

Les homosexuels étrangers et le droit d'asile en France : un octroi en demi-teinte (1)

Virginie Fraissinier-Amiot, Docteur en droit, ancienne ATER à l'Université de la Réunion

Parce qu'en France le fait d'être homosexuel et d'affirmer cette orientation ne fait plus courir à l'individu de sanction pénale, la tendance est d'oublier que, dans d'autres États, il n'en va pas de même. Dans nombre d'États, en raison de leur choix de vie non conforme aux normes sociales, coutumières, religieuses, les homosexuels sont passibles de peines d'emprisonnement, de brimades, de torture (2), voire de la peine de mort (3). Dans beaucoup d'autres, le viol punitif ou le viol curatif (4), le mariage forcé, l'internement psychiatrique forcé, les thérapies médicales sous contrainte, les violences, le harcèlement et les discriminations (5), sont monnaie courante. Au surplus, peut être persécutée toute personne en raison de ses activités « revendicatrices » en faveur de la reconnaissance des droits des homosexuels.

Devant de telles persécutions et menaces, les homosexuels de nationalité étrangère fuient leur patrie et tentent de se mettre sous la protection d'autres États à travers le droit d'asile.

La France est considérée traditionnellement comme une terre d'asile et elle n'a cessé d'accueillir sur son sol des réfugiés de tous horizons. Religieux à l'origine, lorsque les portes des églises s'ouvraient pour protéger les fugitifs et les proscrits, l'asile s'est laïcisé pour « tomber » entre les mains du pouvoir régalien. « L'asile », en tant que lieu de protection, se transforme alors en « droit d'asile », en tant que droit souverain de l'État d'accorder une protection à celui qui le demande (6).

Le droit d'asile s'implante alors fermement sous l'impulsion de la philosophie du siècle des Lumières et des Droits de l'Homme (7). La Constitution de 1793 pose le principe selon lequel « le peuple français donne asile aux étrangers bannis de leur patrie pour la cause de la liberté. Il le refuse aux tyrans » et le préambule de 1946 offre protection à « toute personne persécutée dans son pays en raison de son action en faveur de la liberté ». Mais, c'est au milieu du XX^e siècle que le droit d'asile a pris une ampleur considérable, au moment de son internationalisation et de la conscience des États du besoin de protéger les réfugiés fuyant les persécutions, l'intolérance ou les discriminations dans un climat d'après-guerre houleux (8).

Sans valeur juridique à proprement parler, mais à haute valeur morale, la Déclaration universelle des Droits de l'Homme de 1948 énonce à l'article 14 que « devant la persécution, toute personne a le droit de chercher asile et de bénéficier de l'asile en d'autres pays ».

Juridiquement, de manière générale, le droit d'asile relève avant tout de la Convention de Genève relative au statut des réfugiés, adoptée le 28 juillet 1951, lors d'une conférence des Nations-Unies. Cette convention constitue un socle de principes qui innervent aujourd'hui le droit européen (9) comme le droit interne (10).

En France, le droit d'asile est régi, depuis la loi du 10 décembre 2003 modifiant celle du 25 juillet 1952, par les dispositions du Livre VII du Code de l'entrée et du séjour des étrangers et du droit d'asile (CESEDA) (11). Si les dispositions actuelles reprennent en grande partie les règles précédemment adoptées, elles reflètent aussi une prise en compte grandissante de notions élaborées au niveau communautaire (12).

Le livre VII du CESEDA envisage l'octroi du statut de réfugié et, à défaut de pouvoir prétendre

à ce statut, l'octroi d'une protection dite subsidiaire¹³.

L'octroi du statut de réfugié est visé aux articles L.711-1 et suivants. L'article 711-1 prévoit ainsi que « la qualité de réfugié est reconnue à toute personne persécutée en raison de son action en faveur de la liberté ainsi qu'à toute personne (...) qui répond aux définitions de l'article 1^{er} de la Convention de Genève (...) ».

À la lecture de cet article, la qualité de réfugié repose sur un double fondement : un fondement constitutionnel et un fondement conventionnel.

- La protection constitutionnelle vise l'asile accordé, au titre du quatrième alinéa du préambule de la Constitution de 1946, à « toute personne persécutée dans son pays en raison de son action en faveur de la liberté ». Instituée par la loi du 11 mai 1998¹⁴, laquelle créait un statut de réfugié pour protéger les « combattants de la liberté » au sens du préambule de la Constitution, reprise par la loi du 10 décembre 2003, cette protection a eu, de manière générale, une portée restreinte. Il s'agit en effet d'un droit spécifique, subordonné à l'existence de persécutions avérées en raison d'une action positive orientée vers la défense de la « liberté » républicaine et l'établissement d'un État de droit garant des libertés individuelles et collectives¹⁵. Le nombre de bénéficiaires de cette protection est donc nécessairement limité et, à la vérité, l'octroi de l'asile constitutionnel reste très marginal¹⁶.

- La protection conventionnelle insérée en droit français depuis 1952, a, quant à elle, acquis progressivement ses lettres de noblesse et constitue aujourd'hui la base de la majorité des cas d'octroi du statut de réfugié. Comme le souligne l'article L.711-1 du CESEDA, acquièrent le statut de réfugié les personnes qui répondent à la définition de l'article 1^{er} de la Convention de Genève. Ce dernier définit le réfugié comme 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 ».

La protection subsidiaire est, quant à elle, prévue aux articles L. 712-1 à L. 713-3 du CESEDA en faveur des personnes qui ne remplissent pas les conditions pour se voir reconnaître la qualité de réfugié tel que défini par la Convention de Genève et qui sont exposées à un risque de peine de mort, de torture ou peines ou traitements inhumains ou dégradants.

L'existence de textes nationaux et internationaux visant à assurer une protection aux demandeurs d'asile est certaine. Il n'est pas certain que l'ensemble de ces dispositions aient apporté aux homosexuels étrangers une réelle protection. La question de l'octroi du statut de réfugié [constitutionnel ou conventionnel], comme celle de l'octroi de la protection subsidiaire peut être soulevée.

Force est de constater que les demandes émanant d'homosexuels étrangers persécutés ne peuvent prospérer au regard de l'asile constitutionnel.

La protection est offerte « à ceux et à celles qui risquent leur vie pour que prennent corps, dans leur pays, les valeurs républicaines proclamées jadis en France dans la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen »¹⁷. Difficile pour les homosexuels, dans ces conditions, de revendiquer une quelconque protection constitutionnelle dans la mesure où ils ne sont pas considérés comme des « combattants de la liberté ». Comme le souligne le Professeur Henri Labayle, « les destinataires [de la protection constitutionnelle] sont moins déterminés en raison de leur statut ou de leur appartenance à un genre qu'en raison de leur comportement »¹⁸, ce dernier étant entendu comme un combat politique positif. À cet égard, la question pourrait se poser d'une éventuelle protection constitutionnelle pour les personnes qui sont persécutées, non en raison de leur orientation sexuelle, mais à cause de leur engagement et leur action en faveur de la reconnaissance des droits des homosexuels¹⁹. Pour l'heure, aucune décision en ce sens n'a été adoptée. Il est peu probable que cette situation évolue dans un sens favorable.

Les homosexuels persécutés ou menacés peuvent en revanche se fonder sur la protection conventionnelle et sur la protection subsidiaire. Ce sont ces deux formes de protection qui vont nous intéresser et être examinées quant à leur mise en oeuvre à l'égard des homosexuels étrangers.

Il s'avère que l'octroi du droit d'asile est resté laborieux pour les homosexuels persécutés ou menacés pendant de nombreuses années. Leurs demandes « d'asile » étaient pour la plupart, sinon systématiquement, rejetées. Un certain nombre de progrès ont cependant été réalisés. Malgré tout, des faiblesses subsistent encore dans la mise en oeuvre du droit d'asile et des mesures restrictives ont de nouveau été adoptées rendant ainsi l'octroi du droit d'asile des homosexuels étrangers persécutés plus difficile.

Les progrès quant à l'octroi du droit d'asile aux homosexuels étrangers

Les deux types de protection susceptibles d'être invoqués sont la protection conventionnelle, qui fonde le statut de réfugié sur la base de persécutions, et la protection subsidiaire, sur la base de menaces graves lorsque le statut de réfugié ne peut être accordé.

Le bénéfice de ces protections a connu une évolution significative en faveur des homosexuels persécutés ou menacés.

L'octroi de la protection conventionnelle en faveur des homosexuels persécutés

Toute demande du statut de réfugié est examinée par l'Office français de protection des réfugiés et apatrides (OFPRA) (20) dont la décision est susceptible de recours devant la Cour nationale du droit d'asile (CNDA) (21) voire devant le Conseil d'État.

La tendance générale a été à l'origine d'une extrême sévérité dans l'examen des demandes des homosexuels. Des assouplissements, tant dans l'interprétation des textes que par l'apport d'une nouvelle législation, sont apparus dans la ligne de conduite restrictive jusqu'alors dominante. Une évolution favorable a été opérée au niveau de la définition du réfugié, notamment quant au critère de groupe social énoncé par la Convention mais également en ce qui concerne le critère des auteurs des persécutions.

