

Persécution sur la base de l'appartenance à un certain groupe social

Etat des lieux d'une tentative d'extension de la notion aux personnes
homosexuelles et aux femmes mutilées sexuellement ou risquant de l'être

Mémoire réalisé par
Sophie Carton de Tournai

Promoteur
Nicolas Bonbled

Année académique 2014-2015
Master en droit

Plagiat et erreur méthodologique grave

Le plagiat entraîne l'application des articles 87 à 90 du règlement général des études et des examens de l'UCL.

Il y a lieu d'entendre par « plagiat », l'utilisation des idées et énonciations d'un tiers, fussent-elles paraphrasées et quelle qu'en soit l'ampleur, sans que leur source ne soit mentionnée explicitement et distinctement à l'endroit exact de l'utilisation.

La reproduction littérale du passage d'une oeuvre, même non soumise à droit d'auteur, requiert que l'extrait soit placé entre guillemets et que la citation soit immédiatement suivie de la référence exacte à la source consultée.*.

En outre, la reproduction littérale de passages d'une œuvre sans les placer entre guillemets, quand bien même l'auteur et la source de cette œuvre seraient mentionnés, constitue une erreur méthodologique grave pouvant entraîner l'échec.

* A ce sujet, voy. notamment <http://www.uclouvain.be/plagiat>.

Je remercie avant tout mon promoteur, monsieur Nicolas Bonbled pour son encadrement et pour m'avoir immédiatement soutenue quant au choix de cette thématique qui me tient à cœur.

J'adresse également mes remerciements sincères à monsieur Jean-Yves Carlier. Le cours de 'droit et migrations' m'a transmis sa passion pour le droit des étrangers.

Merci à messieurs Jean-Louis Renchon et François van der Mensbrugghe. Leurs cours magistraux captivants et leur enthousiasme ont marqué mes cinq années de droit et m'ont toujours incitée à donner le meilleur de moi-même.

Je remercie également tous les autres professeurs qui ont contribué à ma formation de future juriste, en particulier ceux de l'Université Saint-Louis, pour nous avoir vivre durant trois belles années un climat d'apprentissage quasi familial.

Merci à Luc Leboeuf pour sa disponibilité et l'échange intéressant que nous avons eu.

A titre plus personnel, merci à Max pour la fierté que je lis dans ses yeux depuis quatre ans.

Merci à Ysaline, pour ces dix blocus hauts en couleurs, pour sa sérénité et son amitié indéfectible qui m'auront été et me sont si précieuses.

Finalement, je remercie de tout cœur mes parents. Rien n'aurait été possible sans leur soutien et leur amour inébranlables.

Introduction

« *Le pas suspendu de la cigogne* »¹... Quelle situation inconfortable que celle des personnes ayant fui leur Etat d'origine mais n'ayant pas officiellement le droit de traverser la frontière d'un autre pays². Le droit d'accorder l'asile est une prérogative souveraine et non une obligation de l'Etat, qui ne peut être forcé de conférer cette protection à une personne de nationalité étrangère³. Le droit de demander l'asile est, lui, reconnu⁴. Le parcours d'un candidat réfugié est parsemé d'obstacles physiques (la fuite du pays d'origine par la mer ou la terre, dans des conditions déplorables, au risque de sa vie) et juridiques (l'obtention d'un titre de séjour dans le pays d'accueil). Dans le cadre du droit d'asile, la nécessité de démontrer, afin d'être reconnu réfugié, le risque de persécution dans son pays d'origine, en raison de l'un des cinq motifs énumérés par la Convention relative au statut des réfugiés adoptée à Genève le 28 juillet 1951 (ci-après : Convention de Genève), constitue une barrière importante, parfois infranchissable⁵.

L'« *appartenance à un certain groupe social* »⁶, notion aux contours flous, si elle est la cause de la persécution crainte, permet au candidat d'obtenir la protection statutaire organisée par la Convention de Genève (et plus récemment, par la Directive 2004/83/CE en Europe), dans le pays d'accueil, via la reconnaissance du statut de réfugié⁷. Ce motif de persécution a toutefois toujours été perçu comme ambigu et son contenu a créé de nombreuses controverses juridiques ne facilitant pas la situation du demandeur d'asile ; « *Les tribunaux et les juristes ont adopté des points de vue très divergents au sujet de ce qui constitue 'l'appartenance à un certain groupe social' au sens de la Convention. Cela n'est pas surprenant. L'expression est vague et le détail de l'historique législatif ainsi que les débats*

¹ Métaphore, provenant d'un film grec réalisé par Theo Angelopoulos (1991), reprise par J.-Y. Carlier dans son cours oral de 'Droit et Migrations', année académique 2013-2014, à l'Université Catholique de Louvain-la-Neuve.

² S. JANSSENS, « Proposition de définition de la notion de 'groupe social' : entre état des lieux de la jurisprudence et perspectives d'évolution », *Rev. dr. étr.*, 2010, n° 159, p. 309.

³ J.-Y. CARLIER, *Droit d'asile et des réfugiés. De la protection aux droits*, Leiden, Martinus Nijhoff, 2008, pp. 42-43.

⁴ *Ibidem*, p. 68.

⁵ Convention relative au statut des réfugiés, adoptée à Genève le 28 juillet 1951, article 1, A, §2 (ci-après : Convention de Genève).

⁶ Directive 2004/83/CE du Conseil du 29 avril 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 les personnes qui, pour d'autres raisons, ont besoin d'une protection internationale, et relatives au contenu des statuts, *J.O.U.E.*, L 304, 30 septembre 2004, p. 3, article 2, c) (ci-après : directive 2004/83/CE).

⁷ Directive 2004/83/CE, considérant n° 14, « *La reconnaissance du statut de réfugié est un acte déclaratif* » ; Seule la protection statutaire, sera abordée, à l'exclusion de la protection subsidiaire et du principe de non-refoulement, le motif du groupe social ne rentrant pas en ligne de compte pour obtenir ces deux autres protections.

font défaut. Il est non seulement impossible de définir cette expression de manière exhaustive mais il est également inutile de tenter de le faire. »⁸ La jurisprudence, tout comme la doctrine, s'est pourtant attelée à cette tâche fastidieuse, ce qui a le plus souvent mené à des incohérences, contradictions, débats interprétatifs et pire, à des lacunes dans la protection des personnes. Par ailleurs, la notion de groupe social a fait l'objet d'une interprétation évolutive, coïncidant avec un changement des mœurs ; le motif de persécution a été étendu à de nouvelles catégories de personnes⁹. Cette extension constitue une opportunité pour de nombreux requérants, mais ne s'effectue toutefois pas en totale harmonie, comme nous le verrons. Notre étude touche à un point central du droit des réfugiés puisque « *l'évolution de ce motif a avancé la compréhension de la définition du réfugié dans son entièreté* »¹⁰.

Le premier chapitre sera tout d'abord consacré à expliciter succinctement le cadre général de la reconnaissance du statut de réfugié, les principes de base utilisés (première section), afin de mieux appréhender, dans un second temps, la définition du groupe social (deuxième section), notion au cœur de notre étude. Il nous serait pourtant impossible, de par l'étendue limitée de notre travail, d'envisager l'analyse complète de ce motif de persécution et de ces nouveaux requérants potentiels. C'est pourquoi la problématique actuelle et particulièrement dévastatrice des persécutions de genre constituera notre angle d'approche. Ces persécutions sont multiples (viols, mutilations génitales féminines, violence conjugale, prostitution forcée, persécution des homosexuels...) et n'ont pas toujours attiré l'attention requise des gouvernements, ni des autorités impliquées dans le droit des réfugiés. Par exemple, en 2000 encore, l'Assemblée parlementaire du Conseil de l'Europe affichait son inquiétude par rapport au « *fait que les politiques d'immigration dans la plupart des pays membres du Conseil de l'Europe discriminent les gays et les lesbiennes* »¹¹. Egalement, le problème de l'« *invisibility of refugee women* » persiste, selon les auteurs¹². Si, dans la Convention de Genève, aucun fondement ne permet d'obtenir le statut de réfugié en

⁸ A. ALENIKOFF, « Caractéristiques protégées et perceptions sociales : analyse de la signification de l'expression 'appartenance à un certain groupe social' », in *La protection des réfugiés en droit international* (sous la direction de E. Feller, V. Turk et F. Nicholson), Bruxelles, Larcier, 2008, p. 305.

⁹ S. JANSSENS, *op. cit.*, p. 309.

¹⁰ Haut Commissariat des Nations Unies pour les Réfugiés (HCR), *Principes directeurs sur la protection internationale n° 2 : « L'appartenance à un certain groupe social » dans le cadre de l'article 1A(2) de la Convention de 1951 et/ou son Protocole de 1967 relatifs au Statut de réfugiés*, 8 juillet 2008, HCR/GIP/02/02 Rev.1, p. 2, accessible sur www.unhcr.fr/.

¹¹ Assemblée parlementaire du Conseil de l'Europe, *Recommandation 1470 sur la situation des gays et des lesbiennes et leurs partenaires en matière d'asile et d'immigration dans les Etats membres du Conseil de l'Europe*, 2000, §2, accessible sur www.refworld.org/.

¹² C. O'CONNOR, « Sexual violence as 'persecution' within the 1951 Refugee Convention », *Irish Student Law Review*, 2001, n° 9, p. 31, accessible sur <http://heinonline.org>.

invoquant une crainte de persécution sur la base du genre, les demandes des personnes subissant ce type de persécution réapparaissent principalement dans le cadre du motif de persécution de l'appartenance à un certain groupe social. Nous traiterons du cas de l'homosexualité¹³, question liée au genre au sens large (deuxième chapitre), et de celui des mutilations génitales féminines (ci-après : MGF), question liée au sexe, ou genre au sens strict (troisième chapitre). Dans ces deux hypothèses, on observe avec acuité la tentative d'extension du motif de persécution étudié à des nouveaux groupes sociaux, à des réalités probablement non envisagées par les rédacteurs de la Convention de Genève, ainsi que les difficultés qui en découlent¹⁴. « *Ces développements ont en commun de reconnaître le statut de réfugié à des personnes persécutées pour leur refus de se soumettre à une norme sociale (orientation sexuelle, excision [...]) que leurs sociétés d'origine tentaient d'imposer.* »¹⁵

Cette matière étant en constante mutation, nous espérons apporter une mise à jour pertinente, un état des lieux actuel, synthétique et critique de la problématique. Quant au champ d'application, notre analyse portera principalement sur le droit européen, avec une attention particulière pour la jurisprudence belge. Nous tenterons néanmoins de relever, en ce qui concerne l'appréhension des deux groupes sociaux étudiés, quelques différences intéressantes entre l'Europe et les Etats-Unis. Le but est d'observer comment, au départ d'une même convention, les interprétations peuvent partir dans des sens divergents. Nous considérons que, dans le but de trouver des remèdes aux dénis de protection, il y a beaucoup à tirer des erreurs, ou au contraire, des évolutions positives d'un autre système juridique. Le sujet se prête assez bien, en effet, à une comparaison : alors qu'en Europe, la directive 2004/83/CE dite qualification, constitue une clarification importante concernant les demandes d'asile fondées sur la crainte de persécution en raison de son appartenance à un groupe social déterminé, les Etats-Unis sont eux toujours confrontés aux problèmes engendrés par cette « *notion à contenu variable* »¹⁶. Les deuxième et troisième chapitres seront par conséquent abordés du point de vue européen, tout en réservant quelques lignes pour explorer l'approche

¹³ Nous utiliserons le terme générique 'homosexuels' durant tout ce travail, par facilité de langage, afin d'englober les gays, les lesbiennes et les bisexuels, qui recouvrent, nous le savons, des réalités différentes. Nous ne traiterons pas particulièrement des travestis, transsexuels et intersexuels, puisque cela concerne plutôt l'identité de genre, voy. Haut Commissariat des Nations Unies pour les Réfugiés (HCR), *Principes directeurs sur la protection internationale n° 9 : demandes de statut de réfugié fondées sur l'orientation sexuelle et/ou l'identité de genre dans le contexte de l'article 1A(2) de la Convention de 1951 et/ou de son Protocole de 1967 relatifs au statut des réfugiés*, 23 octobre 2012, HCR/GIP/12/09, p. 5, accessible sur www.refworld.org/.

¹⁴ S. JANSSENS, *op. cit.*, p. 309.

¹⁵ X. CREAC'H, « Les évolutions dans l'interprétation du terme réfugié », *Revue Hommes et Migrations*, n° 1238, juillet-août 2002 : Les frontières du droit d'asile, p. 69, accessible sur www.hommes-et-migrations.fr.

¹⁶ J.-Y. CARLIER, *Droit d'asile et des réfugiés...*, *op. cit.*, p. 213.

américaine¹⁷. Nous nous concentrerons, afin de se calquer sur le champ d'application de la directive 2004/83/CE, sur les réfugiés des pays tiers et non les réfugiés européens¹⁸. Par ailleurs, quant aux éléments procéduraux de la demande d'asile, seules certaines problématiques extrêmement sensibles seront relevées.

Un fil conducteur sera suivi tout au long de ces chapitres : nous nous poserons la question de savoir si l'hétérogénéité entre les principes interprétatifs, utilisés pour accorder ou refuser le bénéfice du statut de réfugié aux personnes homosexuelles et aux femmes mutilées sexuellement, a pour conséquence une protection inadéquate des candidats réfugiés. En effet, le dispositif d'un jugement peut varier selon l'approche utilisée pour considérer qu'une personne est persécutée sur la base de son appartenance à un groupe social, ce qui soulève, selon nous, un problème de sécurité juridique et d'égalité pour les demandeurs d'asile. De la problématique abordée ressort la question plus ample de comment, sur la base de quelles conditions, les autorités nationales accordent-elles leur protection à des personnes dont les droits de l'homme ont été violés. L'extension de la notion de groupe social est-elle suffisamment aboutie et suffisante pour que l'on puisse considérer ces personnes comme étant traitées de manière adéquate dans le contexte actuel, en Europe et aux Etats-Unis ? De nouvelles problématiques surviennent si l'on étend la protection au niveau du motif de persécution, mais que l'on restreint la portée d'autres composantes de la définition du réfugié, telles que la persécution ou la crainte fondée. Comme le scande le Haut Commissariat des Nations Unies pour les réfugiés : « *Lorsqu'on essaye d'appliquer les critères de la définition du réfugié dans le cadre des procédures de détermination du statut de réfugié, il est important d'adopter une approche holistique et de prendre en compte tous les aspects pertinents de la demande.* »¹⁹ Par conséquent, afin d'appliquer cette exigence d'exhaustivité, nous ne pouvons décemment pas ignorer les autres aspects de la définition du réfugié dans notre étude du motif de persécution de l'appartenance à un certain groupe social. La délimitation de ces nouveaux groupes s'effectue-t-elle aujourd'hui par l'application de critères clairs, homogènes et précis ? L'enjeu principal de notre étude est d'apporter une réponse à ces questions fondamentales.

¹⁷ De plus, les juridictions de *common law* étant nettement plus prolixes en la matière que les juridictions européennes, il serait dommage d'ignorer totalement la jurisprudence d'outre-Atlantique.

¹⁸ H. LAMBERT, « The EU Asylum qualification directive, it's impact on the jurisprudence of the United Kingdom and International law », *The International and Comparative Law Quarterly*, 2006, vol. 55, n° 1, p. 178, accessible sur www.jstor.org/.

¹⁹ Haut Commissariat des Nations Unies pour les Réfugiés (HCR), *Principes directeurs sur la protection internationale n° 1 : 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*, 8 juillet 2008, HCR/GIP/02/01 Rev.1, §7, accessible sur www.unhcr.fr/.

