mieux un consensus entre des gens puissants (habituellement des hommes) concernant ce qui constitue la violation d'un droit fondamental de la personne, et qu'elles peuvent faire fi de l'expérience d'oppression de ceux qui sont sans voix pour s'exprimer ou se faire entendre.

⁴³ *Ibid.*, à 252-253.

⁴⁴ *Supra*, note 3, section B, Cadre d'analyse. Il s'agit des instruments internationaux suivants : la *Déclaration universelle des droits de l'homme* (Résol. AG 217(III), Doc. off. AG Nations Unies, 3^e sess., Doc. Nations Unies A/810 (1948) 71 [*Déclaration universelle*]), le Pacte international relatif aux droits civils et politiques (16 décembre 1966, 999 RTNU 171, RT Can 1976 n° 47 (entré en vigueur le 23 mars 1976, mis en vigueur par le Canada le 19 mai 1976)), le Pacte international relatif aux droits économiques, sociaux et culturels (16 décembre 1966, 993 RTNU 3, RT Can 1976 n° 46 (entré en vigueur le 3 janvier 1976, mis en vigueur par le Canada le 19 mai 1976)), la Convention sur l'élimination de toutes les formes de discrimination à l'égard des femmes (18 décembre 1979, 1249 RTNU 13, RT Can 1982 n° 31 (entrée en vigueur le 3 septembre 1981, ratification par le Canada le 10 décembre 1981) [Convention sur l'élimination de la discrimination à l'égard des femmes]), la Convention sur les droits politiques de la femme (31 mars 1953, 193 RTNU 135, RT Can 1957 n° 3 (entrée en vigueur le 7 juillet 1954, mise en vigueur par le Canada le 30 janvier 1957)), la Convention sur la nationalité de la femme mariée (20 février 1957, 309 RTNU 65, RT Can 1960 n° 2 (entrée en vigueur le 11 août 1958, ratification par le Canada le 21 octobre 1959)), la Convention contre la torture et autres peines ou traitements cruels, inhumains ou dégradants (10 décembre 1984, 1465 RTNU 85, RT Can 1987 n° 36 (entrée en vigueur le 26 juin 1987, ratification par le Canada le 24 juin 1987) [Convention contre la torture]), et la *Déclaration sur l'élimination de la violence contre les femmes* (Résol. AG 48/104, Doc. off. AG Nations Unies, 48^e sess., Doc. Nations Unies A/RES/48/104 (1993)).

⁴⁵ Directives, *supra*, note 3, section D.1.2.

L'approche fondée sur les droits de la personne en droit des réfugiés s'est avérée efficace pour élargir les motifs d'admissibilité, mais a peu contribué à réorienter l'analyse des demandes d'asile pour l'éloigner des considérations politiques et la rapprocher d'un modèle d'évaluation politiquement neutre. Les principes des droits de la personne n'incarnent pas une moralité objective, pas plus que les lois canadiennes en matière d'asile du simple fait qu'elles intègrent ces principes. En fait, c'est l'inverse. L'identité nationale canadienne — notre compréhension de nous-mêmes, nos valeurs nationales et les idéaux que nous prônons dans nos lois — éclaire notre perception du bien et du mal, guide nos choix politiques et détermine quelles pratiques nous désignons comme des violations de droits. Autrement dit, l'identité nationale canadienne n'est pas seulement le *reflet* d'une quelconque moralité externe ou universelle, elle *précède* cette moralité. La prétention que le droit canadien des réfugiés cesse d'avoir des connotations axiologiques parce qu'il renvoie à des principes des droits de la personne masque à quel point les décisions relatives aux demandes d'asile, même quand elles reposent sur des principes des droits de la personne, sont toujours *déjà* guidées par des idéologies nationales et des choix politiques. En fait, l'engagement déclaré du Canada à protéger les droits de la personne est un vecteur d'expression pour affirmer et définir l'identité nationale canadienne. En affirmant son engagement à l'égard des droits de la personne — qui, selon Peter Fitzpatrick, constituent les [traduction] « critères répandus » à la lumière desquels les normes mondiales de la civilisation et du progrès sont jugées : le Canada revendique son statut à titre de « modèle universel » dans le domaine de la protection des réfugiés⁴⁶. Vue sous cet angle, au lieu d'éloigner l'analyse des demandes d'asile des idéologies politiques canadiennes, l'intégration des principes des droits de la personne a pour effet de réinscrire ces idéologies. Dans les demandes d'asile, l'engagement à protéger les droits est en soi un moyen d'affirmer l'identité revendiquée par le Canada à titre de protecteur des droits de la personne et de pays d'accueil pour les réfugiés. Cela apparaît clairement dans l'analyse de la protection offerte par l'État, que je vais aborder dans la partie qui suit.

C. Conclure à l'absence de protection de l'État

Pour qu'une pratique constitue de la persécution, il doit être démontré non seulement que cette pratique viole les droits de la personne, mais aussi qu'il n'est pas possible de se prévaloir de la protection de l'État. Pour satisfaire à ce volet de la définition — crucial selon l'arrêt *Ward* qui souligne que « l'analyse est axée sur l'incapacité de l'État d'assurer la

⁴⁶ *Modernism and the Grounds of Law* (Cambridge, UK: Cambridge University Press, 2001), à 120-121.

protection⁴⁷ » — le demandeur doit démontrer « d'une façon claire et convaincante l'incapacité de l'État d'assurer sa protection⁴⁸ ». Cette exigence découle de la prémisse fondamentale du droit international des réfugiés. Selon l'arrêt *Ward*, étant donné que le droit international des réfugiés « a été établi afin de suppléer à la protection qu'on s'attend à ce que l'État fournisse à ses ressortissants⁴⁹ », la protection internationale « entre en jeu si le demandeur ne dispose d'aucune solution de rechange⁵⁰ ». La raison en est que les revendications du statut de réfugié « n'ont jamais été destinées à permettre à un demandeur de solliciter une meilleure protection que celle dont il bénéficie déjà⁵¹ ». Cette [traduction] « protection auxiliaire ou supplétive », comme l'a expliqué la Cour suprême, peut être accordée *seulement* s'il est démontré que l'État d'origine de la revendicatrice ne peut pas la protéger⁵².

De tels énoncés, comme l'explique Matthew Price, stipulent que lorsque les États ne protègent pas leurs ressortissants, la souveraineté ne peut plus [traduction] « servir d'écran derrière lequel on peut infliger des préjudices injustifiés avec impunité⁵³ ». Selon l'analyse de la Cour suprême, l'incapacité d'un État de protéger ses ressortissants est symptomatique d'une défaillance de la souveraineté de l'État. « La sécurité des ressortissants constitue, après tout, *l'essence* de la souveraineté⁵⁴ ». Suivant cette logique, l'arrêt *Ward* invite en fait les commissaires à contrebalancer une conclusion selon laquelle un État étranger est *incapable* d'assurer une protection par une conclusion selon laquelle le Canada est en mesure d'assurer cette protection. La capacité de protéger — l'« essence » de la souveraineté — devient par conséquent le critère non seulement du statut d'une personne à titre de *réfugié* mais aussi du statut du Canada à titre de terre de *refuge*. Elle est mobilisée à titre d'expression de l'identité canadienne, un reflet et une incarnation des valeurs nationales canadiennes et des normes en matière de protection des droits. Ainsi, l'analyse énoncée dans l'arrêt *Ward* a pour effet de renforcer subtilement l'identité revendiquée par le Canada à titre de protecteur des droits : chaque fois qu'il accueille un réfugié, le pays s'affirme comme un endroit qui confère sa protection. En accordant le statut de réfugié à un demandeur, le Canada lui assure sa protection et lui

⁴⁷ *Supra*, note 14, à 722.

⁴⁸ *Ibid.*, à 724.

⁴⁹ *Ibid.*, à 709.

⁵⁰ *Ibid.*, à 726.

⁵¹ *Ibid.* La Cour suprême a aussi conclu que : « L'obligation qui incombe au Canada de donner asile aux personnes qui fuient leur pays d'origine n'est pas illimitée » (*ibid.*, à 738).

⁵² *Ibid.*, à 709, citant James C. Hathaway, *Refugee Status*, *supra*, note 22, à 135. Voir l'arrêt *Ward*, *supra*, note 14, à 716.

⁵³ *Rethinking Asylum*, *supra*, note 30, à 76-77.

⁵⁴ *Ward*, *supra*, note 14, à 725 [non souligné dans l'original].

propose une appartenance provisoire à une identité nationale construite, en partie, sur la capacité de protéger.

Ainsi, la démonstration de la capacité du Canada d'assurer une protection sert également à situer le Canada comme un pays d'accueil dans la division entre les pays qui accueillent les réfugiés et ceux qui en produisent. Désormais examinée en profondeur dans les ouvrages universitaires, cette division reproduit le fossé bien connu entre « nous » et « eux », entre « moi » et « l'autre », entre l'Occident et le reste du monde; de plus, elle décrit les pays qui accueillent les réfugiés comme étant civilisés, supérieurs et respectueux des lois, contrairement aux pays arriérés qui violent les droits et produisent des réfugiés dans les pays du Sud et l'Orient. Comme l'expliquent Catherine Dauvergne et Jenni Millbank, le droit des réfugiés [traduction] « s'érige sur une fondation d'« altérisation » », qui est [traduction] « maintenue grâce à une division renouvelée entre “nous” et “eux” »⁵⁵. Dans ce cadre, comme le soutient Audrey Macklin, les États occidentaux comme le Canada affirment leurs identités à titre de pays qui accueillent les réfugiés en se distinguant de [traduction] « ce qu'ils *ne* sont *pas*, à savoir le genre de gouvernements qui font aux gens le genre de choses qui les poussent à demander l'asile⁵⁶ ».

D. Motifs d'admissibilité

Pour satisfaire à la définition de réfugié, après avoir démontré l'incapacité de l'État à la protéger contre la persécution, une demandeure d'asile doit ensuite établir un lien entre la persécution redoutée et au moins un des motifs énumérés dans la définition : la race, la religion, la nationalité, les opinions politiques ou l'appartenance à un groupe social. Bien que les Directives encouragent les demandeures d'asile à présenter une demande d'asile fondée sur le sexe en invoquant un ou plusieurs de ces cinq motifs, la méthode la plus courante (et vraisemblablement la plus

⁵⁵ *Forced Marriage as a Harm in Domestic and International Law* (2010) 73:1 *Mod L Rev* 57, à 58 [Dauvergne & Millbank, *Forced Marriage*].

⁵⁶ *Supra*, note 41, à 263-264. De nombreux ouvrages universitaires se sont penchés sur la relation entre l'identité nationale et les droits fondamentaux dans le droit canadien des réfugiés. Pour une analyse exhaustive, voir Catherine Dauvergne, *Humanitarianism, Identity, and Nation: Migration Laws of Australia and Canada* (Vancouver: University of British Columbia Press, 2005). De l'avis de Catherine Dauvergne, du fait que le droit des réfugiés nous met nécessairement en présence d'une représentation caractéristique de l'« autre », il s'avère un domaine riche à étudier pour relever les représentations du « soi », [traduction] « un domaine permettant de broser un tableau de l'identité nationale, esquissant une ligne de démarcation de la nation » (*ibid.*, à 81). Voir aussi Audrey Kobayashi, *Challenging the National Dream: Gender Persecution and Canadian Immigration Law* dans *Nationalism, Racism and the Rule of Law*, sous la direction de Peter Fitzpatrick (Aldershot, UK: Dartmouth, 1995). Audrey Kobayashi soutient que les femmes réfugiées se voient entraver par la victimisation qu'elles sont tenues de décrire pour obtenir l'asile et que ce récit de victimisation est marqué par les récits d'identité nationale (*ibid.*, à 70-71).

efficace) consiste à faire valoir que la demandeuse d'asile appartient à un « groupe social⁵⁷ ». D'après l'arrêt *Ward*, le caractère commun et le caractère immuable de la caractéristique partagée sont les deux critères requis pour définir un groupe social : l'individu doit être membre d'un groupe de personnes « ayant toutes une caractéristique commune immuable » que « les membres du groupe ne peuvent changer ou ne devraient pas être requis de changer, parce qu'elle est essentielle à leur identité ou à leur conscience individuelle »⁵⁸. Soulignant davantage l'importance des droits de la personne pour interpréter la définition de réfugié, il est souligné dans l'arrêt *Ward* que la désignation en tant que groupe social « devrait tenir compte des thèmes sous-jacents généraux de la défense des droits de la personne et de la lutte contre la discrimination qui viennent justifier l'initiative internationale de protection des réfugiés⁵⁹ ».

Depuis la publication de l'arrêt *Ward*, le motif de « l'appartenance à un groupe social » est devenu une catégorie fourre-tout qui englobe un éventail de caractéristiques ascriptives qui ne sont pas expressément énumérées dans la définition, telles que le sexe, l'orientation sexuelle, le handicap ou l'ascendance, pour ne nommer que celles-là⁶⁰. Les commissaires canadiens ont adopté deux méthodes distinctes en vue de désigner des groupes sociaux définis par le sexe. D'une part, certains ont reconnu des groupes désignés comme étant « les femmes » ou définis par la caractéristique partagée du « sexe », conformément au principe énoncé dans les Directives selon lequel le sexe « est une caractéristique innée; par conséquent, les femmes peuvent constituer un groupe social⁶¹ ». D'autre part, les commissaires ont reconnu des formulations plus précises et ont défini le groupe social en faisant renvoi à la fois au sexe et à d'autres critères. Cette autre approche trouve aussi un appui dans les Directives :

Il peut également être conclu dans les cas de persécution fondée sur le sexe que les groupes sociaux comportent des sous-groupes de femmes. Outre le sexe, d'autres caractéristiques innées ou immuables peuvent servir à délimiter ces groupes sociaux. Mentionnons, par exemple,

⁵⁷ Directives, *supra* note 3. Voir aussi le *Rapport de la trente-sixième session du Comité exécutif du Programme du Haut-Commissaire des Nations Unies pour les réfugiés*, Doc. off. AG Nations Unies, 36^e sess., Doc. Nations Unies A/AC.96/673 (1985) [Conclusions du HCR] (il convient aussi de noter que, en 1985, le Comité exécutif du HCR a reconnu qu'il était possible d'invoquer le motif de l'appartenance à un « certain groupe social » dans les affaires ayant trait aux « femmes en quête d'asile soumises à des traitements cruels ou inhumains pour avoir transgressé les coutumes de la communauté où elles vivent », au paragr. 115(4)(k)).

⁵⁸ *Supra*, note 14, à 737, citant *Matter of Acosta*, 1985 WL 56042 (US Department of Justice Board of Immigration Appeals).

⁵⁹ *Ward*, *supra*, note 14, à 739.

⁶⁰ Pour une analyse plus complète, voir Matthew E. Price, *Rethinking Asylum*, *supra*, note 30.

⁶¹ *Supra*, note 3, section A.III [note de bas de page omise].

l'âge, la race, la situation de famille et la situation économique. Ainsi, il pourrait y avoir des sous-groupes de femmes comme les femmes âgées, les femmes autochtones, les femmes seules ou les femmes pauvres. Pour déterminer si ces facteurs sont immuables, il faut tenir compte du contexte culturel et social dans lequel vit la femme, de la perception des agents de persécution et des personnes responsables d'assurer la protection de l'État⁶².