Une évolution favorable quant au critère du groupe social

En application de l'article 1^{er} de la Convention de Genève, la personne éligible au statut de réfugié doit avoir subi ou doit craindre de subir des persécutions en raison de ses opinions politiques, de sa race, de sa religion ou de son appartenance à un groupe social.

La définition conventionnelle du réfugié est « sexuellement neutre » (22) et ne reconnaît pas expressément de protection en fonction du sexe ou genre de la personne ni de son orientation sexuelle. Un homosexuel, tout comme une femme ou un homme en tant que tel, ne peut donc obtenir le statut de réfugié sur la simple considération de son sexe, de son identité sexuelle ou de son orientation sexuelle. Seule possibilité, celle de se fonder sur le critère de l'appartenance à un « groupe social ».

À l'origine, l'interprétation restrictive de la Convention de Genève a été à la base des refus quasi systématiques de l'Office français de protection des réfugiés et apatrides (OFPRA) et de la Commission des recours des réfugiés ou de la Cour nationale du droit d'asile (CRR/CNDA) aux demandes du statut de réfugié déposées par des homosexuels. L'un et l'autre ont considéré que l'homosexualité ne relevait d'aucun des critères posés par la Convention et que les homosexuels ne constituaient pas « un groupe social » particulier (23).

La Commission des recours des réfugiés a ainsi refusé une demande au motif que l'homosexualité, qui avait pourtant conduit à des renvois du lycée, à des brimades, à deux internements psychiatriques pendant le service militaire et à plusieurs licenciements, n'était pas « de nature à permettre de regarder le requérant comme entrant dans l'un des cas prévus

par les stipulations précitées de la Convention de Genève » (24). Pour les mêmes raisons, elle a rejeté le 30 mai 1997 la demande d'une jeune homosexuelle iranienne qui avait fui son pays où elle encourait la peine de mort du fait de son orientation sexuelle (25).

Ces décisions, peu protectrices à l'égard des homosexuels persécutés, apparaissent en opposition avec celles prises par certains États qui, à la même époque, accordaient le statut de réfugié à des homosexuels qui en avaient fait la demande sur le fondement de « leur appartenance à un certain groupe social ». Ainsi, la décision de la CRR du 30 mai 1997 peut être mise en opposition avec celle de la Cour fédérale administrative de Wiesbaden, en Allemagne, qui, en 1983, a décidé que les homosexuels iraniens constituaient un groupe social et pouvaient être considérés comme des opposants politiques au régime, étant donné la nature théocratique particulière du régime iranien : l'asile politique a été attribué à un iranien homosexuel au motif que le retour au pays se ferait assurément dans des conditions très difficiles (26).

L'analyse élaborée par l'OFPRA et la CRR était également en retrait par rapport à celle formulée par le Haut commissariat pour les réfugiés (HCR), pour qui « un certain groupe social est un groupe de personnes qui partagent une caractéristique commune autre que le risque d'être persécutées, ou qui sont perçues comme un groupe par la société. Cette caractéristique sera souvent innée, immuable, ou par ailleurs fondamentale pour l'identité, la conscience ou l'exercice des droits humains » (27).

La première décision française à ouvrir une brèche dans l'interprétation restrictive jusqu'alors dominante est un arrêt du Conseil d'État du 23 juin 1997 (28). L'espèce concernait un transsexuel algérien qui avait demandé le statut de réfugié. L'OFPRA refusait la demande au motif qu'un transsexuel ne pouvait être regardé comme appartenant à « *un certain groupe social* ». La CRR ou la CNDA, « fidèle » à sa jurisprudence antérieure, rejetait également la demande. Le Conseil d'État, saisi par le requérant, a annulé la décision de la Commission des Recours.

Il est intéressant de noter qu'à cette occasion le commissaire du gouvernement procède à une analyse de la notion de « groupe social » et s'appuie sur la transsexualité, mais aussi sur l'homosexualité. Il estime qu'un groupe social est « un groupe perçu et reconnu par la société comme un ensemble spécifique ». Les homosexuels ne constituent pas en soi un groupe social mais « peuvent le devenir lorsque les régimes politiques de certains pays organisent des persécutions visant spécialement ces personnes (...) » (29). Bien qu'il conclue qu'en Algérie, les transsexuels ne subissent pas des « persécutions particulières » et sont seulement « marginalisés » dans la société, ce qui n'est pas suffisant pour justifier l'application de la Convention de Genève, l'idée que les homosexuels et les transsexuels puissent constituer un « groupe social » est posée. Le Conseil d'État retient cette dernière analyse et juge que « (...) que les craintes des persécutions alléguées par le requérant pouvaient être rattachées à l'appartenance à un groupe social », les transsexuels pouvant être regardés « comme constituant un groupe dont les membres seraient, en raison de caractéristiques communes qui les définissent aux yeux des autorités et de la société algérienne, susceptibles d'être exposés à des persécutions ».

Deux critères ressortaient ainsi de la ligne d'interprétation du Conseil d'État quant à la notion de « groupe social » : *des caractéristiques communes qui définissent les membres du groupe aux yeux des autorités et de la société d'un pays ; une possible exposition des membres du groupe à des persécutions* (30).

La CRR/CNDA a modifié sa jurisprudence à l'occasion du réexamen de la situation du transsexuel algérien. Dans sa séance du 24 avril 1998, elle lui reconnaît la qualité de réfugié en estimant que « les transsexuels algériens subissent des persécutions délibérément tolérées par les autorités », relevant que les transsexuels « constituent de ce fait un groupe social au sens de l'article 1^{er} A 2 de la Convention de Genève ».

Plusieurs décisions ultérieures de la CRR/CNDA ont reconnu le statut de réfugié à des homosexuels « *qui revendiquent leur orientation sexuelle et entendent la manifester dans leur*

comportement extérieur », les exposant ainsi à des persécutions. Selon les juges, dans ces conditions, les homosexuels doivent être considérés comme appartenant à un « groupe social » (31).

Ces décisions ont principalement été établies lorsque les homosexuels sont susceptibles d'être persécutés sur la base d'une législation criminalisant l'homosexualité (32). Elles l'ont été également, mais de manière exceptionnelle, lorsque, revendiquant leur homosexualité, les requérants peuvent craindre de subir des persécutions en dépit de la dépénalisation de l'homosexualité dans leur État d'origine (33).

La jurisprudence est plus mitigée et ambiguë lorsqu'il s'agit d'accorder le statut de réfugié à un requérant qui « *n'a pas manifesté ostensiblement son homosexualité* ».

En effet, la CRR/CNDA a refusé d'accorder le statut de réfugié à des requérants au prétexte qu'ils ne montraient pas leur homosexualité et qu'à cet égard ils ne pouvaient être considérés comme appartenant à un groupe social tel que défini par la Convention de Genève (34). Dans le même temps, elle affirmait que même si une personne « *n'a pas cherché à afficher publiquement son homosexualité (...)* les craintes qu'elle peut raisonnablement éprouver du fait de son comportement en cas de retour dans son pays doivent être regardées comme résultant de son appartenance à un groupe social (...) » (35), contredisant ainsi sa position précédente. Il en ressort que le statut de réfugié n'est accordé que lorsque les homosexuels sont susceptibles de poursuites judiciaires, principalement de poursuites pénales lourdes dans leur État d'origine (36). En revanche, le statut de réfugié est refusé lorsque le demandeur n'a pas « *cherché à manifester ostensiblement son homosexualité dans [son] comportement* » et n'est pas susceptible de poursuites judiciaires effectives dans son pays (37). Cette dernière position marque de cette façon les limites de la protection offerte aux homosexuels qui ne manifestent pas leur tendance sexuelle, mais peuvent être néanmoins persécutés en dehors de toute législation criminalisant l'homosexualité, notamment par leur entourage.

Il ne fait aucun doute cependant que l'analyse extensive de la notion de « groupe social » réalisée depuis une dizaine d'années a été favorable aux homosexuels. Cette analyse rejoint d'ailleurs les dispositions de la directive CE 2004/83 du 29 avril 2004 (38) qui exige des États membres de reconnaître qu'« en fonction des circonstances existantes dans le pays d'origine, un certain groupe social pourrait inclure un groupe fondé sur des caractéristiques communes liées à l'orientation sexuelle » (39).

Au fond, malgré une certaine résistance, force est de constater que l'appartenance à « *un groupe social* », en tant que motif de persécutions, a été au cœur des progrès réalisés en faveur des demandeurs d'asile étrangers. De manière générale, l'interprétation progressiste et extensive de cette notion a permis une réelle protection de demandeurs persécutés en raison de leur refus de se soumettre à une certaine norme sociale.

La situation des homosexuels, comme celle des transgenres ou transsexuels, est à cet égard significative (40). Les mêmes réflexions ont été engagées en faveur des femmes persécutées en raison de leur mode de vie par rapport à la norme sociale en vigueur dans leur pays (41) ou qui refusent de se soumettre à des violences spécifiques liées au seul fait qu'elles sont des femmes (42). La CRR ou la CNDA a ainsi reconnu le statut de réfugié aux femmes (ou aux parents de femmes) entendant se soustraire aux mutilations génitales féminines (43) comme à celles qui refusent le mariage forcé (44).

Cette amélioration, qui permet de protéger un plus grand nombre de personnes persécutées, reste néanmoins jurisprudentielle. Elle ne va pas jusqu'à introduire dans notre législation le genre et l'orientation sexuelle parmi les raisons qui peuvent donner lieu à la reconnaissance du statut de réfugié (45).

