

Convention d'Istanbul et femmes migrantes : un nouveau souffle pour le droit et la pratique suisses

Véronique Boillet* & Anne-Laurence Graf-Brugère**

The Istanbul Convention, which entered into force for Switzerland on April 1, 2018, is the first international legal instrument specifically dedicated to combating violence against women and domestic violence. An unusual aspect of international human rights protection treaties is that the Istanbul Convention has a special chapter on migration which takes into account the specific vulnerability of migrant women. While this chapter is obviously welcome, its impact in Switzerland is likely to remain limited. However, it is important to point out that this part of the Istanbul Convention devoted to violence in the context of migration should not overshadow the general provisions of the Convention, which should also benefit migrant women. The aim of this contribution is to examine the impact of these general obligations on Swiss law and practice in the field of migration and asylum law.

Keywords: migration – asylum – violence – discrimination – gender – Istanbul Convention

Mots-clés: migration – asile – violence – discrimination – genre – Convention d'Istanbul

Table des matières

- I. Introduction
- II. Cadre général de la Convention d'Istanbul pertinent pour le droit des personnes étrangères et d'asile
 - A. Interdiction des discriminations fondées sur le statut migratoire
 - B. Définitions juridiquement contraignantes et obligations générales
- III. Violence domestique comme fondement d'un permis de séjour autonome
 - A. Droit de séjour des migrantes victimes de violence
 - B. Degré de violence
 - C. Preuves
 - D. Différence de traitement en fonction du statut des migrantes
 - E. Renouvellement du permis
- IV. Violence fondée sur le genre comme fondement d'une protection internationale
 - A. Portée *a priori* limitée des articles 60 et 61 Convention d'Istanbul
 - B. Portée de l'obligation d'interprétation sensible au genre des notions de persécution et de préjudice grave
 - C. Portée de l'obligation d'interprétation sensible au genre des motifs d'asile
- V. Conclusion

* Professeure au Centre de droit public de l'Université de Lausanne.

** Dr. iur., collaboratrice scientifique au Centre suisse de compétence pour les droits humains (CSDH), domaine migration. L'auteure remercie Nula Frei pour ses remarques stimulantes sur la partie IV.

I. Introduction

Premier instrument juridique international spécifiquement dédié à la lutte contre la violence à l'égard des femmes et la violence domestique, la Convention d'Istanbul¹ est entrée en vigueur pour la Suisse le 1^{er} avril 2018. Si cette date a été remarquée par une coalition d'organisations non gouvernementales en Suisse², la Convention n'a pas, jusqu'à présent, provoqué d'onde de choc au sein de l'espace juridico-politique helvétique. Cela est en partie dû à la teneur du Message du Conseil fédéral en vue de la ratification de la Convention, selon lequel le droit et la pratique suisses satisferaient déjà les obligations de la Convention³ – hormis celles à l'égard desquelles la Confédération a décidé d'apposer une réserve⁴. A cela s'ajoutent probablement une connaissance insuffisante de la Convention par les autorités et tribunaux suisses et l'absence, à ce jour, d'une première évaluation de la Suisse en raison de la récente entrée en vigueur de ladite Convention en Suisse⁵.

Fait rare s'agissant des traités internationaux de protection des droits humains, la Convention d'Istanbul contient un chapitre qui concerne spécifiquement la migration. Les rédacteurs et rédactrices du traité ont ainsi souligné la prévalence de la violence fondée sur le genre à l'égard des migrantes et leurs besoins particuliers de protection concernant tant la violence commise dans le pays d'origine que dans un pays de transit ou dans le pays d'accueil⁶.

Si ce chapitre tenant compte de la vulnérabilité spécifique des migrantes doit bien sûr être salué, son impact en Suisse, nous le verrons, risque de rester limité. Cela étant, il est important de souligner que cette partie de la Convention d'Istanbul consacrée à la violence dans le contexte des migrations ne saurait occulter les dispositions générales de la Convention qui doivent également bénéficier aux migrantes. Tel est l'objectif de cette contribution qui vise à examiner si le droit et la pratique suisses en droit des personnes étrangères et en droit d'asile sont en accord avec les obligations qui découlent de la Convention d'Istanbul. En d'autres termes, il s'agit d'analyser de

1 Convention du Conseil de l'Europe sur la prévention et la lutte contre la violence à l'égard des femmes et la violence domestique (conclue à Istanbul le 11 mai 2011), RS 0.311.35.

2 Réseau Convention Istanbul, <<https://istanbulkonvention.ch/index-fr.html>>.

3 Message concernant l'approbation de la Convention du Conseil de l'Europe sur la prévention et la lutte contre la violence à l'égard des femmes et la violence domestique (Convention d'Istanbul), 2 décembre 2016, FF 2017 163–252, spéc. 164.

4 La Suisse a formulé des réserves aux art. 44 par. 1 e), 44 par. 3 en ce qui concerne la violence sexuelle à l'égard des adultes et l'avortement et la stérilisation forcés, 55 par. 1 en ce qui concerne les infractions mineures, ainsi que 59.

5 Cf. art. 68 Convention d'Istanbul.

6 Cf. aussi Comité pour l'élimination de la discrimination à l'égard des femmes (CEDEF), Recommandation générale n° 32 sur les femmes et les situations de réfugiés, d'asile, de nationalité et d'apatridie, CEDAW/C/GC/32, 2014, par. 14–16 et sa Recommandation générale n° 35 sur la violence à l'égard des femmes fondée sur le genre, CEDAW/C/GC/35, 2017, par. 12–14.

manière critique les effets potentiels de la Convention d'Istanbul sur le droit et la pratique suisses relatifs à la protection des femmes migrantes contre la violence fondée sur le genre. Pour ce faire, nous identifierons, dans un premier temps, les obligations générales de la Convention d'Istanbul susceptibles d'offrir une protection particulière aux personnes migrantes (II). Dans un deuxième temps, nous examinerons l'influence de ces dispositions générales dans le cadre de l'interprétation des dispositions nationales relatives au droit de séjour des victimes de violence domestique (III) et l'interprétation sensible au genre dans le domaine de l'asile (IV). Relevons finalement que cette contribution aura notamment comme point de mire la violence domestique dans la mesure où cette forme de violence soulève des questions particulièrement délicates au regard du cadre originellement privé dans lequel, par définition, elle survient.

II. Cadre général de la Convention d'Istanbul pertinent pour le droit des personnes étrangères et d'asile

Les dispositions générales de la Convention d'Istanbul sont susceptibles de produire des effets spécifiques à l'égard des femmes migrantes essentiellement à deux titres. Le premier est fondamental puisqu'il concerne le principe de non-discrimination qui consacre expressément le statut migratoire comme critère discriminatoire. Le second a trait aux obligations et définitions de nature générale sur la violence liée au genre selon la Convention qui, comme nous le verrons, sont pertinentes tant lors de l'interprétation des dispositions de la Convention que des dispositions nationales spécifiques à la migration.

A. Interdiction des discriminations fondées sur le statut migratoire

La Convention d'Istanbul contient une obligation de mise en œuvre par les États parties sans discrimination aucune, fondée notamment sur le statut de migrant-e ou de réfugié-e (art. 4 par. 3). Si la même interdiction découle implicitement des principaux traités internationaux sur les droits humains⁷, cette référence expresse au statut migratoire dans le texte de la Convention d'Istanbul témoigne de la volonté des rédacteurs et rédactrices d'inclure, sans aucun doute possible, les personnes migrantes victimes de violence fondée sur le genre parmi les bénéficiaires des droits conférés par l'ensemble de la Convention. La raison de cette mention explicite est, selon le Conseil

7 En raison de la formulation non exhaustive de la clause de non-discrimination de ces traités [par exemple, art. 2 par. 2 Pacte international relatif aux droits économiques, sociaux et culturels (Pacte I, RS 0.103.1), cf. plus précisément, Comité des droits économiques, sociaux et culturels, Devoirs des États envers les réfugiés et les migrants au titre du Pacte international relatif aux droits économiques, sociaux et culturels, E/C.12/2017/1, 2017].

de l'Europe, que les migrantes subissent souvent des discriminations dans l'accès aux offres de soutien en cas de violences⁸. L'art. 4 par. 3 de la Convention d'Istanbul vise ainsi à mettre en lumière, afin de mieux les combattre, les formes croisées de discrimination⁹ dans l'accès à la protection contre les violences liées au genre.

De fait, le Groupe d'expert-e-s sur la lutte contre la violence à l'égard des femmes et la violence domestique (GREVIO) a exprimé, dans le cadre de son premier cycle d'évaluations, de sérieuses préoccupations à l'égard de tous les pays examinés concernant l'accès des migrantes aux services de soutien généraux¹⁰ et spécialisés¹¹. A titre d'exemples, le GREVIO a critiqué le Portugal pour l'insuffisance de services spécialisés ouverts aux femmes migrantes s'agissant des mutilations génitales féminines et de la violence sexuelle¹². A l'égard de la Turquie, le GREVIO a relevé les problèmes d'accès des réfugiées aux services de soutien destinés aux femmes victimes de violence, en raison notamment de la barrière de la langue, du fait de leur logement dans des locaux éloignés d'un centre-ville où se trouvent ces services ou de leur manque de papiers d'identité¹³. D'autres dispositions de la Convention d'Istanbul sont également citées par le GREVIO en lien avec les femmes migrantes, dans une mesure cependant moins importante que l'accès aux services de soutien¹⁴.

En Suisse, l'étude du Centre suisse de compétence pour les droits humains (CSDH) en réponse au postulat Feri (16.3407) a également identifié, au niveau des cantons, des problèmes d'accès aux services de soutien pour les victimes de violence fondée sur le genre parmi les femmes du domaine de l'asile¹⁵. Selon les auteur-e-s de l'étude, ces problèmes d'accès tiennent principalement au défaut de détection des victimes du domaine de l'asile¹⁶. A cet égard, le personnel d'encadrement dans les centres d'hébergement ainsi que le personnel médical auquel les personnes sont référées ne disposent pas d'une formation suffisante pour détecter et orienter de manière adéquate les victimes¹⁷.