Il convient de souligner que des pays signataires comme le Royaume-Uni⁶³ et l'Australie⁶⁴ ont rejeté cette approche, si bien que ces formulations sont propres au Canada⁶⁵.

II. Les affaires de violence familiale : un aperçu

A. Méthodologie

Après avoir utilisé les trois éléments centraux de la définition comme cadre d'analyse, je me suis penchée dans le cadre de mon étude sur la manière dont les commissaires traitent les demandes d'asile portant sur la violence familiale. Les affaires de violence familiale constituent la plus grande catégorie de cas signalés, soit 528 au total⁶⁶. Ce chiffre comprend les demandes d'asile portant sur la violence physique envers la conjointe ou au sein de la famille, la violence sexuelle, et le viol d'une conjointe ou d'un membre de la famille. Il ne comprend pas les demandes d'asile fondées sur des viols ou des agressions commis par des acteurs étatiques ou des personnes qui ne sont ni le conjoint ni un membre de la famille. Parmi les cas relevant de cette catégorie, 107 ont mené à des décisions favorables (soit la reconnaissance du statut de réfugié ou l'accueil de l'appel) et 421 ont donné lieu à des décisions défavorables (le refus du statut de réfugié ou le rejet de l'appel). Dans la plupart des décisions défavorables, les demandes d'asile ont été rejetées au motif que la

⁶² *Ibid.*

⁶³ Voir *Islam v. Secretary of State for the Home Department; R v Immigration Appeal Tribunal; Ex Parte Shah*, [1999] UKHL 20, [1999] 2 AC 629.

⁶⁴ Voir *Minister for Immigration and Multicultural Affairs v. Khawar*, [2002] HCA 14, 210 CLR 1.

⁶⁵ Voir Michelle Foster, *The "Ground with the Least Clarity": A Comparative Study of Jurisprudential Developments Relating to "Membership of a Particular Social Group"* (Genève : HCR, 2012), en ligne : HCR <<http://www.unhcr.org/refworld/docid/4f7d94722.html>> (une évaluation comparative de la façon dont le motif de l'appartenance à un « certain groupe social » est appliqué et interprété dans divers contextes juridiques nationaux).

⁶⁶ Mon analyse prend appui sur une étude antérieure de Constance MacIntosh, qui portait sur 135 affaires de violence familiale publiées entre 2004 et 2009 : *Domestic Violence and Gender-Based Persecution: How Refugee Adjudicators Judge Women Seeking Refuge from Spousal Violence—and Why Reform Is Needed* (2009) 26:2 *Refuge* 147. Mon étude élargit l'analyse en tenant compte d'un plus grand ensemble de données et arrive à des conclusions différentes.

demandeure d'asile n'avait pas démontré l'absence de protection de l'État, n'avait pas présenté d'éléments de preuve crédibles suffisants ou manquait de crédibilité⁶⁷. D'après ces chiffres, le taux d'acceptation serait d'environ 20 p. 100. Étant donné que la CISR publie seulement une faible fraction de ses décisions, ces chiffres ne reflètent pas avec justesse le taux d'acceptation des affaires de violence familiale. En fait, des statistiques partielles de la CISR montrent un taux différent. Entre le 1^{er} janvier 2002 et le 31 décembre 2006, la CISR a enregistré un taux d'acceptation de 43,9 p. 100 dans les affaires où la demandeure d'asile principale se disait victime de violence familiale⁶⁸. Entre le 1^{er} janvier 2008 et le 30 juin 2012, la CISR a enregistré un taux d'acceptation de 48,7 p. 100 dans les affaires où la demandeure d'asile principale se disait victime de violence familiale⁶⁹. Étant donné qu'il n'y a pas eu de suivi électronique des données à la CISR hormis ces deux périodes précises, il est difficile d'évaluer le taux d'acceptation au cours de la période de 20 ans visée par la présente étude. Cela dit, mon étude ne prétend pas présenter une analyse quantitative des affaires de violence familiale, mais vise plutôt à relever les grandes tendances qui se dégagent des décisions rendues par les commissaires à la lumière des meilleures données accessibles.

L'étude analyse les affaires de violence familiale à l'aide d'une comparaison avec les deuxième et troisième catégories les plus importantes de demandes d'asile fondées sur le sexe. Il s'agit, respectivement, de la catégorie des demandes d'asile fondées sur

⁶⁷ Les motifs de refus se chevauchaient fréquemment, mais si on prend pour critère le motif principal du rejet, les affaires se répartissent de la manière suivante : parmi les affaires rejetées examinées dans le cadre de l'étude, le motif principal du refus dans 269 des cas (64 p. 100 des affaires rejetées) était que la demandeure d'asile n'était pas en mesure de démontrer l'absence de protection de l'État ou disposait d'une possibilité de refuge intérieur; dans une autre tranche de 114 affaires (27 p.100 des affaires rejetées), le motif principal du refus était que la demandeure d'asile elle-même n'était pas crédible ou n'avait pas présenté des éléments de preuve crédibles; ensuite, 26 demandes d'asile (6 p. 100 des affaires rejetées) ont été refusées au motif que la demandeure d'asile n'avait pas présenté d'éléments de preuve permettant d'établir le bien-fondé de sa demande d'asile; enfin, dans la dernière tranche de 12 affaires (3 p. 100 des affaires rejetées), le refus était fondé sur d'autres motifs : par exemple, une amélioration des conditions dans le pays d'origine ou l'incapacité d'établir un lien entre la persécution redoutée et un des motifs énumérés dans la Convention sur les réfugiés.

⁶⁸ Les chiffres ont été obtenus grâce à la demande n° A-2012-00056 /1-d, déposée au titre de la *Loi sur l'accès à l'information* (LRC 1985, chap. A-1). Voici la réponse intégrale : [traduction] « Entre le 1^{er} janvier 2002 et le 31 décembre 2006, il y a eu 6 185 affaires déférées où la demandeure d'asile *principale* invoquait la violence familiale comme motif de persécution. Toutes ces affaires ont été réglées : 2 714 ont été accueillies et 2 734 ont été rejetées, et 737 affaires se sont soldées par un retrait ou un désistement » [souligné dans l'original].

⁶⁹ Les chiffres ont également été obtenus grâce à la demande n° A-2012-00056 /1-d, déposée au titre de la *Loi sur l'accès à l'information* (*supra*, note 68). Voici la réponse intégrale : [traduction] « Entre le 1^{er} janvier 2008 et le 30 juin 2012, il y a eu 4 744 affaires déférées où la demandeure d'asile *principale* invoquait la violence familiale comme motif de persécution. De ce nombre, 3 654 ont été réglées : 1 779 ont été accueillies et 1 444 ont été rejetées, et 431 affaires se sont soldées par un retrait ou un désistement » [souligné dans le texte original].

l'avortement forcé ou la stérilisation obligatoire et de celle des demandes d'asile fondées sur la mutilation génitale. J'ai examiné 60 cas portant sur l'avortement forcé ou la stérilisation obligatoire, auxquels je ferai renvoi ci-après sous la rubrique de la « stérilisation forcée ». De ce nombre, 15 cas ont donné lieu à des décisions favorables et 45 ont mené à des décisions défavorables, soit un taux d'acceptation de 25 p. 100. J'ai également examiné 57 cas portant sur la mutilation génitale, dont 23 ont donné lieu à des décisions favorables et 34 ont mené à des décisions défavorables, soit un taux d'acceptation de 40 p. 100. Comme je l'ai signalé ci-dessus, étant donné que la CISR ne publie qu'une faible fraction de ses décisions, il est difficile de vérifier si cet ensemble de données reflète fidèlement les schémas et tendances véritables.

J'ai donc examiné un total de 645 décisions⁷⁰, restreignant mon analyse aux demandeuses d'asile seulement, étant donné que les Directives ne s'appliquent pas aux demandeurs d'asile. Je n'ai pas examiné les cas portant sur les autres formes de persécution « fondée sur le sexe » qui sont énumérées dans les Directives, car ces cas étaient soit trop peu nombreux ou ont déjà été passés en revue dans le cadre d'autres études⁷¹. De même, je n'ai pas examiné les cas portant sur la persécution

⁷⁰ L'étude se limite aux décisions publiées dans la base de données LexisNexis Quicklaw. J'ai choisi cette base de données parce qu'elle renferme un bassin de décisions nettement plus grand que celui publié par la CISR dans sa base de données RéfLex. Les syntagmes de recherche étaient [traduction] « réfugiée », [traduction] « violence familiale » et [traduction] « violence conjugale ». Par la suite, j'ai examiné les résultats de cette recherche initiale au cas par cas, à l'aide des critères exposés ci-dessus.

⁷¹ Parmi les cas portant sur les autres formes de persécution « fondée sur le sexe », la plus grande catégorie était celle des demandes d'asile liées au mariage forcé, qui ont fait l'objet d'une étude approfondie dans Dauvergne & Millbank, *Forced Marriage*, *supra*, note 55. Mon étude a aussi relevé une affaire portant sur l'infanticide : *Re T (YA)*, ([1991] DSSR n° 944 (QL)); plusieurs autres affaires comportaient des allégations parallèles d'infanticide qui ont été rejetées entièrement par le commissaire qui ne leur a accordé aucun poids. De plus, mon étude a relevé deux affaires comportant des allégations [traduction] « [d']immolation de l'épouse par le feu » : dans *Re OCD*, ([1999] DSSR n° 303 (QL)), la CISR a fait renvoi à [traduction] « l'immolation de l'épouse par le feu » en passant (*ibid.*, para 15), mais a mis l'accent sur la crainte de la demandeuse d'asile de subir de mauvais traitements de la part des membres de sa famille. De même, dans l'affaire *Re HVV*, ([1998] DSSR n° 217 (QL)), la CISR a fait renvoi aux [traduction] « meurtres liés à la dot » (*ibid.*, au para 13), mais son examen de cette pratique n'était pas une question déterminante dans l'affaire. En raison du nombre trop faible de ces affaires, il n'était pas possible de relever des tendances se dégageant des décisions rendues et, par conséquent, elles ne font pas partie de mon analyse.

Mon étude a aussi relevé une quarantaine d'autres affaires qui avaient trait à des formes de persécution qui ne sont pas expressément reconnues dans les Directives. De ce nombre, la catégorie la plus importante était celle des demandes d'asile fondées sur la [traduction] « transgression des mœurs sociales », une catégorie reconnue dans les *Conclusions du HCR* (*supra*, note 57, au paragr. 115(4)(k)), qui ont depuis été incorporées dans le droit canadien. Ces affaires avaient principalement trait à des demandeuses d'asile qui se disaient persécutées en raison de leur participation à des activités visant à promouvoir les droits des femmes (voir *Re CHD*, [2006] DSPR n° 16 (QL), (15 février 2006), VA5-00531, en ligne : RéfLex n° 294 <http://www.irb-cisr.gc.ca:8080/ReFlex/Reflex_Article_FC.aspx?id=12098&l=e>; *Re*

fondée sur l'orientation sexuelle ou l'identité sexuelle, car la CISR évalue ces affaires d'une manière différente et souvent sans se reporter aux Directives⁷². J'ai classé les décisions en fonction de la nature de la demande d'asile, en tenant compte des éléments centraux de la définition de réfugié : soit l'analyse de la persécution (divisée en évaluation de la violation des droits de la personne et en évaluation de la protection offerte par l'État) et l'analyse des motifs d'admissibilité.

Il ressort de ma recherche que les cas portant sur la stérilisation forcée et la mutilation génitale affichaient trois tendances générales : les commissaires concluaient régulièrement que la stérilisation forcée et la mutilation génitale étaient des violations des droits de la personne; ils accordaient comparativement peu d'attention à l'analyse de la protection de l'État; et ils accordaient généralement le statut de réfugié aux demandeurs d'asile au motif de leur appartenance à des « groupes sociaux », désignés comme « les femmes » ou définis par la caractéristique commune du « sexe ». Par contre, les affaires portant sur la violence familiale se caractérisaient par trois tendances différentes : il était rare que les commissaires considèrent la violence familiale comme étant en soi une violation des droits de la personne; les commissaires fondaient leur décision sur la disponibilité de la protection de l'État (et situaient souvent la source de la persécution dans les différences culturelles); et ils accordaient généralement le statut de réfugié aux demandeurs d'asile au motif de leur appartenance à un « groupe social » très précis. Je donne un aperçu de ces résultats ci-après, en utilisant les trois éléments centraux de la définition de réfugié comme cadre d'analyse.

UHQ, [2000] DSSR n° 90 (QL), (24 mai 2000), T99-10229, en ligne : RéfLex n° 143 <http://www.irb-cisr.gc.ca:8080/ReFlex/Reflex_Article_FC.aspx?id=912&l=e> ou à cause de leur adoption d'un mode de vie « occidentalisé » (voir l'affaire *CSE (RE)*, [2001] DSSR n° 29 (QL), au para 48, (9 mars 2001), VA0-00566, en ligne : RéfLex n° 163 <http://www.irbcisr.gc.ca:8080/ReFlex/Reflex_Article_FC.aspx?id=8561&l=e>).

L'affaire *Re BGI* ([1997] DSSR n° 266 (QL)) comportait des allégations de mariage forcé, mais ces dernières ont été traitées de manière minimale. Enfin, un nombre croissant d'affaires portant sur des allégations de « meurtres d'honneur », formulées à la fois par des demandeurs d'asile de sexe masculin et de sexe féminin. Tout comme les affaires ayant trait à l'infanticide et à l'immolation de l'épouse par le feu, ces affaires liées aux meurtres d'honneur étaient trop peu nombreuses pour dévoiler une tendance chez les commissaires et, par conséquent, je n'en tiens pas compte dans mon analyse.

⁷² Pour une analyse des demandes d'asile fondées sur l'orientation sexuelle, voir par exemple : Erik D. Ramanathan, *Queer Cases: A Comparative Analysis of Global Sexual Orientation-Based Asylum Jurisprudence* (1996) 11:1 *Geo Immig LJ* 1; Kristen Walker, *New Uses of the Refugees Convention: Sexuality and Refugee Status*, dans *The Refugees Convention 50 Years On: Globalisation and International Law*, sous la direction de Susan Kneebone (Aldershot, UK: Ashgate, 2003) 251; Catherine Dauvergne & Jenni Millbank, *Burdened by Proof: How the Australian Refugee Tribunal Has Failed Lesbian and Gay Asylum Seekers* (2003) 31:2 *Federal Law Review* 299.