Une évolution favorable quant au critère de l'auteur des persécutions

La Convention de Genève de 1951 ne précise pas expressément quels sont les auteurs des persécutions susceptibles d'octroyer le statut de réfugié.

Par une interprétation restrictive de la Convention, tout demandeur d'asile persécuté ne pouvait revendiquer le statut de réfugié que lorsque les persécutions dont il était victime dans son pays relevaient des autorités étatiques.

Cette situation était particulièrement défavorable aux homosexuels dans la mesure où n'étaient pas prises en compte les persécutions infligées par des individus ou groupes d'individus « non étatiques ». N'étaient pas prises en compte les persécutions émanant de proches, de la famille, de personnes privées, de communautés religieuses ou de groupuscules homophobes (46), ni les pressions sociales. Dans le même ordre d'idées, l'interprétation restrictive de la Convention était défavorable aux femmes persécutées la majeure partie du temps dans le cadre de la vie privée et familiale.

Un assouplissement est intervenu avec l'arrêt *Dankha* du Conseil d'État, en date du 27 mai 1983. Les Hauts Conseillers sont venus préciser que des persécutions peuvent ouvrir droit au statut de réfugié lorsqu'elles sont exercées par « *des particuliers* dès lors qu'elles sont en fait *encouragées ou tolérées volontairement par l'autorité publique*, de sorte que l'intéressé n'est pas effectivement en mesure de se réclamer de la protection de celle-ci » (47). Un tel raisonnement est retenu par la CRR ou la CNDA en faveur des transsexuels algériens, reconnaissant qu'ils peuvent être « *exposés, de la part de larges fractions de la population, à des persécutions délibérément tolérées par les autorités* » (48).

L'interprétation du texte conventionnel restait malgré tout restrictive. Elle contrastait avec celle du HCR pour qui « rien, dans le libellé de l'article 1 A de la Convention de 1951, n'indique que les personnes qui craignent la persécution autre que commise par les autorités étatiques ou avec leur complicité devraient être exclues du statut de réfugié » (49). Dans son guide des procédures et des critères à appliquer, le HCR indique qu'« on entend normalement par persécution une action qui est le fait des autorités d'un pays. Cette action peut également être le fait de groupes de la population (...) », ajoutant que « lorsque des actes ayant un caractère discriminatoire grave ou très offensant sont commis par le peuple, ils peuvent être considérés comme des persécutions s'ils sont sciemment tolérés par les autorités ou si les autorités refusent ou sont incapables d'offrir une protection efficace » (50). Le HCR ajoutait quelques années plus tard que « les individus victimes d'agressions physiques, de traitements inhumains ou de discrimination grave en raison de leur homosexualité doivent être considérés comme des réfugiés *si leur pays ne peut ou ne veut pas les protéger* » (51).

Doivent être protégés, non seulement ceux qui subissent des persécutions de particuliers avec la bienveillance des autorités étatiques, mais aussi ceux qui ne peuvent être protégés car les autorités étatiques elles-mêmes ne peuvent offrir cette protection. Amnesty International estime ainsi que « le fait que ces personnes [les homosexuelles] soient très exposées à des violences physiques et psychologiques de la part de leurs parents et de leurs proches, de leurs camarades de classe, de leurs collègues de travail ou d'individus et de groupes sur leur lieu de vie ou de travail, ne dégage pas pour autant l'État de ses responsabilités » (52).

La loi du 10 décembre 2003 a modifié les modalités du droit d'asile en France et amélioré la situation des requérants. La loi précise en effet que les persécutions prises en compte pour prétendre au statut de réfugié peuvent être le fait des autorités de l'État, de partis, mais également d'organisations qui contrôlent l'État ou une partie substantielle du territoire, ajoutant que des agissements émanant d'acteurs non étatiques peuvent être retenus dans les « *cas où les autorités refusent ou ne sont pas en mesure d'offrir une protection* » (53). Sur cette base, la CNDA a attribué le statut de réfugié à un requérant kosovar en estimant que « les personnes assumant publiquement leur homosexualité sont régulièrement victimes de harcèlement et de discriminations, sans pouvoir se prévaloir de la protection des autorités qui leur affirment souvent à tort que l'homosexualité est illégale » (54).

Cette solution actuelle est dans la droite ligne des préconisations du HCR mais également de celles de l'Union européenne qui ont eu lieu préalablement à l'adoption de la directive 2004/83 du 29 avril 2004 et qui ont été inscrites dans cette dernière (55).

L'octroi de la protection subsidiaire en faveur des homosexuels menacés

L'absence du critère de « groupe social » ou « d'appartenance à un groupe social » entraîne généralement le refus du statut de réfugié aux requérants homosexuels. Pour ces derniers, la législation n'est cependant pas dénuée de solutions.

Jusqu'à l'adoption de la loi du 10 décembre 2003, la protection offerte aux homosexuels en dehors du statut de réfugié reposait sur l'asile dit territorial. L'octroi de cette protection, instaurée par la loi du 11 mai 1998⁽⁵⁶⁾, était particulièrement limité dans la mesure où les demandes, faites auprès du ministère de l'Intérieur, étaient informelles et traitées de manière quasi discrétionnaire⁽⁵⁷⁾. Il semble, au regard des décisions étudiées, que la protection territoriale n'a jamais été accordée en faveur d'un requérant homosexuel⁽⁵⁸⁾.

Par une transposition anticipée de la directive communautaire « Qualification », la « protection subsidiaire » a aujourd'hui remplacé la « protection territoriale ». C'est désormais l'OFPRA qui accorde une protection subsidiaire à ceux qui n'ont pu obtenir le statut de réfugié et qui sont exposés dans leur pays à des « menaces graves ». Figurent, parmi ces dernières, la peine de mort, la torture, les peines ou traitements inhumains ou dégradants⁽⁵⁹⁾. Contrairement au ministre de l'Intérieur en matière d'asile territorial, l'OFPRA est tenu d'accorder le bénéfice de la protection subsidiaire dès lors que le requérant remplit les conditions requises.

La protection subsidiaire peut donc être accordée aux homosexuels dont les demandes du statut de réfugié ont été rejetées, lorsqu'ils établissent « être exposés en raison de leur homosexualité à des traitements inhumains et dégradants ». Ainsi, ayant refusé le statut de réfugiée à une jeune Moldave homosexuelle parce que sa situation ne la faisait pas « entrer » dans le cadre de « l'appartenance à un groupe social » et qu'elle était néanmoins confrontée à « des menaces graves visées par les dispositions du b) de l'article L.712-1 du CESEDA », la CRR/CNDA lui octroie la protection subsidiaire⁽⁶⁰⁾.

Contrairement à l'asile territorial, la protection subsidiaire prend en compte la situation des homosexuels gravement menacés⁽⁶¹⁾.

Force est de reconnaître que l'octroi du droit d'asile conventionnel a été facilité pour les homosexuels étrangers à la faveur de l'interprétation administrative et prétorienne extensive des notions de « groupe social » et « auteur des persécutions ». Les demandeurs se sont vu ouvrir des portes qui jusque-là leur étaient fermées. L'octroi du droit d'asile a également été facilité à l'initiative du législateur, qui n'a pas hésité à éliminer les dispositions peu protectrices de l'asile territorial et à lui substituer le système plus performant de la protection subsidiaire.

Cette dernière remarque n'atténue cependant pas la critique qui peut être faite quant à l'abaissement sensible des garanties offertes aux bénéficiaires de la protection subsidiaire par rapport à celles offertes par la protection conventionnelle⁽⁶²⁾. Il existe ainsi une gradation de la protection qui se nivelle vers le bas, la protection subsidiaire constituant une sous-protection.

Au demeurant, les progrès réalisés de manière générale, qui ont largement profité aux demandeurs homosexuels dont les demandes n'ont plus été systématiquement rejetées, ne peuvent faire oublier l'existence de faiblesses. Certaines de ces faiblesses existent depuis de nombreuses années. D'autres sont plus récentes et sont attachées, sans toutefois le dire expressément, aux tendances politiques actuelles de vouloir contrôler les flux migratoires en restreignant la mise en oeuvre du droit d'asile.

Les faiblesses quant à l'octroi du droit d'asile aux homosexuels étrangers

Les faiblesses principales en matière d'octroi du droit d'asile aux homosexuels ont principalement trait à la procédure d'examen des demandes. Ces faiblesses sont de deux ordres.

Premièrement, il s'avère que la question de la preuve, lors de l'examen des procédures, limite considérablement les chances de succès des demandes des homosexuels. Secondement, l'instauration d'une liste de pays dits sûrs a entraîné une régression dans l'octroi du droit d'asile aux homosexuels.

Un octroi limité en raison du difficile rapport de la preuve par les homosexuels

L'administration et les juges exigent, de manière générale, des preuves très difficiles à obtenir, malgré les recommandations du Haut commissariat aux réfugiés, qui demande que cette exigence de la preuve ne soit pas opposée à un demandeur d'asile dont le récit est précis et cohérent et se trouve confirmé par ce que l'on sait de la situation dans son pays d'origine. L'attitude des membres de la CRR/CNDA n'est pas aussi souple. En témoigne un ancien président de la Commission des recours, qui affirme que « lorsque le requérant ne produit aucun élément de preuve, la Commission juge ses craintes de persécution non établies ; lorsqu'il en produit, elle les estime généralement dépourvues de valeur probante » (63).