Un problème spécifique à la législation suisse a également été relevé par le CSDH. Les victimes de violence liée au genre survenue à l'étranger n'ont pas droit aux pres-

8 Rapport explicatif de la Convention du Conseil de l'Europe sur la prévention et la lutte contre la violence à l'égard des femmes et la violence domestique, 11 mai 2011, par. 53.

9 A cet égard, cf. CEDEF, Recommandation n° 35, supra n. 6, par. 12.

10 Art. 20 Convention d'Istanbul.

11 Art. 22–26 Convention d'Istanbul.

12 GREVIO, Rapport d'évaluation Portugal, Strasbourg 2019, par. 45.

13 GREVIO, Rapport d'évaluation Turquie, Strasbourg 2018, par. 329. Cf. également GREVIO, Rapport d'évaluation Autriche, Strasbourg 2017, par. 106.

14 Par exemple, l'obligation de collecter des données s'agissant des demandes d'asile alléguant une persécution liée au genre (art. 11 Convention d'Istanbul), cf. Rapport d'évaluation Danemark, Strasbourg 2017, par. 51–52; GREVIO, Rapport d'évaluation Suède, Strasbourg 2019, par. 59; Rapports Portugal, supra n. 12, par. 75 et Autriche, supra n. 13, par. 58.

15 CSDH, Analyse der Situation von Flüchtlingsfrauen. Zur Situation in den Kantonen, Bern 2019, 19–20.

16 CSDH, supra n. 15, p. 72 et pp. 79–84.

17 CSDH, supra n. 15, pp. 57–59 et p. 92.

tations découlant de la loi sur l'aide aux victimes (LAVI) en raison du principe de territorialité de cette loi¹⁸. L'étude du CSDH a ainsi pointé du doigt plusieurs manquements de la Suisse à la lumière de la Convention d'Istanbul, laquelle exige de garantir l'accès, sans discrimination fondée notamment sur le statut migratoire, aux services de soutien pour les femmes victimes de violence sans égard quant au lieu où la violence s'est produite¹⁹.

B. Définitions juridiquement contraignantes et obligations générales

La Convention d'Istanbul consacre, pour la première fois de manière juridiquement contraignante au niveau européen, les définitions des notions capitales en matière de violence liée au genre. La notion de « genre » « désigne [ainsi] les rôles, les comportements, les activités et les attributions socialement construits, qu'une société donnée considère comme appropriés pour les femmes et les hommes »²⁰. La Convention d'Istanbul définit par ailleurs la « violence à l'égard des femmes » comme une « violation des droits de l'homme et une forme de discrimination à l'égard des femmes », et désigne « tous les actes de violence fondés sur le genre qui entraînent, ou sont susceptibles d'entraîner pour les femmes, des dommages ou souffrances de nature physique, sexuelle, psychologique ou économique, y compris la menace de se livrer à de tels actes, la contrainte ou la privation arbitraire de liberté, que ce soit dans la vie publique ou privée »²¹.

La Convention qualifie également de « violence à l'égard des femmes fondée sur le genre » « toute violence faite à l'égard d'une femme parce qu'elle est une femme ou affectant les femmes de manière disproportionnée »²². C'est dans ce sens que la Convention retient que la violence domestique constitue une violence liée au genre, en raison du fait qu'elle affecte de manière disproportionnée les femmes²³, malgré le fait que la Convention est également applicable à la violence domestique affectant les hommes et les garçons sous réserve de l'accord de l'État partie²⁴. La Convention définit à cette fin la « violence domestique » de manière distincte des autres types de violence liée au genre²⁵.

18 RS 312.5 ; cf. CSDH, supra n. 15, pp. 37–38.

19 CSDH, supra n. 15, p. 32 et p. 128.

20 Art. 3 c) Convention d'Istanbul.

21 Art. 3 a) Convention d'Istanbul.

22 Art. 3 d) Convention d'Istanbul.

23 Art. 2 par. 1 Convention d'Istanbul ; cf. aussi al. 14 du Préambule.

24 Art. 2 par. 2 Convention d'Istanbul ; Rapport explicatif, supra n. 8, par. 37.

25 « Le terme <violence domestique> désigne tous les actes de violence physique, sexuelle, psychologique ou économique qui surviennent au sein de la famille ou du foyer ou entre des anciens ou actuels conjoints ou partenaires, indépendamment du fait que l'auteur de l'infraction partage ou a partagé le même domicile que la victime » (art. 3 b) Convention d'Istanbul).

Ces définitions relèvent du cadre général de la Convention d'Istanbul, qui est applicable aux femmes migrantes en vertu du principe de non-discrimination dans la mise en œuvre de la Convention. A ce titre, ces définitions doivent être prises en considération pour interpréter les obligations découlant du chapitre VII de la Convention spécifique à la migration et l'impact de ces dernières en droit suisse des personnes étrangères et d'asile. Dans le même esprit, les obligations de nature générale consacrées par la Convention d'Istanbul doivent être prises en compte dans le cadre de l'application du droit national des personnes étrangères et de l'asile.

Finalement, au-delà de leur obligation de s'abstenir de tout acte de violence à l'égard des femmes, les États parties doivent agir avec toute la diligence voulue afin de prévenir, enquêter sur et punir les actes de violence couverts par la Convention lorsque ceux-ci sont le fait d'acteurs non étatiques²⁶. Dans le même sens, la Convention exige des États parties qu'ils prennent toutes les mesures nécessaires pour protéger le « droit de chacun, en particulier des femmes, de vivre à l'abri de la violence »²⁷ et protéger les victimes « contre tout nouvel acte de violence »²⁸.

C'est à la lumière de ces obligations générales que le besoin de protection contre les violences liées au genre des femmes ayant fui leur pays ou leur conjoint en Suisse doit être interprété et que notre analyse du droit et de la pratique suisses sera proposée.

III. Violence domestique comme fondement d'un permis de séjour autonome

En matière migratoire, la Convention d'Istanbul exige notamment des États parties de prendre les mesures législatives nécessaires pour garantir aux victimes de violence domestique issues de la migration ou de l'asile des titres de séjour indépendants (art. 59 par. 1 de la Convention) et pour que les victimes puissent obtenir la suspension des procédures d'expulsion initiées du fait que leur statut de résidente dépend de celui de leur conjoint ou de leur partenaire (art. 59 par. 2 de la Convention). Si le Conseil fédéral a considéré que les exigences du par. 2 sont remplies par la Suisse, il a en revanche jugé nécessaire d'émettre une réserve à l'égard du par. 1²⁹.

Dès lors que l'art. 59 par. 1 et 2 Convention d'Istanbul n'offre pas, selon le Conseil fédéral, de protection supplémentaire aux migrantes victimes de violence domestique en Suisse, il s'agit d'examiner dans quelle mesure les dispositions générales de la Convention sont susceptibles de produire un tel effet.

26 Art. 5 par. 2 Convention d'Istanbul.

27 Art. 4 par. 1 Convention d'Istanbul.

28 Art. 18 par. 1 Convention d'Istanbul.

29 Message, supra n. 3, pp. 240 ss.

A. Droit de séjour des migrantes victimes de violence

En Suisse, le regroupement familial bénéficie avant tout aux enfants et aux conjoints³⁰ et nécessite en principe le ménage commun (art. 42 al. 1, art. 43 al. 1, art. 44, 45, 85 al. 7 LEI). Seul l'art. 8 de la Convention européenne des droits de l'homme³¹ est susceptible de permettre à des couples de concubins d'obtenir une autorisation de séjour au titre du regroupement familial³².

Le droit de séjour des membres de la famille s'éteint lorsque les conditions permettant le regroupement ne sont plus réunies, c'est-à-dire pour les migrantes victimes de violence, si elles décident de quitter le ménage commun et/ou de dissoudre le mariage. L'art. 50 LEI accorde toutefois à deux catégories de migrantes, soit aux conjointes de ressortissants suisses ou d'étrangers titulaires d'une autorisation d'établissement, le droit à une autorisation de séjour indépendante ou à la prolongation de sa durée lorsque « la poursuite du séjour en Suisse s'impose pour des raisons personnelles majeures » (art. 50 al. 1 let. b LEI). La présence de raisons personnelles majeures est notamment admise lorsque la personne migrante est victime de violence conjugale (art. 50 al. 2 LEI)³³.

Les autres migrantes victimes de violence conjugale ne bénéficient pas de tels droits. Les conjointes d'étrangers au bénéfice d'une autorisation à l'année ou de courte durée (art. 44 ou 45 LEI) sont soumises au pouvoir d'appréciation des autorités – qui *peuvent* prolonger leur autorisation pour des raisons personnelles majeures –, mais ne bénéficient pas de *droit* à un titre de séjour (art. 77 OASA³⁴). Quant aux conjointes de personnes admises provisoirement (art. 85 al. 7 LEI) ou aux migrantes victimes de la violence de leur concubin, elles ne bénéficient d'aucune disposition spécifique. Seul l'art. 30 al. 1 let. b LEI permet une admission pour des motifs personnels majeurs³⁵.

30 Cf. art. 42 ss de la loi fédérale du 16 décembre 2005 sur les étrangers et l'intégration (LEI), RS 142.20, et 3 Annexe I de l'Accord entre la Confédération suisse, d'une part, et la Communauté européenne et ses États membres, d'autre part, sur la libre circulation des personnes (ALCP, RS 0.142.112.681).

31 Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales (CEDH, RS 0.101).

32 CourEDH, arrêt du 18 décembre 1986, *Johnston et autres c. Irlande*, requête n° 9697/82, par. 56; Message, supra n. 3, p. 240.

33 A noter que le droit au maintien du titre de séjour des migrantes victimes de violence ressortissantes d'États tiers dont le conjoint est ressortissant UE/AELE, détenteur d'un permis B UE/AELE, doit être examiné comme s'il s'agissait d'un conjoint citoyen suisse, conformément à l'art. 50 LEI. En effet, en raison du principe d'interdiction de discrimination de l'art. 2 ALCP, l'ex-épouse d'un ressortissant de l'UE doit être traitée de la même manière que l'ex-épouse d'un ressortissant suisse et par conséquent doit bénéficier de l'art. 50 LEI même si la première ne bénéficiait que d'une autorisation de séjour UE/AELE et non pas d'une autorisation d'établissement, cf. ATF 144 II 1 c. 4.