B. Conclure qu'il y a eu violation des droits fondamentaux de la personne

1. Cas portant sur la stérilisation forcée et la mutilation génitale

Dans les cas mettant en porte sur la stérilisation forcée, les commissaires ont souvent fait renvoi aux principes des droits de la personne dans leur évaluation visant à déterminer si la pratique constituait de la persécution. La plupart des décisions publiées par la CISR faisaient écho à la conclusion de la Cour d'appel fédérale dans l'arrêt *Cheung c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration) (CA)* suivant laquelle la stérilisation forcée « est une violation essentielle des droits fondamentaux de la personne » et « une violation inacceptable de la sécurité de la personne » qui constitue « un traitement cruel, inhumain et dégradant⁷³ ». De même, dans la décision *Zheng c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, la Cour fédérale a conclu que la stérilisation forcée est la violation d'un droit fondamental « qui se situe très haut dans notre échelle de valeurs » et que cette pratique équivaut à de la persécution⁷⁴. Dans la foulée de ces décisions, les commissaires de la CISR ont régulièrement conclu que la stérilisation forcée est une violation d'un droit fondamental⁷⁵, désigné tantôt comme étant le droit à la sécurité de la personne⁷⁶, le droit au choix de procréer⁷⁷, ou encore le droit de porter

⁷³ [1993] 2 CF 314, à 324, 102 DLR (4^e) 214. Il convient de noter aussi que la Cour a expressément rejeté l'argument selon lequel la stérilisation forcée est une règle d'application générale et donc exemptée d'un examen attentif, au motif qu'une telle conclusion « [ne tient pas] compte de la mesure dans laquelle la stérilisation porte atteinte à l'intégrité mentale et physique d'une personne » (*ibid.*, à 319).

⁷⁴ 2009 CF 327, para 14, 343 FTR 247 [*Zheng*], citant l'arrêt *E. (Mrs.) c. Eve*, [1986] 2 RCS 388, para 92, 31 DLR (4^e) 1. De même, dans l'arrêt *Chan*, une décision de la Cour suprême du Canada concernant un demandeur d'asile de sexe masculin, les juges dissidents ont notamment conclu qu'il était « incontestable que la stérilisation forcée est essentiellement un traitement inhumain et dégradant donnant lieu à une mutilation corporelle irréversible et qu'elle constitue le type même de violation majeure des droits fondamentaux de la personne visée par le droit relatif aux réfugiés » (*supra*, note 34, à 636). La Cour, siégeant à sept juges, s'est partagée quatre contre trois : les juges Sopinka, Cory, Iacobucci et Major étaient majoritaires, alors que les juges La Forest, L'Heureux-Dubé et Gonthier étaient dissidents. La majorité a rejeté la demande d'asile de l'appelant non pas parce qu'elle a conclu que la stérilisation n'équivalait pas à de la persécution, mais parce que l'appelant ne s'était pas acquitté du fardeau de la preuve qui lui incombait (*ibid.*, à 673). Les juges dissidents auraient accueilli l'appel suivant le raisonnement exposé ci-dessus.

⁷⁵ Voir l'affaire *BAJ (RE)*, [2000] DSSR n° 33 (QL), (15 février 2006), V99-03499, en ligne : RéfLex n° 136 <http://www.irb-cisr.gc.ca:8080/ReFlex/Reflex_Article_FC.aspx?id=2908&l=e> [avec renvois à QL] (« la stérilisation forcée des femmes est une violation essentielle des droits fondamentaux de la personne. [...] [M]ême la menace d'une stérilisation forcée peut constituer le fondement d'une crainte de persécution au sens de la Convention », para 8).

⁷⁶ Voir l'affaire *Re B (KA)*, [1994] DSSR n° 308 (QL) ([traduction] « [l]a revendicatrice est une Chinoise qui souhaite exercer son droit fondamental à la procréation et à la sécurité de la personne. Il y a plus qu'une simple possibilité qu'elle ne serait pas autorisée à le faire en Chine, pour des motifs en lien avec la persécution »).

⁷⁷ Voir l'affaire *Re FET*, [1996] DSSR n° 141 (QL). Voir aussi l'affaire *Re B (KA)*, *supra*, note 76; *Zheng*, *supra*, note 74 (« la liberté de procréation d'une femme est un droit fondamental »),

un enfant⁷⁸, et qu'elle équivaut à de la persécution⁷⁹. L'importance accordée aux droits de la personne a également joué un rôle de premier plan dans une série de décisions où les demandeurs d'asile se sont vu refuser la qualité de réfugié ou de personne à protéger par application de l'article 98 de la LIPR à cause de leur rôle dans l'exécution de la politique de l'enfant unique en Chine⁸⁰. Ces cas étaient comparativement peu

para 14); *Chi c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, 2002 CFPI 126 (accessible sur CanLII) [*Chi*] (« [l]a demanderesse craint que l'État ne lui impose des mesures visant à l'empêcher d'avoir des enfants », para 48).

⁷⁸ Voir l'affaire *Re B (KA)*, *supra*, note 76; *Re X (EL)*, [1995] DSSR n° 1 (QL) ([traduction] « la revendicatrice était coincée entre deux agents de persécution potentiels prêts à enfreindre ses droits fondamentaux en ce qui a trait au contrôle de sa capacité de reproduction et à son intégrité et sa dignité en tant que personne “de sexe féminin” »); *Re T (ZB)*, [1993] DSSR n° 429 (QL) ([traduction] « le droit de porter un enfant est un droit fondamental »).

⁷⁹ L'approche est caractéristique seulement des décisions rendues après la publication des *Directives*. Dans la plupart des décisions sur des affaires de stérilisation forcée publiées avant 1993, les commissaires ont rendu des décisions défavorables en se fondant sur l'argument selon lequel la politique de l'enfant unique de la Chine, en tant que règle d'application générale, ne pouvait pas équivaloir à de la persécution : voir, par exemple, l'affaire *A (OO) (Re)*, [1990] DSSR n° 631 (QL) (« [b]ien que nous puissions la juger odieuse, nous n'avons pas le droit de la juger injustifiée, vu les circonstances qui prévalent dans ce pays »); l'affaire *Y (WR) (Re)*, [1989] DSSR n° 37 (QL) (« la politique n'est pas appliquée à une personne ou à un groupe de personnes spécifique du fait de leur race, de leur religion, de leurs opinions politiques ou de leur appartenance à un groupe social particulier. La politique ne constitue pas, par conséquent, un fondement pour une crainte bien fondée de persécution [...] »); l'affaire *Z (JH) (Re)*, [1991] DSSR n° 361 (QL) (« [n]ous considérons que l'attitude du gouvernement en ce qui concerne le contrôle des naissances n'est pas de la persécution en soi. Cette politique vise essentiellement à assurer le bien-être de la population et a reçu l'aval de nombreux organismes internationaux, notamment des Nations-Unies »). Voir aussi les affaires *Re E (HB)*, [1990] DSSR n° 644 (QL); *Re B (LV)*, [1991] DSSR n° 548 (QL); *Re T (MO)*, [1992] DSSR n° 53 (QL); *Re X (QH)*, [1991] DSSR n° 859 (QL); *Re T (XA)*, [1990] DSSR n° 427 (QL); *Re L (YR)*, [1992] DSSR n° 599 (QL); *Re L (AF)*, [1991] DSSR n° 196 (QL). Les commissaires ont généralement convenu qu'il serait « présomptueux de la part de la Section du statut de réfugié de se juger plus en mesure que le gouvernement de la RPC de déterminer les politiques de planification familiale actuellement nécessaires ou souhaitables en Chine » (*N (JW) (Re)*, [1991] DSSR n° 5 (QL), para 8.8).

Il convient de souligner le passage du souci de respecter le droit souverain de la Chine de gérer sa démographie comme elle l'entend (avant la publication des *Directives*) au souci de remplir l'obligation du Canada de condamner la stérilisation forcée comme une violation des droits de la personne (depuis la publication des *Directives*). Ce passage laisse penser que les décideurs ne sont plus restreints par une déférence envers les prérogatives souveraines de la Chine; au lieu, ils tâchent de refaire « de la question essentielle de savoir s'il y a véritablement menace aux droits fondamentaux de la personne l'objet principal de l'audition de la revendication du statut de réfugié » (*Chan, supra*, note 34, à 634, le juge La Forest, dissident). Bien que ces déclarations caractérisent la majorité des décisions antérieures, un petit nombre de ces décisions antérieures reconnaissent expressément la stérilisation forcée comme un acte de persécution et citent presque toutes des principes des droits de la personne pour étayer leurs conclusions : voir, par exemple, les affaires *Re X (DK)*, [1989] DSSR n° 293 (QL); *Re I (RR)*, [1992] DSSR n° 87 (QL); *Re A (WR)*, [1989] DSSR n° 98 (QL); *Re N (UR)*, [1989] DSSR n° 41 (QL). Il convient aussi de signaler que la citation des principes des droits de la personne dans les décisions rendues avant la publication des *Directives* n'entraînait pas toujours la reconnaissance du statut de réfugié. Au moins un commissaire a signalé avec regret que « toute violation des droits de la personne ne constitue pas une persécution (*L (AF) (Re)*, *supra*, note 79, para 7.1).

⁸⁰ LIPR, *supra*, note 6, art. 98 (qui prévoit que les personnes ayant commis des crimes de guerre, des crimes contre la paix ou des crimes contre l'humanité ne peuvent avoir la qualité de réfugié).

nombreux, mais ils ont donné lieu à des décisions constantes : les commissaires ont reconnu la stérilisation forcée comme étant non seulement une violation des droits fondamentaux, mais aussi un crime contre l'humanité⁸¹. Il convient aussi de noter que, dans bon nombre de ces décisions, les commissaires n'ont pas mâché leurs mots pour condamner la stérilisation forcée à titre de traitement « inhumain⁸² », d'acte d'une [traduction] « cruauté barbare⁸³ » et d'acte [traduction] « allant à l'encontre de la dignité humaine⁸⁴ ».

Une tendance similaire se dégage dans une large mesure des cas portant sur la mutilation génitale. Dans sa décision rendue en 1995 dans l'affaire *Annan c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)* (1^{re} inst.), la Cour fédérale a décrit la mutilation génitale comme une « pratique cruelle et barbare » qui constitue de la persécution⁸⁵. Les commissaires de la CISR sont arrivés à des conclusions similaires : les commissaires ont conclu qu'il est [traduction] « bien établi » que la mutilation génitale [traduction] « est un acte de persécution⁸⁶ » qui [traduction] « doit être caractérisé comme une forme de persécution⁸⁷ ». De plus, les commissaires de la CISR ont statué que la mutilation génitale

⁸¹ Voir, par exemple, les affaires *Re P (UO)*, [1995] DSSR n° 62 (QL); *Re YFI*, [1998] DSSR n° 42 (QL); *Re USS*, [1999] DSSR n° 290 (QL); *Re MKC*, [2004] DSPR n° 19 (QL), (9 février 2004), VA2-00206, en ligne : RéfLex n° 235 <http://www.irb-cisr.gc.ca:8080/ReFlex/Reflex_Article_FC.aspx?id=10940&l=e> [avec renvois à QL]; *Re MON*, [2004] DSPR n° 23 (QL), MA3-09245, en ligne : RéfLex n° 238 <http://www.irb-cisr.gc.ca:8080/ReFlex/Reflex_Article_FC.aspx?id=11024&l=e>.

⁸² *Re FET*, *supra*, note 77, para 16, citant *Chan*, *supra*, note 34, à 636, le juge La Forest, dissident.

⁸³ *Re MKC*, *supra*, note 81, para 25.

⁸⁴ *Ibid.* Voir aussi les décisions *Yang c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)* (1999), 164 FTR 147 (accessible sur CanLII); et *Lai c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, 2005 CF 179 (accessible sur CanLII) (dans ces deux décisions, la Cour a conclu que la stérilisation forcée est révoltante aux yeux de personnes raisonnables).

⁸⁵ [1995] 3 CF 25, à 28 (accessible sur CanLII) [*Annan*].

⁸⁶ *Re IFL*, [1999] DSSR n° 214 (QL) ([traduction] « [l]e fait que la pratique de la MGF [mutilation génitale féminine] est un acte de persécution est bien établi dans la jurisprudence », para 13).

⁸⁷ *Re RSF*, [1997] DSSR n° 78 (QL), para 33 [non souligné dans l'original]. Voir aussi l'affaire *FOH (Re)*, [2003] DSPR n° 4 (QL) (« selon la jurisprudence canadienne, la MGF est considérée comme une forme de persécution suivant le droit canadien et international », para 15); *MTF (Re)*, [2003] DSPR n° 7 (QL), 3 janvier 2003, MA2-04725, en ligne : RéfLex n° 206 <http://www.irb-cisr.gc.ca:8080/ReFlex/Reflex_Article_FC.aspx?id=10252&l=e> [avec renvois à QL] (« [l]a mutilation génitale des femmes exécutée de force est considérée comme un acte de persécution dans la jurisprudence canadienne », para 17); *XJV (Re)*, [1996] DSSR n° 15 (QL) (« [l]'excision a déjà été reconnue comme persécution par la Cour Fédérale du Canada. Au niveau international, La *Déclaration sur l'élimination de la violence à l'égard des femmes* constate que la mutilation génitale est comprise dans la définition de la violence à l'égard des femmes et est une violation des droits des femmes et des enfants », para 15 [note de bas de page omise]); *Re DVH*, [1998] DSSR n° 102 (QL), para 34-35 :
[traduction]

[L]es trois revendicatrices mineures [...] ont une crainte fondée de persécution en Somalie et [...] ont qualité de réfugié au sens de la Convention.

Étant donné que la MGF est une pratique répandue en Somalie, il n'y a pas lieu de soulever la question de la PRI [possibilité de refuge intérieur] relativement à ces revendicatrices.

est une [traduction] « violation soutenue et systématique de plusieurs des droits [de la personne] les plus fondamentaux⁸⁸ », y compris le droit à la vie, à la liberté et à la sécurité de sa personne; le droit à la santé; le droit à la protection contre les traitements cruels ou inhumains; le droit de ne pas être mariée sans son consentement; et le droit à la [traduction] « protection spéciale de la maternité⁸⁹ ». La logique qui sous-tend ces conclusions est que la mutilation génitale fait partie de pratiques de persécution « tellement graves » que leur « qualification de persécution est irréfutable »⁹⁰. Conformément aux instructions des Directives, les commissaires ont souvent cité les textes internationaux sur les droits de la personne dans leurs décisions⁹¹. Tout comme dans les cas portant sur la stérilisation forcée, bon nombre des commissaires ont qualifié la mutilation génitale de « cruelle et barbare⁹² », de coutume [traduction] « horrible⁹³ », de [traduction] « coutume atroce⁹⁴ », d'« affreuse torture⁹⁵ » et de « mutilation atroce⁹⁶ ».

2. Affaires de violence familiale

Les cas faisant partie de cet ensemble de données confirment une tendance très positive : les commissaires ont régulièrement reconnu la violence familiale comme de la persécution pour l'analyse des demandes

⁸⁸ *Re RSF*, supra, note 87, para 33.

⁸⁹ *Ibid.*, para 20-26.

⁹⁰ Voir l'affaire *WQC (Re)*, [2001] DSSR n° 167 (QL), para 34.

⁹¹ Voir, par exemple, les affaires *Re G (LD)*, [1994] DSSR n° 412 (QL) (faisant renvoi à la *Déclaration universelle* (supra, note 44) et à la *Convention sur les droits de l'enfant* (20 novembre 1989, 1577 RTNU 3, RT Can 1992 n° 3 (entrée en vigueur le 2 septembre 1990, ratification par le Canada le 13 décembre 1991)); *XJV (Re)*, supra, note 87, para 15 (faisant renvoi à la *Déclaration sur l'élimination de la violence à l'égard des femmes* (supra, note 44)); *Re RSF*, supra, note 87, para 21 (faisant renvoi à la *Constitution de l'Organisation mondiale de la santé* (22 juillet 1946, 14 RTNU 185, RT Can 1946 n° 32 (entrée en vigueur le 7 avril 1948, ratification par le Canada le 29 août 1946), en ligne : Organisation mondiale de la santé <https://www.who.int/fr/about/accountability/governance/constitution>; *Re SCK*, [2001] DSSR n° 401 (QL), para 26, (18 décembre 2001), MA1-00356, en ligne : RéfLex n° 192 <http://www.irbcisr.gc.ca:8080/ReFlex/Reflex_Article_FC.aspx?id=8858&l=e> (faisant renvoi à la *Charte canadienne des droits et libertés* (partie I de la *Loi constitutionnelle de 1982*, annexe B de la *Loi de 1982 sur le Canada* (Royaume-Uni), 1982, chap. 11 [*Charte*])).