Chapitre I. La notion de crainte fondée de persécution sur la base de son appartenance à un certain groupe social

Section I. La reconnaissance du statut de réfugié : cadre général

Après avoir présenté la source internationale fondatrice qu'est la Convention de Genève, ainsi que sa traduction en droit européen, nous parcourrons brièvement les différentes composantes de la définition du réfugié, devant nécessairement être remplies afin de bénéficier de la protection internationale.

§1. La Convention de Genève

La Convention de Genève du 28 juillet 1951, « *pierre angulaire du régime juridique international de protection des réfugiés* »²⁰, établit la définition du réfugié, de manière générale et abstraite²¹. Cette définition est actuellement libérée de toute limite temporelle ou spatiale, et ce depuis le Protocole de New York signé en 1967²². Dans le premier article de cette convention phare, le réfugié est défini comme une personne qui, « *craignant avec raison d'être persécutée, du fait de sa race, de sa religion, de sa nationalité, de son appartenance à un certain groupe social ou de ses opinions politiques, se trouve hors du pays dont elle a la nationalité et qui ne peut ou, du fait de cette crainte, ne veut se réclamer de la protection de ce pays ; ou qui, si elle n'a pas de nationalité et se trouve hors du pays dans lequel elle avait sa résidence habituelle [...], ne peut ou, en raison de ladite crainte, ne veut y retourner* »²³.

§2. La directive 2004/83/CE

Dans le cadre de sa compétence en matière d'asile, l'Union européenne adopta la directive 2004/83/CE (ou directive qualification), ayant pour objectif « *d'aider les Etats membres à appliquer la Convention* »²⁴, cette dernière étant ratifiée, entre autres, par tous les

²⁰ Directive 2011/95/UE du Parlement européen et du Conseil du 13 décembre 2011, concernant les normes relatives aux conditions que doivent remplir les ressortissants des pays tiers ou les apatrides pour pouvoir bénéficier d'une protection internationale, à un statut uniforme pour les réfugiés ou les personnes pouvant bénéficier de la protection subsidiaire, et au contenu de cette protection (refonte), *J.O.U.E.*, L 337, 20 décembre 2011, p. 1, considérant n° 4 (ci-après : directive 2011/95/UE) ; J.-Y. CARLIER, *Droit d'asile et des réfugiés...*, *op. cit.*, p. 70.

²¹ J.-Y. CARLIER, *Les réfugiés*, Bruxelles, ADDE, 1995, p. 7 ; J.-Y. CARLIER, *Droit d'asile et des réfugiés...*, *op. cit.*, p. 45.

²² Protocole relatif au statut des réfugiés du 31 janvier 1967, adopté à New York le 31 janvier 1967, article 1 ; J.-Y. CARLIER, *Droit d'asile et des réfugiés...*, *op. cit.*, p. 45, désormais, des événements qui se produisent après le premier janvier 1951 tombent dans le champ d'application de la Convention. Quant à la limite géographique, il ne s'agit plus uniquement que de l'Europe.

²³ Convention de Genève, article 1, A, §2 ; J.-Y. CARLIER, *Droit d'asile et des réfugiés...*, *op. cit.*, pp. 195 à 237, afin d'améliorer la mise en œuvre de cette définition, l'auteur propose la « *théorie des trois échelles* ».

²⁴ Directive 2004/83/CE, considérant n° 16.

Etats membres de l'Union européenne²⁵. Ainsi se pose la question de l'articulation entre la source européenne et la source internationale. La Convention de Genève reste le texte essentiel en matière de droit des réfugiés, devant être respecté par la directive qualification et par les Etats, et au regard duquel la norme européenne devra être interprétée par les juges nationaux²⁶. La Cour de Justice de l'Union européenne pourrait contrôler la validité des dispositions de la directive qualification ayant un effet direct au regard de ce traité international uniquement si l'on considère la théorie de la substitution applicable dans ce cas²⁷. Quoi qu'il en soit, la Cour de Justice doit interpréter la Convention de Genève de façon à lui permettre de coexister harmonieusement avec le droit de l'Union européenne²⁸.

Dans son article 2, c), la directive 2004/83/CE reproduit la définition du réfugié, classiquement établie par la Convention de Genève. La nouveauté consiste toutefois en une série de précisions prévues par l'instrument européen, dans ses chapitres deux, trois et quatre²⁹. Les standards de la directive sont réputés moins protecteurs que ceux de la Convention et des Etats membres³⁰. En sus des quelques incohérences pouvant être remarquées entre les deux sources juridiques³¹, nous verrons qu'en ce qui concerne la définition du groupe social, la directive qualification introduit un changement fondamental, assez contestable.

§3. La présence hors du pays d'origine

Premièrement, afin d'obtenir le statut de réfugié, le requérant doit s'être éloigné de son pays d'origine et se trouver dans le pays dans lequel il introduit la demande de protection³². L'article 4, §5 de la directive 2004/83/CE prévoit des dispositions particulières lorsque celui qui se prévaut de la protection ne possède pas de documents d'identité prouvant son pays

²⁵ S. SAROLEA, L. LEBOEUF et E. NERAUDAU, *La réception du droit européen de l'asile en droit belge : le règlement Dublin et la directive qualification*, Louvain-la-Neuve, UCL, 2012, p. 245.

²⁶ Directive 2004/83/CE, considérants n° 2, 3, 16 et 20 ; R. ERRERA, « La directive européenne du 29 avril 2004 sur le statut de réfugié, la protection internationale et les garanties contenues dans la Convention européenne des droits de l'homme », *Rev. trim. dr. h.*, 2008, n° 74, p. 349.

²⁷ H. LAMBERT, *op. cit.*, p. 186, « *ie a full transfer of powers between the Member States and the Community occurred* ». Voy. cette publication pour l'analyse détaillée de la relation entre les deux normes.

²⁸ *Ibidem*, p. 186, en ce qui concerne les particuliers, ils pourraient utiliser des dispositions de cette convention ayant effet direct afin de contester la légalité de certaines dispositions de la directive qualification.

²⁹ S. SAROLEA, L. LEBOEUF et E. NERAUDAU, *op. cit.*, p. 245.

³⁰ H. LAMBERT, *op. cit.*, p. 183.

³¹ *Ibidem*, pp. 177 à 182.

³² S. SAROLEA, L. LEBOEUF et E. NERAUDAU, *op. cit.*, p. 246, en effet l'asile 'diplomatique', qui est seulement une possibilité pour les Etats, n'est pas organisé par la directive 2004/83/CE. Cette faculté n'a pas été utilisée par la Belgique.

d'origine³³. De plus, une jurisprudence abondante, sur laquelle nous ne nous étendrons pas, spécifie les facteurs pertinents à utiliser dans l'évaluation de la vraisemblance de l'origine du demandeur, tels que « *la connaissance d'éléments factuels qui appartiennent à son environnement de vie direct* »³⁴.

§4. La crainte fondée

Afin d'être reconnu réfugiée, la personne doit démontrer, au moment de la requête, une crainte avec raison de faire l'objet de persécutions si elle était renvoyée dans son pays d'origine³⁵. Selon une partie de la doctrine, ce critère implique obligatoirement la réunion d'un aspect subjectif (la peur du demandeur) et d'un aspect objectif (soit les circonstances concrètes passées et présentes dans le pays tiers)³⁶. C'est d'ailleurs cette voie que suit le Haut Commissariat des Nations Unies pour les réfugiés (ci après : HCR), préconisant de prendre en compte « *l'effet des circonstances sur l'individu* »³⁷, mais également d'analyser *in concreto*, si la crainte du demandeur, considéré individuellement, va probablement se concrétiser, « *s'il a des raisons de craindre d'être persécuté* »³⁸. D'autres auteurs, dont J. Hathaway pour ne citer que lui, contestent la prise en compte de l'élément émotionnel, puisque toute demande serait forcément initiée par une crainte d'un niveau variable³⁹, que la personne ne serait toutefois pas toujours en mesure de montrer et cela pour des raisons diverses (un état de choc par exemple)⁴⁰. Les juridictions belges paraissent d'ailleurs se focaliser essentiellement sur la crainte objective, en établissant toutefois que « *des considérations générales sur la situation des droits humains ou sur la politique suivie dans un pays ne suffisent pas à fonder une crainte* »⁴¹.

³³ Directive 2004/83/CE, article 4, §5 ; S. SAROLEA, L. LEBOEUF et E. NERAUDAU, *op. cit.*, p. 248, lorsque les conditions de cet article sont remplies, la nationalité alléguée par le demandeur, bien que non prouvée, pourra être prise en compte.

³⁴ *Ibidem*, p. 250.

³⁵ *Ibidem*, p. 278.

³⁶ *Ibidem*, p. 276.

³⁷ Haut Commissariat des Nations Unies pour les Réfugiés (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*, Genève, 1992, HCR/1P/4/FRE/REV.1, §§40 et 41, accessible sur www.refworld.org/ ; G. CLAYTON, C. SAWYER, H. TONER e.a., *Textbook on Immigration law and Asylum law*, Oxford, Oxford university press, 2012, 5ème édition, p. 446.

³⁸ S. BODART, *La protection internationale des réfugiés en Belgique*, Bruxelles, Bruylant, 2008, p. 171, à cet effet, en Belgique, le C.C.E. examine si le demandeur ou des personnes dans les mêmes conditions ont fait l'objet de persécutions ; G. CLAYTON, C. SAWYER, H. TONER e.a., *op. cit.*, p. 446.

³⁹ J.-Y. CARLIER, *Droit d'asile et des réfugiés...*, *op. cit.*, p. 195.

⁴⁰ S. SAROLEA, L. LEBOEUF et E. NERAUDAU, *op. cit.*, p. 276.

⁴¹ S. BODART, *La protection internationale...*, *op. cit.*, p. 166 ; S. SAROLEA, L. LEBOEUF et E. NERAUDAU, *op. cit.*, p. 277 ; C.C.E., 17 juin 2011, n° 63 265, Rwanda, §4.4, par exemple, les actes dont ont été victimes des parents d'un requérant peuvent aider à prouver la crainte objective.

Notons qu'une crainte se développant dans le pays d'accueil pourra être prise en compte dans certains cas⁴². Cette notion de « *réfugié sur place* »⁴³ signifie que des circonstances nouvelles, sur lesquelles le demandeur n'a pas d'emprise (comme par exemple un changement de gouvernement dans le pays d'origine), font en sorte que se développe une crainte dans le chef du requérant, après le départ du pays d'origine⁴⁴. Mais encore, la situation où des activités constituant « *l'expression et la prolongation de convictions ou d'orientations affichées dans le pays d'origine* »⁴⁵ sont poursuivies par la personne dans le pays d'accueil et déclenchent une crainte de persécution créera une présomption en faveur de la reconnaissance du statut⁴⁶. *A contrario*, des activités entreprises nouvellement par le requérant dans le pays d'accueil ne fonderont la demande que si cette personne établit sa bonne foi, c'est à dire si ces activités ne sont pas entamées artificiellement par le demandeur dans le but de se garantir une protection⁴⁷.

§5. La persécution

A. L'auteur de la persécution

Concernant la question préliminaire de l'auteur de la persécution, la Convention de Genève étant muette sur la question, existait par le passé la controverse suivante : peut-on qualifier de persécution des actes commis par des particuliers ou des groupes qui ne sont pas des autorités publiques⁴⁸ ? Selon la « *théorie de l'imputation* »⁴⁹, il est nécessaire d'analyser si « *l'Etat a toléré ou encouragé les persécutions privées* »⁵⁰. A cette position s'est désormais substituée la « *théorie de la protection* »⁵¹, où la question déterminante est celle de savoir si l'Etat était, ou non, en mesure de protéger le particulier contre les actes commis⁵². En effet, selon la directive qualification, peu importe la qualité de l'auteur (autorité publique, groupe

⁴² Convention de Genève, article 5 ; S. SAROLEA, L. LEBOEUF et E. NERAUDAU, *op. cit.*, p. 252.

⁴³ *Ibidem*, p. 252.

⁴⁴ *Ibidem*, p. 253.

⁴⁵ Directive 2004/83/CE, article 5, §2.

⁴⁶ S. SAROLEA, L. LEBOEUF et E. NERAUDAU, *op. cit.*, p. 253.

⁴⁷ *Ibidem*, p. 253.

⁴⁸ J.-Y. CARLIER, *Droit d'asile et des réfugiés...*, *op. cit.*, p. 199 ; R. ERRERA, *op. cit.*, p. 351.

⁴⁹ J.-Y. CARLIER, *Droit d'asile et des réfugiés...*, *op. cit.*, p. 199.

⁵⁰ *Ibidem*, p. 201, la France et l'Allemagne ont pendant longtemps été des partisans de cette approche ; C.E. (fr.), 27 mai 1983, n° 42074, Dankha.

⁵¹ J.-Y. CARLIER, *Droit d'asile et des réfugiés...*, *op. cit.*, p. 199.

⁵² *Ibidem*, p. 201 ; R. ERRERA, *op. cit.*, p. 351 ; Canada (*Procureur général*) c. Ward, [1993] 2 S.C.R. 689, Canada : Supreme Court, 30 juin 1993, accessible sur www.refworld.org/.

privé, particulier, etc), le demandeur doit prouver que l'Etat est incapable d'assurer sa protection contre les actes en cause⁵³.

B. Les actes de persécution

La Convention de Genève n'offre pas de définition de ce qu'il faut entendre par persécution⁵⁴. La directive qualification est toutefois plus prolixe. Elle requiert qu'un certain niveau de gravité des pratiques soit atteint, condition qui sera analysée au vu des circonstances de l'espèce⁵⁵. Cela peut être le cas lorsqu'un acte constitue, « *du fait de sa nature ou de son caractère répété [...] une violation des droits fondamentaux, en particulier des droits auxquels aucune dérogation n'est possible en vertu de l'article 15, paragraphe 2, de la convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales* »⁵⁶, ou lorsqu'une combinaison de mesures a un effet similaire⁵⁷.

La directive qualification, à côté de sa définition générale, établit une liste non exhaustive d'« *actes considérés comme une persécution au sens de l'article 1, A de la Convention de Genève* »⁵⁸. Relevons que, selon la doctrine, le texte ne vise pas seulement les violations des droits civils et politiques mais également le non respect des droits économiques, sociaux et culturels⁵⁹. Par ailleurs, une discrimination grave peut être constitutive d'une persécution mais la première n'est néanmoins pas une condition *sine qua non* pour reconnaître l'existence de la deuxième⁶⁰, selon la majorité des auteurs. J.-Y. Carlier suggère de soumettre l'acte en cause au test de proportionnalité afin d'examiner si le requérant fait face, ou non, à une persécution⁶¹. De plus, la persécution ne doit pas nécessairement être individuelle ; le fait que d'autres personnes d'un groupe d'individus similaires soient ou risquent d'être persécutées de la même façon n'empêche pas la demande d'aboutir⁶².

⁵³ Directive 2004/83/CE, articles 6, c) et 7, notons que d'autres acteurs de protection sont également listés ; Loi du 15 décembre 1980 sur l'accès au territoire, le séjour, l'établissement et l'éloignement des étrangers, *M.B.*, 31 décembre 1980, article 48/5, §1 (ci-après : loi du 15 décembre 1980) ; J.-Y. CARLIER, *Droit d'asile et des réfugiés...*, *op. cit.*, p. 203.

⁵⁴ R. ERRERA, *op. cit.*, p. 351.

⁵⁵ Directive 2004/83/CE, article 9 ; J.-Y. CARLIER, *Droit d'asile et des réfugiés...*, *op. cit.*, p. 217 ; R. ERRERA, *op. cit.*, p. 352 ; C.C.E., 9 mars 2012, n° 39 974, Ukraine, par exemple, la non obtention d'un emploi n'a pas été considérée comme une persécution.