34 Ordonnance du 24 octobre 2007 relative à l'admission, au séjour et à l'exercice d'une activité lucrative (OASA, RS 142.201).

35 Message, supra n. 3, p. 240.

Cette disposition ne fait toutefois pas expressément référence à la violence domestique et n'octroie aucun *droit* à un titre de séjour³⁶.

Du point de vue procédural, l'art. 77 al. 5 OASA prévoit que les autorités compétentes peuvent demander des preuves de la violence conjugale et l'al. 6 liste des exemples d'indices (certificats médicaux, rapports de police, plaintes pénales, mesures au sens de l'art. 28b CC ou jugements pénaux). Sont également pris en compte depuis la révision du 1^{er} janvier 2012, les indications et renseignements fournis par des services spécialisés (art. 77 al. 6bis OASA). Ces deux dispositions s'appliquent toutefois uniquement à l'égard des bénéficiaires des art. 50 al. 1 let. b LEI et 77 al. 1 let. b OASA.

Le régime tel que brièvement présenté distingue donc entre les différents statuts de migrantes – seules celles qui sont mariées à un ressortissant suisse ou à un migrant titulaire d'une autorisation d'établissement bénéficiant d'un véritable droit au renouvellement de leur autorisation – et exclut les migrantes non mariées ainsi que les migrantes admises provisoirement ou sans titre de séjour, raison pour laquelle la Suisse s'est vue contrainte d'émettre une réserve³⁷. Relevons à cet égard que la Conseillère aux États Lisa Mazzone a déposé une motion (18.4062) visant à mettre fin à ces différences de traitement en étendant le régime le plus favorable à toutes les migrantes victimes de violence domestique, ce qui permettrait à la Suisse de retirer sa réserve relative à l'art. 59 de la Convention. Si cette motion a été classée faute d'avoir été traitée dans le délai prescrit, elle a néanmoins déjà produit certains effets, dès lors que le Secrétariat d'Etat aux migrations (SEM) a en partie modifié ses directives pour y donner suite³⁸.

A cette problématique découlant directement du régime légal s'ajoutent d'autres difficultés liées à l'application de la loi. Comme nous le verrons, il ressort de l'analyse de la jurisprudence et des revendications du groupe de travail « femmes migrantes et violences conjugales »³⁹ que les exigences quant au degré de violence exigé ainsi qu'aux preuves de cette violence sont parfois excessives. A cela s'ajoute par ailleurs l'absence de prise en compte des séquelles, ce qui peut poser problème lors du renouvellement du permis de séjour. Il s'agit de revenir sur ces différentes problématiques et d'examiner dans quelle mesure les dispositions générales de la Convention d'Istanbul sont susceptibles d'accorder une meilleure protection aux femmes migrantes victimes de violence domestique.

36 MINH SON NGUYEN, « Commentaire de l'art. 30 LEtr », dans : Minh Son Nguyen & Cesla Amarelle (éds.), Code annoté de droit des migrations, Vol. II, Berne 2017, 255–278, spéc. 258.

37 Message, supra n. 3, p. 240.

38 Avis du Conseil fédéral du 21 novembre 2018 en réponse à la motion 18.4062 de Lisa Mazzone, disponible sur internet : <<https://www.parlament.ch/fr/ratsbetrieb/suche-curia-vista/geschaef?AffairId=20184062>>.

39 Le groupe de travail « femmes migrantes et violences conjugales » a élaboré une note d'information en septembre 2019 concernant les violences conjugales à l'égard des femmes étrangères ayant un statut précaire en Suisse en vue du 6^e rapport périodique de la Suisse à l'attention du Comité pour l'élimination de la discrimination à l'égard des femmes. Ci-après, Note d'information du groupe de travail « femmes migrantes et violences conjugales ».

B. Degré de violence

Le Tribunal fédéral (TF) se fonde sur la Convention d'Istanbul pour préciser que la notion de violence domestique désigne tous les actes de violence physique, sexuelle, psychologique ou économique qui surviennent au sein de la famille ou du foyer⁴⁰. Le Conseil fédéral précise que deux critères sont pris en compte par le Tribunal administratif fédéral (TAF) et le TF lors de l'examen d'un cas de violence : l'intensité des violences et leur crédibilité (cf. ci-dessous C.)⁴¹.

S'agissant tout d'abord de l'exigence d'intensité, il ressort de la jurisprudence du TF que les migrantes victimes de violence domestique doivent établir que les violences sont telles qu'elles risquent de les *perturber gravement*⁴². Il s'agit alors de démontrer l'intensité et la constance des violences, un acte isolé n'étant jugé suffisant qu'à la condition qu'il soit particulièrement grave⁴³. A cet égard, le TF précise par référence à la Convention d'Istanbul que la notion de violence domestique ne doit pas différer en fonction de l'appartenance culturelle⁴⁴, à défaut la Suisse violerait l'art. 4 par. 3 de la Convention qui précise que les mesures visant à protéger les victimes doivent être appliquées de manière non-discriminatoire.

Tant les violences physiques que psychologiques doivent être prises en compte⁴⁵. S'agissant des violences physiques, le TF précise que « sans légitimer en aucune façon la violence conjugale, n'importe quel conflit ne peut pas permettre au conjoint étranger de prolonger son autorisation de séjour, car telle n'a pas été la volonté du législateur », ce dernier ayant voulu réserver l'octroi d'une autorisation de séjour aux cas de violences conjugales atteignant une certaine gravité ou intensité⁴⁶. Il s'agit d'apprécier la situation dans son ensemble⁴⁷, une combinaison de violence sexuelle, physique et psychique n'étant pas nécessairement suffisante si l'intensité requise n'est pas atteinte⁴⁸. Quant aux contraintes psychiques, elles doivent, selon le TF, impliquer une situation d'oppression domestique constante et d'une intensité suffisante pour être admises⁴⁹. Tel était le cas d'une migrante à qui son mari ne donnait que 11 francs par mois et ne fournissait aucune nourriture, qu'il avait contraint de faire la lessive à la main et avait privée de contact avec l'extérieur (en lui supprimant les connexions TV, téléphone et internet) et dépossédée de tout mobilier lors de son départ du domicile

40 TF, arrêt 2C_922/2019 du 26 février 2020, c. 3.1.

41 CONSEIL FÉDÉRAL, Pratique suivie en matière de droit de séjour des victimes étrangères de violences conjugales, Rapport du CF en réponse au postulat Feri 15.3408 du 5 mai 2015, p. 10.

42 TF, arrêt 2C_361/2018 du 21 janvier 2019, c. 4.1.

43 TF, arrêt 2C_1085/2017 du 22 mai 2018, c. 3.1 ; TF, arrêt 2C_361/2018 du 21 janvier 2019, c. 4.1.

44 TF, arrêt 2C_915/2019 du 13 mars 2020, c. 5.2.

45 ATF 138 II 229 c. 3.2.

46 TF, arrêt 2C_654/2019 du 20 août 2019, c. 2.1

47 ATF 138 II 229 c. 3.2.1 ; TF, arrêt 2C_77/2018 du 2 août 2019, c. 3.1

48 TF, arrêt 2C_77/2018 du 2 août 2019, c. 3.3.4.

49 TF, arrêt 2C_145/2019 du 24 juin 2019, c. 3.6.

conjugal⁵⁰. Tel n'était en revanche pas le cas d'une migrante ayant dû quitter le domicile conjugal à la suite d'une dispute et qui, ayant été à cette occasion menacée par son mari, a ensuite été hébergée pendant quelques mois dans des foyers spécialisés⁵¹.

A cela s'ajoute, selon le TF, que pour être prise en considération, la violence conjugale doit se trouver dans un lien de causalité suffisamment étroit avec la rupture de l'union (« *ein hinreichend enger Zusammenhang* »), faute de quoi il ne saurait être admis que la migrante se trouvait placée face au dilemme de supporter sa situation conjugale ou d'accepter la perspective de perdre son titre de séjour, ni d'ailleurs qu'elle serait sérieusement mise en danger dans sa personnalité du fait de la vie commune⁵².

A notre sens, cette brève présentation de la jurisprudence suscite différentes difficultés au regard de la Convention d'Istanbul. L'on peut tout d'abord s'interroger si l'exigence d'intensité est bien conforme à la Convention. Le Rapport explicatif ne se réfère en effet à aucun degré minimum de gravité : la notion de violence physique « désigne des blessures corporelles provenant de l'emploi d'une force physique immédiate et illégale »⁵³. S'agissant des violences psychologiques, si elles doivent porter « gravement » atteinte à l'intégrité psychique, le Rapport explicatif précise qu'il y a non seulement lieu de prendre en compte la contrainte, mais également les menaces⁵⁴. Or il ressort de la jurisprudence du TAF et du TF – plus particulièrement de l'exigence d'intensité et de causalité – que seuls les actes de violence effectivement perpétrés entrent en considération, à tel point que de nombreuses victimes renoncent, selon les observations du groupe « femmes migrantes et violences conjugales », à quitter leur conjoint de peur que le seuil de gravité exigé ne soit pas jugé atteint⁵⁵.