⁹² *Annan*, supra, note 85, à 28. Voir aussi l'affaire *EKD (Re)*, [2001] DSSR n° 174 (QL) (« [q]uant aux mutilations génitales qui constituent la base de la crainte de la revendicatrice mineure, [...] il s'agit d'une pratique barbare qui prive l'être humain d'une partie de son corps », para 8).

⁹³ *Re G (LD)*, supra, note 91 (témoignage du chef du département d'obstétrique et de gynécologie de l'Hôpital Wellesley à Toronto).

⁹⁴ *Re B (PV)*, [1994] DSSR n° 12 (QL), citant Berhane Ras-Work, *Female Genital Mutilation* (communication présentée dans le cadre de la Conférence sur les questions de genre et les réfugiés : *Répercussions sur le développement*, Université York, du 9-11 mai 1993) à 1, 5, *Conference Papers on Gender Issues and Refugees: Development Implications* (North York: York University Centre for Refugee Studies, 1993) (citant des militants pour les droits des femmes en Afrique).

⁹⁵ *Annan*, supra, note 85, à 30.

⁹⁶ *Ibid.*

d'asile. Cette constatation concorde avec celles de Constance MacIntosh, qui a examiné 135 décisions sur des affaires portant sur la violence familiale publiées entre 2004 et 2009⁹⁷. Deux autres tendances se dégagent de l'approche des commissaires relative au premier volet de l'analyse de la persécution, soit l'évaluation de la violation des droits de la personne. Premièrement, malgré la directive de l'arrêt *Ward* voulant que la persécution soit définie comme une violation soutenue et systémique des droits fondamentaux de la personne, les commissaires ont rarement désigné la violence familiale comme une violation des droits *en soi*. Deuxièmement, bien que les Directives demandent aux commissaires de tenir compte des normes et textes internationaux en matière de droits de la personne, les commissaires ont rarement fait renvoi aux droits de la personne dans les affaires de violence familiale. Mon étude a relevé seulement 15 décisions publiées au cours de la période de 20 ans visée où les commissaires ont expressément désigné la violence familiale comme une violation des droits de la personne ou se sont fondés sur des textes internationaux sur les droits de la personne⁹⁸. Toutes ces décisions se sont

⁹⁷ *Supra*, note 66, à 152.

⁹⁸ Il s'agit des affaires suivantes : *Re G (AU)*, [1993] DSSR n° 350 (QL) (faisant renvoi aux Directives (*supra*, note 3) et à la Convention contre la torture (*supra*, note 44) pour conclure que [traduction] « la revendicatrice bénéficie du droit international de protection contre la violence familiale et le fait de ne pas assurer cette protection constituait une forme de discrimination fondée sur le sexe »); *Re S (KL)*, [1993] DSSR n° 185 (QL) (faisant renvoi à la *Déclaration universelle* (*supra*, note 44), à la Convention contre la torture (*supra*, note 44), au Pacte international relatif aux droits civils et politiques (*supra*, note 44), à la Convention sur l'élimination de la discrimination à l'égard des femmes (*supra*, note 44) et à la Convention sur les droits politiques de la femme (*supra*, note 44) pour conclure que [traduction] « la violence contre les femmes [...] enfreint les normes internationalement reconnues » et que la revendicatrice [traduction] « craint des violations de ses droits fondamentaux à la protection contre tous traitements ou peines cruels et inusités, interdits par la Convention des Nations Unies contre la torture »); *Re D (RG)*, [1993] DSSR n° 261 (QL) (faisant renvoi à un rapport du Comité des Nations Unies sur l'élimination de la discrimination à l'égard des femmes et octroyant le statut de réfugié à la revendicatrice au motif de la persécution fondée sur la nationalité et la religion, au lieu de la persécution fondée sur le sexe); *Re C (LJ)*, [1995] DSSR n° 30 (QL) (faisant renvoi à la *Déclaration universelle* (*supra*, note 44) et au Pacte international relatif aux droits civils et politiques (*supra*, note 44), et concluant que la [traduction] « violence physique, sexuelle et émotionnelle continue que la revendicatrice a subie constitue une atteinte à la sécurité de la personne et s'apparente à un traitement cruel, inhumain et dégradant »); *Re Q (TP)*, [1995] DSSR n° 107 (QL) (faisant renvoi à un rapport de 1992 du Comité des Nations Unies sur l'élimination de la discrimination à l'égard des femmes); *Re B (TD)*, [1994] DSSR n° 391 (QL) (citant la Convention sur l'élimination de la discrimination à l'égard des femmes (*supra*, note 44) et déterminant que la revendicatrice [traduction] « bénéficie du droit international de protection contre la violence familiale »); *Re C (UY)*, [1994] DSSR n° 389 (QL) (faisant renvoi à la *Déclaration universelle* (*supra*, note 44) et aux Directives (*supra*, note 3) pour conclure que le [traduction] « droit international de protection contre la violence familiale dont bénéficie la revendicatrice a été bafoué de manière répétée par la violence conjugale régulière dans son union de fait »); *Re M (XK)*, [1994] DSSR n° 78 (QL) (faisant renvoi à la *Déclaration universelle* (*supra*, note 44) et concluant que la [traduction] « violence physique, sexuelle et émotionnelle continue que la revendicatrice a subie constitue une atteinte à la sécurité de la personne et s'apparente à un traitement cruel, inhumain et dégradant »); *Re O (KY)*, [1994] DSSR n° 169 (QL) (faisant renvoi aux Directives (*supra*, note 3), à la Convention contre la torture (*supra*, note 44) et à la Convention sur l'élimination de la

soldées par la reconnaissance du statut de réfugié. Je n'ai pas relevé une seule décision défavorable parmi celles où les commissaires ont fait renvoi aux principes des droits de la personne. Le manque de renvois aux textes et principes internationaux en matière de droits de la personne dans les décisions sur les affaires de violence familiale est remarquable.

C. Conclure à l'absence de protection de l'État

1. Cas portant sur la stérilisation forcée et la mutilation génitale

Pour ce qui est du volet de l'analyse visant à évaluer la protection de l'État, mon étude a également relevé deux différences majeures entre les affaires de violence familiale et les cas de stérilisation forcée ou de mutilation génitale. Dans les cas examinés portant sur la stérilisation forcée et la mutilation génitale, la plupart des commissaires ont mené l'analyse de la protection de l'État seulement de façon minimale, souvent parce que l'État était directement responsable de la persécution dénoncée. Dans les cas se rapportant à la stérilisation forcée, les commissaires ont généralement convenu que, étant donné qu'une revendicatrice qui veut se soustraire à la stérilisation forcée « craint que l'État ne lui impose des mesures visant à l'empêcher d'avoir des enfants⁹⁹ », il serait [traduction] « objectivement déraisonnable de s'attendre à ce que la revendicatrice [...] sollicite la protection de l'État, qui était l'agent de sa persécution¹⁰⁰ ».

discrimination à l'égard des femmes (*supra*, note 44) et déterminant que la revendicatrice a subi une violation de ses droits de la personne ainsi qu'une violation de ses droits internationalement protégés à titre de mère, compte tenu que son époux l'a privée de la garde de ses enfants et de ses droits de visite); *Re HGK*, [1996] DSSR n° 207 (QL) (concluant que [traduction] « [l]a violence familiale existe dans toutes les sociétés » et qu'« [i]l s'agit d'une violation grave des droits de la personne qui n'affecte pas seulement les victimes elles-mêmes, mais aussi leurs enfants », para 25); *Re IMV*, [1996] DSSR n° 98 (QL) ([traduction] « l'agression sexuelle est une atteinte aux droits de la personne les plus fondamentaux, sans aucune exception suivant la Déclaration universelle des droits de l'homme, et constitue aussi une violation du droit à la sécurité de la personne », para 14); *Re Y(OE)*, [1994] DSSR n° 269 (QL) (faisant renvoi à la *Déclaration universelle* (*supra*, note 44) et paragr. 15(1) de la *Charte* (*supra*, note 91)); *Re HTO*, [1997] DSSR n° 141 (QL) (concluant que les femmes victimes de violence familiale sont privées de leurs droits fondamentaux); *Re CAK*, [1997] DSSR n° 333 (QL) (concluant que le droit des femmes de quitter une relation violente est un droit de la personne fondamental). Voir aussi l'affaire *Re I(GF)*, [1993] DSSR n° 114 (QL) (en arrivant à la conclusion que la [traduction] « revendicatrice a subi, pendant des années, un traitement cruel, inhumain et dégradant aux mains de son ex-époux », la CISR a utilisé des termes typiquement associés aux droits de la personne et, bien qu'elle n'ait pas cité les textes internationaux sur les droits de la personne directement, elle a néanmoins fait renvoi aux principes des droits de la personne en citant les Directives (*supra*, note 3) de la façon suivante : [traduction] « Les Directives laissent entendre que, en ce qui a trait à l'évaluation de la crainte redoutée, les éléments de preuve devraient établir si la violence subie ou redoutée constitue ou non une violation grave d'un droit fondamental pour un des motifs énoncés dans la Convention, et dans quelles circonstances il est possible d'attribuer le risque de cette violence à l'inadéquation de la protection de l'État. »

⁹⁹ *Chi*, *supra*, note 77, au para 48.

¹⁰⁰ *Re RZQ*, [1997] DSSR n° 102 (QL), para 23.

Dans la plupart des cas portant sur la mutilation génitale, les commissaires n'ont pas abordé la question de la disponibilité de la protection de l'État¹⁰¹, ont présumé que la protection de l'État ferait défaut¹⁰², ou ont mené l'analyse de la protection de l'État seulement de façon minimale¹⁰³. Ces tendances donnent à penser que, dans les cas portant

¹⁰¹ Voir, par exemple, les affaires *Re GIA*, [1998] DSSR n° 274 (QL); *Re IFL*, *supra*, note 86; *Re QQX*, [1996] DSSR n° 52 (QL).

¹⁰² Voir, par exemple, les affaires *Re DVH*, *supra*, note 87 (la CISR ne procède pas à une analyse de la protection offerte par l'État, mais signale que [traduction] « [é]tant donné que la [MGF] est une pratique répandue en Somalie, il n'y a pas lieu de soulever la question de la PRI relativement à ces revendicatrices », para 35); *FOH (Re)*, *supra*, note 87 (la CISR ne procède pas à une analyse de la protection offerte par l'État, mais fonde sa conclusion sur des éléments de preuve documentaire montrant que « 98 % des femmes en Somalie subissent une MGF et 80 % subissent une infibulation, soit la forme la plus radicale de la MGF », para 14); *Re N (ID)*, [1994] DSSR n° 311 (QL) (la CISR ne procède pas à une analyse de la protection offerte par l'État, mais fonde sa conclusion sur des éléments de preuve documentaire montrant que les taux de MGF sont élevés en Somalie); *Re G (LD)*, *supra*, note 91 (la CISR ne procède pas à une analyse de la protection offerte par l'État, mais se fonde sur des décisions antérieures concernant des femmes qui craignaient la mutilation génitale en Somalie); *King c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, 2003 CF 1120, 240 FTR 8 (la Cour fédérale ne procède pas à une analyse de la protection offerte par l'État, mais se fonde sur des éléments de preuve montrant que la MGF est répandue dans certaines régions du Libéria, et [traduction] « [qu']il n'y a pas de loi interdisant la MGF au Libéria et il semble que l'interdiction de cette pratique trouve peu de soutien parmi les dirigeants communautaires, les aînés, les chefs et les responsables gouvernementaux », para 17); *MTF (Re)*, *supra*, note 87 (pour arriver à la conclusion que la revendicatrice « n'a pas été persécutée par l'État » et ne disposait d'aucune possibilité de refuge intérieur, la CISR procède de manière minimale à une analyse de la protection offerte par l'État et se fonde sur des éléments de preuve montrant que « le gouvernement ougandais et les organisations internationales présentes en Ouganda mettent en œuvre d'importants efforts d'éducation afin de décourager la pratique de la MGF. Néanmoins, si elle est découragée, la pratique de la MGF en Ouganda n'est pas interdite et peut encore être pratiquée légalement », para 16 et 20); *RPX (Re)*, [2003] DSPR n° 84 (QL), (12 juin 2003) MA2-10373, en ligne : RéfLex n° 220 <http://www.irbcisr.gc.ca:8080/ReFlex/Reflex_Article_FC.aspx?id=10636&l=e> (pour arriver à la conclusion que la revendicatrice ne disposait d'aucune possibilité de refuge intérieur et que, même si la question de la protection de l'État « n'a pas été vraiment débattue à l'audience », la CISR s'est fondée sur des éléments de preuve montrant que « les femmes exposées au risque de subir l'excision n'ont aucun recours, non seulement parce qu'il s'agit d'une tradition à laquelle elles ne peuvent pas s'opposer, mais encore parce que, même si les mutilations génitales sont illégales, aucune action n'est prise contre ceux qui agissent en contravention de cette Loi », para 16-17).

¹⁰³ Voir, par exemple, les affaires *Re RSF*, *supra*, note 87 (la CISR a conclu que la protection offerte par l'État serait inadéquate en se fondant sur des éléments de preuve montrant que le gouvernement ghanéen [traduction] « a décidé d'abandonner la revendicatrice et ses jeunes amies à leur sort et, par la suite, a refusé d'assurer l'exécution de sa propre loi interdisant la MGF », para 47). De plus, dans deux différentes affaires concernant des revendicatrices de la Guinée, et une autre concernant une revendicatrice du Nigéria, la CISR a conclu que la protection offerte par l'État était inadéquate à la lumière d'éléments de preuve montrant que la mutilation génitale était un rituel culturel profondément enraciné et « une pratique discriminatoire, dangereuse et inacceptable » qui portait atteinte aux droits des femmes : voir les affaires *SCK (Re)*, *supra*, note 91, para 30; *XJV (Re)*, *supra*, note 87 (signalant que la mutilation génitale est un élément important de la culture locale et que le « gouvernement de la Guinée tolère sinon appuie cette pratique », para 14 et 17); *WRI (Re)*, [2000] DSSR n° 43 (QL), (14 février 2000), T99-00663, en ligne : RéfLex n° 137 <http://www.irbcisr.gc.ca:8080/ReFlex/Reflex_Article_FC.aspx?id=979&l=e> [avec renvois à QL] (signalant « l'incapacité de l'État de protéger les victimes contre la violence sexuelle et les coutumes

sur les pratiques reconnues comme des violations des droits de la personne, l'analyse de la protection de l'État est moins décisive pour l'évaluation de la demande d'asile.