⁵⁶ Directive 2004/83/CE, article 9, §1, a).

⁵⁷ Directive 2004/83/CE, article 9, §1, b).

⁵⁸ Directive 2004/83/CE, article 9, §1 ; R. ERRERA, *op. cit.*, p. 352.

⁵⁹ S. SAROLEA, L. LEBOEUF et E. NERAUDAU, *op. cit.*, p. 298.

⁶⁰ J.-Y. CARLIER, *Droit d'asile et des réfugiés...*, *op. cit.*, p. 217.

⁶¹ *Ibidem*, p. 221.

⁶² G. CLAYTON, C. SAWYER, H. TONER e.a., *op. cit.*, p. 454.

C. Les persécutions passées

Le requérant ne doit pas spécialement démontrer qu'il a déjà fait l'objet de persécutions pour pouvoir prétendre au statut de réfugié, mais dès lors qu'une persécution passée est établie, celle-ci va engendrer une présomption non irréfragable de crainte dans le chef du requérant⁶³. La directive 2004/83/CE établit que « *le fait qu'un demandeur ait déjà été persécuté [...] est un indice sérieux de la crainte fondée du demandeur d'être persécuté [...] sauf s'il existe de bonnes raisons de penser que cette persécution ou ces atteintes graves ne se reproduiront pas* »⁶⁴. Cette problématique sera abordée de façon spécifique dans le troisième chapitre.

§6. Les causes de la persécution

La race, la religion, la nationalité, l'appartenance à un certain groupe social et les opinions politiques sont énoncés de façon limitative par l'article premier de la Convention de Genève au titre de « *motifs de la persécution* »⁶⁵. La persécution doit risquer d'être exercée en raison de l'une de ces cinq causes définies à l'article 10 de la directive qualification ; un lien causal est exigé entre la crainte de persécution et l'un des motifs, ce *nexus* devant être entendu au sens de « *cause contributive* »⁶⁶. Depuis l'arrêt *Ward* de la Cour Suprême du Canada, il est suffisant que le motif soit imputé au requérant par l'auteur de la persécution et « *peu importe qu'il possède effectivement la caractéristique* »⁶⁷.

§7. L'absence de protection

Une ultime condition est imposée par la Convention de Genève, à savoir la carence de protection dans son pays d'origine devant être prouvée par le requérant⁶⁸. L'article 7, §1 de la directive 2004/83/CE ne limite cependant pas la liste des acteurs de protection aux Etats, mais l'ouvre également aux « *partis ou organisations, y compris des organisations internationales, qui contrôlent l'État ou une partie importante du territoire de celui-ci* »⁶⁹, telles que des organisations instituées par l'ONU dans certains pays en crise⁷⁰. L'effectivité d'une telle

⁶³ S. BODART, *La protection internationale...*, op. cit., p. 168 ; S. SAROLEA, L. LEBOEUF et E. NERAUDAU, op. cit., p. 282.

⁶⁴ Directive 2004/83/CE, article 4, §4 ; Loi du 15 décembre 1980, article 48/7.

⁶⁵ Directive 2004/83/CE, article 10 ; L'objet de notre étude étant l'appartenance à un certain groupe social (voy. Section 2), nous n'explicitons pas en détails les autres motifs de persécution.

⁶⁶ J. HATHAWAY, « The causal nexus in international refugee law », *Mich. J. Int'l L.*, 2001-2002, n° 23, p. 209, accessible sur <http://heinonline.org>.

⁶⁷ Directive 2004/83/CE, article 10, §2 ; J.-Y. CARLIER, *Droit d'asile et des réfugiés...*, op. cit., pp. 215 et 216.

⁶⁸ *Ibidem*, p. 204 ; C.C.E., 18 avril 2011, n° 59 491, Angola.

⁶⁹ Directive 2004/83/CE, article 7, §1, a) et b).

⁷⁰ R. ERRERA, op. cit., p. 354.

protection, au sens de l'article 7, §2 de la directive qualification, sera évaluée au vu de l'état du paysage légal et judiciaire du pays, ainsi qu'au regard de la situation *in concreto* du requérant⁷¹. Par exemple, une loi pénalisant l'homosexualité sera le signe de la quasi impossibilité pour un homosexuel d'avoir accès à la justice afin de punir ses oppresseurs⁷².

De plus, l'article 8 de la directive établit la possibilité pour les Etats de refuser la demande d'asile, s'ils rapportent la preuve que le demandeur pourrait trouver un endroit dans le pays d'origine, un asile interne, où il lui serait raisonnablement possible de s'établir et où il ne fera pas l'objet de persécutions ou de dommages sérieux⁷³. Un refuge local doit donc être accessible et la personne doit pouvoir continuer à mener une vie normale dans ce lieu, en bénéficiant de certains droits, à l'abri de toute persécution ou autre mal important⁷⁴. La situation générale dans cette partie du pays, tout comme la situation personnelle du demandeur, devront par conséquent être examinées⁷⁵.

Section 2. Les origines et tentatives de définition du groupe social

Le motif de persécution du groupe social n'a cessé de faire parler de lui depuis son insertion dans la Convention de Genève en 1951. Est-on arrivé à une définition satisfaisante ? Examinons les composantes et limites de cette notion.

§1. La Convention de Genève

La notion de groupe social figurant à l'article 1^{er}, A, §2 de la Convention de Genève, fit une apparition surprenante dans le texte de la définition du réfugié juste avant la clôture des discussions sur le projet de Convention, suivant une proposition du délégué suédois⁷⁶. En l'insérant en dernière minute, les auteurs auraient en réalité entendu viser « *des classes socio-économiques particulières, telles que les propriétaires terriens, les capitalistes ou la classe moyenne* »⁷⁷. La notion n'est toutefois pas définie dans l'acte et les travaux préparatoires ne

⁷¹ Directive 2004/83/CE, article 7, §2 ; C.C.E., 4 août 2011, n° 65 378, Macédoine, §4.6.

⁷² C.C.E., 9 novembre 2010, n° 50 966, Sénégal, §5.7.2.

⁷³ Directive 2004/83/CE, article 8 ; Loi du 15 décembre 1980, article 48/5, §3 ; H. LAMBERT, *op. cit.*, p. 166.

⁷⁴ G. CLAYTON, C. SAWYER, H. TONER e.a., *op. cit.*, p. 468 ; R. ERRERA, *op. cit.*, p. 355 ; H. LAMBERT, *op. cit.*, p. 166.

⁷⁵ G. CLAYTON, C. SAWYER, H. TONER e.a., *op. cit.*, pp. 468 à 469, cette faculté est par exemple utilisée en Angleterre ; H. LAMBERT, *op. cit.*, p. 167.

⁷⁶ A. ALENIKOFF, *op. cit.*, p. 306.

⁷⁷ J.-Y. CARLIER, *Droit d'asile et des réfugiés...*, *op. cit.*, p. 210 ; S. JANSSENS, *op. cit.*, p. 321.

sont d'aucune aide⁷⁸, ce qui provoqua un conflit interprétatif majeur, toujours sensible actuellement.

Pour se voir reconnaître le statut de réfugié sur cette base, le requérant devra établir sa crainte fondée d'être persécuté, son appartenance à un groupe social et finalement, un lien entre la persécution et l'appartenance à un certain groupe social. De nombreuses décisions évoquent la nécessité de déterminer un « *principe restrictif* »⁷⁹, afin de ne pas élargir démesurément la portée du motif de persécution étudié, ce qui irait à l'encontre du but de la Convention et priverait les autres catégories de leur utilité⁸⁰. De plus, comme nous avons déjà eu l'occasion de le souligner, l'ampleur de cette catégorie dépasse aujourd'hui toute attente. Le mécanisme de l'interprétation évolutive doit toutefois être limité et ne peut avoir pour conséquence que la notion devienne une « *catégorie fourre-tout* »⁸¹. Les interprétations ultérieures ont majoritairement tenté d'identifier la nature commune des différents motifs de persécution afin d'aboutir à une définition de l'appartenance à un certain groupe social⁸². Le principe *ejusdem generis*, selon lequel « *un terme général, faisant suite à une liste de termes particuliers, doit être interprété d'une manière qui soit cohérente avec la nature générale des éléments énumérés* »⁸³, a été utilisé par certains auteurs et juges.

§2. Les jurisprudences nationales fondatrices

Les cours et tribunaux des pays ayant ratifié la Convention de Genève ont été confrontés à la tâche difficile d'appliquer aux cas particuliers, via l'élaboration de certaines règles d'interprétation, le motif de persécution de l'appartenance à un certain groupe social. Nous relevons dans cette partie certains arrêts de principe ayant eu une influence considérable sur la compréhension de l'objet de notre étude.

A. Etats-Unis

Tout d'abord, la décision *Matter of Acosta* du Bord of Immigration Appeals (BIA) des Etats-Unis du 1^{er} mars 1985 constitue un apport fondamental. Pour le BIA, la coopérative salvadorienne de taximen ne constituait pas un groupe social, puisqu'il faut entendre par ce concept « *un groupe de personnes dont toutes partagent une caractéristique commune*

⁷⁸ J. HATHAWAY et M. FOSTER, « Membership of a particular social group », *I.J.R.L.*, 2003, n° 15, p. 477, accessible sur <http://heinonline.org>.

⁷⁹ A. ALENIKOFF, *op. cit.*, p. 327.

⁸⁰ *Ibidem*, p. 327.

⁸¹ G. CLAYTON, C. SAWYER, H. TONER e.a., *op. cit.*, p. 479.

⁸² A. ALENIKOFF, *op. cit.*, p. 307.

⁸³ *Ibidem*, p. 331.

immuable. Cette caractéristique peut être de nature innée, comme le sexe, la race, la couleur ou un lien de parenté ou, dans certaines circonstances, une expérience commune antérieure, telle que celle d'un groupe de dirigeants militaires ou la qualité de propriétaire terrien »⁸⁴. Ce trait commun doit être tel qu'il serait impossible pour les membres de groupe de le modifier, ou qu'il ne pourrait leur être imposé d'y renoncer, tant celui-ci est fondamental pour leur être⁸⁵. Cette définition fut largement suivie par les juridictions américaines (à l'exception de la Court of Appeals for the Ninth Circuit), et leur a permis de reconnaître notamment le sexe, les liens familiaux, ou encore l'orientation sexuelle comme des caractéristiques immuables ou fondamentales⁸⁶.

En effet, à l'inverse, la position suivie par la Ninth Circuit dans l'arrêt *Sanchez-Trujillo v. INS* se départit de la règle édictée par le BIA. Selon cette Court of Appeals, un groupe social serait un groupe harmonieux de « *personnes affiliées étroitement les unes aux autres* »⁸⁷, regroupées de manière intentionnelle et ayant une caractéristique commune⁸⁸. Dans un arrêt plus récent toutefois, l'arrêt *Hernandez-Montiel v. INS* la Ninth Circuit semble admettre la fragilité de son critère de rassemblement volontaire et de cohésion entre les membres du groupe⁸⁹. La doctrine relève l'existence de ce qui semblerait être une troisième voie dans la jurisprudence américaine ; l'arrêt *Gomez* de la Court of Appeals for the Second Circuit reprend la définition contestée de l'arrêt *Sanchez-Trujillo v. INS*, tout en ajoutant que le groupe doit présenter des caractéristiques fondamentales le rendant reconnaissable par la société⁹⁰.

⁸⁴ *Matter of Acosta*, A-24159781, United States Board of Immigration Appeals, 1 mars 1985, p. 233, accessible sur www.refworld.org/.

⁸⁵ *Matter of Acosta*, A-24159781, United States Board of Immigration Appeals, 1 mars 1985, p. 233, accessible sur www.refworld.org/ ; A. ALEINIKOFF, *op. cit.*, p. 318.

⁸⁶ *Fatin v. Immigration and Naturalization Service*, 12 F.3d 1233, United States Court of Appeals for the Third Circuit, 20 décembre 1993, accessible sur www.refworld.org/ ; *Mya Lwin v. Immigration and Naturalization Service*, A-73-407-182, United States Court of Appeals for the Seventh Circuit, 15 mai 1998, accessible sur www.refworld.org/.

⁸⁷ *Sanchez-Trujillo, et al., v. Immigration and Naturalization Service*, 801 F.2d 1571, United States Court of Appeals for the Ninth Circuit, 15 octobre 1986, §27, accessible sur www.refworld.org/.

⁸⁸ *Sanchez-Trujillo, et al., v. Immigration and Naturalization Service*, 801 F.2d 1571, United States Court of Appeals for the Ninth Circuit, 15 octobre 1986, §27, accessible sur www.refworld.org/ ; M. VIDAL, « Membership of a particular social group and the effect of Islam and Shah », *I.J.R.L.*, 1999, n° 11, p. 529, accessible sur <http://heinonline.org>.

⁸⁹ *Geovanni Hernandez-Montiel v. Immigration and Naturalization Service*, 225 F.3d 1084, A72-994-275, United States Court of Appeals for the Ninth Circuit, 24 août 2000, p. 12, accessible sur www.refworld.org/ ; A. ALEINIKOFF, *op. cit.*, p. 328.

⁹⁰ *Gomez v. Immigration and Naturalization Service*, 947 F.2d 660, United States Court of Appeals for the Second Circuit, 28 octobre 1991, §19, accessible sur www.refworld.org/ ; A. ALEINIKOFF, *op. cit.*, p. 322 ; B. HENES, « The origin and consequences of recognizing homosexuals as a particular social group for refugees purposes », *Temp. int'l & Comp. L.J.*, 1994, vol. 8, p. 395, accessible sur <http://heinonline.org>.

B. Canada

L'arrêt *Ward* de la Cour suprême du Canada du 30 juin 1993 a permis certaines avancées importantes en droit des réfugiés. Ward, ayant appartenu à l'Armée de libération nationale irlandaise (INLA) et accusé ultérieurement de trahison par le groupement pour avoir libéré des otages, sollicite la reconnaissance du statut de réfugié au Canada en raison de sa crainte d'être persécuté par l'INLA en Irlande du Nord⁹¹. Tentant d'envisager le groupe social d'une manière limitée, le juge La Forest arrivera à la conclusion que l'appartenance à un certain groupe social vise : « 1) *Les groupes définis par une caractéristique innée ou immuable* ; 2) *les groupes dont les membres s'associent volontairement pour des raisons si essentielles à leur dignité humaine qu'ils ne devraient pas être contraints à renoncer à cette association* : et 3) *les groupes associés par un ancien statut volontaire immuable en raison de sa permanence historique* »⁹².

Dans cet arrêt de principe, la notion de groupe social inclut entre autres les groupes de personnes partageant une caractéristique immuable ou innée, mais pas seulement⁹³. La première subdivision englobe les groupes « *définis par le genre, le bagage linguistique et l'orientation sexuelle* »⁹⁴. Autrement dit, les groupes de cette catégorie sont fondés sur des caractéristiques involontaires, ce qui les distingue des groupes des deux autres subdivisions⁹⁵. En ce qui concerne le second critère, c'est l'union même qui est nécessaire à la dignité humaine des personnes qui en font partie, et cela inclut par exemple les militants pour les droits de l'homme⁹⁶. Dans le cas d'espèce, l'INLA ne pouvait être considérée comme un groupe social selon la Cour⁹⁷. Celle-ci va estimer que le mouvement militaire ne peut appartenir à la seconde catégorie, en raison des moyens agressifs utilisés par le groupe⁹⁸. Notons que la seconde catégorie est redéfinie dans l'arrêt *Chan* par le juge La Forest. Selon

⁹¹ A. ALENIKOFF, *op. cit.*, p. 309.