A notre sens, cette pratique pose problème à deux égards : il y a tout d'abord lieu de rappeler que la Convention d'Istanbul vise avant tout à *prévenir* les actes de violence. A cet égard, l'art. 12 par. 3 impose aux États l'adoption de mesures législatives et autres nécessaires afin de prévenir toutes les formes de violence couvertes par le champ d'application de la Convention. Par ailleurs, parallèlement à l'interdiction de discrimination consacrée par l'art. 4 par. 3, l'art. 12 par. 4 précise que ces mesures doivent tenir compte et traiter « des besoins spécifiques des personnes rendues vulnérables du fait de circonstances particulières ». Le Rapport explicatif se réfère notamment aux personnes appartenant à une minorité ethnique ou nationale ainsi qu'aux migrantes⁵⁶. Alors que le Conseil fédéral vient de se pencher sur la problématique des menaces et, plus généralement, sur la question de la prévention et a jugé nécessaire de mettre en place des mesures visant à détecter précocement les risques de

50 TF, arrêt 2C_361/2018 du 21 janvier 2019, c. 4.4

51 TF, arrêt 2C_145/2019 du 24 juin 2019, c. 3.6.

52 TF, arrêt 2C_842/2019 du 20 décembre 2019, c. 4.4.

53 Rapport explicatif, supra n. 8, par. 187.

54 Rapport explicatif, supra n. 8, par. 179 s.

55 Note d'information du groupe de travail « femmes migrantes et violences conjugales », supra n. 39, p. 3.

56 Rapport explicatif, supra n. 8, par. 87.

violence de manière à prévenir tout passage à l'acte⁵⁷, il n'a pas pris en compte la vulnérabilité particulière des femmes migrantes. Les mesures prévues à l'égard de ces dernières s'appliquent, on l'a vu, uniquement *ex post*: ce n'est que si ces violences suffisamment intenses et constantes ont effectivement été subies et que le lien de causalité entre ces violences et la rupture du lien conjugal a été démontré que certaines migrantes pourront bénéficier d'une protection grâce à l'octroi d'un permis de séjour indépendant.

C. Preuves

Par définition, les violences domestiques ont lieu en privé et soulèvent des questions délicates en matière de preuve. Si le TF admet que l'absence d'enquête pénale ne constitue pas un indice permettant de nier la présence de violences psychologiques – cela d'autant plus lorsqu'un rapport du foyer d'accueil établit que la victime a renoncé à déposer une plainte par crainte d'une nouvelle escalade⁵⁸, il considère en revanche que le fait que l'initiative de la séparation n'émane pas de la victime mais de son conjoint, l'auteur présumé, est un indice fragilisant la preuve des violences⁵⁹, mais qui n'est toutefois pas suffisant pour conclure à l'absence de violences⁶⁰. Le TF considère finalement que les migrantes victimes de violence sont soumises à un « devoir de coopération accru »⁶¹ et qu'il leur appartient de rendre vraisemblable la violence⁶², soit s'il s'agit de violence physique, « d'illustrer de façon concrète et objective, ainsi que d'établir par preuves le caractère systématique de la maltraitance, respectivement sa durée, ainsi que les pressions subjectives qui en résultent »⁶³. Les preuves suivantes sont mentionnées à titre d'exemples : rapports médicaux ou expertises psychiatriques, rapports de police, rapports ou avis de services spécialisés tels que foyers pour femmes ou centres d'aide aux victimes, témoignages crédibles de proches ou de voisins, etc.⁶⁴.

Prendre en compte l'initiative de la séparation comme indice ne nous paraît pas du tout adapté. En effet, comme le TF l'admet s'agissant de la plainte pénale, il arrive que la victime soit sous l'emprise psychologique de son conjoint ou ne prenne pas cette initiative par crainte d'une escalade. Par ailleurs, comme déjà évoqué, lorsqu'elle a un statut de migrante, la victime va repousser la séparation de peur de perdre son titre de séjour. Et, dans le même sens, il peut arriver que l'auteur de violence initie la

57 CONSEIL FÉDÉRAL, La gestion des menaces, en particulier dans le contexte de la violence domestique, Rapport du 11 octobre 2017 en exécution du postulat Feri 13.3441 du 13 juin 2013, pp. 5 s.

58 TF, arrêt 2C_215/2019 du 24 janvier 2020, c. 6.3.

59 TF, arrêt 2C_822/2018 du 23 août 2019, c. 3.2.3.

60 TF, arrêt 2C_777/2018 du 8 avril 2019, c. 4.3.

61 Cf. art. 90 LEI; ATF 138 II 229 c. 3.2.3; ATF 142 I 152 c. 6.2.

62 TF, arrêt 2C_68/2017 du 29 novembre 2017, c. 5.4.1; TF, arrêt 2C_361/2018 du 21 janvier 2019, c. 4.3.

63 TF, arrêt 2C_361/2018 du 21 janvier 2019, c. 4.3.

64 TF, arrêt 2C_361/2018 du 21 janvier 2019, c. 4.3.

séparation précisément dans le but d'entraîner la révocation du permis de séjour de sa conjointe.

S'agissant de l'obligation accrue de coopération et de la charge de rendre vraisemblable la violence, elles ne nous paraissent pas conformes à l'obligation positive qui s'impose aux États d'investiguer en matière de crimes, en l'espèce en matière de violence domestique⁶⁵. Un tel constat se déduit par ailleurs également de l'art. 5 par. 2 de la Convention d'Istanbul selon lequel « les Parties prennent les mesures législatives et autres nécessaires pour agir avec la diligence voulue afin de prévenir, enquêter sur, punir, et accorder une réparation pour les actes de violence couverts par le champ d'application de la présente Convention commis par des acteurs non étatiques ».

D. Différence de traitement en fonction du statut des migrantes

Comme nous l'avons relevé préalablement, la LEI et l'OASA n'accordent pas la même protection aux migrantes victimes de violence en distinguant selon leur statut civil (mariée ou non) et leur statut migratoire (titulaire ou non d'un titre de séjour et situation juridique de leur conjoint), raison pour laquelle la Suisse a décidé d'émettre une réserve à l'art. 59 de la Convention d'Istanbul. Interpelé par la motion de Lisa Mazzone visant à octroyer les mêmes droits à toutes les migrantes victimes de violence, le Conseil fédéral a répondu qu'une modification du régime légal n'était pas nécessaire dès lors que les conditions consacrées par les art. 50 LEI et 77 OASA seraient « identiques »⁶⁶.

Cette argumentation ne convainc pas. Comme nous l'avons vu, la situation des migrantes fait l'objet d'une réglementation différente à plusieurs égards : alors que certaines d'entre elles bénéficient d'un *droit* à l'octroi d'un titre de séjour indépendant (art. 50 al. 1 let. b LEI), d'autres sont soumises au pouvoir d'appréciation des autorités (art. 77 al. 1 let. b OASA), voire tout simplement exclues du régime dédié à la violence domestique. Ces différences de traitement ont par ailleurs des conséquences en matière procédurale : seules les bénéficiaires de l'art. 50 al. 1 let. b LEI peuvent déposer un recours en matière de droit public auprès du TF⁶⁷. Dès lors que l'art. 83 LTF⁶⁸ exclut le recours en matière de droit public lorsque les migrantes ne peuvent pas se prévaloir d'un droit au séjour, seul le recours constitutionnel subsi-

65 VLADISLAVA STOYANOVA, « A Stark Choice: Domestic Violence or Deportation? The Immigration Status of Victims of Domestic Violence under the Istanbul Convention », 20 *European Journal of Migration and Law* (2018), 53–82, spéc. 67.

66 Avis du Conseil fédéral du 21 novembre 2018 en réponse à la Motion de Liza Mazzone (18.4062), disponible sur internet : <<https://www.parlament.ch/fr/ratsbetrieb/suche-curia-vista/geschaeft?AffairId=20184062>>.

67 CHLOÉ MAIRE, « Une protection effective pour toutes et tous en cas de violences conjugales », 35 *ASYL* (2020), 22–25, spéc. 24.

68 Loi du 17 juin 2005 sur le Tribunal fédéral (LTF, RS 173.110).

diare est ouvert dans les autres cas, et pour le surplus, uniquement à l'encontre des décisions des autorités cantonales (art. 113 ss LTF). En cas de décision négative du SEM, seul un recours auprès du TAF est alors ouvert, dont le jugement est définitif.

Cette réglementation est, à notre sens, contraire à la Convention d'Istanbul. En effet, si la réserve émise à l'égard de l'art. 59 permet à la Suisse de ne pas se conformer aux exigences de cette dernière disposition, elle ne l'autorise en revanche pas à se soustraire à ses autres obligations générales. Plus particulièrement, la réglementation susmentionnée et les conséquences procédurales qui en découlent posent gravement problème au regard de l'art. 4 par. 3 de la Convention qui impose aux États parties de mettre en œuvre la Convention sans discrimination fondée notamment sur « le statut de migrant »⁶⁹.

E. Renouvellement du permis

Après avoir obtenu un titre de séjour indépendant, les migrantes victimes de violence domestique se voient confrontées au défi de le conserver. En effet, à la suite des violences subies, les victimes ne sont pas toujours en mesure de respecter les exigences qui s'imposent à elles pour continuer à bénéficier de leur droit de séjour. Il en va principalement de l'exigence d'indépendance financière ou d'intégration que les migrantes, même non victimes de violence, peinent déjà à satisfaire : titulaires d'une autorisation de séjour à titre dérivé, elles viennent en Suisse essentiellement en leur qualité d'épouse et de mère⁷⁰. A ce titre, les activités qu'elles exercent dans leur foyer ne bénéficient d'aucune reconnaissance, encore moins d'une rétribution financière, et ne leur permettent pas de cultiver leur intégration. Un tel constat est souvent exacerbé lorsque les migrantes sont victimes de violence.

Or, l'indépendance financière et l'intégration sont des exigences nécessaires pour conserver un titre de séjour en Suisse (cf. art. 62 al. 1 let. d, e et g LEI). A cet égard, si une évolution a récemment été consentie par le Conseil fédéral et par le SEM qui admettent que le recours à l'aide sociale ou le déficit d'intégration ne doivent pas nuire à la victime s'ils sont dus aux violences⁷¹, il n'en demeure pas moins que cet aspect soulève à nouveau une problématique du point de vue de la preuve. Démontrer que le déficit d'intégration ou le recours à l'aide sociale sont « directement imputables à la violence conjugale » sera particulièrement délicat au vu du large pouvoir d'appréciation dont bénéficient les autorités. A cela s'ajoute le fait que la conclusion

69 S'agissant de la législation britannique, STOYANOVA, supra n. 65, 75 s.

70 MONIKA PFAFFINGER & DOMINO HOFSTETTER, « Art. 16 CEDAW – Umsetzung », dans: Erika Schläppi, Silvia Ulrich & Judith Wyrtenbach (éds.), CEDAW – Kommentar, Berne 2015, 1211–1249, spéc. 1240 s, par. 77 s.