2. Affaires de violence familiale

Par contre, dans les affaires portant sur la violence familiale, les décisions des commissaires s'articulaient généralement autour de l'analyse de la protection de l'État. Dans les affaires ayant mené à des décisions défavorables, les commissaires se sont rarement livrés à une analyse contextuelle au moment d'évaluer la disponibilité de la protection de l'État, un fait qui laisse penser que la norme pour établir l'existence d'une protection significative est relativement peu élevée¹⁰⁴. Par exemple, de nombreux commissaires ont signalé l'existence de lois contre la violence familiale, de refuges pour femmes ou d'autres services de protection comme étant suffisante pour démontrer la disponibilité de la protection de l'État, mais peu d'entre eux ont fait renvoi à des éléments de preuve documentaire sur l'adéquation ou l'accessibilité de ces mesures. Les commissaires ont habituellement conclu que la protection de l'État était disponible dans les cas où l'État avait fait des efforts de bonne foi pour prendre au sérieux le problème de la violence envers les femmes¹⁰⁵

barbares qui existent au Nigéria », para 16).

¹⁰⁴ À cet égard, mon étude arrive à des conclusions similaires à celles de l'étude réalisée par Constance MacIntosh (*supra*, note 66). D'après l'étude de Constance MacIntosh, les commissaires ont souvent omis de se livrer à une analyse substantielle et contextuelle des éléments de preuve à leur disposition afin d'évaluer la disponibilité de la protection de l'État; de plus, dans la vaste majorité des décisions défavorables, il était peu fréquent qu'ils se reportent à des facteurs sociaux ou culturels. Mon étude montre que, dans bon nombre des décisions favorables, les commissaires se sont reportés à des facteurs sociaux et culturels de manière très fréquente et, en fait, fondaient souvent leurs décisions sur une évaluation de ces facteurs.

¹⁰⁵ Voir, par exemple, les affaires *UFQ (Re)*, [2005] DSPR n° 78 (QL), (2 septembre 2005), TA5-02334, en ligne : RéfLex n° 272 <http://www.irb-cisr.gc.ca:8080/ReFlex/Reflex_Article_FC.aspx?id=11688&l=e> (il est possible de se prévaloir de la protection de l'État en Israël vu les éléments de preuve montrant que les « autorités israéliennes sont conscientes du problème et qu'elles ont adopté des lois et mis en place des organismes d'État ainsi que des organismes sociaux pour éradiquer ce problème », au para 27); *BWZ (Re)*, [2004] DSPR n° 13 (QL) aux para 8, 10-13, (3 février 2004), TA3-04991, en ligne : RéfLex n° 234 <http://www.irb-cisr.gc.ca:8080/ReFlex/Reflex_Article_FC.aspx?id=10918&l=e> (il est possible de se prévaloir de la protection de l'État aux Philippines vu les éléments de preuve montrant que « le gouvernement des Philippines déploie de gros efforts pour régler [l]e problème [de la violence contre les femmes] » et que diverses mesures ont été prises).

en adoptant des lois¹⁰⁶, en formant des unités de police spécialisées¹⁰⁷, en offrant des services d'assistance juridique¹⁰⁸, ou en mettant sur pied des refuges ou d'autres formes de recours¹⁰⁹ et de soutien¹¹⁰. Comme l'a fait valoir Constance MacIntosh, cette approche fait douter si les commissaires ont pleinement tenu compte des éléments de preuve à leur disposition ou ont simplement [traduction] « fait un amalgame entre le fait que les États ont adopté des lois visant à protéger les femmes et la conclusion selon laquelle il *existe* vraiment une telle protection pour la demandeur d'asile¹¹¹ ».

Dans bon nombre des décisions favorables qui ont donné lieu à la reconnaissance du statut de réfugié, les commissaires ont conclu que la demandeur d'asile ne pouvait pas recourir à la protection de l'État, en se fondant sur la preuve concernant les normes culturelles. Par exemple, dans l'affaire *Re L.T.D.*, la CISR a conclu que [traduction] « la brutalité conjugale est une infraction criminelle » au Ghana, mais elle était tout de

¹⁰⁶ Voir, par exemple, les affaires *Re ATZ*, [2003] DSPR n° 47 (QL), (12 mars 2003), TA2-03858, en ligne : RéfLex n° 213 <http://www.irb-cisr.gc.ca:8080/ReFlex/Reflex_Article_FC.aspx?id=10490&l=e> (il est possible de se prévaloir de la protection de l'État à Saint-Vincent vu les éléments de preuve montrant qu'une loi visant à lutter contre la violence familiale a été adoptée en 1995 et que la mise en œuvre de cette loi est en cours); *Re EUS*, [2003] DSPR n° 63 (QL), (12 juin 2003), AA2-01089, en ligne : RéfLex n° 218 <http://www.irbcisr.gc.ca:8080/ReFlex/Reflex_Article_FC.aspx?id=10598&l=e> (il est possible de se prévaloir de la protection de l'État au Salvador vu les éléments de preuve montrant qu'il existe une loi visant à combattre la violence familiale); *Re QLG*, [1996] DSSR n° 172 (QL) (il est possible de se prévaloir de la protection de l'État en Équateur vu les éléments de preuve montrant qu'il y a une nouvelle loi sur la violence envers les femmes et les familles qui [traduction] « change la situation des femmes victimes de violence en Équateur », para 40).

¹⁰⁷ Voir, par exemple, l'affaire *KHF (Re)*, [2003] DSPR n° 96 (QL), au para 2, (2 juin 2003), VA2-02218, en ligne : RéfLex n° 217 <http://www.irb-cisr.gc.ca:8080/ReFlex/Reflex_Article_FC.aspx?id=10566&l=e> (il est possible de se prévaloir de la protection de l'État en Espagne vu les éléments de preuve montrant que même si que la violence familiale est un problème en Espagne, l'État « fait des efforts sérieux [...] pour contrôler la violence familiale et pour lutter contre ce fléau », par exemple en mettant sur pied des centres d'information, des refuges, des unités de police spécialisées, des bureaux d'assistance juridique et des cliniques locales (*ibid.*, para 26)).

¹⁰⁸ Voir, par exemple, l'affaire *Re ZNY*, [2000] DSSR n° 84 (QL), para 7, (26 avril 2000), T99-09072, en ligne : RéfLex n° 141 <http://www.irb-cisr.gc.ca:8080/ReFlex/Reflex_Article_FC.aspx?id=1040&l=e> (il est possible de se prévaloir de la protection de l'État au Costa Rica vu les éléments de preuve montrant que les femmes ont accès à l'assistance juridique et peuvent se faire représenter par un avocat).

¹⁰⁹ Voir, par exemple, l'affaire *Re O (ZT)*, [1993] DSSR n° 145 (QL).

¹¹⁰ Voir, par exemple, les affaires *Re SBH*, [2001] DSSR n° 266 (QL), (3 décembre 2001), TA0-06665, en ligne : RéfLex n° 182 <http://www.irb-cisr.gc.ca:8080/ReFlex/Reflex_Article_FC.aspx?id=8748&l=e> (il est possible de se prévaloir de la protection de l'État à Saint-Kitts vu les éléments de preuve concernant les programmes d'assistance médicale, les efforts de sensibilisation et la formation spécialisée à l'intention des policiers et des conseillers d'orientation scolaire); *Re GLX*, [1998] DSSR n° 9 (QL) (il est possible de se prévaloir de la protection de l'État en Jamaïque vu les éléments de preuve montrant qu'il y a des lois et des services visant à combattre la violence).

¹¹¹ *Supra*, note 66, à 162.

même [traduction] « tolérée dans la société traditionnelle » et acceptée [traduction] « culturellement », si bien que la revendicatrice ne pouvait pas recourir à la protection de l'État¹¹². Dans l'affaire *Re L. (C.B.)*, la CISR a conclu que la protection de l'État n'était pas disponible en Argentine en raison du [traduction] « machisme » et en raison de la prédominance de [traduction] « préjugés [sexistes] [...] profondément enracinés dans la culture argentine »¹¹³. Dans l'affaire *Re G. (D.M.)*, la CISR a fait référence à des éléments de preuve signalant que [traduction] « la culture et la tradition empêchent les femmes d'atteindre la pleine égalité » et que, par conséquent, la protection de l'État n'était pas disponible¹¹⁴. Dans l'affaire *Re H.T.O.*, la CISR a conclu à l'absence de protection de l'État à cause du [traduction] « climat culturel » au Bangladesh¹¹⁵. De même, dans l'affaire *Re O.E.X.*, la CISR a conclu que la protection de l'État était insuffisante au Nigéria compte tenu de la preuve montrant que [traduction] « [l]es normes culturelles cautionnent l'agression sur les épouses chez les Yorubas¹¹⁶ ». Il y a de nombreux exemples de conclusions similaires dans les décisions publiées¹¹⁷. En comparaison, de

¹¹² [1996] DSSR n° 267 (QL), para 23.

¹¹³ [1993] DSSR n° 307 (QL) (témoignage de Maria Rose Pinedo).

¹¹⁴ [1994] DSSR n° 184 (QL) (témoignage du mouvement des femmes équatoriennes).

¹¹⁵ *Supra*, note 98, para 16.

¹¹⁶ [1999] DSSR n° 79 (QL), para 6.

¹¹⁷ Voir, par exemple, les affaires *Re D (RG)*, *supra*, note 98 (la protection offerte par l'État est inadéquate au Ghana vu les éléments de preuve montrant que la violence contre les femmes était [traduction] « tolérée par cette société »); *WEB (Re)*, [2009] DSPR n° 35 (QL), (23 octobre 2009), VA7-02451, en ligne : http://www.irbcisr.gc.ca:8080/ReFlex/Reflex_Article_FC.aspx?id=13122&l=e [avec renvois à QL] (la protection offerte par l'État est inadéquate au Nigéria à cause de la « coutume » et compte tenu d'éléments de preuve montrant que « la police n'intervient habituellement pas dans les conflits familiaux », aux paragraphes 19-20); *Re DSL*, [1996] DSSR n° 68 (QL) (déterminant que les femmes en Tanzanie n'étaient pas en mesure d'accéder à la protection de l'État parce que [traduction] « les pressions culturelles, sociales et familiales empêchent souvent les femmes de signaler les abus aux autorités », para 14 (extrait de la réponse à la demande d'information TZA17622.E)); *Re DNH*, [1996] DSSR n° 258 (QL), para 36 (concluant que [traduction] « la violence conjugale est un élément courant de la vie de famille au Nigéria » et n'est pas interdite par le droit coutumier ou la culture traditionnelle du pays); *Re Y (ZV)*, [1995] DSSR n° 42 (QL) (signalant que [traduction] « la violence et la discrimination contre les femmes sont des éléments courants de la société bangladaise » et que [traduction] « les femmes bangladaises sont perçues comme ayant moins de valeur que les enfants et les biens »); *Re X (WL)*, [1995] DSSR n° 104 (QL) (signalant que [traduction] « la violence envers les femmes en Équateur n'a pas de frontières géographiques ou sociales » et que [traduction] « [m]ême si le phénomène de la violence familiale est de plus en plus dénoncé de nos jours, il était traditionnellement ignoré en raison des attitudes sociales et culturelles »); *Re V (FF)*, [1994] DSSR n° 34 (QL) (signalant que [traduction] « la violence sexuelle est un élément courant de la vie des femmes salvadoriennes » en raison de [traduction] « l'assentiment culturel à la violence envers les femmes » (*ibid.* (article sur les femmes salvadoriennes paru en 1991)) et des attitudes [traduction] « culturellement acceptées » selon lesquelles les femmes sont la propriété des hommes (*Re V (FF)*, *supra*, note 117)); *Re OQC*, [1996] DSSR n° 42 (QL) (admettant en preuve un document signalant que [traduction] « la situation des femmes battues au Nigéria est une forme d'interaction acceptable entre un mari et sa femme suivant notre droit coutumier », para 31 (document du Centre de recherche juridique et développement des ressources du Nigéria)); *Orsovai c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de*

telles conclusions étaient absentes des décisions sur les cas portant sur la stérilisation forcée et la mutilation génitale.

Ma préoccupation en ce qui concerne ces décisions n'est pas la conclusion selon laquelle la culture de la demandeur d'asile était violente, patriarcale ou oppressive. Effectivement, les normes et traditions culturelles peuvent souvent être oppressives et peuvent souvent engendrer ou renforcer la persécution des femmes, tant à l'intérieur qu'à l'extérieur du milieu familial. Ma préoccupation a plutôt trait aux conséquences *imprévues* qui découlent du fait de situer la persécution de manière si étroite dans les différences culturelles. Je vais revenir sur ce point ci-après, mais d'abord je vais examiner comment les commissaires ont traité l'étape de l'analyse de la demande d'asile qui s'attarde aux motifs d'admissibilité.

D. Motifs d'admissibilité

1. Cas mettant portant sur la stérilisation forcée et la mutilation génitale

À l'étape de l'analyse des motifs d'admissibilité, j'ai relevé une tendance nettement distincte dans les décisions sur les cas de stérilisation forcée ou de mutilation génitale, en comparaison avec celles sur les affaires de violence familiale. Comme je l'ai signalé précédemment, les Directives prévoient deux façons de désigner un groupe social fondé sur le sexe. La première consiste à utiliser la désignation générale de « femmes », alors que la seconde fait usage de formulations plus précises pour désigner des sous-groupes de femmes. Dans la plupart des décisions publiées portant sur la stérilisation forcée ou la mutilation génitale, les commissaires ont adopté la première approche. Dans les cas de stérilisation forcée, par exemple, la plupart des commissaires ont soit omis de définir le groupe social¹¹⁸ ou l'ont défini comme « les femmes¹¹⁹ ». Un petit nombre de commissaires ont donné des formulations plus précises¹²⁰ ou octroyé le statut de réfugié au motif

l'Immigration), [2003] DSPR n° 621 (QL).

¹¹⁸ Voir, par exemple, les décisions *Zheng*, *supra*, note 74; *Chi*, *supra*, note 77; *BAJ (Re)*, *supra*, note 75; *Re X (EL)*, *supra*, note 78; *Re B (KA)*, *supra*, note 76; *Re X (GC)*, [1993] DSSR n° 64 (QL); *Re W (HT)*, [1992] DSSR n° 514 (QL).

¹¹⁹ *Re VCT*, [2000] DSSR n° 132 (QL), (21 juin 2000) VA0-00592, en ligne : RéfLex n° 146 <http://www.irb-cisr.gc.ca:8080/ReFlex/Reflex_Article_FC.aspx?id=1120&l=e>. Voir aussi l'affaire *Re XPR*, [2000] DSSR n° 322 (QL) (le groupe social étant défini par le [traduction] « sexe »).

¹²⁰ Pour des exceptions à la tendance en question, voir les affaires *Re PQP*, [1997] DSSR n° 42 (QL) (groupe social défini comme [traduction] « [l]es mères célibataires en Chine [qui ont] [...] deux enfants », para 18); *Re FET*, *supra*, note 77 (persécution fondée à la fois sur les opinions politiques et l'appartenance à un groupe social, ce dernier est défini comme [traduction] « les personnes souhaitant exercer la liberté de choix en matière de reproduction qui sont exposées à la stérilisation forcée », para 24); *Re L (LL)*, [1994] DSSR n° 368 (QL) (groupe social défini comme [traduction] « les parents »); *Re RZQ*, *supra*, note 100 (groupe social défini comme [traduction] « les femmes en Chine qui craignent la stérilisation forcée parce qu'elles ont enfreint la politique de

de la persécution fondée sur les « opinions politiques¹²¹ ». De même, dans les décisions sur les cas de mutilation génitale, les commissaires ont généralement reconnu des groupes sociaux en les désignant comme « les femmes¹²² » ou « les femmes exposées au risque d'une mutilation génitale¹²³ ». Des formulations plus précises sont proposées dans quelques décisions seulement¹²⁴.