La question de la preuve en matière d'orientation sexuelle est une question délicate. Un rapport du Conseil de l'Europe a estimé que « (...) les homosexuels rencontrent des obstacles supplémentaires quand ils doivent justifier leur demande, corroborer leurs craintes de la persécution et soumettre des éléments de preuve. Il leur est souvent impossible de fournir des documents suffisants pour soutenir leurs allégations de persécution. (...) En raison de l'insuffisance d'informations sur la persécution des homosexuels fournies par les principaux groupes de défense des droits de l'homme, ainsi que d'une méfiance générale des tribunaux à l'égard des informations communiquées par les organisations homosexuelles, il est assez difficile pour les homosexuels de donner des preuves fiables de persécution. Le fait que les systèmes décisionnels accordent souvent aux juges une marge d'appréciation signifie que les décisions peuvent être influencées par des préjugés à l'encontre de groupes politiquement ou socialement impopulaires » (64).

Les homosexuels sont en fait soumis à un triple rapport de preuve : la preuve de leur homosexualité ; la preuve des persécutions ou des traitements inhumains ou dégradants ; la preuve de l'absence de protection dans leur État d'origine. Or les unes comme les autres sont difficiles à rapporter et le rejet des demandes est fréquent.

Difficultés quant à la preuve de l'homosexualité des requérants

Force est de constater que si certains demandeurs ont revendiqué, dans leur pays, leur orientation sexuelle, il n'est pas rare que beaucoup d'autres la cachent par peur des persécutions encourues. La discrétion sur l'orientation sexuelle est parfois une question de survie ; elle est souvent le seul moyen de se soustraire à la répression policière comme à la vindicte populaire ou familiale. Nombre de témoignages sont patents : afin d'échapper à la pression sociale, les homosexuels au Sénégal rapportent vivre une « double vie » : ils mènent « une vie d'homme marié, cachant ainsi leur orientation sexuelle de peur d'être rejetés par leur entourage et leurs collègues de travail » (65) ; dans le même sens, « les lesbiennes au Ghana, actuellement, cachent leur orientation sexuelle pour éviter le harcèlement et l'isolement au sein de la société ; elles vont jusqu'à se marier et avoir des enfants pour éviter d'éveiller les soupçons » (66). Ces exemples ne sont pas isolés et l'existence d'une nécessaire discrétion est avérée dans bon nombre d'États.

Cette discrétion est un frein lorsqu'il va s'agir de prouver leur homosexualité puisqu'elle entraîne pour le requérant l'impossibilité de fournir des témoignages ou des documents attestant ses dires. La difficulté est d'autant plus grande que l'OFPRA, le CRR/CNDA et le Conseil d'État commandent que les demandeurs rapportent la preuve que leur homosexualité est notoire dans leur pays (67). Le statut de réfugié a ainsi été refusé à un Iranien qui « n'a jamais cherché à manifester ostensiblement son homosexualité dans son comportement extérieur (...) » (68).

La difficulté vient également de l'obligation de démontrer son homosexualité lors de l'audition devant l'OFPRA et emporter l'intime conviction de ses membres. Or les « signes extérieurs »

de l'homosexualité ne sont pas particulièrement manifestes. Et, comme le rapporte l'Association pour la reconnaissance des droits des personnes homosexuelles et transsexuelles à l'immigration et au séjour, si le requérant « ne montre pas suffisamment de critères extérieurs, il peut ne pas être cru. Mais à l'inverse, s'il montre trop de signes extérieurs, il peut être jugé comme jouant la comédie ». Il peut ainsi être reproché aux requérants de ne pas se montrer « suffisamment homosexuels » (69). À défaut, le statut de réfugié peut leur être refusé.

Difficultés quant à la preuve des persécutions, menaces, ou crainte de persécutions
Les demandeurs doivent faire état de persécutions, de craintes de persécutions ou de menaces graves *personnelles*. Les informations sur les pratiques en cours à l'encontre des homosexuels dans le pays d'origine peuvent seulement étayer certains dossiers et l'incrimination de l'homosexualité dans un État d'origine n'apparaît pas comme une raison suffisante pour accorder le statut de réfugié ou la protection subsidiaire.

Il s'avère que les requérants se trouvent souvent dans l'incapacité de prouver les persécutions dont ils ont été victimes. Peu, en effet, font état de leur situation et hésitent par exemple à consulter un médecin pour obtenir un certificat médical relevant les sévices subis. Peu témoignent de leur vécu et beaucoup hésitent à porter plainte contre les brutalités dont ils ont pu faire l'objet. Peu peuvent compter sur le témoignage de leur entourage familial, celui-ci étant soit réticent à reconnaître les violences, soit à l'origine même de ces violences.

Faute de prouver les persécutions ou menaces graves ou encore les risques de persécutions personnelles, les requérants voient leur demande d'asile rejetée.

Les positions de l'OFPRA, de la CRR/CNDA et du Conseil d'État sont à cet égard similaires, que ce soit pour l'octroi du statut de réfugié (70) ou de la protection subsidiaire (71). Le Conseil d'État est particulièrement explicite. Il affirme que, pour rejeter la demande de reconnaissance du statut de réfugié présenté par M. A, de nationalité iranienne, la Commission des recours a relevé que « ni les pièces du dossier ni les déclarations faites en séance publique ne permettent de tenir les craintes des persécutions énoncées par l'intéressé à l'égard des autorités publiques iraniennes du fait de son homosexualité pour fondées ». Le Conseil ajoute « qu'il ressort des pièces du dossier que M. A n'a pas établi qu'il ferait l'objet de risques de persécution personnels du fait de son homosexualité » et rejette le pourvoi formé par le requérant (72). La criminalisation des relations homosexuelles qui prévaut en Iran n'apparaît pas suffisante alors même que cette criminalisation peut aller jusqu'à la peine de mort. Cette position est fortement contraire à celle du HCR, qui préconise d'accorder l'asile lorsqu'est connue la situation prédominant dans le pays d'origine.

Il faut ajouter que l'appréciation des persécutions ou des craintes de persécutions personnelles reste subjective et dépend finalement de l'appréciation du juge.

Difficultés quant à la preuve de l'absence de protection par l'État d'origine

Depuis la loi de 2003, il est prévu que les agents de persécutions et de menaces graves sont les autorités étatiques et les agents non étatiques « dans les cas où les *autorités définies à l'alinéa suivant refusent ou ne sont pas en mesure d'offrir une protection* » (73). Les autorités susceptibles d'offrir une protection peuvent être les autorités de l'État et des organisations internationales et régionales.

La CRR/CNDA et le Conseil d'État sont particulièrement exigeants relativement à la preuve de la tolérance voire de l'encouragement des persécutions par les autorités ou de l'incapacité de ces dernières à protéger le requérant.

En premier lieu, il appartient au demandeur d'établir que « les autorités publiques ont volontairement toléré ou encouragé les agissements » dont le requérant prétend avoir été victime ; est refusé à défaut, le statut de réfugié sollicité. La Commission des recours a ainsi rejeté sur cette base la demande faite par un Colombien homosexuel en précisant « il ne

ressort pas des pièces du dossier (...) que les agissements allégués aient été encouragés par les autorités publiques colombiennes ou seulement tolérées volontairement par lesdites autorités (...) » (74). De son côté, le Conseil d'État a, pour justifier le refus d'admission au statut de réfugié, relevé, d'une part, que les menaces dont avait fait l'objet l'intéressé « n'avaient été ni encouragées par les autorités publiques algériennes ni même seulement tolérées volontairement par elles » et, d'autre part, qu'il ne résultait pas de l'instruction que l'intéressé « ait été exposé » du fait de son homosexualité à des poursuites judiciaires (75).

En second lieu, et à défaut de prouver la passivité complaisante ou l'inaction volontaire des autorités, le requérant doit établir qu'il s'est vu « refuser la protection promise », qu'il l'a « réellement sollicitée » ou qu'il « s'est heurté à un refus systématique » des autorités de son pays (76).

Dans ces conditions, il ne fait aucun doute que les homosexuels persécutés ne peuvent obtenir le statut de réfugié. Il leur est bien souvent impossible de porter plainte dans leur pays d'origine, soit qu'ils s'abstiennent de le faire par peur de nouvelles représailles - et dans ce cas, ils ne peuvent prouver qu'ils ont sollicité une quelconque protection -, soit que leur plainte soit systématiquement refusée par les autorités policières (77).

D'une manière générale, les positions strictes retenues en matière de preuve entraînent le rejet des demandes (78). Ces positions sont pourtant contraires aux préceptes du HCR, qui estime que « si le récit du demandeur paraît crédible, il faut lui accorder le bénéfice du doute, à moins que de bonnes raisons s'y opposent » (79), et à la directive « Qualification », qui précise qu'il « appartient à l'État membre d'évaluer, en coopération avec le demandeur, les éléments pertinents de la demande ».