71 Avis du Conseil fédéral du 21 novembre 2018, supra n. 66; Secrétariat aux migrations (SEM), Directives et commentaires – Domaine des étrangers, version du 1^{er} novembre 2019, ch. 6.15.3.3.

d'une convention d'intégration, comme le prévoit le SEM dans ses directives⁷², est jugé négativement par les spécialistes du domaine dès lors que cela constitue une pression importante sur les migrantes victimes qui se retrouvent souvent seules à assumer leurs enfants et doivent se remettre de séquelles durables⁷³.

Au regard de la Convention, la révocation ou le non-renouvellement du titre de séjour d'une migrante victime de violence au motif qu'elle émarge à l'aide sociale et ne s'est pas suffisamment bien intégrée n'est pas sans soulever certaines difficultés. Il est tout d'abord important de relever que l'art. 20 de la Convention prévoit l'obligation des États parties de mettre en place des services de soutien à l'égard des victimes, notamment une assistance financière, un soutien social ainsi que des mesures en matière d'éducation, de formation et de soutien dans la recherche d'un emploi⁷⁴. Or ces mesures de soutien doivent être accordées sans discrimination (cf. à nouveau art. 4 par. 3 de la Convention d'Istanbul) à toutes les victimes de violence, c'est-à-dire tant les Suissesses que les migrantes et cela peu importe leur statut. A cela s'ajoute que les motifs de révocation évoqués préalablement ne visent pas ou que de manière restrictive les titulaires d'autorisations d'établissement (cf. art. 62 al. 1 et 63 LEI). Il existe alors le risque que les migrantes victimes se sentent contraintes d'endurer une relation violente pour obtenir une telle autorisation et assurer par là-même leur séjour en Suisse plutôt que de risquer le non-renouvellement de leur titre de séjour pour les motifs évoqués ci-dessus⁷⁵.

En définitive, pour conclure ce chapitre III, il y a lieu de relever que le fait que la Suisse ait formulé une réserve à l'art. 59 ne saurait l'exempter de respecter ses obligations générales découlant de la Convention de ne procéder à aucune discrimination fondée sur le statut de migrantes et de prévenir et lutter contre la violence fondée sur le genre dont la violence domestique constitue une forme particulièrement grave.

IV. Violence fondée sur le genre comme fondement d'une protection internationale

Les art. 60 et 61 de la Convention d'Istanbul concernent le besoin de protection par l'État d'accueil des femmes qui ont fui leur pays en raison de violences liées au genre ou pour une autre raison mais qui ont subi des violences liées au genre durant le voyage. En dédiant ses art. 60 et 61 spécifiquement aux femmes relevant du domaine de l'asile, la Convention les qualifie de personnes particulièrement vulnérables à la

72 SEM, Directives et commentaires – Domaine des étrangers, version du 1^{er} novembre 2019, ch. 6.15.3.3.

73 Note d'information du groupe de travail « femmes migrantes et violences conjugales », supra n. 39, p. 7.

74 STOYANOVA, supra n. 65, 77.

75 STOYANOVA, supra n. 65, 76.

violence liée au genre⁷⁶ et impose aux États l'obligation d'adopter une vision sensible au genre dans l'application du droit des réfugiés et du principe de non-refoulement.

Bien que la portée contraignante et novatrice de cette obligation soit relativisée par les rédacteurs et rédactrices du traité, nous verrons que la prise en compte du cadre général de la Convention d'Istanbul permet de proposer une interprétation plus ambitieuse, et selon nous plus juste, avec des implications concrètes pour le droit et la pratique suisses en matière d'asile.

A. Portée *a priori* limitée des articles 60 et 61 Convention d'Istanbul

Le Rapport explicatif de la Convention précise que l'art. 60 par. 1, qui vise à reconnaître la violence liée au genre comme « persécution » ou « préjudice grave », ne fait que consacrer une pratique existante⁷⁷ et n'a pas pour effet que toute violence liée au genre doive automatiquement être qualifiée d'une intensité suffisante pour entraîner la reconnaissance du statut de réfugié ou l'octroi d'une protection complémentaire⁷⁸. L'art. 60 par. 2 est, quant à lui, formulé de manière non contraignante à l'attention des États⁷⁹. Il rappelle le cadre juridique existant en droit des réfugiés sans ajouter un motif d'asile fondé sur le genre⁸⁰. Interprétée littéralement, la disposition se borne à exhorter les États à interpréter de manière sensible au genre les motifs d'asile inscrits dans la Convention de Genève⁸¹. L'art. 60 par. 3, qui requiert des États qu'ils intègrent une vision sensible au genre dans les procédures d'asile et d'accueil, laisse également une grande marge d'appréciation aux États dans la mise en œuvre de cette obligation⁸². Quant à l'art. 61, qui exige des États qu'ils respectent le principe de non-refoulement à l'égard des victimes de violences fondées sur le genre, il ne ferait pas obstacle à l'exception au principe de non-refoulement selon la Convention de

76 Par rapport aux femmes migrantes, Rapporteur spécial pour les droits de l'homme des migrants, *L'impact de la migration sur les femmes et les filles migrantes : une perspective de genre*, Rapport du Rapporteur spécial sur les droits de l'homme des migrants, 15 avril 2019, A/HRC/41/38, par. 43. Sur la population migrante féminine en Suisse : BRIGITTE SCHNEGG, « Geschlechterdimensionen der Migration in der Schweiz », dans : Christina Hausammann & Walter Kälin (éds.), *Geschlechtergleichstellung im Migrationskontext, Bevormundung oder Emanzipation ?*, Berne 2014, 11–32.

77 Rapport explicatif, supra n. 8, par. 311.

78 Rapport explicatif, supra n. 8, par. 311. L'art. 60 par. 1 se bornerait à affirmer le besoin de protection des femmes concernées, DOLORES MORONDO TARAMUNDI, « Gender-based violence against women and international protection needs », dans : Johanna Niemi, Lourdes Peroni & Vladislava Stoyanova (éds.), *International Law and Violence Against Women, Europe and the Istanbul Convention*, Abingdon/New York 2020, 241–256, spéc. 251. Le GREVIO souligne à titre de *bonne pratique* le fait pour des États d'avoir inscrit dans leur législation la reconnaissance des persécutions liées au genre, 1^{er} Rapport général sur les activités du GREVIO, Strasbourg 2020, par. 70.

79 « Les États veillent à ».

80 Rapport explicatif, supra n. 8, par. 312.

81 Convention du 28 juillet 1951 relative au statut des réfugiés, RS 0.142.30.

82 Le Rapport explicatif contient une liste de « bonnes pratiques » au par. 317.

Genève⁸³ (malgré le caractère absolu du principe de non-refoulement au sens de l'art. 3 CEDH⁸⁴).

Au vu de ces « disclaimers », la doctrine pense que l'occasion a été manquée de préciser ce qu'une approche sensible au genre dans le domaine de la protection internationale implique précisément⁸⁵.

Néanmoins, si l'on prend en compte le cadre général de la Convention relatif aux violences liées au genre, la portée des dispositions spécifiques du domaine de l'asile est susceptible d'être interprétée de manière plus large. Il s'agira, dans un premier temps, de procéder à cette interprétation systématique et, dans un second temps, de préciser ses implications pour le droit et la pratique suisses en matière d'asile. Dans ce cadre, nous examinerons en particulier la violence domestique. Elle cristallise en effet les controverses autour de la violence liée au genre comme motif d'asile du fait qu'elle est perpétrée par un acteur privé.

La portée de l'art. 60 par. 3 de la Convention dans le contexte suisse ayant déjà été analysée ailleurs⁸⁶, nous nous concentrerons sur l'art. 60 par. 1 et par. 2. Par ailleurs, l'analyse des par. 1 et 2 de l'art. 60 étant liée à l'article 61 en matière de non-refoulement, cette dernière disposition ne fera pas l'objet de développements distincts.

B. Portée de l'obligation d'interprétation sensible au genre des notions de persécution et de préjudice grave

Comme évoqué par le Rapport explicatif de la Convention d'Istanbul, les violences qui touchent spécifiquement ou de manière disproportionnée les femmes (« gender-specific forms of harms »)⁸⁷ sont généralement reconnues, dans la pratique des États, comme constituant des préjudices susceptibles d'entraîner la reconnaissance de la qualité de réfugié.e ou l'octroi d'une protection complémentaire⁸⁸. Cette évolution du contenu de la persécution s'explique, d'une part, par sa texture ouverte⁸⁹ et, d'autre

83 Rapport explicatif, supra n. 8, par. 322.

84 Cour EDH, *Soering c. Royaume-Uni*, req. n° 14038/88, 7 juillet 1989, par. 88.

85 TARAMUNDI, supra n. 78, 255.

86 LUCIA DELLA TORRE, « La pratique suisse concernant les < motifs de fuite spécifiques aux femmes > à la lumière de la Convention d'Istanbul », 35 ASYL (2020), 10–15, spéc. 13–14.

87 ANDREAS ZIMMERMANN & CLAUDIA MAHLER, « Article 1 A, para. 2 », dans : Andreas Zimmermann (éd.), *The 1951 Convention Relating to the Status of Refugees and its 1967 Protocol*, A Commentary, Oxford 2011, par. 461–463.

88 Rapport explicatif, supra n. 8, par. 311 ; ZIMMERMANN & MAHLER, supra n. 87, par. 476–485 (viol, mutilations génitales féminines, stérilisation ou avortement forcé, mariage forcé, ainsi que, sous certaines conditions et selon les États, la violence domestique et les discriminations). C'est également le cas dans la pratique administrative suisse, sous réserve des controverses évoquées ci-après ou de la pertinence en matière d'asile, cf. SEM, Article D2 : Les persécutions liées au genre, Manuel Asile et Retour, pp. 7–9 et pp. 13–15.