2. Affaires de violence familiale

Par contre, dans leurs décisions sur les affaires de violence familiale, les commissaires ont souvent désigné des groupes sociaux très précis définis par une combinaison d'éléments comme le sexe, la nationalité et la situation personnelle. Voici des exemples de ces formulations précises : « les femmes de Hongrie qui sont victimes de violence familiale¹²⁵ », « les femmes de Chine victimes de violence conjugale¹²⁶ », [traduction] « les femmes de Trinidad victimes de violence familiale¹²⁷ », [traduction] « les femmes du Mexique exposées à la violence familiale¹²⁸ » et [traduction]

contrôle des naissances de la Chine, soit la politique de l'enfant unique », para 1).

¹²¹ Voir, par exemple, les affaires *Re DEP*, [2000] DSSR n° 204 (QL), (10 octobre 2000) T99-11413, en ligne : RéfLex n° 154 <http://www.irb-cisr.gc.ca:8080/ReFlex/Reflex_Article_FC.aspx?id=1329&l=e>; *Re SBF*, [1999] DSSR n° 264 (QL), (22 novembre 1999) V99-02637, en ligne : RéfLex n° 132 <http://www.irb-cisr.gc.ca:8080/ReFlex/Reflex_Article_FC.aspx?id=2685&l=e>; *Re RZQ*, *supra*, note 100; *Re FET*, *supra*, note 77; *Re W (AF)*, [1994] DSSR n° 124 (QL); *Re F (NM)*, [1993] DSSR n° 254 (QL).

¹²² Voir les affaires *RPX (Re)*, *supra*, note 102; *SCK (Re)*, *supra*, note 91; *EKD (Re)*, *supra*, note 92; *Re DVH*, *supra*, note 87, para 33 (groupe social défini comme [traduction] « les enfants de sexe féminin »); *Re XJV*, *supra*, note 87 (groupe social défini par le [traduction] « sexe »); *Re N (ID)*, *supra*, note 102 (groupe social défini comme les [traduction] « jeunes femmes »); *Re G (LD)*, *supra*, note 91 (groupes sociaux définis comme les femmes et les mineures).

¹²³ Voir, par exemple, les affaires *MTF (Re)*, *supra*, note 87 (groupe social défini comme les « femmes en danger de mutilation génitale des femmes », para 1); *Re IFL*, *supra*, note 86 (groupe social défini comme les [traduction] « filles mineures qui risquent d'être soumises à la clitoridectomie ou à la mutilation génitale », para 1); *Re RSF*, *supra*, note 87 (groupe social défini comme les [traduction] « femmes qui sont sujettes à la mutilation génitale féminine », para 1).

¹²⁴ Voir, par exemple, les affaires *Re IJ*, [1997] DSSR n° 176 (QL) (groupe social défini comme les femmes [traduction] « nigérianes [...] de la tribu des Ika opposées aux normes sociales de la communauté », au para 6); *FOH (Re)*, *supra*, note 87 (groupe social défini comme étant [traduction] « les femmes exposées au risque d'une mutilation génitale (MGF) et d'un mariage forcé », para 1); *Re QX*, *supra*, note 101 (groupe social défini comme les [traduction] « jeune[s] Somalienne[s] qui serai[ent] sujette[s] à la mutilation génitale féminine », para 8). Voir aussi l'affaire *WRI (Re)*, *supra*, note 103 (où les allégations de mutilation génitale étaient accompagnées d'allégations de viol, et où la CISR a désigné le groupe social « en ce sens que le groupe, constitué de victimes de viol et de leurs enfants, est perçu comme ayant transgressé certains tabous de la société nigériane », para 1).

¹²⁵ *WGO (Re)*, [2000] DSSR n° 17 (QL), para 1, (10 janvier 2000), V98-02797, en ligne : RéfLex n° 134 <http://www.irb-cisr.gc.ca:8080/ReFlex/Reflex_Article_FC.aspx?id=2805&l=e>.

¹²⁶ *NGQ (Re)*, [2000] DSSR n° 52 (QL), para 1, (9 mars 2000), T98-07538, en ligne : RéfLex n° 138 <http://www.irb-cisr.gc.ca:8080/ReFlex/Reflex_Article_FC.aspx?id=813&l=e>.

¹²⁷ *Re LNH*, [1999] DSSR n° 15 (QL), para 1.

¹²⁸ *Re MNN*, [1998] DSSR n° 286 (QL), para 1.

« les femmes du Ghana exposées à la violence conjugale et familiale¹²⁹ », pour n'en citer que quelques-uns¹³⁰. Les commissaires ont aussi défini des groupes sociaux encore plus précis, tels que « les femmes turques victimes de violence conjugale ou victimes de violence aux mains de prétendants rejetés, dans le cas où les agents de l'État, y compris les forces policières, n'ont pas la capacité ni la volonté de leur offrir une protection¹³¹ », [traduction] « les femmes bulgares exposées à la brutalité conjugale aux mains d'hommes proches du pouvoir¹³² », [traduction] « les femmes tadjikes occidentalisées dans une société qui se dirige vers l'orthodoxie islamique, sans protection masculine¹³³ », [traduction] « les [épouses d'hommes] [...] "macho" [...] qui subissent la violence conjugale¹³⁴ », et [traduction] « les femmes âgées seules au Pakistan qui sont victimes de mauvais traitements pour des motifs liés à la parenté¹³⁵ ». La définition la plus explicite d'un groupe social est peut-être la suivante, formulée dans une décision de la Cour fédérale :

de nouveaux citoyens d'Israël qui sont des femmes, lesquelles sont récemment arrivées de différentes parties de l'ancienne Union soviétique, ne se sont pas encore bien intégrées dans la société israélienne, malgré le soutien généreux offert par le gouvernement israélien, ont été attirées dans la prostitution, menacées et exploitées par des individus qui n'ont aucun lien avec le gouvernement, et peuvent prouver l'indifférence, quant à leur sort, de la part des autorités d'accueil dont elles s'attendraient normalement à obtenir la protection¹³⁶.

Bien que ces formulations semblent intéressantes dans la mesure où elles reconnaissent que la persécution est vécue de façons très particulières, ce potentiel n'est jamais réalisé dans ces décisions.

III. Les limites de la protection

L'analyse ci-dessus donne à penser que les commissaires traitent les demandes d'asile fondées sur la violence familiale de façons nettement différentes des autres demandes d'asile reposant sur la persécution fondée sur le sexe. Dans leurs décisions sur les cas de stérilisation forcée ou de mutilation génitale, les commissaires ont qualifié ces pratiques

¹²⁹ *Re D (RG)*, *supra*, note 98.

¹³⁰ Voir aussi les affaires *Re ZEK*, [1998] DSSR n° 225 (QL) ([traduction] « les femmes victimes de violence en Jamaïque qui ne peuvent se prévaloir des dispositions strictes de la loi, qui de prime abord peut donner l'impression d'assurer une certaine protection », au para 10); *C (XN) (Re)*, [1993] DSSR n° 27 (QL) (« les Équatoriennes victimes de violence conjugale »).

¹³¹ *UEK (Re)*, [2003] DSPR n° 442 (QL), para 1.

¹³² *Re I (GF)*, *supra*, note 98.

¹³³ *Re J (GX)*, [1993] DSSR n° 301 (QL).

¹³⁴ *Re L (CB)*, *supra*, note 113.

¹³⁵ *Re KXK*, [1996] DSSR n° 103 (QL), para 27.

¹³⁶ *Litvinov c. Canada (Secrétaire d'État)* (1994), 83 FTR 60, para 11 (accessible sur WL Can).

comme étant à la fois des actes de persécution et des violations de droits fondamentaux. Dans ces décisions, les commissaires ont fréquemment cité les textes et principes internationaux en matière de droits de la personne et ont eu recours à des qualificatifs comme « choquant sur le plan moral », « inhumain », « dégradant » et « barbare ». De plus, la faiblesse relative de l'analyse de la protection de l'État, jumelée au fait que le groupe social est défini d'une manière générale comme celui des « femmes », laisse penser que les commissaires perçoivent les pratiques en question comme des violations de droits universels qui touchent les femmes *du fait qu'elles sont* des femmes. En revanche, dans les affaires de violence familiale, les commissaires considèrent la violence familiale comme un problème de « culture » au lieu d'une violation des droits fondamentaux en tant que telle et ont adopté des formulations très précises pour désigner les groupes sociaux. Les répercussions de ces formulations sont claires : quand des intervenants judiciaires décrivent la violence familiale comme le produit d'une culture étrangère à laquelle seules les femmes bulgares, pakistanaises ou tadjikes occidentalisées sont assujetties — par opposition aux « femmes » dans leur l'ensemble — ils érigent la violence familiale en préjudice « altérisé » qui n'est commis qu'envers certaines sous-catégories de femmes (non occidentales).

Prises dans leur ensemble, ces décisions génèrent ce que Kwame Anthony Appiah appelle un « script », un récit dominant suivant lequel l'expérience vécue par une réfugiée peut être évalué et compris¹³⁷. Comme l'explique Kwame Anthony Appiah, la revendication de droits pour des personnes *du fait qu'ils sont* membres de groupes identitaires — dans l'analyse de Kwame Anthony Appiah, les Afro-Américains ou les homosexuels — nécessite l'existence d'un « script » décrivant ce que veut dire être noir ou homosexuel. Le problème que pose cette approche est qu'elle attribue aux membres des groupes identitaires divers traits et caractéristiques qui ont souvent peu à voir avec leurs expériences vécues ou, dans le cas des demandeurs d'asile, avec leurs besoins en matière de protection. Dans les affaires mettant en avant la violence familiale, la mise en place de ce script a pour effet d'obliger les demandeurs d'asile à assumer l'identité de réfugié en se présentant comme des « victimes de la culture¹³⁸ ».

Dans l'analyse qui suit, je vais m'attarder aux deux raisons pour lesquelles, à mon avis, cette approche pose problème. Premièrement, je soutiens que, en décrivant la violence familiale de façon aussi étroite comme un produit

¹³⁷ *The Ethics of Identity* (Princeton: Princeton University Press, 2005), à 21-22.

¹³⁸ Il est important de reconnaître que ces « scripts » servent souvent de précieux outils de défense des droits et s'avèrent efficaces pour permettre à certaines demandeurs d'asile d'obtenir la protection conférée aux réfugiés. Cependant, je suggère que le recours excessif à ces scripts a pour effet d'établir des critères erronés pour l'évaluation des demandes d'asile.

de la culture, les décisions omettent de reconnaître les facteurs autres que la culture qui rendent les femmes vulnérables à la violence familiale. Cette approche à la violence familiale met en place des normes indûment restrictives pour l'évaluation des besoins des femmes en matière de protection. Deuxièmement, je soutiens que cette approche présente la culture non occidentale comme un espace où la violence familiale se produit en raison de la soi-disant vulnérabilité « inhérente » des femmes se trouvant dans ce milieu culturel. Ce faisant, l'approche érige des barrières juridiques et conceptuelles pour les femmes qui ne peuvent pas raconter de façon authentique leur expérience de la violence en empruntant le script de la vulnérabilité culturelle. Sur ces deux plans importants, les commissaires appelés à trancher les demandes d'asile fondées sur la violence familiale demeurent insuffisamment attentifs aux facteurs complexes qui rendent les femmes vulnérables à la persécution en milieu familial et risquent de faire que les véritables réfugiées exposées à de véritables menaces de persécution ne puissent bénéficier de l'asile. Je vais traiter de chacun de ces points à tour de rôle.

A. Masquer les facteurs autres que « la culture »

Dans bon nombre des décisions examinées, les commissaires ont non seulement situé la persécution dans les différences culturelles, mais ont aussi décrit la culture de la revendicatrice comme étant presque entièrement composée de valeurs axées sur la subordination des femmes et fondamentalement oppressive envers les femmes. Par exemple, dans l'affaire *Re Z.D.M.*, la CISR a conclu que la protection de l'État était inadéquate en Égypte parce que [traduction] « la culture et les traditions patriarcales » étaient fondamentalement répressives et hostiles envers les femmes et [traduction] « [l]es mauvais traitements, la brutalité et la violence sexuelle ou psychologique subis par les femmes ont été acceptés et normalisés dans les traditions égyptiennes »¹³⁹. De même, dans l'affaire *Re R.Z.B.*, la CISR a conclu que la protection de l'État était inadéquate à la Barbade parce que [traduction] « la Barbade, comme d'autres sociétés caraïbéennes anglophones[,] possède une puissante culture patriarcale et les idéologies sexistes prédominantes subordonnent les

¹³⁹ [1997] DSSR n° 315 (QL), para 6 (élément de preuve, déclaration solennelle d'Amani el Jack, doctorante en études féminines). Voir aussi l'affaire *Re G (ST)*, [1994] DSSR n° 115 (QL) (la CISR a conclu que la protection offerte par l'État était inadéquate, d'une part, compte tenu des éléments de preuve montrant que la société pakistanaise [traduction] « est une société patriarcale où on s'attend à ce que les femmes endurent la violence et les mauvais traitements aux mains de leurs maris » et, d'autre part, compte tenu que [traduction] « le Pakistan est une économie agricole où le patriarcat se maintient toujours au moyen de principes féodaux de la suprématie inconditionnelle de l'homme sur la femme » (*ibid.* (élément de preuve, *Wife Assault: Pakistan; An Overview*)); de plus, la CISR a fait observer que [traduction] « l'éthos social au Pakistan décourage une femme de recourir à la protection de l'État si elle a subi de la violence physique aux mains de son mari » (*Re G (ST)*, *supra*, note 139)).

intérêts des femmes à ceux des hommes¹⁴⁰ ». Dans l'affaire *C (XN) (Re)*, la CISR a conclu que la protection de l'État était inadéquate en Équateur parce que « la culture et la tradition » font en sorte que l'État « ne veut pas protéger les droits des femmes qui sont victimes de violence familiale¹⁴¹ ». Dans l'affaire *Re B. (P.V.)*, adoptant une formulation peut-être encore plus explicite, la CISR a conclu que la protection de l'État était inadéquate au Somaliland, à la lumière d'éléments de preuve présentés à l'audience qui décrivaient la culture somalienne comme si [traduction] « massivement restrictive et patriarcale » que les Somaliennes ne disposaient d'aucune protection contre la violence familiale¹⁴². Se fondant sur ces éléments de preuve, la Commission a conclu que [traduction] « le Somaliland est synonyme de femmes opprimées¹⁴³ ». Au moyen de cette formulation totalisatrice, la CISR a présenté le Somaliland comme l'incarnation de l'oppression des femmes, laissant entendre qu'être une femme au Somaliland, *c'est être une victime d'oppression*.