⁹² *Canada (Procureur général) c. Ward*, [1993] 2 S.C.R. 689, Canada : Supreme Court, 30 juin 1993, p. 51, accessible sur www.refworld.org.

⁹³ A. ALENIKOFF, *op. cit.*, p. 310.

⁹⁴ *Canada (Procureur général) c. Ward*, [1993] 2 S.C.R. 689, Canada : Supreme Court, 30 juin 1993, p. 51, accessible sur www.refworld.org.

⁹⁵ J. HATHAWAY et M. FOSTER, « Membership of... », *op. cit.*, p. 481.

⁹⁶ A. ALENIKOFF, *op. cit.*, p. 311 ; D. MCGHEE, « Persecution and Social Group Status : homosexual Refugees in the 1990s », *Journal of Refugee Studies*, 2001, vol. 14, n° 1, p. 35, accessible sur <http://heinonline.org>.

⁹⁷ A. ALENIKOFF, *op. cit.*, p. 310.

⁹⁸ J.-Y. CARLIER, *Droit d'asile et des réfugiés...*, *op. cit.*, p. 211, or, selon l'auteur, ce raisonnement est contestable puisque ce sont les buts de l'association et non les moyens utilisés qui doivent être essentiels à la dignité humaine des membres.

lui, le critère de l'association volontaire ne devrait plus entrer dans la définition⁹⁹. Les trois types de groupes sociaux relevés dans *Ward* sont réunis par la doctrine sous le nom de « *l'approche des caractéristiques protégées* »¹⁰⁰. En conclusion, cet arrêt prend en compte les critères développés dans *Acosta* et le principe de non-discrimination, qui doit constituer la toile de fond dans le cadre de l'interprétation de la Convention de Genève, pour dégager un enseignement de principe particulièrement important¹⁰¹.

C. Australie

La Haute Cour d'Australie va s'éloigner de la voie empruntée par le Canada. Dans l'arrêt dit *Applicant A*, la demande de protection des requérants chinois invoquant un risque de stérilisation fut rejetée¹⁰². En effet, la caractéristique commune reliant les membres du groupe en question doit être autre que la persécution invoquée¹⁰³, or les requérants arguaient faire partie du « *groupe comprenant ceux qui craignent d'être persécutés en raison de la politique de l'enfant unique* »¹⁰⁴. De plus, ces personnes ne pouvaient être considérées comme formant un groupe social puisqu'il « *n'existait aucune caractéristique ou aucun attribut social unissant les couples, aucun facteur externe leur permettant d'être perçus comme un certain groupe social aux fins de la Convention* »¹⁰⁵. La Cour a donc suivi ce qu'on appelle « *l'approche de la perception sociale* »¹⁰⁶.

D. Royaume-Uni

Les arrêts de la Court of Appeal britannique, dans la lignée des arrêts *Acosta* et *Ward*, établissaient que le groupe social doit être défini sur la base du critère *ejusdem generis* et indépendamment de la violation crainte¹⁰⁷. C'est toutefois l'arrêt *Shah and Islam* de la House of Lords du 25 mars 1999 qui revêt une importance non négligeable, tant pour ses prescripts que pour le fait qu'il s'agisse de la première interprétation du groupe social donnée à ce

⁹⁹ *Chan v. Canada (Minister of Employment and Immigration)*, [1995] 3 S.C.R. 593, Canada : Supreme Court, 19 octobre 1995, accessible sur www.refworld.org/ ; A. ALEINIKOFF, *op. cit.*, p. 335 ; M. VIDAL, *op. cit.*, p. 529.

¹⁰⁰ A. ALEINIKOFF, *op. cit.*, p. 311.

¹⁰¹ J. HATHAWAY et M. FOSTER, *The law of refugee status*, New-York, Cambridge University Press, 2014, 2^{ème} édition, p. 427.

¹⁰² *A and Another v Minister for Immigration and Ethnic Affairs and Another*, [1997], Australia : High Court, 24 février 1997, p. 10, accessible sur www.refworld.org/.

¹⁰³ M. VIDAL, *op. cit.*, p. 530.

¹⁰⁴ S. JANSSENS, *op. cit.*, p. 312.

¹⁰⁵ *A and Another v Minister for Immigration and Ethnic Affairs and Another*, [1997], Australia : High Court, 24 février 1997, p. 33, accessible sur <http://www.refworld.org/>.

¹⁰⁶ A. ALEINIKOFF, *op. cit.*, p. 339.

¹⁰⁷ *Secretary of State for the Home Department v. Sergei Vasilievich Savchenkov*, Court of Appeal (England and Wales), 30 juin 1995, accessible sur www.refworld.org/ ; M. VIDAL, *op. cit.*, pp. 530 et 531.

niveau de juridiction en Angleterre¹⁰⁸. Une fois le risque de persécution reconnu par la Cour, l'enjeu était de déterminer si les deux requérantes pakistanaises, victimes de violences conjugales et risquant d'être injustement sanctionnées pour une prétendue infidélité, faisaient partie d'un groupe social déterminé¹⁰⁹. Le critère de la cohésion, développé aux Etats-Unis et utilisé par la Court of Appeal pour déclarer la demande non fondée, est rejeté par la House of Lords¹¹⁰. Cette dernière va établir que « *les femmes partagent une caractéristique immuable du genre, sont discriminées au Pakistan et ne sont pas protégées par l'Etat* »¹¹¹. Elles constituent donc le groupe social « *des femmes pakistanaises* »¹¹². La juridiction réitère également le principe, désormais constant, selon lequel le groupe doit être défini indépendamment de la persécution¹¹³.

Cet arrêt, se référant lui même à l'affaire *Acosta* analysée précédemment, poursuit l'approche des caractéristiques protégées. Il mentionne la discrimination (entendue comme propagée, sérieuse et mise en place dans la loi, la justice et l'administration), mais pas, selon la doctrine, au titre de critère constitutif du groupe social¹¹⁴. Selon Lord Hoffman, les femmes doivent pouvoir constituer un groupe social puisque, « *in choosing to use the general term 'particular social group' rather than an enumeration of specific social groups, the framers of the Convention were [...] intending to include whatever groups might be regarded as coming within the anti-discriminatory objectives of the Convention* »¹¹⁵.

§3. L'analyse des lignes directrices communes

Il est frappant de voir, dans les affaires analysées ci-dessus, la multitude de critères existants. Si, actuellement, il est possible de dégager deux grandes méthodes pour délimiter un groupe social et certains points de consensus, nous soulignons que le choix d'appliquer l'une ou l'autre approche n'est pas purement théorique et aura des répercussions concrètes sur

¹⁰⁸ *Islam (A.P.) v. Secretary of State for the Home Department ; R v. Immigration Appeal Tribunal and Another, Ex Parte Shah (A.P.)*, Session 1998-1999, House of Lords (UK), 25 mars 1999, accessible www.refworld.org/.

¹⁰⁹ A. ALEINIKOFF, *op. cit.*, p. 314.

¹¹⁰ *Islam (A.P.) v. Secretary of State for the Home Department ; R v. Immigration Appeal Tribunal and Another, Ex Parte Shah (A.P.)*, Session 1998-1999, House of Lords (UK), 25 mars 1999, p. 16, accessible www.refworld.org/ ; A. ALEINIKOFF, *op. cit.*, p. 328 ; M. VIDAL, *op. cit.*, p. 533.

¹¹¹ C. QUERTON, « The interpretation of the Convention Ground of 'Membership of a particular social group' in the context of gender-related claims for asylum – A critical analysis of the Tribunal's approach in the UK », *Refugee Law Initiative*, Working paper n° 3, janvier 2012, p. 17, accessible sur <http://heinonline.org>.

¹¹² *Islam (A.P.) v. Secretary of State for the Home Department ; R v. Immigration Appeal Tribunal and Another, Ex Parte Shah (A.P.)*, Session 1998-1999, House of Lords (UK), 25 mars 1999, p. 16, accessible www.refworld.org/ ; M. VIDAL, *op. cit.*, p. 533.

¹¹³ *Ibidem*, pp. 533 et 535.

¹¹⁴ H. LAMBERT, *op. cit.*, p. 170 ; C. QUERTON, *op. cit.*, p. 14.

¹¹⁵ *Islam (A.P.) v. Secretary of State for the Home Department ; R v. Immigration Appeal Tribunal and Another, Ex Parte Shah (A.P.)*, Session 1998-1999, House of Lords (UK), 25 mars 1999, p. 15, accessible www.refworld.org/.

la protection du requérant. En effet, les deux méthodes présentées ci-dessous pourraient amener à des résultats similaires, mais également hélas parfois antagonistes¹¹⁶.

A. L'approche des caractéristiques protégées

La première approche, dite celle des caractéristiques protégées (ou *ejusdem generis*)¹¹⁷, fut brillamment dégagée dans la décision américaine précitée *Matter of Acosta*, suivie ensuite par de nombreuses juridictions dans le monde et approuvée par une doctrine abondante¹¹⁸. Selon cette théorie, un groupe social est un « *groupe défini par des caractéristiques à propos desquelles il y a des appréciations variables mais pour lesquelles sinon l'immutabilité du moins la durée a une certaine importance* »¹¹⁹. Cette manière de définir le groupe social est conforme au principe *ejusdem generis*, explicité *supra*. En effet, ce trait commun doit être tel qu'il serait impossible pour les membres du groupe de le modifier ou qu'on ne pourrait leur imposer de l'abandonner, celui-ci étant tellement fondamental pour leur être¹²⁰. Et il en est ainsi pour les quatre autres motifs de persécution¹²¹.

L'approche des caractéristiques protégées apporte une certaine harmonie dans le raisonnement juridique utilisé pour déterminer l'existence d'un groupe social¹²². Elle permet aux femmes ou aux homosexuels de constituer un groupe social, puisqu'une certaine évolution du concept est assurée en prenant en compte de nouvelles caractéristiques protégées, au gré de l'avancement de la protection internationale des droits de l'homme¹²³. En effet, le juge va assurer le respect de la règle de droit en s'aidant des normes internationales des droits de l'homme pour déterminer quels sont les attributs immuables ou essentiels à la dignité humaine des individus¹²⁴.

Mais par ailleurs, comme le soulignent certains auteurs, des lacunes dans la protection surviendront lorsque cette approche, mettant regrettablement de côté des groupes à risque, est privilégiée par le juge¹²⁵. Il a également été relevé qu'au regard de la lettre et de l'historique

¹¹⁶ A. ALENIKOFF, *op. cit.*, p. 313.

¹¹⁷ J. HATHAWAY et M. FOSTER, « Membership of... », *op. cit.*, p. 480.

¹¹⁸ *Ibidem*, p. 480.

¹¹⁹ J.-Y. CARLIER, *Droit d'asile et des réfugiés...*, *op. cit.*, p. 210.

¹²⁰ A. ALENIKOFF, *op. cit.*, p. 337 ; J. HATHAWAY et M. FOSTER, « Membership of... », *op. cit.*, p. 480.

¹²¹ A. ALENIKOFF, *op. cit.*, p. 318 ; M. VIDAL, *op. cit.*, p. 529.

¹²² J. HATHAWAY et M. FOSTER, « Membership of... », *op. cit.*, pp. 481 et 482.

¹²³ A. ALENIKOFF, *op. cit.*, p. 337 ; J. HATHAWAY et M. FOSTER, « Membership of... », *op. cit.*, p. 482.

¹²⁴ Haut Commissariat des Nations Unies pour les Réfugiés (HCR), *Principes directeurs sur la protection internationale n° 2 : « L'appartenance à un certain groupe social »...*, *op. cit.*, p. 3.

¹²⁵ A. ALENIKOFF, *op. cit.*, p. 337, l'auteur cite par exemple le groupe des propriétaires terriens ; V. TURK et F. NICHOLSON, « La protection des réfugiés en droit international : perspective globale », in *La protection des réfugiés en droit international* (sous la direction de E. Feller, V. Turk et F. Nicholson), Bruxelles, Larcier, 2008, p. 43.

législatif de la Convention, une telle interprétation ne serait pas légitime et constituerait un critère artificiellement construit¹²⁶.

B. L'approche de la perception sociale

Dans cette approche adoptée par l'arrêt australien *Applicant A*, l'élément déterminant devient l'identification externe, par la société (y compris donc par les persécuteurs), d'un groupe de personnes partageant un élément commun (croyance, intérêt, occupation...) qui permet de distinguer cet ensemble de personnes du reste de la société¹²⁷. Ce critère paraît, pour certains, plus proche du sens ordinaire du concept de groupe social et ne nécessite pas le recours à une norme juridique externe¹²⁸. Cette approche, permettant la reconnaissance de groupes autres que ceux reliés par des caractéristiques immuables ou fondamentales, est généralement considérée comme plus libérale¹²⁹. Elle pourrait par exemple protéger des « *personnes qui croient en des valeurs qui ne sont pas conformes aux coutumes des sociétés dans lesquelles elles vivent* »¹³⁰, telles que les femmes contestant la pratique des mutilations génitales féminines. Plus souple, plus intégrante, offrant une plus grande marge de manœuvre au juge et prenant en compte les particularités culturelles et sociales du pays d'origine¹³¹, cette méthode a séduit de nombreux auteurs. A. Aleinikoff « *propose de concevoir l'approche des caractéristiques protégées comme le cœur de l'analyse de la perception sociale* »¹³². Son approche nous paraît similaire à celle préconisée par le HCR (voy. *infra*). Les groupes passant le test des caractéristiques protégées seront toujours reconnus sous l'approche de la perception sociale selon l'auteur¹³³. Les ensembles qui, à l'inverse, ne constituent pas un groupe social selon le premier test devront être analysés au regard de l'approche de la perception sociale¹³⁴.

¹²⁶ A. ALEINIKOFF, *op. cit.*, p. 337.

¹²⁷ *A and Another v Minister for Immigration and Ethnic Affairs and Another*, [1997], Australia : High Court, 24 février 1997, p. 11, accessible sur www.refworld.org/, « *The adjoining 'social' to 'group' suggests that the collection of persons must be of a social character, that is to say, the collection must be cognisable as a group in society such that its members share something which unites them and sets them apart from society at large. The word 'particular' [...] must be an identifiable social group such that a group can be pointed to as a particular social group, therefore is a collection of persons who share a certain characteristic or element which unites them and enables them to be set apart from society at large. That is to say, not only must such persons exhibit some common element; the element must unite them, making those who share it a cognisable group within their society* » ; A. ALEINIKOFF, *op. cit.*, p. 339.

¹²⁸ J. HATHAWAY et M. FOSTER, « *Membership of...* », *op. cit.*, p. 482.

¹²⁹ A. ALEINIKOFF, *op. cit.*, p. 340.

¹³⁰ *Ibidem*, p. 341.

¹³¹ *Ibidem*, p. 341 ; J. HATHAWAY et M. FOSTER, « *Membership of...* », *op. cit.*, p. 488.

¹³² A. ALEINIKOFF, *op. cit.*, p. 344.

¹³³ *Ibidem*, p. 354.

¹³⁴ *Ibidem*, p. 354.