Un octroi en régression en raison de l'instauration d'une liste de pays dits sûrs
En droit européen, le concept de « pays d'origine réputés sûrs » est apparu dès 1992 (80). Il a été au cœur des discussions relatives à l'adoption de la directive européenne 2005/85 du 1^{er} décembre 2005 (81). Il s'agissait d'établir une liste de pays sur la base d'un certain nombre de principes de démocratie et de protection des libertés.

Le principe retenu par les instances communautaires est que, lorsqu'un pays tiers peut être considéré comme un pays d'origine sûr, les États membres devraient pouvoir le désigner comme tel et présumer qu'un demandeur donné y est en sécurité, sauf si celui-ci présente des éléments sérieux en sens contraire (82).

Le concept de pays d'origine sûrs a été introduit en France lors de l'adoption de la loi du 10 novembre 2003. À cette occasion le législateur a défini un pays d'origine comme sûr « s'il veille au respect des principes de la liberté, de la démocratie et de l'État de droit, ainsi que des droits de l'homme et des libertés fondamentales » (83).

Le législateur a également organisé un régime particulier pour les demandeurs issus de tels pays, ce qui a soulevé un certain nombre d'interrogations, notamment quant à la notion même de « pays d'origine sûrs » qui introduisait un élément de discrimination dans le traitement applicable aux demandeurs selon leur nationalité. L'argumentation selon laquelle la notion de pays d'origine sûrs serait contraire à l'article 3 de la Convention de Genève, qui demande aux États une application de la Convention « sans discrimination quant au pays d'origine », a été balayée par le Conseil d'État. Dans une décision du 5 avril 2006, celui-ci estime que les demandeurs d'asile provenant d'un pays considéré comme sûr se trouvent dans une situation différente des autres demandeurs. Il ajoute, au demeurant, que l'argument de violation des dispositions de la Convention de Genève ne peut être retenu dans la mesure où toute demande d'asile fait l'objet d'un « examen individuel » (84).

La situation des homosexuels issus de pays d'origine sûrs doit faire l'objet de deux remarques. La première touche à la procédure d'examen de leur demande ; la seconde est relative aux États considérés comme sûrs, États qui ne le sont pas nécessairement à l'égard des homosexuels.

La procédure d'examen des demandes des étrangers issus de pays d'origine « sûrs »
Le législateur et la jurisprudence estiment que les dispositions législatives relatives aux demandes d'étrangers issus de pays d'origine réputés sûrs sont protectrices des droits. Ainsi le Conseil constitutionnel affirme qu'en « permettant d'écarter, selon une procédure accélérée, des demandes manifestement infondées, la mesure contestée tend à réduire les délais de jugement de la Commission [...] et à assurer ainsi un exercice plus effectif du droit de recours des demandeurs d'asile »⁽⁸⁵⁾.

Force est de reconnaître pourtant que, dans de nombreux cas, les demandes des homosexuels issus de pays d'origine réputés sûrs vont être vouées à l'échec. Cet échec trouve sa source dans la procédure appliquée.

Si les demandeurs originaires de ces pays ont droit à « l'examen individuel de leur demande »⁽⁸⁶⁾, ces demandes *sont placées en procédure « prioritaire »*. Or la procédure prioritaire a des conséquences défavorables pour les requérants.

Tout d'abord, il n'existe aucune autorisation provisoire de séjour en faveur du demandeur et, en cas de recours devant la CNDA, c'est une procédure sans possibilité de suspension de la décision. Le demandeur peut donc être expulsé pendant la procédure. Au surplus, les conditions matérielles d'accueil du demandeur d'asile sont quasi nulles (absence de droit à l'hébergement et absence de droit aux prestations sociales). Dès lors, les demandeurs ne sont guère dans des conditions optimales pour effectuer leur demande.

Ensuite, et surtout, l'examen des demandes est rapide. L'instruction est réalisée dans un délai de quinze jours maximum, délai ramené à 96 heures si le demandeur se trouve en centre de rétention, et sans nécessairement convoquer l'intéressé. Il peut donc exister un doute sur les décisions rendues dans un temps aussi court, les requérants ayant peu de chance de démontrer la réalité de leur situation. Cette remarque est d'autant plus pertinente eu égard aux difficultés rencontrées par les homosexuels dans la preuve des persécutions subies ou des craintes de persécutions.

Enfin, il existe à l'encontre des demandeurs une présomption de non-persécution du fait de leur appartenance à un pays d'origine déclaré sûr. Dès lors, il existe un risque que les demandes soient écartées *a priori*.

Les États considérés comme sûrs à l'égard des homosexuels ne le sont pas nécessairement. Faut de consensus, les instances européennes n'ont pu pour l'heure adopter une liste commune. La France a pour sa part établi sa propre liste⁽⁸⁷⁾. Dans une décision du Conseil d'administration de l'OFPRA, en date du 30 juin 2005, ont été considérés comme sûrs le Bénin, la Bosnie-Herzégovine, le Cap-Vert, la Croatie, la Géorgie, le Ghana, l'Inde, le Mali, Maurice, la Mongolie, le Sénégal et l'Ukraine. Par la suite ont été ajoutés l'Albanie, la Macédoine, Madagascar, le Niger et la Tanzanie⁽⁸⁸⁾ puis la Turquie, l'Arménie et la Serbie⁽⁸⁹⁾.

Le Conseil d'État a cependant jugé en février 2008 que l'Albanie et le Niger « ne sont pas et n'ont jamais été des pays d'origine sûrs »⁽⁹⁰⁾ et en juillet 2010 il a retiré de la liste l'Arménie, Madagascar, la Turquie et le Mali⁽⁹¹⁾.

Au regard des persécutions et menaces portées à l'encontre des homosexuels, cette liste emporte un sentiment de perplexité.

Certains États considérés comme sûrs criminalisent l'homosexualité. Ainsi, le Code pénal ghanéen incrimine toujours l'homosexualité masculine, situation juridique qui facilite les actes de discrimination, de harcèlement voire de violences, y compris par la police dans le but d'extorquer de l'argent⁽⁹²⁾. C'est également le cas du Bénin, de la Tanzanie, de l'Inde et du Sénégal. Concernant ce dernier État, où l'homosexualité masculine est un délit puni de 5 ans

d'emprisonnement et d'une peine d'amende, de nombreux rapports montrent une hausse des arrestations arbitraires et des agressions homophobes, tolérées, voire encouragées par la criminalisation de l'homosexualité dans le pays (93).

D'autres ont une législation homophobe et discriminatoire : Mongolie, Sénégal, Bénin, Inde, Maurice, Tanzanie, Cap-Vert, Bosnie-Herzégovine. Par exemple, la perpétration de menaces de mort et des violences à l'encontre de militants d'associations de défense des droits des homosexuels a été constatée récemment en Bosnie-Herzégovine (94). En 2009, les autorités mongoles ont refusé d'enregistrer la création d'une organisation non gouvernementale [le Centre pour les gays, lesbiennes, bisexuels et transsexuels] privant ainsi l'organisation du pouvoir de mener ses activités. Les autorités avancent que le nom du centre « a une signification qui heurte les coutumes et traditions et peut donner un mauvais exemple à la jeunesse » (95).

Dans ces conditions, le traitement accéléré des demandes *a priori* infondées, parce qu'elles émanent d'homosexuels issus de pays d'origine sûrs, apparaît largement injuste et dangereux.

Cette situation est fâcheuse dans la mesure où nombre de pays réputés sûrs ne répondent en fait pas aux définitions de droit interne et international de la notion de pays sûrs.

D'abord, elle est en contradiction avec les critères définissant un pays sûr. Elle va à l'encontre principalement du critère du « respect des normes fondamentales relatives aux droits de l'homme » prévu à l'article L. 741-4 2° du CESEDA. Elle va également à l'encontre de la définition de l'annexe II de la directive européenne « Procédure », qui affirme qu'un « pays est considéré comme un pays d'origine sûr lorsque, sur la base de la situation légale (...), il peut être démontré que, d'une manière générale et uniformément, *il n'y est jamais recouru à la persécution, ni à la torture ni à des peines ou traitements inhumains ou dégradants* ».

À cet égard, la contradiction est frappante en ce qui concerne le cas du Sénégal, considéré par la France comme « pays d'origine sûrs ». Il est en effet prouvé par divers rapports d'organisations de protection des droits de l'homme que les ressortissants sénégalais homosexuels sont soumis à des persécutions, et les instances françaises elles-mêmes ont octroyé le statut de réfugié à un ressortissant de cet État (96). Le paradoxe s'accroît, lorsque la même année 2009, l'OFPRA accorde le statut de réfugié à un ressortissant homosexuel arménien pour cause de persécutions tout en ajoutant l'Arménie à la liste des pays d'origine considérés comme sûrs (97).

Ensuite, l'instauration d'une liste de pays réputés sûrs, parmi lesquels certains criminalisent pourtant l'homosexualité, ne va pas dans le sens des principes sur l'application de la législation internationale des droits humains en matière d'orientation sexuelle, dits « principes de Jogjakarta » adoptés en 2006 (98). Le principe 23 prévoit en effet expressément que « devant la persécution, y compris la persécution liée à l'orientation sexuelle ou l'identité de genre, toute personne a le droit de demander l'asile et de bénéficier de l'asile en d'autres pays ».