Les formulations en question sont frappantes parce qu'elles décrivent de manière inexacte les cultures étrangères comme homogènes et constituées principalement (et parfois exclusivement) de valeurs axées sur la subordination des femmes. En présentant les cultures étrangères comme étant fondamentalement opposées aux droits des femmes, les décisions donnent l'impression que la culture est la cause profonde de la persécution des demandeuses d'asile. Elles donnent aussi l'impression que l'oppression des femmes non occidentales (et la violence qu'elles subissent en conséquence) fait partie intégrale de ces cultures et découle de normes culturelles misogynes, barbares et fondamentalement étrangères. Cette approche ne tient pas compte du fait que la violence familiale n'est jamais engendrée *uniquement* par la culture, et n'examine pas les mécanismes sociaux plus larges qui rendent les femmes vulnérables à la persécution en milieu familial. Elle risque également de masquer, de manières potentiellement néfastes, les facteurs autres que la culture qui rendent les femmes vulnérables à la persécution. Le grand nombre d'affaires dont la CISR est saisie, présentées par des femmes de divers pays se trouvant dans des situations diverses, devrait suffire en soi pour démontrer que le problème de la violence familiale ne peut être

¹⁴⁰ [1997] DSSR n° 185 (QL), para 55 (élément de preuve, lettre de V. Eudine Barriteau, directrice du Centre des études sur le genre et le développement à l'Université des Indes occidentales). Le tribunal a aussi conclu que la persécution subie par la revendicatrice de la part de son époux était fondée sur [traduction] « l'image de la femme-objet qui peut être contrôlée et violentée à volonté » (*Re RZB, supra*, note 140, para 39).

¹⁴¹ *Supra*, note 130. Voir aussi l'affaire *Re G (DM), supra*, note 114 (fondée des éléments de preuve similaires).

¹⁴² *Supra*, note 94, citant le Département d'État des États-Unis, *Overview of Country Reports on Human Rights Practices for 1993* (Washington : Département d'État, 1993), à 263.

¹⁴³ *Re B (PV), supra*, note 94 (témoignage de Zimzim Abdi, militante des droits de la personne) [non souligné dans l'original].

attribué uniquement à la culture. La description étroite de la violence familiale comme le produit de la culture a pour effet d'imputer la faute à une entité construite statique, insulaire et fondamentalement étrangère et non, par exemple, à des hiérarchies de genre systémiques, à des répartitions inégales des pouvoirs ou à des facteurs économiques qui transcendent la culture et se répandent dans d'autres aspects de la vie des femmes.

Facette tout aussi importante, cette approche omet de reconnaître que la culture est toujours contestée à l'intérieur des communautés et est constamment soumise au changement et à la transformation. Comme l'a fait observer Bonnie Honig, [traduction] « la culture est bien plus complexe que la permission patriarcale accordée à des hommes puissants de subordonner des femmes vulnérables¹⁴⁴ ». Elle a expliqué que la culture :

[traduction]

est une façon de vivre, une grammaire vaste et ancestrale de l'activité humaine, un ensemble de récits divers et souvent contradictoires à travers lesquels les (dés)accords, les rôles et les responsabilités communautaires se négocient. Ainsi, la « culture » est un système dynamique et vivant qui assure la répartition et l'institution de la capacité d'agir, du pouvoir et du privilège parmi ses membres et à l'extérieur. Il est rare que ces privilèges soient répartis suivant un axe de différence unique au point que, par exemple, tous les hommes soient plus puissants que toutes les femmes¹⁴⁵.

De même, Homi Bhabha met en garde contre les formulations totalisatrices. Il soutient que l'opposition construite entre les cultures (étrangères) et les droits des femmes présente erronément les sociétés non occidentales comme patriarcales et oppressives, et désigne les *cultures* non occidentales comme la cause de ces problèmes¹⁴⁶. Ces formulations ne reconnaissent pas que le patriarcat et l'oppression culturels se construisent toujours grâce à une multitude d'autres facteurs, tels que l'histoire, la race ou la situation socioéconomique. Elles décrivent de façon erronée les

¹⁴⁴ *My Culture Made Me Do It*, dans *Is Multiculturalism Bad for Women?*, sous la direction de Joshua Cohen, Matthew Howard & Martha C. Nussbaum (Princeton: Princeton University Press, 1999), 35, à 36.

¹⁴⁵ *Ibid.*, à 39. Voir aussi Leti Volpp, *Feminism Versus Multiculturalism* (2001) 101:5 *Colum L Rev* 1181, à 1192 [Volpp, *Feminism*].

¹⁴⁶ Homi K. Bhabha, *Liberalism's Sacred Cow* dans Cohen, Howard & Nussbaum, *supra*, note 144, 79, à 81-82. Comme le soutient en outre Homi K. Bhabha, ces [traduction] « [s]téréotypes répudient les cadres et les codes—sociaux ou discursifs—complexes et souvent contradictoires à l'intérieur desquels les signes et les symboles d'une culture prennent leur sens et leur valeur dans le cadre d'un processus de transformation continue » (*ibid.*, à 81). Non seulement de telles formulations ne tiennent pas compte des façons complexes dont le patriarcat et la culture se chevauchent et s'alimentent l'un l'autre, mais de plus elles construisent [traduction] « les normes du libéralisme occidental [...] à la fois comme mesure et mentor des cultures minoritaires [...] une opération de sauvetage, sinon le salut lui-même » (*ibid.*, à 83).

femmes comme de [traduction] « misérables “sujets” » de leurs cultures, [traduction] « entassées sous le chapiteau des droits collectifs, préservant l’orthodoxie de leurs cultures distinctives au milieu de la grande tempête du progrès occidental »¹⁴⁷. Ce faisant, elles présentent aussi les femmes non occidentales comme étant privées de la capacité de faire des choix authentiques et contraintes d’endurer la violence inhérente à leurs cultures.

Les problèmes que posent de telles formulations sont bien résumés par Leti Volpp dans son analyse du rôle joué par les discours sur la culture dans les demandes d’asile reposant sur la violence fondée sur le sexe aux États-Unis. Après avoir analysé les différences dans les approches à la violence familiale dans les communautés immigrantes et les communautés « blanches », Leti Volpp avance l’explication suivante :

[traduction]

Si beaucoup pensent que les cultures du Tiers Monde ou des communautés immigrantes sont tellement plus sexistes que les communautés occidentales, c’est en partie parce que les incidents de violence sexuelle en Occident sont souvent perçus comme le résultat du comportement de quelques déviants, et non comme un élément de notre culture. Par contre, on estime que les incidents de violence dans le Tiers Monde ou dans les communautés immigrantes caractérisent les cultures de nations entières.

[...] La philosophe Uma Narayan a calculé que les décès attribuables à la violence familiale aux États-Unis sont, sur le plan numérique, un problème social aussi important que les meurtres liés à la dot en Inde. Mais un seul de ces problèmes est invoqué comme signe d’un retard culturel : « Ils brûlent leurs femmes là-bas ». À distinguer de : « On tire sur nos femmes ici ». Et pourtant, les meurtres attribuables à la violence familiale aux États-Unis font partie de la culture américaine tout autant que les décès liés à la dot sont un élément de la culture indienne. Pour reprendre les propos de Narayan, quand on fournit des « explications culturelles » pour des formes de violence mortelles seulement dans le Tiers Monde, on laisse entendre que les femmes du Tiers Monde subissent « la mort par la culture¹⁴⁸ ».

Une telle approche, soutient Leti Volpp, laisse entendre que [traduction] « seules les cultures minoritaires sont [...] traditionnelles et constituées de pratiques anciennes et immuables qui justifient la soumission aux diktats culturels¹⁴⁹ ». [Traduction] « En exprimant de façon trop hâtive notre

¹⁴⁷ *Ibid.*, à 80.

¹⁴⁸ *Feminism*, *supra*, note 145, à 1186-1187 [notes de pied de page omises].

¹⁴⁹ *Ibid.*, à 1191. De plus, les postulats dépeignent de façon problématique les cultures étrangères comme des entités autogénérées et clairement délimitées; ils entravent aussi la reconnaissance des cultures étrangères comme le résultat de contestations et de négociations au sein des communautés et la reconnaissance des identités culturelles comme les produits de la résistance ou de la transformation : voir Sarah Song, *Justice, Gender, and the Politics of Multiculturalism* (Cambridge, Royaume-Uni : Cambridge University Press, 2007). Comme le soutient Sarah Song, ces postulats [traduction] « ne tiennent pas compte de [...] la nature

aversion pour d'autres cultures perçues comme étant primitives et arriérées », nous prévient-elle, [traduction] « nous nous méprenons sur les façons complexes dont le pouvoir fonctionne vraiment dans ces communautés particulières »¹⁵⁰. Cette pratique discursive ne tient pas compte des diverses relations de pouvoir qui façonnent la violence, tant dans les « autres » cultures que dans nos propres cultures. Elle donne l'impression erronée que les incidents de violence familiale dans les contextes occidentaux sont le produit d'aberrations ou de déviances individuelles plutôt que de suppositions culturelles, d'inégalités enracinées, de disparités matérielles ou de défaillances systémiques.

B. La construction des réfugiées en tant que « victimes de la culture »

En dépeignant les cultures étrangères comme étant opposées aux droits des femmes, les décisions sur les affaires de violence familiale présentent la culture non occidentale comme un lieu où la violence familiale se produit à cause de la vulnérabilité perçue des femmes se trouvant dans ce milieu culturel. Ces formulations semblent présupposer que les femmes élevées dans des sociétés non occidentales sont moins susceptibles d'être en mesure de résister à la violence familiale à cause de leur culture. Par exemple, dans une affaire ayant trait à une revendicatrice de Trinité, la CISR a conclu que la protection de l'État serait insuffisante parce que [traduction] « la tradition culturelle du pays de la revendicatrice [...] a produit la dépendance décrite¹⁵¹ ». La Commission a conclu que la violence subie par la revendicatrice [traduction] « a engendré une dépendance paralysante qu'elle n'est pas parvenue à surmonter », qui a été [traduction] « renforcée par sa tradition culturelle » et qui l'a empêchée de solliciter la protection de l'État¹⁵². De même, dans l'affaire *Re Y. (O.E.)*, la CISR a accueilli la demande d'asile, en partie, au motif que la revendicatrice [traduction] « subissait une pression constante pour jouer le rôle d'une bonne épouse, obéissante et soumise, un rôle qui a une place prédominante dans les traditions de la culture indienne¹⁵³ ». Dans une affaire ayant trait à une revendicatrice du Venezuela, la CISR s'est reportée à un élément de preuve qui présentait une [traduction] « interprétation culturelle » des attitudes sexistes de la société vénézuélienne pour conclure que [traduction] « les femmes latines se sentent en général impuissantes à confronter leurs époux directement » et

polyvoque de toutes les cultures et les façons dont les pratiques sexospécifiques dans les cultures minoritaires et majoritaires ont évolué grâce aux interactions entre les cultures » (*ibid.*, à 4).

¹⁵⁰ Leti Volpp, *Blaming Culture for Bad Behavior*, (2000) 12:1 Yale JL & Human 89, à 113 [Leti Volpp, *Blaming Culture*].

¹⁵¹ *Re U (BQ)*, [1993] DSSR n° 236 (QL) [non souligné dans l'original].

¹⁵² *Ibid.*

¹⁵³ *Supra*, note 98.

que [traduction] « [l]a peur de déclencher une réaction violente, y compris des menaces de mort, empêche souvent les femmes de se défendre proactivement »¹⁵⁴.

Je tiens encore à souligner que ce qui me préoccupe avec les décisions en question n'est pas la conclusion selon laquelle les normes et traditions culturelles peuvent être paralysantes ou oppressives et que, par conséquent, elles peuvent piéger les femmes dans des cycles de violence. Ma préoccupation est plutôt qu'il y a des conséquences *imprévues* qui découlent du fait de situer si étroitement la persécution dans les différences culturelles. Mon étude a relevé un petit nombre de décisions où les revendicatrices se sont vu refuser le statut de réfugié parce qu'elles ne se présentaient pas comme des « victimes de la culture ». Par exemple, dans une affaire ayant trait à une revendicatrice brésilienne qui craignait la violence conjugale, la présumée capacité d'indépendance de la revendicatrice était un des motifs invoqués par la CISR pour rejeter la demande d'asile¹⁵⁵. La CISR a conclu que la revendicatrice ne répondait pas à la définition de réfugié parce que [traduction] « son adaptation au Canada démontr[ait] ses aptitudes à vivre de façon indépendante » et a laissé entendre qu'elle serait en mesure de vivre en sécurité au Brésil¹⁵⁶. De même, dans une autre affaire ayant trait à une revendicatrice de Saint-Vincent, la CISR a conclu que la prétendue capacité d'indépendance de la revendicatrice militait contre une conclusion de persécution¹⁵⁷. La CISR a conclu que le « récit de la revendicatrice montre clairement qu'elle a été victime de voies de fait et de menaces de mort de la part de son ancien petit ami¹⁵⁸ », mais elle a aussi conclu que la revendicatrice « n'a pas épuisé tous les recours dont elle disposait pour obtenir une protection avant de quitter Saint-Vincent¹⁵⁹ » et, par conséquent, ne pouvait démontrer que la protection de l'État était inadéquate. Tout en soulignant que la revendicatrice était « une jeune femme astucieuse, intelligente, [qui avait] fait montre de sa capacité de rechercher des renseignements et du soutien, au besoin¹⁶⁰ », la CISR a conclu que :

la revendicatrice pourra solliciter une protection au besoin et que la protection qui lui sera offerte sera suffisante, à défaut d'être idéale. *Elle ne sera pas au nombre de ces victimes de violence familiale qui hésiteraient à soit porter des accusations soit solliciter l'aide des instances en place comme le Conseil national des femmes.* Le tribunal est convaincu que les raisons pour lesquelles la

¹⁵⁴ *Re QBA*, [1996] DSSR n° 211 (QL) (élément de preuve, rapport d'un expert anonyme).

¹⁵⁵ Voir l'affaire *Re Y (PD)*, [1993] DSSR n° 315 (QL).

¹⁵⁶ *Ibid.*

¹⁵⁷ Voir l'affaire *Re DYS*, [1995] DSSR n° 168 (QL).

¹⁵⁸ *Ibid.*, para 7.

¹⁵⁹ *Ibid.*, para 20.

¹⁶⁰ *Ibid.*, para 8.

revendicatrice n'a pas fait appel à toutes les ressources auxquelles elle avait accès pour obtenir une protection, à savoir son ignorance attribuable à son âge et à son manque d'expérience, ne sont plus fondées¹⁶¹.

La CISR a rejeté la demande d'asile en se fondant sur des conclusions additionnelles, à savoir : l'ex-petit ami de la revendicatrice n'avait pas assez d'influence pour intervenir auprès des autorités judiciaires comme elle le prétendait; le comportement violent de l'ex-petit ami découlait de son alcoolisme et n'était donc pas nécessairement dirigé seulement vers elle; et elle pouvait obtenir de l'assistance financière de la part de parents à l'étranger pour retenir les services d'un conseiller juridique.