Toutefois, le critère de la perception sociale fait l'objet de nombreuses critiques et soulève des interrogations. Selon certains auteurs, cette approche se basant uniquement sur le sens ordinaire du concept ne respecte pas les règles d'interprétation des traités, qui imposent de prendre également en compte le contexte et l'objectif du texte¹³⁵. Ensuite, comment un juge peut-il analyser la situation et la perception sociale d'un autre pays, parfois culturellement très éloigné du sien¹³⁶ ? Nous verrons, plus loin dans notre analyse, les répercussions de cette difficulté pratique. Egalement, comme le sous-entend l'affaire *Re GJ* de Nouvelle-Zélande, on peut se demander si cette approche ne provoque pas une extension infondée du motif de persécution¹³⁷. Ne donne-t-elle pas trop de pouvoir à la société, lui permettant de reconnaître et donc de légitimer des groupes de toutes sortes ? « *En rendant les attitudes sociétales déterminantes pour l'existence du groupe social, tout groupe de personnes dans une société, perçu en tant que groupe, pourrait virtuellement être considéré comme un certain groupe social.* »¹³⁸ De plus, le trait ou l'intérêt commun aux membres du groupe ne doit pas remplir de critères particuliers et pourrait par conséquent être insignifiant¹³⁹. Finalement, selon certains auteurs, l'outil de la perception sociale n'aboutit pas spécialement à reconnaître plus de groupes que selon l'approche des caractéristiques protégées et aurait déjà eu pour conséquence de voir refusée la reconnaissance de groupes pourtant qualifiés selon l'autre méthode¹⁴⁰.

C. Les autres principes

A côté des deux techniques de délimitation du groupe social, on relève d'autres principes faisant l'objet d'un consensus. La première règle fut parfaitement exprimée dans l'arrêt *Applicant A* : « *La caractéristique ou l'élément qui unit le groupe ne peut pas être une crainte commune de persécution. Il est quelque peu circulaire de penser qu'un certain nombre de personnes peuvent être considérées comme craignant une persécution du fait de leur appartenance à un certain groupe social lorsque ce qui est censé unir ces personnes au*

¹³⁵ J. HATHAWAY et M. FOSTER, « Membership of... », *op. cit.*, p. 486.

¹³⁶ A. ALENIKOFF, *op. cit.*, p. 342.

¹³⁷ *Refugee Appeal No. 1312/93, Re GJ*, New Zealand : Refugee Status Appeals Authority, 30 août 1995, p. 60, accessible sur www.refworld.org/.

¹³⁸ *Refugee Appeal No. 1312/93, Re GJ*, New Zealand : Refugee Status Appeals Authority, 30 août 1995, p. 60, accessible sur www.refworld.org/ (traduction libre).

¹³⁹ A. ALENIKOFF, *op. cit.*, p. 342, l'auteur fait toutefois justement remarquer que les groupes unis par des caractéristiques anodines et dérisoires ne feront probablement pas l'objet de persécutions. Et si même tel était le cas, il est, selon l'auteur, difficile de justifier un refus de protection à ces groupes si le critère de la perception sociale est rempli.

¹⁴⁰ J. HATHAWAY et M. FOSTER, « Membership of... », *op. cit.*, p. 488.

sein d'un certain groupe social est leur crainte commune de persécution. »¹⁴¹ Une conséquence de ce principe est que les groupes sociaux entendus comme des groupes de personnes dont les droits de l'homme ont été violés posent problème dans la jurisprudence¹⁴². La persécution va toutefois jouer un rôle important dans la détermination du groupe social, puisque de tels mauvais traitements participent à la réalisation de la perception sociale¹⁴³.

Deuxièmement, le requérant ne doit pas être en mesure de démontrer que toutes les personnes faisant partie du groupe social sont réellement exposées au risque d'être persécutées ou ont été persécutées¹⁴⁴. Ce principe joue particulièrement en faveur des personnes homosexuelles¹⁴⁵. En troisième lieu, il n'est pas non plus nécessaire que le groupe soit uni, c'est à dire que les membres ne doivent pas tous se rassembler de manière consciente et volontaire¹⁴⁶. En effet, le critère d'association volontaire (tout comme celui de cohérence) est écarté à l'heure actuelle, ce que nous applaudissons puisqu'une telle condition imposerait une charge insurmontable aux homosexuels et aux femmes¹⁴⁷. Ensuite, la taille du groupe social n'a pas d'importance et cette règle vaut également pour les autres motifs de persécution¹⁴⁸.

De plus, comme cela a été explicité *supra*, un lien de causalité est exigé entre les persécutions et le motif de persécution¹⁴⁹. Le juge doit évaluer si les traitements subis ou le manque de protection de l'Etat résultent de l'appartenance du requérant au groupe social¹⁵⁰.

Finalement, la discrimination ne devrait pas être une condition nécessaire de la reconnaissance d'un certain groupe social¹⁵¹. Selon la doctrine, la discrimination serait envisagée dans l'arrêt *Sham and Islam* précité et dans l'arrêt *Fornah*, non comme une preuve devant être apportée pour fonder l'existence d'un certain groupe social mais plutôt comme un élément déjà contenu dans les cinq motifs de persécution ; être persécuté pour l'une de ces

¹⁴¹ *A and Another v Minister for Immigration and Ethnic Affairs and Another*, [1997], Australia : High Court, 24 février 1997, p. 11, accessible sur www.refworld.org/ ; A. ALEINIKOFF, *op. cit.*, p. 328.

¹⁴² *Ibidem*, p. 335.

¹⁴³ *Ibidem*, p. 330 ; *A and Another v Minister for Immigration and Ethnic Affairs and Another*, [1997], Australia : High Court, 24 février 1997, p. 28, accessible sur www.refworld.org/, « *Left-handed men are not a particular social group. But, if they were persecuted because they were left-handed, they would no doubt quickly become recognisable in their society as a particular social group. Their persecution for being left-handed would create a public perception that they were a particular social group. But it would be the attribute of being left-handed and not the persecutory acts that would identify them as a particular social group.* ».

¹⁴⁴ A. ALEINIKOFF, *op. cit.*, p. 331 ; J. HATHAWAY et M. FOSTER, « Membership of... », *op. cit.*, p. 478.

¹⁴⁵ A. ALEINIKOFF, *op. cit.*, p. 331.

¹⁴⁶ *Ibidem*, p. 354 ; J. HATHAWAY et M. FOSTER, « Membership of... », *op. cit.*, p. 478.

¹⁴⁷ *Ibidem*, p. 479.

¹⁴⁸ *Ibidem*, p. 479.

¹⁴⁹ A. ALEINIKOFF, *op. cit.*, p. 345.

¹⁵⁰ *Ibidem*, p. 345.

¹⁵¹ C. QUERTON, *op. cit.*, p. 9.

cinq raisons est discriminatoire en soi¹⁵². Toutefois, d'autres arrêts n'arrivent pas à la même conclusion et le débat reste encore ouvert dans la doctrine et la jurisprudence¹⁵³.

§4. La directive 2004/83/CE, la position du HCR et leurs répercussions en droit national

La précision de la définition de l'appartenance à un certain groupe social compte parmi les avancées importantes réalisées par la directive 2004/83/CE¹⁵⁴. Il était en effet nécessaire de clarifier cette notion vague et d'apporter un peu de cohérence au niveau européen. Selon l'article 10 §1, d) de la directive 2004/83/CE : « *Un groupe est considéré comme un certain groupe social lorsque, **en particulier** (souligné par nous), ses membres partagent une caractéristique innée ou une histoire commune qui ne peut être modifiée, ou encore une caractéristique ou une croyance à ce point essentielle pour l'identité ou la conscience qu'il ne devrait pas être exigé d'une personne qu'elle y renonce, **et** (également souligné par nos soins) ce groupe a son identité propre dans le pays en question parce qu'il est perçu comme étant différent par la société environnante.* »¹⁵⁵ Il est donc flagrant que la définition donnée par la directive combine les deux approches explicitées *supra*, celle des caractéristiques protégées et celle de la perception sociale. La directive prescrit explicitement le cumul des deux critères¹⁵⁶. De ce fait, elle restreint l'usage du motif de persécution, l'empêchant ainsi de devenir un « *filet de sécurité couvrant tout motif de persécution non explicitement repris par la Convention de Genève* »¹⁵⁷ (ce qui ne serait pas conforme aux règles d'interprétation des traités)¹⁵⁸. Sur ce point, la directive instaure une norme stricte, obligeant les Etats membres à modifier leur législation dans un sens généralement plus restrictif¹⁵⁹.

¹⁵² C. QUERTON, *op. cit.*, p. 14 ; Voy. *Secretary of State for the Home Department v. Skenderaj*, C/2001/1336, Court of Appeal (England and Wales), 26 avril 2002, p. 9, accessible sur www.refworld.org/, cet arrêt considère pas non plus la discrimination comme une condition supplémentaire : « *Persecution of members of a particular social group only qualifies as persecution for a Convention reason if it is for reasons of such membership, which of necessity must be discriminatory. It is otiose and circular that the group should have to be defined by some discriminatory element before consideration of whether it is persecuted for that reason. Providing that there is a social group in the Acosta sense, the discrimination is to be found in the persecution.* »

¹⁵³ *SB (PSG - Protection Regulations - Reg 6) Moldova v. Secretary of State for the Home Department*, CG [2008] UKAIT 00002, Asylum and Immigration Tribunal / Immigration Appellate Authority (UK), 26 novembre 2007, p. 18, §53, accessible sur www.refworld.org/, l'arrêt requiert un élément de discrimination pour pouvoir conclure à l'existence d'un groupe social, lorsque la caractéristique immuable commune aux membres du groupe est le genre ; C. QUERTON, *op. cit.*, pp. 3 et 16, une telle différence de traitement établie dans l'arrêt *SB Moldova* envers cette catégorie de requérantes est considérée comme illégitime par l'auteur.

¹⁵⁴ Directive 2004/83/CE, considérant n° 21.

¹⁵⁵ Directive 2004/83/CE, article 10 §1, d).

¹⁵⁶ S. JANSSENS, *op. cit.*, p. 310.

¹⁵⁷ S. SAROLEA, L. LEBOEUF et E. NERAUDAU, *op. cit.*, p. 313.

¹⁵⁸ *Ibidem*, p. 314.

¹⁵⁹ H. LAMBERT, *op. cit.*, pp. 163 à 169.

Si cette application cumulative des critères peut paraître, à première vue, poursuivre un objectif noble, elle provoqua néanmoins un débat important. Tout d'abord, il est invoqué qu'elle ne constituerait pas une interprétation valide de la Convention de Genève¹⁶⁰. Ensuite, le cumul aurait des conséquences néfastes pour certains types de requérants dans l'impossibilité de remplir ces deux conditions¹⁶¹. Selon J.-Y. Carlier, la définition de la directive réduit de façon injustifiée la portée de ce motif de persécution, en imposant que le groupe se distingue à l'intérieur de lui-même, de par ses caractéristiques protégées, mais également à l'extérieur, aux yeux de la société¹⁶². Il s'agirait, aux yeux de l'auteur, « *d'une confusion entre la cause et l'effet* »¹⁶³ ; le fait d'être membre d'un groupe social, la cause, se différencie de l'effet qui est le danger d'être persécuté¹⁶⁴. Selon lui, requérir l'identification externe du groupe par la société signifie souvent évaluer si les membres du groupe risquent de subir des persécutions¹⁶⁵. Ce risque sera plus élevé si le critère de la perception sociale est rempli, néanmoins les deux ne sont pas nécessairement liés¹⁶⁶.

De plus, nous ne pouvons que regretter l'abandon du point de la proposition de directive initiale, érigeant explicitement le sexe au rang de « *critère de différenciation susceptible de caractériser un certain groupe social* »¹⁶⁷. Toutefois, quelques années plus tard, la directive 2011/95/UE (directive refonte de la directive 2004/83/CE) apporta une précision fondamentale pour les personnes craignant des violences de genre : « *Il convient de prendre dûment en considération les aspects liés au genre, y compris l'identité de genre, aux fins de la reconnaissance de l'appartenance à un certain groupe social ou de l'identification d'une caractéristique d'un tel groupe.* »¹⁶⁸

La définition du groupe social établie par la directive s'écarte également de celle préconisée par le Haut Commissariat pour les réfugiés, lequel entend concilier les deux critères afin d'éviter des dénis de protection¹⁶⁹. Une approche alternative doit être préférée selon l'organe de protection et la notion de groupe social doit donc être définie comme suit :

¹⁶⁰ J. HATHAWAY et M. FOSTER, *The law of refugee status*, op. cit., p. 432 ; C. QUERTON, op. cit., p. 12.

¹⁶¹ L. LEBOEUF, « Droit européen de l'asile et homosexualité », *Rev. dr. étr.*, 2014, n° 176, p. 7, c'est le cas des membres de l'armée en France.

¹⁶² J.-Y. CARLIER, *Droit d'asile et des réfugiés...*, op. cit., p. 213 ; S. JANSSENS, op. cit., p. 310.

¹⁶³ J.-Y. CARLIER, *Droit d'asile et des réfugiés...*, op. cit., p. 214.

¹⁶⁴ *Ibidem*, p. 214.

¹⁶⁵ L. LEBOEUF, « Droit européen de l'asile... », op. cit., p. 6.

¹⁶⁶ J.-Y. CARLIER, *Droit d'asile et des réfugiés...*, op. cit., p. 214.

¹⁶⁷ S. BODART, *La protection internationale...*, op. cit., pp. 206 et 207, de plus, on remarque que figure également au rang des absents la classe ou fonction sociale.

¹⁶⁸ Directive 2011/95/UE, article 10, §1, d), alinéa 2.

¹⁶⁹ Haut Commissariat des Nations Unies pour les Réfugiés (HCR), *Principes directeurs sur la protection internationale n° 2* : « *L'appartenance à un certain groupe social* »..., op. cit., p. 3.

« Un 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. »¹⁷⁰ En d'autres termes, les groupes ne pouvant être reconnus selon l'analyse *ejusdem generis* pourront être analysés selon la méthode sociologique¹⁷¹.

Si l'objectif est compréhensible, certains auteurs remarquent toutefois qu'en bout de course, le critère de la perception sociale a le dernier mot selon cette technique de fusion, malgré toutes les difficultés évoquées quant à la légitimité et la praticabilité de cette méthode¹⁷². La combinaison alternative ne serait donc pas si aisée qu'elle le laisserait paraître. J. Hathaway et M. Foster vont jusqu'à dire qu'on ne peut pas affirmer que cette réconciliation des deux critères « donnerait sa meilleure signification au texte de la définition du réfugié »¹⁷³.

Comment les Etats membres perçoivent-ils cette nouvelle définition donnée par la directive qualification ? Ceux-ci sont autorisés à établir un degré supplémentaire de protection dans leur loi de transposition de la directive¹⁷⁴. Cette possibilité a par exemple été utilisée en Angleterre, dans l'International Protection Regulations 2006, qui substitue la formule 'par exemple' à celle (relevée *supra* dans l'article 10, §1, d) de la directive 2004/83/CE) de 'en particulier'¹⁷⁵. L'arrêt *Fornah* de la House of Lords, critique également la sévérité du cumul des critères dans la directive qualification et les considère au contraire comme alternatifs¹⁷⁶. En d'autres termes, cette jurisprudence invite à suivre la définition du HCR, proposant d'appliquer les deux tests l'un à la suite de l'autre¹⁷⁷. Selon la House of Lords, la directive propose une interprétation des plus strictes, non soutenue par tous les juges nationaux ou internationaux, qui considèrent en général que ne remplir qu'un seul critère est suffisant¹⁷⁸.

¹⁷⁰ Haut Commissariat des Nations Unies pour les Réfugiés (HCR), *Principes directeurs sur la protection internationale* n° 2 : « L'appartenance à un certain groupe social »..., *op. cit.*, p. 3.

¹⁷¹ J. HATHAWAY et M. FOSTER, « Membership of... », *op. cit.*, p. 489.

¹⁷² *Ibidem*, p. 490.

¹⁷³ *Ibidem*, p. 490.

¹⁷⁴ Directive 2004/83/CE, article 3, « Les Etats peuvent adopter ou maintenir des normes plus favorables [...] dans la mesure où ces normes sont compatibles avec la présente directive » ; Notons que les lois nationales devant toutefois être compatibles avec la directive, la légalité de la loi belge et de ses dispositions moins sévères dépend donc de l'interprétation à donner au terme compatible, H. LAMBERT, *op. cit.*, pp. 161 à 192.