89 ZIMMERMANN & MAHLER, supra n. 87, par. 216 ; DENIS ALLAND & CATHERINE TEITGEN-COLLY, *Traité du droit de l'asile*, Paris 2002, 369–370.

part, par le rapport intime qu'entretiennent la notion de persécution (*a fortiori* celle de préjudice grave⁹⁰) et les droits humains⁹¹. Ainsi, la plupart de ces formes spécifiques de violence à l'égard des femmes correspond à la définition du traitement cruel, inhumain ou dégradant consacrée par la Convention contre la torture⁹², le Pacte international relatif aux droits civils et politiques⁹³ ou la CEDH ou à d'autres violations graves des droits humains⁹⁴.

Néanmoins, plusieurs aspects des liens entre la notion de persécution, en particulier, et les violences liées au genre sont toujours controversés. A notre avis, ces controverses pourraient être résolues grâce aux dispositions générales de la Convention d'Istanbul.

1. Premier aspect controversé : la dimension originellement privée de la violence

Jusque dans les années 1990, la violence à l'égard des femmes était considérée comme une affaire privée. En droit des réfugiés, cette vision était renforcée par la théorie de l'imputabilité (« accountability theory ») qui a longtemps prévalu dans certains pays du continent européen, notamment en Suisse. Selon cette théorie, aujourd'hui abandonnée, lorsque les actes ou les menaces en cause n'étaient pas le fait direct de l'État d'origine mais d'acteurs non-étatiques, seule la preuve d'un « fait coupable » par l'État d'origine permettait la qualification de persécution⁹⁵. Or, en cas de violence à l'égard des femmes, l'origine de la violence est dans la grande majorité des cas non-étatique. Par définition, elle l'est toujours dans le cas de la violence domestique⁹⁶. Cependant, même lorsque la violence à l'égard de la femme était perpétrée par un agent de

90 La définition des « atteintes graves » (protection subsidiaire) se réfère explicitement, à l'article 15 b) de la Directive Qualification (2011/95/UE), à la torture et aux traitements inhumains ou dégradants.

91 ZIMMERMANN & MAHLER, supra n. 87, par. 216–233; JEAN-YVES CARLIER, « Et Genève sera ... La définition du réfugié : bilan et perspectives », dans : Vincent Chetail (éd.), La Convention de Genève du 28 juillet 1951 relative au statut des réfugiés 50 après : bilan et perspectives, Bruxelles 2001, 63–89, spéc. 79–83. Cf. aussi JAMES HATHAWAY & MICHELLE FOSTER, *The Law of Refugee Status*, Cambridge 2014, 193 et s. et les références citées, infra n. 103.

92 Convention du 10 décembre 1984 contre la torture et autres peines ou traitements cruels, inhumains ou dégradants, RS 0.105.

93 Pacte II, RS 0.103.2.

94 Cf. références note 88.

95 ZIMMERMANN & MAHLER, supra n. 87, par. 282–310; WALTER KÄLIN, « Non-State Agents of Persecution and the Inability of the State to Protect », dans : *The Changing Nature of Persecution* (4th Conference, October 2000, Berne, International Association of Refugee Law Judges), Berne 2001, 43–59, spéc. 46–51.

96 REGAN RALPH, « Violence Against Women, Women's Status, and the Role of Governments in Violating Human Rights », dans : *The Changing Nature*, supra n. 95, 85–91.

l'État, la motivation de la violence était, en l'absence d'autres éléments, considérée comme privée⁹⁷.

C'est à partir des années 1990 que la dimension publique de la violence à l'égard des femmes est apparue. Ainsi, le Comité pour l'élimination de la discrimination à l'égard des femmes (CEDEF) a considéré que la violence à l'égard des femmes constituait une discrimination au sens de la Convention sur l'élimination de toutes les formes de discriminations à l'égard des femmes⁹⁸. En droit des réfugiés, la théorie de la protection, qui a progressivement gagné du terrain sur celle de l'imputabilité, a mis l'accent sur l'absence de protection effective par l'État contre des actes perpétrés par des acteurs non-étatiques pour conclure à une persécution. En outre, la reconnaissance de la violence à l'égard des femmes liée au genre comme une violation grave des droits fondamentaux a eu un impact sur la notion de persécution en droit des réfugiés⁹⁹.

Dans la pratique contemporaine, en Suisse notamment, c'est donc le critère de l'absence de protection effective par l'État qui est déterminant pour qualifier de persécutions les violations graves ou durables perpétrées par des acteurs non-étatiques contre un individu. Or, ce « nexus »¹⁰⁰ entre préjudices et absence de protection effective par l'État fait l'objet de diverses interprétations en pratique. Par exemple, selon quels critères peut-on affirmer que l'État d'origine n'a pas la capacité ou la volonté de protéger effectivement les femmes contre la violence (protection *effective*) ? Faut-il que cette absence de protection effective soit justifiée par une volonté de discriminer les femmes par rapport aux hommes ou une femme en particulier (intention *discriminatoire*) ?

L'art. 60 par. 1 de la Convention d'Istanbul ne répond pas, en tant que tel, à ces interrogations, se bornant comme on l'a vu à affirmer le besoin de protection des femmes contre la violence fondée sur le genre. C'est dans le cadre général de la Convention d'Istanbul que les réponses doivent être cherchées. Ainsi, la Convention d'Istanbul devrait constituer un standard de référence afin de déterminer si l'État d'origine de la personne apporte une protection efficace contre les violences liées au genre (a). En outre, la définition de la Convention d'Istanbul de la notion de « vio-

97 GILL GOODWIN-GILL & JANE MAC ADAM, *The Refugee in International Law*, Oxford 2007, 81.

98 CEDEF, Recommandation générale n° 19, U.N.Doc.HRI\GEN\1\Rev.1, 1992, par. 1 et par. 6-7.

99 DEBORAH ANKER, « Refugee Status and Violence Against Women in the <Domestic Sphere> : the Non-State Actor Question », dans : *The Changing Nature*, supra n. 95, 92-101, spéc. 92. Sur l'impact des droits de l'Homme sur une vision sensible au genre du droit des réfugiés, cf. inter alia AUDREY MACKLIN, « Refugee Women and the Imperative of Categories », 17 *Human Rights Quarterly* (1995), 213-277 ; DEBORAH ANKER, « Refugee Law, Gender and the Human Rights Paradigm », 15 *Harvard Human Rights Law Journal* (2002), 133-154 ; THOMAS SPIJKERBOER, *Gender and refugee status*, Dartmouth 2000 ; Abel Efrat et al. (éds.), *Gender in refugee law : from the margins to the centre*, Abingdon 2014. Par rapport à la Suisse, cf. WALTER KÄLIN, « Gender-Related Persecution », dans : Vincent Chetail & Vera Gowlland-Debbas (éds.), *Switzerland and the International Protection of Refugees*, The Hague 2002, 111-128.

100 HATHAWAY & FOSTER, supra n. 91, 185.

lence à l'égard des femmes » comme « une forme de discrimination à l'égard des femmes », rend tout critère basé sur une intention discriminatoire de l'État (de ne pas apporter de protection) injustifié (b).

a) La Convention d'Istanbul comme standard de référence pour évaluer l'effectivité de la protection

Lorsqu'il s'agit d'évaluer si l'État d'origine veut et peut apporter une protection effective à une femme qui risque d'être victime de violence liée au genre, la question des standards à prendre en considération est délicate. Mais lorsque l'État d'origine a ratifié la Convention d'Istanbul, l'autorité chargée de cette évaluation dispose d'un instrument de référence parfaitement adéquat¹⁰¹. En effet, la Convention d'Istanbul consacre différentes dispositions non spécifiques à la migration impliquant une obligation générale de prévention, d'enquête, de punition et de réparation¹⁰², ainsi que des obligations plus spécifiques s'agissant des enquêtes et poursuites pénales effectives¹⁰³. Par exemple, le constat avéré de manquements en matière d'enquêtes et de poursuites pénales en cas d'allégations de violence fondée sur le genre devrait permettre de conclure à l'absence de volonté et/ou à l'incapacité de l'État de protéger effectivement les victimes¹⁰⁴. Des manquements avérés en matière de protection et d'assistance aux victimes¹⁰⁵ de violence fondée sur le genre devrait entraîner le même constat.

Les rapports d'évaluation du GREVIO sur la mise en œuvre, article par article, de la Convention d'Istanbul dans les pays d'origine concernés fournissent des renseignements précieux. Ainsi, un examen approfondi de la capacité et de la volonté de l'État de protéger les femmes contre des violences liées au genre doit impérativement prendre en considération ces rapports, lorsqu'ils sont disponibles. A cela s'ajoute que le contenu des obligations contenues dans la Convention d'Istanbul est susceptible d'être interprété par la Cour européenne des droits de l'homme par le biais des obligations positives des art. 2 et 3 CEDH¹⁰⁶. L'exigence d'un examen approfondi, sur la base d'informations sur le pays, découle par ailleurs de l'obligation procédurale de

101 LOUISE HOOPER, *Gender-Based Asylum Claims and Non-Refoulement: Articles 60 and 61 of the Istanbul Convention*, Strasbourg 2019, 24, accessible en ligne : <<https://rm.coe.int/conventionistanbul/article60-61-web/1680995244>>.

102 Art. 5 par. 2 Convention d'Istanbul.

103 Art. 49 à 58 Convention d'Istanbul.

104 Par exemple, lorsqu'il n'y a pas d'enquête ou de poursuite lorsque l'acte sexuel a eu lieu sans résistance physique, bien que sans consentement, HOOPER, supra n. 101, 16.

105 Art. 18 à 28 Convention d'Istanbul.

106 EUGÉNIE D'URSEL, « La Convention du Conseil de l'Europe sur la prévention et la lutte contre les violences à l'égard des femmes: une révolution silencieuse? », 113 *Revue trimestrielle des droits de l'homme* (2018), 29-49; KITERI GARCIA, « Violences domestiques et féminicide: la Cour européenne des droits de l'homme réceptive aux crimes de genre », 113 *Revue trimestrielle des droits de l'homme* (2018), 257-271.

l'art. 3 CEDH en lien avec l'art. 13 CEDH¹⁰⁷. Dans un tel cas, le fardeau de la preuve (de démontrer que l'État peut et veut apporter une protection efficace à la requérante contre ces violences) repose sur l'État menant la procédure d'asile¹⁰⁸.