L'affaire *Re T.D.D.* est un autre exemple d'une décision où la CISR a refusé d'accorder le statut de réfugié à une revendicatrice qui n'entrait pas dans le moule de la « victime de la culture¹⁶² ». Il s'agissait d'une revendicatrice de l'Inde qui disait avoir une crainte fondée de persécution du fait de ses opinions politiques et de son appartenance au groupe social des [traduction] « femmes sans soutien masculin¹⁶³ ». Comme dans les affaires citées ci-dessus, la revendicatrice s'est vu refuser le statut de réfugié parce que sa présumée capacité d'indépendance militait contre une conclusion de persécution¹⁶⁴. D'après le raisonnement de la CISR, en tant que [traduction] « femme de carrière bien instruite, témoin posé et éloquent à son audience [...] [et] épouse qui était résolument franche dans son opposition au tabagisme et à l'alcoolisme de son époux », il était peu probable que la revendicatrice ait été [traduction] « complètement passive et soumise » comme elle l'avait prétendu¹⁶⁵. La CISR a aussi conclu que les Directives n'étaient [traduction] « d'aucune assistance » dans cette affaire étant donné que la revendicatrice, qui détenait une maîtrise, avait de l'expérience en enseignement et bénéficiait du soutien d'hommes de sa famille, ne correspondait pas au stéréotype traditionnel de la femme indienne et était tout à fait apte à vivre sans son époux et à subvenir aux besoins de ses enfants¹⁶⁶. Ici, le niveau d'instruction de la revendicatrice a fait en sorte qu'elle ne répondait pas aux stéréotypes culturels et l'a empêchée d'être reconnue comme réfugiée¹⁶⁷.

¹⁶¹ *Ibid.*, para 20 [non souligné dans l'original].

¹⁶² [1998] DSSR n° 103 (QL).

¹⁶³ *Ibid.*, para 1.

¹⁶⁴ *Ibid.*, para 15-21.

¹⁶⁵ *Ibid.*, para 13-14.

¹⁶⁶ *Ibid.*, para 11 et 39.

¹⁶⁷ Pour une analyse intéressante de la façon dont le discours sur le genre et la culture présume souvent que les femmes occidentales, en raison de leur niveau d'instruction et de leur indépendance, sont définies par leurs capacités à faire des choix, alors que les femmes du Tiers Monde sont définies par leurs soumissions aux prescriptions culturelles, voir Leti Volpp, *Feminism*, *supra*, note 145, à 1191-1193. L'analyse de Leti Volpp ne correspond pas exactement au scénario décrit ci-dessus, mais elle propose un point de comparaison intéressant.

Les décisions en question mettent en lumière les problèmes que pose l'établissement d'un lien entre une conclusion de persécution et le script de la vulnérabilité culturelle inhérente. En effet, une telle approche oblige les femmes à raconter leur expérience de la persécution à la lumière de cette vulnérabilité; toutefois, pour certaines femmes, ce récit ne colle pas à leur réalité. Cette approche a des conséquences qui peuvent s'avérer très néfastes : elle perpétue l'hypothèse erronée selon laquelle les femmes instruites ou autonomes qui ne semblent pas être des « victimes de la culture » sont moins susceptibles de subir la violence familiale. En adoptant cette approche, les décideurs qui tranchent les affaires de violence familiale établissent des critères erronés pour l'évaluation des demandes d'asile présentées par des femmes. Ils risquent de faire en sorte que les femmes qui sont exposées à de véritables menaces de persécution, mais qui ne peuvent pas raconter de façon authentique leur expérience de la violence en empruntant le script de la vulnérabilité culturelle ne puissent bénéficier de la protection¹⁶⁸. Ainsi, l'analyse ci-dessus montre que même si les femmes victimes de violence familiale se voient tout de même accorder le statut de réfugié, les critères établis pour l'évaluation de leurs demandes d'asile sont plus restrictifs qu'ils ne devraient l'être. Dans les affaires portant sur la violence familiale, les décideurs demeurent insuffisamment attentifs aux conditions qui rendent les femmes vulnérables à la persécution en milieu familial¹⁶⁹.

¹⁶⁸ Mon étude a aussi permis de relever une affaire qui a mené à une telle issue et qui avait trait à des préjudices commis à l'extérieur du contexte familial : *Re IJI*, [2001] DSSR n° 389 (QL) (refusant d'octroyer le statut de réfugié à une revendicatrice du Cameroun qui disait craindre la mutilation génitale, au motif que la revendicatrice ne [traduction] « correspondait » pas à l'image typiquement associée aux victimes de mutilation génitale. La CISR a fait valoir que la revendicatrice [traduction] « a 21 ans et détient un diplôme » et que, par conséquent, elle [traduction] « ne ressemblait en rien à la jeune fille sans instruction [typiquement] [...] en péril », para 12).

¹⁶⁹ Il est important de souligner que certaines décisions publiées comportent des évaluations nuancées de la relation entre la violence familiale et la culture, par exemple, l'affaire *Re C (XN)* (*supra*, note 130). La CISR s'est livrée à une analyse nuancée de la manière dont la culture façonne la violence familiale et a conclu que la violence « découle de relations structurelles de pouvoir, de domination et de privilèges établies entre les hommes et les femmes dans la société » (*ibid.*, (élément de preuve, notes d'un atelier tenu par le Centre équatorien pour la promotion de la femme et l'action féministe; la CISR a aussi conclu que l'hésitation du gouvernement équatorien à intervenir dans les disputes familiales violentes fait qu'une « culture de tolérance s'est façonnée au fil des ans et fait partie de l'éthique de la société équatorienne » (*Re C (XN)*, *supra*, note 130). Voir aussi les affaires *Re WGY*, [1997] DSSR n° 291 (QL); *Re XNG*, [1998] DSSR n° 21 (QL); *Re ZHY*, [1997] DSSR n° 136 (QL).

Conclusion

Le fait est que, sur une période de presque 20 ans et en grand nombre, les commissaires ont adopté des méthodes d'analyse nettement différentes dans les affaires portant sur la violence familiale, en comparaison avec les autres demandes d'asile fondées sur le sexe. Ces différences sont attribuables à un éventail de facteurs, tels que les obstacles liés à la présentation de la preuve et les taux d'acceptation qui varient entre les commissaires de la CISR¹⁷⁰, pour ne nommer que ceux-là. Cependant, en plus de ces facteurs, les différences peuvent aussi découler de la distinction perçue entre les *types* de demandes d'asile en cause. La stérilisation forcée et la mutilation génitale sont généralement considérées comme des préjudices *exotiques* qu'il est facile de qualifier de violations des droits fondamentaux dans le lexique juridique canadien; par conséquent, elles sont généralement perçues comme des pratiques tombant sous le coup du droit des réfugiés. Parce que la stérilisation forcée et la mutilation génitale sont perçues comme des actes qui ne sont commis qu'ailleurs dans le monde, le Canada peut se dire en mesure de protéger les femmes de tels préjudices, avec une certitude sans équivoque. Par contre, la violence familiale, le viol et l'agression sexuelle sont des préjudices *bien connus* qui se produisent de façon fréquente au Canada. Les demandes d'asile de ce type sont détachées des autres suivant des lignes de séparation bien connues et on ne peut les qualifier de violations de droits fondamentaux de nature persécutoire avec la même aisance. Comme le soutient Melanie Randall, étant donné que protéger les femmes contre la violence familiale s'avère un défi même pour les pays aux intentions les plus louables, les affaires de violence familiale créent [traduction] « un dilemme inavoué pour les pays qui accueillent des réfugiés comme le Canada¹⁷¹ ». Effectivement, même si la protection de l'État est disponible au Canada, de nombreuses Canadiennes — particulièrement les femmes autochtones — subissent des actes de violence graves en milieu familial¹⁷². Étant donné que la violence

¹⁷⁰ Comme l'a démontré Sean Rehaag, les taux d'acceptation des demandes d'asile varient de façon importante entre les commissaires de la CISR, certains octroyant le statut de réfugié dans presque tous les cas alors que d'autres ne l'accordent que rarement : voir *Troubling Patterns in Canadian Refugee Adjudication* (2007-2008) 39:2 *Ottawa L Rev* 335.

¹⁷¹ *Refugee Law and State Accountability for Violence Against Women: A Comparative Analysis of Legal Approaches to Recognizing Asylum Claims Based on Gender Persecution* (2002) 25 *Harv Women's LJ* 281, à 284.

¹⁷² Le problème de la violence familiale se pose avec une grande acuité pour les communautés autochtones. Selon Statistique Canada, le taux de violence familiale envers les femmes autochtones est plus de trois fois plus élevé que celui des femmes non autochtones; de plus, les femmes autochtones sont huit fois plus susceptibles de mourir des suites de la violence familiale : voir Statistique Canada, *Mesure de la violence faite aux femmes : tendances statistiques, 2006* (Ottawa : Ministère de l'Industrie, 2006), à 64-65, 67, en ligne : Statistique Canada <<https://www150.statcan.gc.ca/n1/fr/pub/85-570-x/85-570-x2006001-fra.pdf>>. Voir aussi Jodi-Anne Brzozowski, Andrea Taylor-Butts & Sara Johnson, *La victimisation et la criminalité chez les*

familiale est répandue au Canada, le Canada peut-il affirmer de façon concluante qu'il est en mesure de protéger les victimes de violence familiale? Si la capacité de protéger est effectivement le critère non seulement pour reconnaître le statut d'une demandeuse d'asile à titre de *réfugiée*, mais aussi pour reconnaître le statut du Canada à titre de terre de *refuge*, que se passe-t-il dans les cas où la capacité de protéger du Canada n'est pas claire? Le Canada peut-il encore affirmer sa valeur — et son « essence » — en tant que terre de protection s'il n'est pas en mesure de protéger pleinement les femmes contre la violence familiale?

L'analyse de la dynamique en question par Audrey Macklin rend bien compte de sa complexité. Comme le fait observer Audrey Macklin, lorsque les commissaires se penchent sur des affaires portant sur des préjudices et des scénarios bien connus, ils se voient [traduction] « dangereusement proches d'être confrontés au fait que le même pays qui a été louangé avec raison pour avoir mis en place les Directives est aussi mêlé à des pratiques qui équivalent à de la persécution fondée sur le sexe¹⁷³ ». La réponse du tribunal à cette situation est une réaction de défense : la manœuvre consistant à décrire la violence subie par les réfugiées comme le produit de leur culture sert de dispositif de protection qui distingue la violence subie par les Canadiennes. En situant la persécution dans les différences culturelles, les commissaires écartent subtilement la possibilité que, malgré l'engagement clair du Canada envers l'égalité des sexes et la protection des droits, les femmes au Canada sont encore exposées à la persécution. Le fait de situer la persécution dans les différences culturelles permet aux intervenants du système de justice canadien d'esquiver la conclusion gênante que la violence subie par les réfugiées fait écho, pour reprendre les mots de Martha Minow, à [traduction] « quelque chose de bien connu, concrètement et métaphoriquement, dans les pratiques des principaux pays occidentaux » et dans [traduction] « les hiérarchies des genres qui ne sont que trop connues dans leur propre monde »¹⁷⁴. L'hypothèse selon laquelle la violence familiale est le produit de cultures étrangères — plutôt que le résultat d'un ensemble de structures de pouvoir, de disparités matérielles *et* d'arrangements culturels — colore subtilement la manière dont les intervenants du système de justice canadien perçoivent, évaluent et tranchent les revendications fondées sur la violence familiale. Cette hypothèse fait en sorte qu'il est plus difficile de reconnaître la violence familiale comme une violation de droits

peuples autochtones du Canada (2006) 26:3 Juristat 1, en ligne : Statistique Canada <https://www150.statcan.gc.ca/n1/en/pub/85-002-x/85-002-x2006003-fra.pdf?st=tl_HjF_n>; Amnesty International, *No More Stolen Sisters: The Need for a Comprehensive Response to Discrimination and Violence Against Indigenous Women in Canada* (Londres, Royaume-Uni : Amnesty International, 2009) à 1, en ligne : Amnesty International <<http://www.amnesty.org/en/library/info/AMR20/012/2009/en>>.

¹⁷³ *Supra*, note 41, à 266.

¹⁷⁴ *About Women, About Culture: About Them, About Us*, dans *Engaging Cultural Differences: The Multicultural Challenge in Liberal Democracies*, sous la direction de Richard A. Shweder, Martha Minow & Hazel Rose Markus (New York: Russell Sage Foundation, 2002), 252 à 254.

fondamentaux sans faire renvoi à la « culture », et pas seulement dans le domaine du droit des réfugiés. Sur ce plan essentiel, la tendance des commissaires à situer la persécution liée à la violence familiale dans les différences culturelles a pour effet d'étouffer ce qu'il y a de commun dans la violence familiale d'une culture à l'autre et d'escamoter le fait que cette violence est répandue au Canada¹⁷⁵.

En plus d'établir des critères erronés devant servir à comprendre la violence familiale, les décisions de la CISR dans les affaires de violence familiale laissent aussi penser que les décisions rendues dans le domaine du droit ne sont pas seulement le reflet de normes universellement acceptées en matière de droits de la personne. Les commissaires n'évaluent pas les demandes d'asile en se fondant uniquement sur les critères relatifs aux droits de la personne ou aux normes universellement acceptées. Ils passent plutôt ces critères au filtre des idéologies, angoisses et idéaux nationaux. Cette façon de procéder remet en question l'affirmation selon laquelle le droit des réfugiés au Canada, en incorporant les principes des droits de la personne dans son analyse des demandes d'asile, s'est éloigné des considérations à caractère politique. Elle donne plutôt à penser que l'identité et les valeurs nationales canadiennes sont profondément imbriquées dans ce processus.

En reconnaissant que les choix effectués dans les décisions sur les affaires de violence familiale sont le reflet d'une multitude de postulats non déclarés, d'idéologies politiques et de mécanismes de défense, on peut se faire une meilleure idée de la dynamique complexe de la protection des réfugiés. Il en ressort clairement que les conclusions énoncées dans ces décisions ne reposent pas toujours sur des critères universellement acceptés ou « objectifs ». Cette prise de conscience nous permet de déconstruire et de reconstruire de telles conclusions pour en arriver à une meilleure compréhension de la violence fondée sur le sexe et des différences de genre. Elle nous permet de reconnaître la « persécution » comme une catégorie évolutive qui acquiert un contenu et une signification non pas par l'entremise d'une moralité externe, mais grâce à nos propres perceptions, prises de positions et croyances. Elle nous permet de reconnaître que la « culture » n'est pas statique, innée ou immuable, mais changeante et produite de manière discursive. Elle nous permet de reconnaître la violence familiale comme un phénomène complexe et répandu à l'échelle mondiale qui est le fruit d'une dynamique culturelle, ainsi que le résultat de rapports de forces existants, de disparités matérielles et de manques de parité qui posent des problèmes auxquels sont confrontés même des pays protecteurs de droits fondamentaux comme le Canada. Une compréhension plus juste de la

¹⁷⁵ Comme le soutient Leti Volpp, [traduction] « Le fait de rejeter le blâme sélectivement sur la culture de cette façon a des conséquences frappantes : ces pratiques discursives nous font oublier des rapports de pouvoir précis, tant dans les "autres" cultures que dans la nôtre » (*Blaming Culture, supra*, note 150, à 113).

dynamique de la persécution liée à la violence familiale permet de militer en vue de faire avancer le discours, en vue de mettre en place une approche qui va au-delà des limites actuelles.