Enfin, il existe une contradiction avec la recommandation du comité des ministres du Conseil de l'Europe sur « les mesures visant à combattre la discrimination fondée sur l'orientation sexuelle ou l'identité de genre », adoptée le 31 mars 2010, qui prévoit que « les États membres devraient en particulier s'assurer que les demandeurs d'asile ne sont pas envoyés dans un pays où leur vie ou leur liberté seraient menacées ou dans un pays où ils risquent d'être soumis à des tortures, à des peines ou traitements inhumains ou dégradants et ce, en raison de leur orientation sexuelle ou de leur identité de genre ».

Les pays d'origine considérés comme sûrs par l'administration française ne semblent pas si sûrs que cela pour leurs ressortissants homosexuels.

Les faiblesses qui tiennent aux conditions d'octroi du droit d'asile, qu'elles concernent les difficultés de l'apport de la preuve ou qu'elles soient relatives à la procédure prioritaire mise

en oeuvre par des demandeurs issus de pays d'origine réputés sûrs, sont marquantes pour les homosexuels. Dans leur ensemble, ces faiblesses montrent les limites de la protection apportée aux homosexuels étrangers qui se trouvent alors confrontés à des difficultés pour obtenir l'asile en France.

Mots clés :

ETRANGER * Réfugié et apatride * Droit d'asile * Homosexuel * Persécution

(1) Dans son numéro 2/2011, la RFDA a publié un dossier intitulé « Aspects du droit d'asile » qui comporte, outre cet article, la contribution suivante :

Henri Labayle, Le droit européen de l'asile devant ses juges : précisions ou remise en question ?, p. 273.

(2) L'homosexualité est illégale et sanctionnée par des peines d'emprisonnement, parfois à perpétuité, en Algérie, au Burundi, au Cameroun, à Chypre, en Égypte, au Ghana, au Kenya, en Malaisie, au Maroc, au Mozambique, en Ouganda, en Ouzbékistan, au Pakistan, au Sénégal, en Somalie, en Syrie, au Tadjikistan, en Tanzanie, en Tunisie (liste non exhaustive). Pour certains, cette incrimination est même récente (le Burundi a ainsi adopté, en avril 2009, un nouveau Code pénal érigeant en infraction les relations homosexuelles entre personnes consentantes).

(3) Il s'agit notamment de l'Afghanistan, l'Arabie Saoudite, les Émirats Arabes Unis, l'Iran, le Koweït, la Mauritanie, le Nigéria, le Qatar, le Soudan, la Tchétchénie et le Yémen.

(4) Le viol curatif est « utilisé » principalement dans le but de rééduquer et guérir de leur déviance les lesbiennes.

(5) Selon le Haut Commissariat pour les Réfugiés (HCR), « lorsque les mesures discriminatoires ne sont pas graves en elles-mêmes, elles peuvent néanmoins amener l'intéressé à craindre avec raison d'être persécuté si elles provoquent chez lui un sentiment d'appréhension et d'insécurité quant à son propre sort » (HCR, *Guide des procédures et critères à appliquer pour déterminer le statut de réfugié au regard de la Convention de 1951 et du Protocole de 1967 relatifs au statut des réfugiés*, 1979, rééd. de 1992, pts 54-55).

(6) À cet égard, notons qu'il existe aujourd'hui une confusion entre les notions « d'asile » et de « statut de réfugié ». Comme le souligne D. Alland et C. Teitgen-Colly, « l'asile est un lieu, le réfugié une personne » (*Traité du droit de l'asile*, PUF, 2002, p. 44).

(7) Étonnamment, le droit d'asile ne figure pas parmi les droits visés par la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789.

(8) Sont créés le Comité international pour les réfugiés (1938-1947) et l'Organisation internationale pour les réfugiés (1946-1951), laquelle est remplacée le 1^{er} janvier 1951 par le Haut Commissariat aux réfugiés.

(9) L'article 63 du Traité de l'Union européenne prévoit que « le Conseil arrête, dans les cinq ans qui suivent l'entrée en vigueur du traité d'Amsterdam, des mesures relatives à l'asile, conformes à la Convention de Genève du 28 juillet 1951 et au Protocole du 31 janvier 1967 relatifs au statut des réfugiés ainsi qu'aux autres traités pertinents ». L'article 18 de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne précise que « le droit d'asile est garanti dans le respect des règles de la Convention de Genève du 28 juillet 1951 et du protocole du 31 janvier 1967 relatifs au statut des réfugiés et conformément au traité instituant la Communauté européenne ».

(10) La Convention de Genève a été transposée en droit français par la loi n° 52-893 du 25 juillet 1952 portant création d'un Office français de protection des réfugiés et apatrides (OFPRA) et, le décret n° 53-377 du 2 mai 1952 relatif à l'OFPRA.

(11) Loi n° 2003-1176, 10 déc. 2003, modifiant la loi du 25 juillet 1952 relative au droit d'asile, JORF 11 déc. 2003, p. 21080.

(12) Depuis l'entrée en vigueur du traité d'Amsterdam en 1999, le droit d'asile est devenu une compétence communautaire, concurrente à celle des États membres.

(13) Une demande d'asile, au sens commun du terme, est à la fois la demande d'accès au territoire et au séjour au titre de l'asile et la demande de protection au titre de la reconnaissance de la qualité de réfugié ou de la protection subsidiaire (v. A. Castagnos-Sen, « Les conditions d'exercice du droit d'asile en France », in *Commission nationale consultative des droits de l'homme*, 2006, p. 52).

(14) Loi n° 98-349, 11 mai 1998, relative à l'entrée et au séjour des étrangers en France et au droit d'asile, JORF, 12 mai 1998, p. 7087.

(15) V. Rapport n° 20 (2003-2004) de M. Lecerf, fait au nom de la Commission des lois, déposé le 15 octobre 2003, relatif au projet de loi modifiant la loi n° 52-893 du 25 juillet 1952.

(16) Une reconnaissance du statut de réfugié sur le fondement constitutionnel en 2007, une douzaine en 2009.

(17) Exposé des motifs du projet de la loi n° 98-349, 11 mai 1998.

(18) H. Labayle, *Le droit d'asile en France : normalisation ou neutralisation ?*, RFDA 1997. 242.

(19) La France a reconnu que l'exercice d'activités associatives en faveur des femmes au Bangladesh ou en Algérie pouvait être à l'origine de l'octroi du statut de réfugié au titre de l'asile constitutionnel (CRR 24 oct. 2002, *M^{lle} Akhter*, n° 407759 ; 27 févr. 2003, *M^{me} Khanam*, n° 421884 ; 7 févr. 2001, *Teffahi*, n° 356008). De même pour une Mauritanienne en raison de ses activités au sein d'une association défendant les droits des femmes (CRR, 5 janv. 2006, *M^{lle} C.*, n° 533211).

(20) L'OFPRA est un établissement public autonome créé par la loi du 25 juillet 1952, placé d'abord sous la tutelle du ministère des Affaires étrangères et, depuis la loi du 20 novembre 2007 relative à la maîtrise de l'immigration, à l'intégration et à l'asile, sous celle du ministère de l'Immigration compétent en matière d'asile.

(21) La Commission des recours des réfugiés (CRR) a été créée par la loi du 25 juillet 1952. Elle est devenue Cour nationale du droit d'asile (CNDA) en vertu de l'article 29 de la loi du 20 novembre 2007.

(22) Groupe Asile femmes, *Droit d'asile et persécutions visant spécifiquement les femmes*, juin 2005.

(23) La même solution était de rigueur pour les femmes qui se disaient victimes de persécutions dans leur pays : ainsi dans le cas de femmes algériennes qui n'entendaient pas se soumettre à un mode de vie que certains pouvaient tenter de leur imposer, la CRR a estimé qu'elles ne pouvaient être regardées comme appartenant « à un groupe social particulier au sens des stipulations de la Convention » (CRR 22 juill. 1994, *Nadia Elkebir*, n° 237339).

(24) CRR 17 déc. 1993, *Koloskov*, *Documentation réfugiés* n° 245, p. 4.

(25) Cité par C. Mecary et G. de la Pradelle, *Les droits des homosexuels*, coll. « Que sais-je ? », PUF, 1998, p. 27.



(26) Décisions similaires aux Pays-Bas, Danemark, Norvège, Finlande, Islande, Australie,

Allemagne, Nouvelle-Zélande, États-Unis et Canada (V. Amnesty International, *Briser le silence, violations des droits de l'homme liées à l'orientation sexuelle*, 1998, coll. « Écrire contre l'oubli », p. 13).

(27) HCR, *Guide des procédures (...)*, préc., pt 77.

(28) CE 23 juin 1997, n° 171858, *Ourbih*, Lebon  ; D. 1997. 175  ; Dictionnaire permanent droit des étrangers, Bull. n° 34, p. 9181.

(29) Concl. J.-D. Combrexelle.

(30) Confirmée dans des termes identiques (CE 23 août 2006, n° 272679, Lebon  ; AJDA 2006. 2086 ).

(31) CRR 12 mai 1999, *D.*, Les grandes décisions du Conseil d'État et de la Cour nationale du droit d'asile, p. 9. Notons que la même année, au Royaume-Uni, la Chambre des Lords a déclaré que les homosexuels persécutés en raison de leur orientation sexuelle pouvaient constituer un certain groupe social au sens de la Convention de 1951 relative au statut des réfugiés. Aux États-Unis, le *Board of Immigration Appeals* a reconnu que les homosexuels rentraient dans la catégorie d'un certain « groupe social » dès 1990 (Conseil des appels de l'immigration des États-Unis, décision du 12 mars 1990, *Matter of Toboso-Alfonso*).