¹⁷⁵ International Protection Regulations 2006, article 6, §1, d) ; C. QUERTON, *op. cit.*, p. 10.

¹⁷⁶ *Secretary of State for the Home Department (Respondent) v. K (FC) (Appellant) ; Fornah (FC) (Appellant) v. Secretary of State for the Home Department (Respondent)*, [2006] UKHL 46, House of Lords (UK), 18 octobre 2006, p. 12, accessible sur www.refworld.org/ ; R. ERRERA, *op. cit.*, pp. 358 et 359.

¹⁷⁷ C. QUERTON, *op. cit.*, p. 11.

¹⁷⁸ *Secretary of State for the Home Department (Respondent) v. K (FC) (Appellant) ; Fornah (FC) (Appellant) v. Secretary of State for the Home Department (Respondent)*, [2006] UKHL 46, House of Lords (UK), 18 octobre 2006, p. 12, accessible sur www.refworld.org/ ; *SB (PSG - Protection Regulations - Reg 6) Moldova v. Secretary*

« La Convention de Genève devait être interprétée en accord avec son objectif humanitaire général et en tenant compte des principes, affirmés dans son préambule, selon lesquels les êtres humains, sans distinction, doivent jouir des droits de l'homme et des libertés fondamentales et que les réfugiés doivent se voir assurer l'exercice le plus large possible des dits droits et libertés. »¹⁷⁹

A contrario, la jurisprudence française applique les conditions cumulatives de la directive et la perception sociale est déterminante dans ce pays¹⁸⁰. La jurisprudence évaluera si la conduite du requérant est considérée comme transgressive par la communauté dans le pays d'origine du requérant¹⁸¹. Nous reviendrons sur cette jurisprudence dans les autres chapitres.

La loi belge accorde également un degré supplémentaire de protection aux requérants souhaitant utiliser le motif de persécution étudié¹⁸². En effet, la formulation (« *un groupe doit être considéré comme un certain groupe social lorsque, **entre autres** (souligné par nous) ») montre la possibilité offerte par l'article 48/3, §4, d) de la loi du 15 décembre 1980, modifié par la loi du 15 septembre 2006 transposant l'article 10 de la directive 2004/83/CE, de reconnaître un groupe social alors que seule une des conditions de la directive est remplie¹⁸³. De plus, bien souvent, nous observons que la jurisprudence ne prend pas la peine de formuler un groupe social précis au vu des données factuelles de l'espèce et se limite à dire que le motif de persécution de l'appartenance à un certain groupe social est en cause. Le risque réel de persécution paraît être l'élément déterminant permettant au candidat d'obtenir la protection. Dans ces conditions, nous nous interrogeons sur le bien-fondé d'une telle interprétation restrictive établie dans la nouvelle norme européenne. Sans compter que la délimitation des groupes sociaux en cause dans chaque affaire particulière constitue une difficulté considérable pour les juges. Gardant en mémoire les différentes réflexions évoquées dans cette partie, l'état des lieux de l'application de la nouvelle définition aux catégories de demandeurs ciblés dans notre travail sera effectué dans les deuxième et troisième chapitres.*

of State for the Home Department, CG [2008] UKAIT 00002, Asylum and Immigration Tribunal / Immigration Appellate Authority (UK), 26 novembre 2007, p. 18, §53, accessible sur www.refworld.org/, malheureusement cet arrêt, pourtant normalement tenu de suivre l'arrêt *Fornah*, s'écarte de ce dernier et affirme la nature cumulative des deux branches de l'article 10 de la directive qualification ; C. QUERTON, *op. cit.*, p. 3.

¹⁷⁹ R. ERRERA, *op. cit.*, p. 358.

¹⁸⁰ *Ibidem*, p. 359 ; Voy. C.N.D.A. (fr.), 24 mars 2015, n° 10012810, Mlle J.E. F.

¹⁸¹ R. ERRERA, *op. cit.*, p. 359 ; J. HATHAWAY et M. FOSTER, *The law of refugee status*, *op. cit.*, p. 429.

¹⁸² C.C.E., 30 juin 2010, n° 45 742, Albanie, §5.7.3.

¹⁸³ S. SAROLEA, L. LEBOEUF et E. NERAUDAU, *op. cit.*, p. 316.

Chapitre II. L'orientation sexuelle et le groupe social

Section 1. Le genre

Le genre et le sexe ne sont pas mentionnés dans la Convention de Genève. Toutefois, une interprétation téléologique raisonnable de son texte, visant tous « *les êtres humains, sans distinction* »¹⁸⁴, amène à prendre ces deux éléments en considération dans l'analyse de la définition du réfugié en particulier et dans l'examen de la demande¹⁸⁵.

On constate depuis quelques années une remarquable évolution de l'appréhension des demandes d'asile liées au genre, résultant, entre autres, d'une meilleure distinction conceptuelle entre « *le sexe, qui indique une différence biologique, et le genre, qui fait référence aux relations entre les hommes et les femmes fondées sur des rôles définis socialement qui sont attribués à un sexe ou l'autre* »¹⁸⁶. L'accent est également mis sur la prise en compte des persécutions de genre dans la directive qualification, comme nous le verrons. Toutefois, malgré ce mouvement positif, des dénis de protection demeurent¹⁸⁷. L'orientation homosexuelle est une question de genre ; dans de nombreux pays, elle ne cadre pas avec les rôles sociaux culturellement assignés à chaque sexe ce qui entraîne la persécution des personnes homosexuelles¹⁸⁸. La situation des candidats homosexuels s'est sensiblement améliorée ces dernières années ; une évolution qui est intervenue parallèlement au développement, en droit international, de l'interdiction des discriminations fondées sur le genre¹⁸⁹. Le genre et le sexe n'étant pas inscrits au titre de motifs de persécution, les homosexuels recourent le plus souvent au motif d'un certain groupe social. Or, alors qu'auparavant, la jurisprudence européenne était particulièrement restrictive à l'égard des requérants homosexuels¹⁹⁰, ceux-ci sont désormais largement réputés former un tel groupe social, ce qui facilitera le succès de la requête de ces personnes, qui devront toutefois toujours

¹⁸⁴ Convention de Genève, considérant n° 1 du préambule.

¹⁸⁵ R. HAINES, « La persécution liée au genre », in *La protection des réfugiés en droit international* (sous la direction de E. Feller, V. Turk et F. Nicholson), Bruxelles, Larcier, 2008, p. 369.

¹⁸⁶ *Ibidem*, p. 367 ; S. MAGARDIE, « Is the applicant really gay ? Legal responses to asylum claims based on persecution because of sexual orientation », *Agenda*, 2003, n° 55, p. 81, accessible sur www.jstor.org/.

¹⁸⁷ R. HAINES, *op. cit.*, p. 367.

¹⁸⁸ S. JANSSENS, *op. cit.*, p. 316 ; Notons que l'orientation sexuelle se définit comme « *la capacité de chacun à ressentir une profonde attirance émotionnelle, affective et sexuelle envers les individus du sexe opposé, de même sexe ou de plus d'un sexe et d'entretenir des relations intimes et sexuelles avec ces individus* », Haut Commissariat des Nations Unies pour les Réfugiés (HCR), *Principes directeurs sur la protection internationale* n° 9..., *op. cit.*, p. 5.

¹⁸⁹ L. LEBOEUF, « Droit européen de l'asile... », *op. cit.*, p. 4.

¹⁹⁰ V. FRAISSINIER-AMIOT, « Les homosexuels étrangers et le droit d'asile en France : un octroi en demi-teinte », *R.F.D.A.*, 2011, vol. 1, p. 293, « *Refus quasi systématiques [...] que l'homosexualité ne relevait d'aucun des critères posés par la Convention et que les homosexuels ne constituaient pas 'un groupe social particulier'* » ; X. CREAC'H, *op. cit.*, p. 66.

prouver les autres éléments de la définition du réfugié. Nous nous arrêterons donc également sur certains enjeux liés à ces autres conditions, afin de montrer les lacunes que présente toujours la protection des victimes de persécutions liées au genre.

Section II. Les conditions établies en Europe

§1. La persécution

L'état des lieux du traitement de l'homosexualité dans le monde est horrifant. L'Iran constitue un exemple signifiant. En 2009, les employés de ce pays qui ne se mariaient pas étaient 'invités' à quitter leur travail, sur ordre du gouvernement, mesure destinée à évincer et à localiser les homosexuels¹⁹¹. Les membres de la population homosexuelle sont régulièrement violés, harcelés, arrêtés arbitrairement, fouettés, voire même pendus en public... Certains se voient contraints d'effectuer une opération de changement de sexe pour pouvoir donner libre cours à leurs relations amoureuses tout en évitant les persécutions¹⁹². En Egypte également, en décembre dernier encore, une trentaine de personnes accusées de comportements homosexuels étaient arrêtées au Caire, avec l'aide d'une journaliste locale¹⁹³. Cette actualité morbide ne s'arrête malheureusement pas là. Par conséquent, une possibilité pour ces personnes homosexuelles victimes de tels mauvais traitements est de solliciter la reconnaissance du statut de réfugié. Il s'agit tout d'abord d'examiner si les actes commis ou risquant d'être commis à l'encontre des personnes homosexuelles peuvent être qualifiés de persécution. Ces faits auxquels tentent d'échapper les demandeurs d'asile doivent nécessairement atteindre un certain seuil de gravité¹⁹⁴. Sous l'empire de la directive 2011/95/UE, figurent désormais parmi la liste des comportements constituant une persécution, « *les actes dirigés contre des personnes en raison de leur genre* »¹⁹⁵. Cette précision renforce donc la protection des personnes homosexuelles, puisqu'elle ne figurait pas dans la Convention de Genève : on lui accorde un rôle fondamental, certains auteurs n'y voyant pas seulement la protection contre un acte de persécution mais bien contre un motif de persécution¹⁹⁶. Selon le HCR, des sévices physiques ou sexuels, certaines mesures médicales

¹⁹¹ IRAN, *Toujours aucun homosexuel en Iran*, 5 mai 2010, accessible sur <http://iran.blog.lemonde.fr/2010/05/05/toujours-aucun-homosexuel-en-iran/>.

¹⁹² *Ibidem*.

¹⁹³ P. MISCHKOWSKY, *Rafle d'homosexuels orchestrée par une journaliste*, 9 décembre 2014, accessible sur www.courrierinternational.com.

¹⁹⁴ S. JANSSENS, *op. cit.*, p. 317.

¹⁹⁵ Directive 2011/95/UE, article 9, §2, f).

¹⁹⁶ H. LAMBERT, *op. cit.*, p. 179 ; C. VERBROUCK, « Actualité de la protection internationale : Convention de Genève et protection subsidiaire (illustration par le genre) », in *Droit des étrangers* (sous la coordination de S. Bodart), Bruxelles, Bruylant, 2012, p. 201.

coercitives, la privation de liberté de longue durée en raison de son homosexualité, des discriminations fortement dommageables ou d'autres violations graves des droits humains pourraient par exemple constituer une persécution¹⁹⁷.

Dans son examen *in concreto*, le juge pourrait aussi être amené à examiner une loi criminalisant l'homosexualité ou les actes entre adultes de même sexe dans le pays d'origine. En effet ces lois homophobes « *institutionnalisent la haine et la discrimination à l'égard des lesbiennes, des gays et des personnes bisexuelles* »¹⁹⁸. Septante-cinq pays pénalisent toujours les activités homosexuelles en privé (voire l'homosexualité en soi) à l'heure actuelle (contre nonante-six en 2006)¹⁹⁹. Si leur nombre a diminué, on constate toutefois d'importants pas en arrière dans certaines régions du globe, en ce qui concerne la lutte contre la discrimination sur la base de l'orientation sexuelle. Par exemple, la Russie adopta en janvier 2013 une loi interdisant « *la propagande de l'homosexualité auprès des mineurs* »²⁰⁰. L'Ouganda approuva le 24 février 2014 une loi alourdissant les sanctions à l'égard des actes homosexuels et de la propagande homosexuelle²⁰¹. Récemment également, en Gambie, le 9 novembre 2014, l'infraction, sanctionnée par une peine de prison à vie, d'« *homosexualité aggravée* »²⁰² fut créée, propageant un climat de peur dans la communauté homosexuelle gambienne. Plus offensant encore, six pays (l'Iran, l'Iraq²⁰³, la Mauritanie, l'Arabie Saoudite, le Soudan et le Yémen) et quelques régions du Niger et de la Somalie punissent toujours effectivement les actes homosexuels de peine de mort²⁰⁴.

L'existence d'une telle loi pénale constitue-t-elle dans tous les cas une persécution? Elle sera toujours une infraction au droit international des droits de l'homme, mais le récent arrêt *X., Y. et Z.* du 7 novembre 2013 de la Cour de Justice de l'Union européenne établit que tout manquement à un droit n'atteint pas le seuil de gravité nécessaire pour parler de

¹⁹⁷ Haut Commissariat des Nations Unies pour les Réfugiés (HCR), *Principes directeurs sur la protection internationale* n° 9..., *op. cit.*, p. 13, « *Les exemples extrêmes qui apparemment équivalent à des persécutions comprennent l'institutionnalisation forcée, la chirurgie de réassignation de sexe forcée, la thérapie forcée par électrochocs, et l'administrations de médicaments ou la thérapie hormonale forcées* ».

¹⁹⁸ Amnesty International, *Ouganda : le Président Yoweri Museveni promulgue la loi contre l'homosexualité*, Communiqué de presse, 24 février 2014, accessible sur www.amnesty.be.

¹⁹⁹ A. CARROLL et L. ITABORAHY, *State-sponsored homophobia. A world Survey of laws : criminalisation, protection and recognition of same-sex love*, ILGA, mai 2015, 10ème édition, p. 8, accessible www.ilga.org.

²⁰⁰ Amnesty International, *Russie : une loi sur la « propagande de l'homosexualité »*, Communiqué de presse, 29 janvier 2013, accessible sur www.amnesty.be.

²⁰¹ Amnesty International, *Ouganda...*, *op. cit.*

²⁰² Amnesty International, *Gambie : l'infraction « d'homosexualité aggravée » est passible de réclusion à perpétuité*, Communiqué de presse, 21 novembre 2014, accessible sur www.amnesty.be.

²⁰³ A. CARROLL et L. ITABORAHY, *op. cit.*, p. 10, si la loi ne prévoit pas la peine de mort pour les actes homosexuels en Iraq, cette sanction est toutefois concrètement appliquée dans le pays.

²⁰⁴ *Ibidem*, p. 9.

persécution et que, la seule pénalisation de l'homosexualité ne peut pas être assimilée à un acte de persécution²⁰⁵. Il en va autrement si les sanctions légales prévues sont appliquées, si la loi est exécutée²⁰⁶. Plus précisément, « *la peine d'emprisonnement dont est assortie une disposition législative qui [...] pénalise des actes homosexuels est susceptible, à elle seule, de constituer un acte de persécution au sens de l'article 9, paragraphe 1, de la directive pourvu qu'elle soit effectivement appliquée dans le pays d'origine ayant adopté une telle législation. Une telle peine [...] constitue une sanction disproportionnée ou discriminatoire au sens de l'article 9, paragraphe 2, sous c), de la directive* »²⁰⁷. Or certains pays européens n'arrivaient pas à une telle conclusion avant cet arrêt de principe²⁰⁸. Si le même critère est utilisé dans certaines affaires de la Cour européenne des droits de l'homme concernant l'expulsion des homosexuels dans des pays pénalisant l'homosexualité, selon nous, l'arrêt *X., Y. et Z.* ne s'accorde pas avec l'enseignement de la Cour européenne des droits de l'homme selon lequel, la simple existence de la loi pénale viole le droit à la vie privée des personnes homosexuelles²⁰⁹.