A la lumière de ces considérations, la jurisprudence du TAF sur la volonté et la capacité de l'État turc de protéger les femmes victimes de violences, en particulier domestiques, apparaît critiquable. En effet, le TAF a affirmé, dans un arrêt de référence du 12 juin 2018¹⁰⁹, confirmé dans un arrêt du 8 novembre 2019¹¹⁰, que « die türkischen Behörden sind entschlossen, gegen das Phänomen [der häuslichen Gewalt] effektiv vorzugehen und grundsätzlich auch in der Lage, Schutz zu gewähren »¹¹¹. Si le TAF a relativisé la capacité et la volonté de protection de la Turquie dans les régions rurales¹¹² et, de manière générale, depuis la tentative de putsch en 2016¹¹³, il n'a néanmoins pas modifié sa jurisprudence pour tenir compte de l'évolution du climat politique défavorable à la lutte contre les violences sexistes¹¹⁴.

Relevons par ailleurs que dans sa jurisprudence récente sur la Turquie, le TAF ne se réfère ni à la Convention d'Istanbul ni à l'évaluation de la Turquie par le GREVIO pour apprécier l'effectivité de la protection des femmes contre les violences. Au contraire, plutôt que de constituer un outil de protection des femmes, la Convention en vient même à pénaliser ces dernières dans la jurisprudence du TAF portant sur la Géorgie¹¹⁵, l'Albanie¹¹⁶ ou la Macédoine¹¹⁷. Le TAF considère en effet que le fait que ces États aient ratifié la Convention d'Istanbul prouve leur volonté de lutter contre la violence liée au genre¹¹⁸. Il semble même que la ratification de la Convention par l'État d'origine a eu pour effet de renverser le fardeau de la preuve sur la requérante

107 Ce seuil est bas, ANNE-LAURENCE GRAF & AURÉLIE MARIOTTI, « Célérité des nouvelles procédures d'asile et droits humains. Aspects problématiques et suggestions de compatibilité à la lumière de la CEDH », Jusletter 15 avril 2019, par. 14.

108 THOMAS SPIJKERBOER, « Subsidiarity and <Arguability> : the European Court of Human Rights' Case Law on Judicial Review in Asylum Cases », 21 *International Journal of Refugee Law* (2009), 48–74, spéc. 62–63. Ce sont également les exigences en Suisse, cf. les références dans : NULA FREI, « Die Schutztheorie bei der Anwendung des Flüchtlingsbegriffs », 33 *ASYL* (2018), 16–23, spéc. 19, n. 30.

109 TAF, arrêt E-1948/2018 du 12 juin 2018, c. 5.2.

110 TAF, arrêt E-4377/2019 du 8 novembre 2019, c. 6.1.

111 TAF, arrêt E-1948/2018 du 12 juin 2018, c. 5.2 et s. ; TAF, arrêt E-4377/2019 du 8 novembre 2019, c. 6.1.2.

112 TAF, arrêt E-4377/2019 du 8 novembre 2019, c. 6.1.2.

113 TAF, arrêt E-4377/2019 du 8 novembre 2019, c. 6.1.3.

114 Même constat concernant l'évaluation de l'effectivité de la protection des victimes de traite des êtres humains, NULA FREI, *Menschenhandel und Asyl : die Umsetzung der völkerrechtlichen Verpflichtungen zum Opferschutz im schweizerischen Asylverfahren*, Baden-Baden/Berne 2018, 261.

115 TAF, arrêt E-6171/2019 du 14 avril 2020, c. 6.5.1.

116 TAF, arrêt D-6907/2019 du 24 février 2020.

117 TAF, arrêt E-2883/2019 du 28 juin 2019, c. 4.4.1.

118 NULA FREI parvient à la même critique s'agissant de la traite des êtres humains et la Convention anti-traite du Conseil de l'Europe, *Menschenhandel*, supra n. 114, 574.

invoquant des défauts de protection¹¹⁹. Pourtant, dans son rapport sur la Turquie notamment, le GREVIO a exprimé de sérieuses préoccupations s'agissant de la réduction, à la suite du coup d'État avorté de 2016, des ressources des autorités de jugement et de poursuite¹²⁰, ainsi que des mentalités persistantes au sein de la police visant à considérer la violence domestique comme une affaire privée¹²¹.

En définitive, pour respecter son obligation d'interpréter de manière sensible au genre la notion de « persécutions », le TAF aurait dû, à notre sens, évaluer de manière sensible au genre la protection effective par l'État d'origine en tenant compte de la mise en œuvre *effective* de la Convention d'Istanbul.

b) L'intention discriminatoire, inhérente à la violence liée au genre

La question de savoir si l'absence de protection effective par l'État doit être motivée par une volonté de discriminer les femmes par rapport aux hommes ou vis-à-vis d'une femme en particulier est controversée. Cette question est intimement liée¹²² au critère de discrimination qui se trouve au cœur de la notion de réfugié¹²³. La persécution est une forme (extrême) de discrimination. Cette idée est exprimée en Suisse par le TAF dans sa jurisprudence constante (« wegen äusserer oder innerer Merkmale »)¹²⁴. En ce sens, en cas de persécution non-étatique, il y a un-e réfugié-e si l'acteur non-étatique a l'intention de viser sa victime pour une raison discriminatoire ou, *de manière alternative*¹²⁵, si l'État refuse d'apporter sa protection à la victime pour une raison discriminatoire. Or, même lorsque la violence est *a priori* d'origine privée, la nature structurelle et discriminatoire *per se* de la violence liée au genre, selon la Convention d'Istanbul¹²⁶, rend à notre avis le critère de l'intention discriminatoire de l'État superfluo dans les cas de violence liée au genre.

Dans la pratique suisse, il est généralement admis que l'absence de protection par l'État ne doit pas être justifiée par un motif d'asile prévu par la Convention de Genève dès lors que la persécution est motivée, dans la perspective de l'acteur non-éta-

119 Cf. TAF, arrêt E-2883/2019 du 28 juin 2019, c. 4.4.2.

120 GREVIO, Rapport Turquie, supra n. 13, par. 276.

121 GREVIO, Rapport Turquie, supra n. 13, par. 278.

122 Cette controverse est également liée à l'évolution de la théorie de l'imputabilité vers celle de la protection. Dans l'affaire *Shah*, les juges anglais ont retenu l'existence de persécutions en raison des violences du mari et l'absence de protection par l'État de la femme de manière discriminatoire par rapport aux hommes, ANKER, Refugee Status, supra n. 99, 95–96, approche déjà critiquée par ANKER en raison de la nature structurelle de la violence à l'égard des femmes.

123 VINCENT CHETAİL, International Migration Law, Oxford 2019, 172.

124 Par exemple TAF, arrêt D-262/2017 du 1^{er} mai 2017, c. 4.2 et 5.1 ; JICRA 2006/32 (c. 8.7.1) constitue le socle conceptuel de cette jurisprudence (ANNE-LAURENCE GRAF, « Le motif de persécution tiré de l'appartenance à un groupe social déterminé », 33 ASYL (2018), 3–11, spéc. 5).

125 HATHAWAY & FOSTER, supra n. 91, 373.

126 JOHANNA NIEMI & AMALIA VERDU SANMARTIN, « The concepts of gender and violence in the Istanbul Convention », dans : International Law and Violence, supra n. 78, 77–94, spéc. 80.

tique, par un motif pertinent en matière d'asile. Néanmoins, il ressort de la pratique des autorités suisses, ainsi que parfois de la jurisprudence du TAF, qu'une intention discriminatoire, liée au genre de la victime, pour refuser la protection par l'État d'origine est exigée pour certaines formes de persécutions liées au genre¹²⁷. Dans la jurisprudence du TAF, cette double exigence se déduit de l'expression « défaut de protection lié à sa condition féminine »¹²⁸. Si le TAF considère que cette condition est en principe remplie dans des pays dans lesquels il existe des législations discriminatoires à l'égard des femmes (Ethiopie ou Afghanistan), ce critère est en revanche difficile à satisfaire lorsque l'État n'a pas la capacité (pour des raisons structurelles) d'apporter une protection adéquate. A cet égard, la jurisprudence développée sur le fondement de l'article 3 al. 2 de la loi sur l'asile (LAsi)¹²⁹ par la Commission suisse de recours en matière d'asile (CRA) en rapport avec l'Ethiopie¹³⁰ apparaît critiquable lorsqu'elle est généralisée à d'autres contextes¹³¹. La pratique suisse méconnaît ainsi la nature discriminatoire *per se* de la violence liée au genre même perpétrée par un acteur privé.

2. Deuxième aspect controversé : l'intensité des préjudices

Le Rapport explicatif de la Convention d'Istanbul précise que la reconnaissance des violences liées au genre comme des « persécutions » ou des « préjudices graves » n'implique pas automatiquement que la condition d'intensité soit atteinte par toute violence liée au genre. La condition d'intensité des préjudices est liée au besoin de protection¹³². La vie dans le pays d'origine doit être intolérable, non seulement d'un point de vue subjectif, mais aussi selon des critères objectifs qui renvoient à la nature ou à la répétition des atteintes aux droits humains¹³³. En l'occurrence, l'intensité des préjudices est réputée être satisfaite en cas d'atteintes à l'intégrité physique (telles que

127 SEM, Article D2, supra n. 88, p. 11. Cette double exigence a été critiquée par NULA FREI concernant la pratique du SEM sur la traite des êtres humains, Menschenhandel, supra n. 114, 276.

128 ATAF 2011/51, c. 7 et 8. Par exemple : « ist ein flüchtlingsrechtlich relevantes Verfolgungsmotiv gegeben, wenn das Ausbleiben eines adäquaten staatlichen Schutzes vor Verfolgern in einer Diskriminierung aufgrund des Geschlechts begründet liegt » (TAF, arrêt E-1175/2020 du 16 mars 2020, c. 5.2). Cf. aussi TAF, arrêt D-2918/2018 du 12 août 2019, c. 6.6.