(32) CRR 22 févr. 2000, *Aourai*, n° 343157 et CRR 12 juill. 2001, *Meguenine* (ressortissants algériens) ; CRR 4 oct. 2000, *Mahmoudi Gharehjih Daghi* (ressortissant iranien) ; CRR 3 avr. 2000, *Albu*, n° 347330 et 9 mai 2000, *Popescu* (ressortissants roumains), n° 353572 ; CRR 23 juill. 2004, *OS et NH* (pour deux ressortissantes ukrainiennes), n°^{os} 473648 et 473647 ; CRR 23 juill. 2002, *Habetemariam Gedion* (ressortissant éthiopien), n° 394788 ; CRR 2 déc. 2004, *M. ID* (ressortissant malien craignant la peine de mort), n° 498166 ; CRR 2 mars 2005, *M. NH* (ressortissant iranien), n° 494321 ; CRR 20 mai 2005, *M. JCM* (ressortissant camerounais), n° 524651 ; CRR 28 sept. 2005, *M. RPBC* (ressortissant libanais), n° 502894 ; CRR 2 mars 2007, Rec. CRR p. 45 (ressortissant camerounais) ; CRR 18 mai 2007, Rec. CRR p. 43 (ressortissant sénégalais) ; CRR 11 avr. 2008, Rec. CRR p. 34 (ressortissant algérien) ; CRR, 1^{er} juill. 2008, Rec. CRR 36 (ressortissant ougandais).

(33) CRR 6 avr. 2009, Rec. CRR p. 19 (ressortissant kosovar). Déjà CRR 21 oct. 2005, Rec. CRR p. 41 (ressortissant russe) : « malgré la dépénalisation de l'homosexualité intervenue en Fédération de Russie (...), les personnes qui revendiquent leur homosexualité et entendent la manifester dans leur comportement extérieur peuvent être exposées (...) à des persécutions ». Comparer avec une décision antérieure qui refusait le statut de réfugié à un ressortissant russe au motif que « l'article 121 du Code pénal de la Fédération de Russie pénalisant l'homosexualité a été abrogé par une loi du 29 avril 1993 » (CRR 26 nov. 1993, *M K. V.*, n° 229428). Refus du statut de réfugié aux ressortissants dont l'État a dépénalisé l'homosexualité : CRR 24 juin 1999, *Esteves Burneo* (Équateur), Rapp. CE, 2000, p. 201 ; CRR 6 févr. 2001, *Bader* (Jordanie), n° 359001 ; CRR 20 juin 2001, *M^{lle} M.* (Arménie), n° 364910.

(34) CRR 25 mars 2005, Rec. CRR p. 43 : cas d'une ressortissante moldave de confession orthodoxe qui avait été injuriée et menacée de mort, lapidée par la population, rejetée par sa famille et licenciée par son employeur ; selon la CRR, « il ne résulte pas de l'instruction que l'intéressée ait cherché à manifester ostensiblement son homosexualité dans son comportement (...) ; qu'ainsi elle n'appartient pas à un ensemble de personnes circonscrit et suffisamment identifiable pour constituer un groupe (...) ». De même, CRR 12 sept. 2005, *Mme. AGB* (ressortissante mongole), n° 498570 ; CRR 12 mai 2006 (ressortissant bosniaque), Rec. CRR p. 40.

(35) CRR 22 juin 2005, *M. MS*, n° 502600.

(36) CNDA 7 juill. 2009, *C.*, n° 634565/08015025, Rec. CNDA p. 58, pour un requérant tunisien, la Cour reconnaît « que, dans les conditions qui prévalent actuellement en Tunisie,

les personnes qui entretiennent des liaisons homosexuelles sont exposées à l'exercice de poursuites judiciaires sur le fondement de l'article 230 du Code pénal ; que, dès lors, la situation des homosexuels en Tunisie, quand bien même ils n'auraient ni revendiqué, ni manifesté leur orientation sexuelle de manière ostensible, permet de les regarder comme un ensemble de personnes circonscrit et suffisamment identifiable pour constituer un groupe ... » ; CRR 11 déc. 2006, *M. MMB*, n° 569392, pour un requérant mauritanien : « le code pénal mauritanien qualifie de crime les relations homosexuelles et les punit de mort. Dès lors, la situation des homosexuels en Mauritanie, quand bien même ils n'auraient ni revendiqué, ni manifesté leur orientation sexuelle de manière ostensible, permet de les regarder comme un ensemble de personnes circonscrit et suffisamment identifiable pour constituer un groupe dont les membres sont (...) susceptibles d'être exposés à des persécutions » et CRR 1^{er} déc. 2006, *M^{lle} N.*, n° 579547, pour une ressortissante homosexuelle mauritanienne ; CRR 23 mai 2007, Rec. CRR p. 42, pour un ressortissant afghan qui n'avait pas revendiqué expressément son homosexualité mais qui « pouvait être regardé comme tel » et à cet égard être passible de sanctions pénales pouvant aller jusqu'à la peine de mort.

(37) CNDA 7 mai 2008, Rec. CNDA p. 40 : refus pour un ressortissant albanais du statut de réfugié au motif que l'intéressé ne prouve pas qu'il « ait cherché à manifester ostensiblement son orientation sexuelle dans son comportement » et « qu'il ait été exposé à des poursuites judiciaires dans son pays, où l'homosexualité n'est pas pénalement réprimée ». De même affaire précitée du 25 mars 2005 (la Moldavie ayant abrogé les articles du Code pénal réprimant les actes homosexuels en 1995).

(38) Directive CE 2004/83, 29 avr. 2004 concernant les normes minimales relatives aux conditions que doivent remplir les ressortissants des pays tiers ou les apatrides pour pouvoir prétendre au statut de réfugié ou à une protection subsidiaire (directive dite « Qualification »), JOUE 30 sept. 2004.

(39) Art. 10 directive « Qualification ».



(40) V., par ex., CRR 15 fév. 2005, *M. B.* (pour un transsexuel algérien), n° 496775.

(41) La CRR/CNDA a ainsi reconnu le statut de réfugiées à des femmes algériennes craignant des persécutions en raison de leur mode de vie en se fondant sur « l'absence manifeste de mécanismes légaux ou administratifs de protection en faveur des femmes » (CRR 11 juill. 2000, *M^{lle} Morkach* ; CRR 1^{er} juin 2001, *Benarbia*).

(42) Les persécutions recensées sont les viols, mariages forcés, stérilisations forcées, grossesses forcées, mutilations génitales.

(43) Ainsi, la CRR a reconnu le statut de réfugié, sur la base de l'appartenance à un groupe social, à des parents maliens se trouvant exposés, du fait de leur refus de soumettre leur fille mineure à la pratique de l'excision, tant à des violences dirigées contre leurs personnes qu'au risque que leur enfant soit excisée contre leur volonté (CRR 7 déc. 2001, *Sissoko*, n° 361050 et 373077). V., de même, pour une requérante sénégalaise (CRR 22 févr. 2005, *M^{me} D. épouse N.*, n° 456133) ; pour une requérante malienne (CRR 16 juin 2005, *M^{lle} HS*, n° 492440) ; pour une requérante de Côte d'Ivoire (CRR 12 juin 2007, *M^{lle} Z*, n° 478642) ; pour une requérante du Bénin, victime, enfant d'une séquestration, d'une mutilation génitale et d'autres atteintes à son intégrité physique, puis soumise à un mariage forcé et à des pratiques rituelles contraintes (CRR, 2 nov. 2007, *M^{lle} D.*, n° 53599) ; pour une requérante du Tchad où il n'existe pas de législation interdisant ou restreignant les mutilations génitales féminines (CRR 30 mars 2004, *M^{lle} Ndiguimadji*, n° 454281) ; pour une requérante de Guinée (CNDA 7 mai 2009, *M^{lle} B.*, n° 628346).

(44) Pour celles qui entendent se soustraire à des mariages imposés au Pakistan (CRR 15 oct. 2004, *M^{lle} NN.*, n° 444000), en Turquie pour des femmes Kurdes (CRR 4 mars 2005, *M^{lle} T.*, n° 489014 ; CNDA 28 sept. 2009, *M^{lle} A.*, n° 636702/08017164), en Guinée (CRR 27 avr. 2006,

M^{me} D. épouse B., n° 531526 ; CNDA 19 nov. 2009, *M^{lle} S.*, n° 643746/09002565), au Niger (CNDA 18 déc. 2007, *M^{lle} A.*, n° 596205) et au Nigeria (CNDA 2 avr. 2008, *M^{lle} N.*, n° 574495). Notons cependant que le Conseil d'État, dans une décision du 3 juillet 2009, dénie à une femme Kurde, qui a fui et son pays et un mariage forcé, le statut de réfugié au sens de la Convention de Genève en estimant que *M^{me} D* était confrontée à un conflit ayant un caractère individuel ne caractérisant pas l'appartenance à un groupe social victime de persécutions (CE 3 juill. 2009, n° 294266, *M^{me} D.*, Lebon  ; AJDA 2009. 1343 ).