Cet arrêt provoque un important débat : la seule pénalisation des comportements homosexuels n'est-elle pas déjà un traitement dégradant et insupportable, équivalant à une persécution ? C'est l'avis du HCR, de certaines juridictions et associations, affirmant que « *the Court missed an important opportunity to tackled head on the serious and systematic persecutory treatment that criminalisation enables and perpetuates, quite apart from any risk of incarceration... There is no such thing as benign criminalisation* »²¹⁰. Nous partageons également la conviction que la criminalisation de l'orientation sexuelle, même lorsqu'elle est vécue dans son cadre privé, est une atteinte grave à la dignité humaine et une

²⁰⁵ C.J.U.E., 7 novembre 2013 (*X., Y. et Z. c. Minister voor Immigratie en Asiel*), C-199/12 à C-201/12, §§53 et 55.

²⁰⁶ C.J.U.E., 7 novembre 2013 (*X., Y. et Z. c. Minister voor Immigratie en Asiel*), C-199/12 à C-201/12, §56 ; L. LEBOEUF, « Droit européen de l'asile... », *op. cit.*, p. 10.

²⁰⁷ C.J.U.E., 7 novembre 2013 (*X., Y. et Z. c. Minister voor Immigratie en Asiel*), C-199/12 à C-201/12, §§56 et 57. Voy. également le §78, selon lequel « *pour déterminer, concrètement, quels sont les actes qui peuvent être considérés comme une persécution au sens de l'article 9, paragraphe 1, de la directive, il n'est pas pertinent de distinguer entre les actes qui porteraient atteinte à un noyau dur de l'expression d'une orientation sexuelle, à supposer qu'il soit possible d'en identifier un, et ceux qui n'affecteraient pas ce prétendu noyau dur* ».

²⁰⁸ L. LEBOEUF, « L'évaluation concrète des demandes d'asiles fondées sur l'homosexualité », *Newsletter EDEM*, novembre 2013, p. 6, accessible sur www.uclouvain.be/.

²⁰⁹ Cour eur. D.H., arrêt *Dudgeon c. Royaume-Uni*, 22 octobre 1981, req. n° 7525/76, §41 ; Mais, cependant, voy. Cour eur. D.H., arrêt *F. c. Royaume-Uni*, 22 juin 2004, req. n° 17341/03, §1, l'expulsion est envisageable puisque la loi pénale visant les homosexuels n'est pas mise en œuvre.

²¹⁰ Avis du Human Dignity Trust, cité dans M. FRASER, « The Court of Justice of the European Union delivers judgment in the joined cases of C-199/12, C-200/12 and C-201/12, *X., Y. and Z. v. Minister voor Immigratie and Asiel* », *European Database of Asylum Law*, décembre 2013, p. 4, accessible sur www.asylumlawdatabase.eu/.

discrimination extrême. Une telle politique de l'Etat propage et tolère les comportements homophobes, dont certains équivalent à des persécutions²¹¹. Sans compter la potentialité qu'une loi inappliquée le devienne un jour et le fait qu'une protection de l'Etat soit inenvisageable dans un tel cas²¹². Ce risque devrait déjà constituer une persécution. La Cour n'a toutefois pas opté pour une interprétation de la pénalisation qui constituerait une persécution non « *admissible en vertu des standards définis au sein de l'Union* »²¹³ ; selon certains auteurs elle aurait tenté par là d'éviter l'« *impérialisme humanitaire ou culturel* »²¹⁴. Un tel argument ne nous semble toutefois pas fondé. En qualifiant de persécution certains actes commis dans le pays d'origine, nous jugeons, *per se*, des coutumes et lois autres qu'européennes. Un tel comportement potentiellement impérialiste, que nous adoptons par exemple pour qualifier les mutilations génitales féminines (MGF) de persécutions, est nécessaire, dans certains cas, afin de garantir le respect des droits de l'homme. De plus, selon nous une telle option ne reviendrait pas non plus à ouvrir les portes de la forteresse européenne aux homosexuels des septante-cinq pays pénalisant l'homosexualité. C'est pourtant sans aucun doute ce *floodgates argument* qui a été l'élément déterminant dans l'arrêt analysé. Or, adopter notre interprétation de la persécution n'aboutirait pas à accepter toutes les demandes des homosexuels venant de pays pénalisant l'homosexualité. Comme nous l'avons vu, d'autres facteurs entrent en ligne de compte dans l'examen de la demande, tels que la crédibilité ou l'alternative de fuite interne. Nous préconisons par conséquent de suivre l'interprétation formulée par le HCR, selon laquelle, concernant les lois en cause, même si elles restent non ou peu appliquées, elles « *pourraient aboutir à une situation intolérable pour une personne LBG atteignant un niveau de persécution* »²¹⁵.

²¹¹ C. LANTERO et M.-L. BASILIEN-GAINCHE, « Statut de réfugié et appartenance à un groupe social (Directive 2004/83/CE) : une victoire à la Pyrrhus pour les personnes homosexuelles », *Lettres Actualités Droits-Libertés du CREDOF*, 13 novembre 2013, p. 6, accessible sur <http://revdh.org/>, selon les auteurs, la simple existence d'une loi pénale donne souvent lieu à des tortures, chantages, agressions de la part de particuliers ou d'autorités publiques par exemple ; C.C.E., 7 mars 2011, n° 57 425, Mauritanie, §5.4, « *la possibilité de condamnations qui pourraient avoir lieu dans la plus grande discrétion* » est également un argument contre le critère de l'application systématique de la loi pénale.

²¹² Haut Commissariat des Nations Unies pour les Réfugiés (HCR), *Principes directeurs sur la protection internationale* n° 9..., *op. cit.*, p. 16.

²¹³ A. DEFOSSEZ, « Arrêt X., Y. et Z. : les homosexuels persécutés dans leur pays d'origine peuvent-ils bénéficier du statut de réfugié? », *J.D.E.*, 2014/2, n° 206, p. 54.

²¹⁴ *Ibidem*, p. 54.

²¹⁵ Haut Commissariat des Nations Unies pour les Réfugiés (HCR), *Principes directeurs sur la protection internationale* n° 9..., *op. cit.*, p. 16 ; Haut Commissariat des Nations Unies pour les Réfugiés (HCR), *Note d'orientation du HCR sur les demandes de reconnaissance du statut de réfugié relatives à l'orientation sexuelle et à l'identité de genre*, Section de la politique de protection et des conseils juridiques, Genève, 2008, p. 11, « *Une loi peut être considérée comme persécutrice en soi, par exemple quand elle traduit des normes sociales ou culturelles qui ne sont pas conformes aux normes internationales en matière de droits humains* » et voy. p. 12,

S'il n'existe pas de peine d'emprisonnement exécutée en application d'une loi, quand se trouve-t-on avec certitude face à une persécution ? *Quid* en cas de poursuites, d'imposition d'une amende ou d'une peine de travail communautaire²¹⁶ ? *Quid* en cas d'absence même d'une telle loi ? La Cour n'a pas non plus eu l'occasion de se prononcer sur l'article 9, §2, b) de la directive 2004/83/CE (« *les mesures légales, administratives, de police et/ou judiciaires qui sont discriminatoires en soi ou mises en œuvre d'une manière discriminatoire* »²¹⁷). Il est frappant de voir que par rapport à ces questions, l'arrêt *X., Y. et Z.* ne donne pas de critères concrets et laisse ces questions à l'appréciation des autorités nationales, ce que nous regrettons²¹⁸. La mise en œuvre concrète d'une loi criminalisant l'homosexualité n'est pas la seule persécution à laquelle le requérant pourrait tenter d'échapper. Nous n'approuvons pas l'interprétation de certains auteurs selon laquelle la pénalisation est désormais érigée en condition nécessaire de l'existence d'une persécution²¹⁹. La Cour n'a fait que respecter le cadre des questions qui lui étaient posées²²⁰. Par conséquent, selon nous, elle n'exclut pas la possibilité de reconnaître le statut de réfugié à un homosexuel venant d'un pays où une telle orientation sexuelle n'est pas criminalisée, s'il fait face à un autre type de persécution. Un arrêt belge du Conseil du Contentieux des étrangers (ci-après : C.C.E.) a d'ailleurs reconnu la crainte fondée de persécution d'un requérant homosexuel congolais, alors que l'homosexualité n'est pas considérée comme un délit dans ce pays²²¹.

En Belgique, le C.C.E. développe un examen en deux étapes. La juridiction va tout d'abord analyser s'il existe un risque de persécution de groupe, à l'égard de tous les homosexuels du pays d'origine, de par l'application effective d'une législation pénale incriminant l'homosexualité²²². Elle utilise par conséquent le critère développé par la Cour de Justice dans l'arrêt *X., Y. et Z.*, en examinant si des peines de prison sont effectivement

« Une attention trop étroite portée à la sévérité de la peine peut en réalité renforcer l'idée fausse selon laquelle le fait d'être une personne LGBT constitue un crime ».

²¹⁶ M. FRASER, *op. cit.*, p. 4.

²¹⁷ Directive 2004/83/CE, article 9, §2, b) ; Selon le HCR, une telle application discriminatoire d'actes de portée générale pourrait constituer une persécution, Haut Commissariat des Nations Unies pour les Réfugiés (HCR), *Principes directeurs sur la protection internationale* n° 9..., *op. cit.*, p. 16.

²¹⁸ M. FRASER, *op. cit.*, p. 4.

²¹⁹ C. LANTERO et M.-L. BASILIEN-GAINCHE, *op. cit.*, p. 5.

²²⁰ *Ibidem*, p. 5, selon les auteurs, la Cour restreint injustement la notion de réfugié.

²²¹ C.C.E., 10 juin 2014, n° 125 357, Congo.

²²² C.C.E., 15 septembre 2014, n° 129 352, Mauritanie, §5.7.3.3, « *L'article du code pénal condamnant les actes impudiques ou contre nature commis avec un individu de son sexe ne sont pas appliqués. [...] encore qu'aucune poursuite judiciaire n'a été intentée sur le fondement de l'homosexualité* » ; C.C.E., 3 décembre 2014, n° 134 537, Maroc, §6.5.4, « *Il n'apparaît à cet égard d'ailleurs aucunement du dossier administratif et de ses pièces que toute personne homosexuelle risquerait de ce seul fait de subir des persécutions au Maroc* ».

infligées à l'égard des homosexuels²²³. Si c'est le cas, tout homosexuel du pays d'origine pourra se voir reconnaître le statut de réfugié, de par sa simple appartenance au groupe persécuté²²⁴. Dans le cas contraire, le C.C.E. va, dans un deuxième temps, examiner si le demandeur en particulier, prouve tout de même une crainte fondée d'être persécuté²²⁵. L'élément déterminant pour le Conseil va être que même « *s'il n'est pas question aujourd'hui de persécution systématique et organisée par les autorités à l'encontre des homosexuels [...], la situation de ces derniers s'avère toutefois très préoccupante : pénalisation des actes homosexuels, stigmatisation et réprobation dans leur environnement direct et radicalisation de la société [...] en général à leur encontre* »²²⁶. On constate donc que si les lois en question ne sont pas mises en œuvre, celles-ci sont néanmoins prises en compte dans l'analyse du risque d'être persécuté, car l'existence même d'une loi pénale prouve le caractère homophobe du pays en question²²⁷. Le Conseil va donc regarder si, au vu de sa situation personnelle et de son contexte familial, il existe dans le chef du requérant une crainte fondée de persécution (maltraitements, mort, nécessité de dissimuler son homosexualité...) ²²⁸. Par conséquent, le C.C.E. suit l'enseignement de l'arrêt *X., Y. et Z.* mais on remarque que par ailleurs, la juridiction répond bien à son devoir de concrétisation en appréciant la situation personnelle du demandeur et les autres persécutions auxquelles il pourrait faire face, tout en tenant compte de la pénalisation dans son examen.

²²³ C.C.E., 18 juillet 2014, n° 127 196, Guinée, §4.4 ; C.C.E., 27 avril 2015, n° 144 204, Cameroun, §4.15, « *Il appert des informations figurant au dossier administratif et au dossier de la procédure que les homosexuels constituent actuellement un groupe soumis à l'hostilité générale de la population au Cameroun. L'homosexualité comme telle y reste punie par le code pénal et continue d'être réprimée par les autorités* » ; C.C.E., 12 mai 2015, n° 145 348, Sénégal, §3.5, « *Le Conseil considère encore qu'il est important qu'il détienne des informations complètes, précises et actualisées sur la situation des homosexuels au Sénégal au vu de l'évolution de la situation dans ce pays et notamment concernant les poursuites et condamnations pénales récentes pour motif d'homosexualité, ainsi que les suites de ces affaires* ».

²²⁴ C.C.E., 16 avril 2013, n° 100 966, Cameroun, §4.13 ; C.C.E., 28 juin 2013, n° 106 042, Cameroun, §5.7 ; L. LEBOEUF, « Droit européen de l'asile... », *op. cit.*, p. 11.

²²⁵ C.C.E., 9 décembre 2014, n° 134 833, Sénégal, §7.7.

²²⁶ C.C.E., 2 décembre 2013, n° 114 920, Sénégal, §6.6.c), « *Ce constat doit dès lors conduire à adopter une très grande prudence dans l'examen des demandes de protection internationale basée sur l'orientation sexuelle établie d'un demandeur originaire du Sénégal, le bénéfice du doute devant être accordé largement et une attention toute particulière devant être portée sur les conséquences éventuelles d'un retour au pays d'origine* ».

²²⁷ C.C.E., 29 mai 2013, n° 103 722, Sénégal, §6.8.3.5 ; Haut Commissariat des Nations Unies pour les Réfugiés (HCR), *Note d'orientation du HCR sur les demandes de reconnaissance du statut de réfugié relatives à l'orientation sexuelle...*, *op. cit.*, p. 27 ; L. LEBOEUF, « Droit européen de l'asile... », *op. cit.*, pp. 10 et 11.

²²⁸ C.C.E., 18 juillet 2014, n° 127 196, Guinée, §6.33, « *Elle n'avance pas non plus d'éléments qui attesteraient que le retour dans son pays d'origine la contraindrait à adopter une attitude discrète qui aurait pour conséquence de rendre sa vie intolérable, au vu de ses déclarations vagues et générales à ce sujet. [...] Les circonstances individuelles propres au cas d'espèce ne permettent pas de tenir pour établie la crainte de persécution alléguée en cas de retour au Sénégal* ».

§2. L'appartenance à un groupe social particulier

Ensuite vient la question du motif de persécution invocable par les requérants homosexuels sur la base de la Convention de Genève. Depuis quelques années, on observe la création d'un consensus jurisprudentiel selon lequel l'orientation sexuelle permet de constituer un certain groupe social. Nous relevons quelques arrêts de principe, tels que l'arrêt *Ward* et l'arrêt *Re GJ*, qui placèrent l'orientation sexuelle dans la catégorie des caractéristiques protégées, permettant de constituer un groupe social²²⁹. Un célèbre *obiter dicta* dans l'arrêt anglais *Shah and Islam* affirmait que les homosexuels pourraient rentrer dans la définition d'un groupe social particulier, en application de l'approche *ejusdem generis*²³⁰. L'Assemblée parlementaire du Conseil de l'Europe soulignait en 2000 que selon elle, les homosexuels remplissant les conditions de l'article 1, A, §2 de la Convention de Genève doivent être considérés comme formant un groupe social²³¹. L'ensemble de la jurisprudence européenne a suivi cet élan innovateur²³². La directive 2004/83/CE institutionnalise cette solution, via l'article 10, §1, d), second alinéa, selon lequel, « *en fonction des conditions qui prévalent dans le pays d'origine, un groupe social spécifique peut être un groupe dont les membres ont pour caractéristique commune une orientation sexuelle* »²³³. Nous observons par là le mécanisme de l'interprétation évolutive évoqué depuis le début de cette étude ; les homosexuels peuvent désormais former un groupe social, non envisagé par les rédacteurs de la Convention.