129 LAsi (RS 142.31), « Il y a lieu de tenir compte des motifs de fuite spécifiques aux femmes ».

130 JICRA 2006/32.

131 Cf. par exemple l'arrêt du TAF D-2282/2018 du 5 avril 2019, c. 5.4–5.5 (le TAF reproche à la recourante de ne pas avoir suffisamment démontré que les femmes Hazari sont moins bien protégées contre la violence que les hommes Hazari ou qu'elles seraient moins bien traitées vis-à-vis des autres femmes pakistanaises).

132 ALLAND & TEITGEN-COLLY, supra n. 89, 373 et s.

133 En droit suisse, l'art. 3 al. 2 LAsi précise la notion de « sérieux préjudices », tout en laissant matière à interprétation dans chaque cas d'espèce.

les mutilations génitales féminines¹³⁴, la stérilisation forcée¹³⁵ et le viol¹³⁶), en prenant en compte la souffrance morale. Il y a néanmoins matière à interprétation s'agissant des souffrances psychologiques. Or, la Convention d'Istanbul reconnaît un large spectre de préjudices pouvant constituer une violence liée au genre en se référant aux dommages ou souffrances « de nature physique, sexuelle, psychologique ou économique »¹³⁷.

Ainsi, l'art. 60 par. 1 de la Convention d'Istanbul pourrait avoir un impact sur la prise en compte de certains actes qui semblent *a priori* en-deçà du seuil d'intensité requis pour constituer de sérieux préjudices selon le droit suisse d'asile. Il en est ainsi du harcèlement obsessionnel (« stalking ») ou sexuel¹³⁸ : dans la mesure où il entraîne chez la femme des souffrances psychologiques, il devrait atteindre l'intensité suffisante pour être qualifié de préjudice susceptible d'entraîner un besoin de protection. La pratique actuelle en matière d'asile en Suisse ne semble pas conforme à cette interprétation¹³⁹. S'agissant de la violence domestique, la violence de nature psychologique ou économique¹⁴⁰ dans le pays d'origine devrait également être considérée comme d'une intensité suffisante, même en l'absence de violences physiques, de même que les discriminations dont sont victimes les femmes en raison de leur genre dès lors qu'il en résulte des souffrances¹⁴¹. La Convention d'Istanbul permet de fonder le caractère objectif de telles souffrances¹⁴².

L'art. 60 par. 1 de la Convention d'Istanbul, interprété à la lumière de la définition de la violence liée au genre, devrait donc permettre une nouvelle interprétation de la notion de « sérieux préjudices » au sens de l'art. 3 al. 2 LAsi. Plus particulièrement, la précision par le législateur suisse qu'il doit être tenu compte des motifs de fuite spécifiques aux femmes doit être interprétée conformément à la Convention d'Istanbul. Ces précisions par la Convention permettent à notre avis de donner à la notion de persécutions liées au genre un contenu moins « creux » qu'auparavant¹⁴³.

134 HATHAWAY & FOSTER, supra n. 91, 214.

135 HATHAWAY & FOSTER, supra n. 91, 216.

136 HATHAWAY & FOSTER, supra n. 91, 213.

137 Art. 3 a) Convention d'Istanbul.

138 Art. 34 et 40 Convention d'Istanbul.

139 Dans les cas examinés néanmoins, le harcèlement n'est souvent pas retenu par manque de pertinence en matière d'asile en raison de l'absence de rattachement à l'un des motifs d'asile, cf. par exemple TAF, arrêt E-4428/2018 du 12 novembre 2019, c. 3.4.

140 Le fait, par exemple, pour une femme d'être empêchée de travailler pour gagner sa vie.

141 MACKLIN, supra n. 99, 228.

142 MACKLIN, supra n. 99, 229 (*mutatis mutandis*).

143 SAMAH POSSE & SARAH PROGIN-THEUERKAUF, « Persécutions liées au genre, pratique et jurisprudence en Suisse et en Europe », dans : Alberto Achermann & Constantin Hruschka (éds.), *Persécutions liées au genre. La pratique suisse au regard des évolutions européennes et globales*, Berne 2012, 109–146, spéc. 111 ; ZIMMERMANN & MAHLER, supra n. 87, 409.

C. Portée de l'obligation d'interprétation sensible au genre des motifs d'asile

L'art. 60 par. 2 de la Convention d'Istanbul porte sur l'interprétation sensible au genre des motifs d'asile prévus par la Convention de Genève. Reflétant la réticence des États¹⁴⁴, l'art. 60 par. 2 n'impose pas d'ajouter le genre aux motifs d'asile consacrés par la Convention de Genève¹⁴⁵. En ligne avec l'UNHCR¹⁴⁶, la disposition reflète l'idée qu'une « bonne interprétation » de la Convention de Genève est suffisante pour prendre en compte les motifs d'asile fondés sur le genre. Dans ce sens, la majorité de la doctrine se prononce en faveur d'une interprétation évolutive des motifs d'asile¹⁴⁷ ou de la notion de réfugié¹⁴⁸. En définitive, l'art. 60 par. 2 ne répond pas en tant que tel aux controverses qui se posent en lien avec la protection qui doit être accordée en raison de persécutions liées au genre. C'est donc à nouveau les dispositions générales de la Convention d'Istanbul qui permettent, selon nous, d'apporter des réponses.

Plusieurs approches coexistent, notamment en Suisse, par rapport à la causalité des persécutions liées au genre. Selon une première approche (SEM), une femme persécutée en raison de son genre appartient, sous réserve d'une crainte fondée de persécution future, au groupe social des personnes « victimes de » mutilations génitales féminines, violence domestique, mariage forcé, législations discriminatoires, avortement ou stérilisation forcé(e) ou crime d'honneur¹⁴⁹. Cette catégorisation est critiquable car le raisonnement est tautologique (la femme serait persécutée en raison du fait qu'elle est persécutée)¹⁵⁰. En outre, certains groupes de « victimes » ne sont pas reconnus par le SEM (celles de traite des êtres humains)¹⁵¹. Dans ce cas, le SEM apprécie néanmoins la pertinence en matière d'asile de ces persécutions en se référant à la jurisprudence du TAF développée sur la base de l'article 3 al. 2 *in fine* LA si.

Une autre approche en effet, suivie par le TAF, se base non pas sur la persécution subie, mais sur l'intention du persécuteur de cibler une personne en raison de ses caractéristiques innées ou indissociables de sa personnalité, ce qui inclut le genre –

144 Cf. le débat en Suisse ayant abouti à l'art. 3, al. 2 *in fine* LA si, KÄLIN, supra n. 99, 115–117; POSSE & PROGIN-THEUERKAUF, supra n. 143, 120–121.

145 Cf. supra IV, A.

146 UNHCR, Principes directeurs sur la protection internationale: La persécution liée au genre dans le cadre de l'article 1A (2) de la Convention de 1951 et/ou son Protocole de 1967 relatifs au statut des réfugiés, 2008, par. 2–4.

147 CARLIER, supra n. 91, 81–82.

148 ZIMMERMANN & MAHLER, supra n. 87, par. 457. C'est également l'approche retenue en Suisse, JICRA 2006/32, c. 8.4.

149 L'appartenance au groupe social des « victimes en raison de l'orientation sexuelle » constitue le septième groupe reconnu par le SEM, Article D2, supra n. 88, pp. 7–9.

150 GRAF, supra n. 124, p. 5.

151 SEM, Article D2, supra n. 88, p. 16.

même dans sa dimension sociale¹⁵². Il n'est pas nécessaire de déterminer si la femme visée appartient au groupe social des femmes¹⁵³ ou le motif d'asile tant que l'agent persécuteur vise de manière discriminatoire la femme¹⁵⁴. Il faut donc dans chaque cas établir si l'agent persécuteur vise la femme *parce qu'elle est une femme*. La réponse n'étant pas aisée, cette approche n'est pas suivie avec rigueur, en particulier par rapport aux violences domestiques¹⁵⁵. A cet égard, l'idée que toutes les femmes pourraient se prétendre victimes d'une persécution pertinente hante les esprits¹⁵⁶.

La Convention d'Istanbul représente un instrument utile pour clarifier cette question et permettre de déterminer la nature discriminatoire d'un acte. La « violence à l'égard des femmes fondée sur le genre » désigne, selon la Convention, « toute violence faite à l'égard d'une femme parce qu'elle est une femme ou affectant les femmes de manière disproportionnée »¹⁵⁷ en tant que manifestation de l'inégalité entre les hommes et les femmes. Ainsi, l'intention discriminatoire de l'agent persécuteur – en raison du genre féminin – est par principe établie s'agissant des violences énumérées par la Convention d'Istanbul¹⁵⁸. En définitive, l'art. 3 al. 2 *in fine* LAsi devrait être interprété de manière conforme à la définition de la violence liée au genre selon la Convention d'Istanbul.

V. Conclusion

La Convention d'Istanbul n'a pas encore déployé tous ses effets en Suisse. La nature structurelle de la violence liée au genre, en particulier de la violence domestique, n'est en effet pas suffisamment prise en compte dans le droit et la pratique suisses de la migration et de l'asile. Il en va de même de l'obligation de diligence qui impose à la Suisse de prévenir cette violence qui affecte de manière disproportionnée les migrantes.

Il reste donc encore un certain chemin à parcourir : puissent les autorités suisses être désormais guidées par cette Convention nouvellement en vigueur dans l'ordre juridique suisse. La prochaine étape, décisive à cet égard, sera le premier cycle d'évaluation de la Suisse par le GREVIO quant à la mise en œuvre de la Convention d'Istanbul.

152 JICRA 2006/32, c. 8.7.3.

153 Approche régulièrement critiquée car cela supposerait que la moitié de l'humanité appartiendrait à ce groupe social, cependant le groupe social ne se détermine pas par rapport à sa taille, MICHELLE FOSTER, « The < Ground with the Least Clarity > : A Comparative Study of Jurisprudential Developments relating to < Membership of a Particular Social Group > », UNHCR 2002, p. 6.

154 Cf. par exemple TAF, arrêt E-4377/2019 du 8 novembre 2019, c. 5.2.

155 Cf. notamment TAF, arrêt D-2282/2018 du 5 avril 2019.

156 JICRA 2006/32, c. 8.7.3.

157 Art. 3 d) Convention d'Istanbul.

158 Art. 33 à 40 Convention d'Istanbul.