(45) En comparaison, la loi espagnole du 30 octobre 2009, établit expressément, dans son article 3, relatif à la définition de réfugié, le genre et l'orientation sexuelle parmi les raisons qui peuvent donner lieu à la reconnaissance du statut de réfugié (la loi n° 12/2009 relative au droit d'asile et à la protection subsidiaire).

(46) Par exemple, « le public algérien est violemment homophobe : les gays peuvent être les cibles d'assassinats de la part de fondamentalistes musulmans et que les crimes d'honneur commis par la famille et les voisins ne sont pas rares » (UNHCR, Algérie : information sur le traitement que réservent la société et les autorités gouvernementales aux homosexuels, juill. 2007).

(47) CE, sect., 27 mai 1983, *Dankha*, n° 42074, Lebon p. 220 .

(48) CRR 15 févr. 2005, *M. B.*, n° 496775.

(49) HCR, *Agents de persécution*, mars 1995, pt 5.

(50) HCR, *Guide des procédures et critères (...)*, préc., pt 65.

(51) HCR, *Protéger les réfugiés : questions et réponses*, Genève, 1996 et 2002.

(52) Amnesty International, *Torture - Identité sexuelle et persécutions*, 2001, p. 36.

(53) Art. L. 713-2 CESEDA.

(54) CRR 6 avr. 2009, Rec. CRR p. 19.

(55) Art. 6. directive « Qualification ».

(56) Loi n° 98-349, 11 mai 1998, JORF, 12 mai 1998, art. 36.

(57) Le ministre de l'Intérieur « pouvait » accorder l'asile, en tenant compte des « intérêts » de la France. Ses décisions de refus n'avaient pas à être motivées.

(58) De manière générale, « en matière d'asile territorial, le ministère de l'Intérieur a rejeté près de 99 % des demandes » (Sénat, avis présenté au nom de la Commission des Affaires étrangères, 16 oct. 2003).

(59) Art. L. 712-1 CESEDA ; art. 15 directive « Qualification ».

(60) CRR 25 mars 2005, Rec. CRR p. 43, aff. préc.

(61) CRR 12 sept. 2005, n° 98570, *M^{me} AGB*, aff. préc. (ressortissante mongole) ; CRR 12 mai 2006, Rec. CRR p. 40, aff. préc. (ressortissant bosniaque) ; CNDA 7 mai 2008, Rec. CNDA p. 40 (ressortissant kosovar).

(62) La reconnaissance du statut de réfugié permet à l'intéressé d'obtenir de plein droit une carte de résident valable pour une durée de dix années et renouvelable de jure tant que le statut demeure (art. L. 314-11, 8° du CESEDA). Le bénéfice de la protection subsidiaire est accordé pour une période d'un an renouvelable (art. L. 712-3 CESEDA), la situation du

requérant étant examinée à chaque échéance. Le 21 octobre 2009, la Commission européenne a déposé une proposition législative portant modification des directives « procédure » et « qualification ». Cette proposition vise notamment à « éliminer les différences dans le niveau des droits conférés aux réfugiés et aux bénéficiaires d'une protection subsidiaire qui ne peuvent plus être considérées comme justifiées ».

(63) H. Perret, *La règle de droit dans la Commission des Recours des Réfugiés*, thèse, 2000, p. 51.

(64) « Lesbian and Gay Pride Île-de-France », Le livre blanc 2000, 10 mai 2000, p. 64.

(65) UNHCR, Sénégal : information sur l'attitude de la société sénégalaise envers les homosexuels sénégalais, févr. 2006.

(66) UNHCR, Ghana : information sur le traitement que réservent la société et les autorités aux homosexuels, octobre 2006.

(67) Aff. préc. : CRR 25 mars 2005 (ressortissante moldave) ; CRR 12 sept. 2005 (ressortissante mongole) ; CRR 12 mai 2006 (ressortissant bosniaque).

(68) CE 7 avr. 2007, n° 281294. Décision allant dans le même sens que celle de l'OFPRA du 13 février 2003 et celle de la CRR du 7 juillet 2004 rendues dans la même affaire.

(69) Il est à noter qu'aux États-Unis, un juge qui avait refusé l'asile à un citoyen albanais parce qu'il « ne s'habillait pas ou ne parlait pas comme un homosexuel ou n'avait pas les manières d'un homosexuel » a vu sa décision infirmée par une Cour d'appel, laquelle a fondé sa décision sur une « opinion personnelle et impropre », et a été écarté de l'affaire (Cour d'appel fédérale des États-Unis, 2 avr. 2007, *Shahinaj c. Gonzales*).

(70) Rejet pour une ressortissante ukrainienne par la CNDA qui estime « qu'il ne résulte pas de l'instruction que la requérante serait personnellement exposée en cas de retour dans son pays d'origine à l'une des menaces graves visées par l'article L. 712-1 (...) » (CNDA 16 déc. 2008, *M^{lle} S.*, n° 473648). De même CNDA, 7 mai 2009, *Y.*, n° 610542 (ressortissant camerounais).

(71) Rejet de la protection subsidiaire par le Conseil d'État pour un ressortissant algérien (CE 9 avr. 2004, n° 242294).

(72) CE 7 août 2007, n° 281294.

(73) Art. L. 713-2 CESEDA.

(74) Décision inédite, citée par C. Mecary., *Droit et homosexualité*, coll. « État de droits », Dalloz, 1999, p. 35.

(75) CE 10 janv. 2003, n° 228947, *Lebon*. Dans le même sens CE 30 mars 2005, n° 242002 (ressortissante arménienne).

(76) F. Tiberghien, *Statut de réfugié et persécution par des agents non publics*, RFDA 1998, 244.

(77) Rejet par la CRR/CNDA de la requête d'un ukrainien plusieurs fois agressé pour ses activités associatives de lutte en faveur des droits des homosexuels et qui « a vainement porté plainte auprès des autorités à la suite des agissements dont il a été victime ». Pour la CRR « considérant que ni les pièces du dossier ni les déclarations faites en séance publique devant la Commission ne permettent de tenir pour établis les faits allégués et pour fondées les craintes énoncées » (CRR 28 janv. 2005, *K*, n° 487069).

(78) Rejet d'une demande au motif que « ni les pièces du dossier ni les déclarations faites

devant la Cour, insuffisamment précises et dépourvues d'éléments personnalisés, n'ont permis d'établir les relations alléguées du requérant » (CNDA 7 mai 2009, Rec. CNDA p. 49, pour un ressortissant camerounais).



(79) HCR, *Guide des procédures (...)*, préc., pt 196.



(80) Résolution des ministres européens responsables de l'immigration, Londres, 30 nov.-1^{er} déc. 1992.

(81) Directive CE 2005/85 du 1^{er} décembre 2005 relative à des normes minimales concernant la procédure d'octroi et de retrait du statut de réfugié dans les États membres (dite directive « Procédure »), JOUE, 13 déc. 2005.

(82) Pt 17, directive « Procédure ».

(83) Art. L. 741-4 2° CESEDA.

(84) CE 5 avr. 2006, *GISTI*, n° 284706, Lebon  ; AJDA 2006. 789 .

(85) Cons. const., 4 déc. 2003, n° 2003-485-DC, Rec. Cons. const. p. 455 ; D. 2004. 1279 , obs. O. Le Bot .



(86) Art. L.741-4 2° CESEDA.

(87) La loi de 2003 a donné compétence au Conseil d'administration de l'OFPRA pour fixer une telle liste (art. L. 722-1 CESEDA).

(88) Décision de l'OFPRA, 16 mai 2006.

(89) Décision de l'OFPRA, 13 nov. 2009.

(90) CE 13 févr. 2008, *Forum réfugiés c. OFPRA*, n° 295443, Lebon  ; AJDA 2008. 326  ; RFDA 2008. 535, note A. Vidal-Naquet .

(91) CE 23 juill. 2010, *Amnesty international France et autres*, n° 336034, AJDA 2010. 1513  ; D. 2010. 2868, obs. O. Boskovic, S. Corneloup, F. Jault-Seseke, N. Joubert et K. Parrot . Liste à jour au 25 mars 2011.

(92) Forums réfugiés, « pays d'origine », note, n° 26, nov. 2009, p. 10.

(93) Amnesty International, Les autorités doivent protéger neuf hommes risquant d'être victimes d'agressions homophobes, 27 avr. 2009.

(94) Forums réfugiés, « pays d'origine », note, n° 26, nov. 2009, p. 3.

(95) Forums réfugiés, « pays d'origine », note, n° 26, nov. 2009, p. 19.

(96) CRR 18 mai 2007, Rec. CRR p. 43. Notons, dans le même ordre d'idée, qu'au cours de la même année 2009, l'OFPRA a accordé le statut de réfugié à un ressortissant homosexuel arménien pour cause de persécutions tout en ajoutant l'Arménie à la liste des pays d'origine considérés comme sûrs.

(97) L'Arménie a cependant été éliminée de la liste par le Conseil d'État en juillet 2010.

(98) Ces Principes ont été élaborés par la Commission internationale de juristes et le Service international pour les droits de l'Homme. Ils ont été adoptés à l'unanimité lors de la réunion d'un groupe d'experts qui s'est tenue à Jogjakarta en novembre 2006.



RFDA © Editions Dalloz 2012