L'arrêt *X., Y. et Z.* de la Cour de Justice de l'Union européenne, qui constitue un éclairage essentiel dans l'examen des critères devant être remplis par cette catégorie de requérants, confirme que les homosexuels peuvent composer un certain groupe social au sens de la Convention²³⁴. En effet, selon la Cour, les conditions cumulatives imposées par la directive qualification sont remplies. Premièrement, l'orientation sexuelle est une

²²⁹ *Canada (Procureur général) c. Ward*, [1993] 2 S.C.R. 689, Canada : Supreme Court, 30 juin 1993, accessible sur www.refworld.org ; *Refugee Appeal No. 1312/93, Re GJ*, New Zealand : Refugee Status Appeals Authority, 30 août 1995, p. 43, accessible sur www.refworld.org/.

²³⁰ *Islam (A.P.) v. Secretary of State for the Home Department ; R v. Immigration Appeal Tribunal and Another, Ex Parte Shah (A.P.)*, Session 1998-1999, House of Lords (UK), 25 mars 1999, p. 26, accessible www.refworld.org/ ; B. HENES, *op. cit.*, p. 384, selon l'auteur cela constitue une avancée importante puisqu'auparavant, les arrêts de l'Immigration Appeal Tribunal se contredisaient en la matière.

²³¹ Assemblée parlementaire du Conseil de l'Europe, *Recommandation 1470 sur la situation des gays et des lesbiennes et leurs partenaires en matière d'asile et d'immigration dans les Etats membres du Conseil de l'Europe*, 2000, point 5, accessible sur www.refworld.org/.

²³² Voy. par exemple, C.E. (fr.), 23 juin 1997, n° 171858, Ourbih ; L. LEBOEUF, « Droit européen de l'asile... », *op. cit.*, p. 6.

²³³ Directive 2004/83/CE, article 10, §1, d).

²³⁴ C.J.U.E., 7 novembre 2013 (*X., Y. et Z. c. Minister voor Immigratie en Asiel*), C-199/12 à C-201/12, §48 ; L. LEBOEUF, « Droit européen de l'asile... », *op. cit.*, p. 3.

« caractéristique à ce point essentielle pour son identité qu'il ne devrait pas être exigé qu'elle (la personne) y renonce »²³⁵. Deuxièmement, le fait que les actes homosexuels soient pénalisés dans le pays d'origine implique que le groupe des personnes homosexuelles soit perçu comme distinct dans la société²³⁶. « L'existence d'une législation pénale [...] qui vise spécifiquement les personnes homosexuelles, permet de constater que ces personnes doivent être considérées comme formant un certain groupe social. »²³⁷

Ce dispositif paraît applaudissable au premier regard mais n'a toutefois pas échappé aux critiques. « Le raisonnement de la Cour de Justice, qui déduit de la pénalisation de l'homosexualité l'existence d'une perception des homosexuels comme constituant un groupe distinct du reste de la société, illustre ce risque de confusion entre le motif de persécution, la cause, et la crainte fondée de persécution, l'effet. »²³⁸ Selon d'autres auteurs, une telle approche a pour effet de laisser la persécution définir le groupe social²³⁹, ce que la jurisprudence condamne pourtant depuis de nombreuses années. On peut déduire de cet arrêt que le cumul des conditions dans l'article 10 de la directive qualification devrait être sans effet nuisible pour les homosexuels dont le pays d'origine pénalise l'homosexualité²⁴⁰. *Quid* toutefois des homosexuels venant d'autres pays? La Cour n'aborde pas cette question qui dépasse les circonstances de l'espèce et reste donc en suspens. Pour remédier à cette incertitude, des auteurs proposent d'examiner les demandes des homosexuels venant de pays où l'homosexualité n'est pas un délit sous l'angle du motif des opinions politiques²⁴¹. Cela restreint toutefois la portée de la Convention de Genève et prive en partie le motif du groupe social de son utilité. Nous prôtons par conséquent un examen plus large de la situation et de la perception des homosexuels dans la société d'origine²⁴². La pénalisation doit être prise en compte, mais pas uniquement. D'une telle manière, cette catégorie de requérants doit également pouvoir remplir le cumul des conditions, que l'homosexualité soit criminalisée ou non dans le pays d'origine. La Cour de Justice n'interdit pas de prendre en compte d'autres

²³⁵ C.J.U.E., 7 novembre 2013 (X., Y. et Z. c. Minister voor Immigratie en Asiel), C-199/12 à C-201/12, §46.

²³⁶ C.J.U.E., 7 novembre 2013 (X., Y. et Z. c. Minister voor Immigratie en Asiel), C-199/12 à C-201/12, §48.

²³⁷ C.J.U.E., 7 novembre 2013 (X., Y. et Z. c. Minister voor Immigratie en Asiel), C-199/12 à C-201/12, §49.

²³⁸ L. LEBOEUF, « Droit européen de l'asile... », *op. cit.*, p. 6.

²³⁹ C. LANTERO et M.-L. BASILIEN-GAINCHE, *op. cit.*, p. 4.

²⁴⁰ L. LEBOEUF, « Droit européen de l'asile... », *op. cit.*, p. 6.

²⁴¹ J. PETIN, « La Cour de Justice et les persécutions fondées sur l'orientation sexuelle, un tournant de la protection internationale ? CJUE, 7 novembre 2013, X., Y. et Z., C-199/12, C-200/12 et C-201/12 », *G.D.R.*, 15 novembre 2013, p. 2, accessible sur www.gdr-elsj.eu.

²⁴² C.J.U.E., 7 novembre 2013 (X., Y. et Z. c. Minister voor Immigratie en Asiel), C-199/12 à C-201/12, concl. Av. gén. Sharpston, §35, c'était également ce que préconisait l'Av. gén. dans cette affaire : « *whether or not they do satisfy the second indent entails an assessment of the legal rules and the social and cultural mores in the applicant's country of origin* » ; J. PETIN, *op. cit.*, p. 2.

critères mais quels sont ces autres critères ? Un éclaircissement est de mise. Bien qu'en Belgique, la jurisprudence considère les personnes homosexuelles comme formant un groupe social et ne prend même plus la peine d'examiner les deux conditions cumulatives, cette question est déterminante pour d'autres pays européens. En effet, l'élément central du raisonnement du C.C.E. est la crainte fondée de persécution. Si celle-ci est réputée établie, le Conseil affirmera que cette crainte « *se rattache à l'appartenance du requérant au groupe social des homosexuels* »²⁴³ dans le pays d'origine, sans autre motivation.

En ce qui concerne la France, l'existence d'un groupe social a déjà été reconnue dans le passé, à titre exceptionnel toutefois, pour des requérants homosexuels dont le pays d'origine ne pénalise pas l'homosexualité²⁴⁴. Dans cette situation, la jurisprudence française continuera sans doute d'exiger, pour qu'un tel groupe soit perçu comme distinct dans la société, que les homosexuels « *revendiquent leur orientation sexuelle et entendent la manifester dans leur comportement extérieur* »²⁴⁵. Une telle interprétation ne peut être soutenue. Nous remarquons que, pour contrer la difficulté d'application, précédemment évoquée, de l'approche de la perception sociale, la jurisprudence française a classiquement adopté un critère assez contestable. « *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.* »²⁴⁶ Selon nous, la jurisprudence française ne cadre pas avec la règle selon laquelle, il suffit que le motif soit imputé au requérant par le persécuteur, peu importe que la personne « *possède effectivement la caractéristique* »²⁴⁷. La jurisprudence française impose donc l'extériorisation de l'homosexualité, alors que la directive 2004/83/CE qualifie la simple imputation d'une telle orientation sexuelle de suffisante. Or une personne ne manifestera généralement pas une orientation sexuelle qu'elle ne détient pas... De plus, nous estimons que, tout comme il est contraire à la dignité humaine d'une personne d'exiger que celle-ci dissimule son orientation sexuelle (voy. *infra*), il ne peut lui être imposé de l'exprimer publiquement. Chacun doit rester libre de vivre son orientation sexuelle comme il l'entend. L'orientation sexuelle n'implique pas des actes publics pour chaque être humain mais doit pouvoir être protégée en tant que telle.

²⁴³ C.C.E., 12 mars 2015, n° 140 782, Sénégal, §6.11.

²⁴⁴ V. FRAISSINIER-AMIOT, *op. cit.*, p. 294.

²⁴⁵ *Ibidem*, p. 294.

²⁴⁶ *Ibidem*, p. 294.

²⁴⁷ Directive 2004/83/CE, article 10, §2.

§3. La crainte fondée de persécution

La condition suivante est bien sûr l'existence d'un risque objectif d'être persécuté dans le pays d'origine. A ce sujet, survient la question de savoir si la possibilité de dissimuler son homosexualité annihile la crainte fondée de persécution du demandeur. C'est la conclusion qu'atteignait la jurisprudence de nombreux Etats européens, dont la Belgique, malgré l'absence d'une telle exigence dans le texte du traité²⁴⁸. Selon le HCR, toutefois, la capacité de réprimer son homosexualité ou de la manifester avec discrétion n'habilite pas les Etats à rejeter la demande de protection²⁴⁹. L'organe de protection se basait entre autres sur l'arrêt *HJ and HT* de la Cour suprême du Royaume Uni, excluant également cette théorie, sauf « *lorsque le demandeur dissimule son homosexualité par choix personnel ou en raison de pressions culturelles ou religieuses* »²⁵⁰. Dans ce cas uniquement, selon l'arrêt, la demande doit être rejetée. Une telle solution fut néanmoins considérée comme critiquable et difficile d'application²⁵¹.

Quant à la Cour de Justice de l'Union européenne, elle aborda d'abord l'exigence de réserve en ce qui concerne la pratique religieuse, dans l'arrêt *Y. et Z.* du 5 septembre 2012. La conclusion est limpide : « *Le fait qu'il (le demandeur) pourrait éviter le risque (de persécution) en renonçant à certains actes religieux n'est, en principe, pas pertinent.* »²⁵² En d'autres termes, il n'est pas imposé au requérant d'abandonner la manifestation publique de sa religion afin d'éviter d'être persécuté²⁵³. Par analogie, l'arrêt *X., Y. et Z.* affirme que

²⁴⁸ L. LEBOEUF, « Droit européen de l'asile... », *op. cit.*, p. 7 ; S. JANSEN et T. SPIJKERBOER, *Fleeing homophobia : asylum claims related to sexual orientation and gender identity in Europe*, septembre 2011, Vrije Universiteit Amsterdam, pp. 33 à 39, accessible sur www.refworld.org/ ; D. MCGHEE, « Queer strangers : lesbian and gay refugees », *Feminist review*, 2003, n° 73, p. 146, accessible sur www.jstor.org/, la jurisprudence anglaise des années 90 considérait l'homosexualité comme quelque chose de volontaire, devant être dissimulé par les personnes dans leur pays d'origine.

²⁴⁹ Haut Commissariat des Nations Unies pour les Réfugiés (HCR), *Principes directeurs sur la protection internationale* n° 9..., *op. cit.*, p. 17.

²⁵⁰ *HJ (Iran) and HT (Cameroon) v. Secretary of State for the Home Department*, [2010] UKSC 31, Supreme Court (UK), 7 juillet 2010, p. 18, §35, d), accessible sur www.refworld.org/, « *But if the reason why he will resort to concealment is that he genuinely fears that otherwise he will be persecuted, it will be necessary to consider whether that fear is well founded* » ; De façon étonnante, on retrouve la même distinction dans Cour eur. D.H., arrêt *M.E. c. Suède*, 26 juin 2014, req. n° 71398/12, §86 ; Dans la même veine, voy. C.C.E., 29 mai 2013, n° 103 722, Sénégal, §6.8.3.7 ; J. SATVINDER, « Sexual orientation and the Sexualisation of Refugee Law », *International Journal on minority and group rights*, 2015, n° 22, p. 137, « *distinction between self-censorship for a Convention reason and self-censorship for a non-Convention reason* ».

²⁵¹ J. HATHAWAY, et J. POBJOY, « Queer cases make bad law », *N.Y.U. J. Int'l L. & Pol.*, 2011-2012, vol. 44, p. 18, accessible sur <http://heinonline.org>, « *unsavoury implications of the analysis : effectively, a duty to grant refugee status to the openly gay claimant even as it was denied to a comparably situated but more cautious applicant* » ; J. SATVINDER, *op. cit.*, p. 138.

²⁵² C.J.U.E., 5 septembre 2012 (*Y. et Z. c. Bundesrepublik Deutschland*), C-71/11 et C-99/11, §79.

²⁵³ L. LEBOEUF, « Droit européen de l'asile... », *op. cit.*, p. 8.

l'homosexualité doit pouvoir être assumée pleinement en public, en toute sécurité²⁵⁴. Une crainte fondée pourrait être réputée exister, alors même que le requérant cacha ou aurait pu cacher son orientation sexuelle²⁵⁵. En conclusion, « *exiger du demandeur qu'il dissimule son homosexualité afin d'échapper à la persécution est un raisonnement 'pervers' qui revient à exiger qu'il soit l'acteur de sa propre persécution* »²⁵⁶. L'arrêt *X., Y. et Z.* implique que s'efface désormais la « *distinction between acting on one's fundamental characteristics and having fundamental characteristics. In this way, the [...] Court has succeeded in the equalisation of sexual orientation refugee claims with other refugee claims* »²⁵⁷.

§4. La preuve et l'évaluation de la crédibilité de l'homosexualité

L'évaluation de la crédibilité de l'homosexualité prétendue d'une personne est indispensable pour pouvoir effectivement reconnaître son appartenance au groupe social des personnes homosexuelles²⁵⁸. La charge de la preuve dans le cadre de la procédure, repose en principe sur les épaules du requérant mais on admet un assouplissement de cette règle en matière d'asile, en ce que qu'« *une collaboration à l'établissement des faits* »²⁵⁹ est exigée entre l'autorité et le demandeur. Concernant la preuve de l'homosexualité, comment les juges sont-ils aptes à évaluer la véracité d'une chose si intime que l'orientation sexuelle ? Cette question est extrêmement sensible et des voies particulièrement douteuses ont été empruntées dans certains pays. La simple apparence physique a par exemple été prise en considération pour juger de l'homosexualité d'une personne²⁶⁰. En République Tchèque, des tests phallométriques ont été réalisés, ce qui fut qualifié de hautement répréhensible par la communauté internationale²⁶¹. Avoir extériorisé son homosexualité dans le pays d'origine peut éventuellement faciliter la preuve, mais une telle manifestation est le plus souvent

²⁵⁴ C.J.U.E., 7 novembre 2013 (*X., Y. et Z. c. Minister voor Immigratie en Asiel*), C-199/12 à C-201/12, §§69 et 75. Voy. également le §70 : « *Le fait d'exiger des membres d'un groupe social partageant la même orientation sexuelle qu'ils dissimulent cette orientation est contraire à la reconnaissance même d'une caractéristique à ce point essentielle pour l'identité qu'il ne devrait pas être exigé des intéressés qu'ils y renoncent* ».

²⁵⁵ L. LEBOEUF, « Droit européen de l'asile... », *op. cit.*, p. 8.

²⁵⁶ C.J.U.E., 7 novembre 2013 (*X., Y. et Z. c. Minister voor Immigratie en Asiel*), C-199/12 à C-201/12, concl. Av. gén. Sharpston, §64.

²⁵⁷ J. SATVINDER, *op. cit.*, p. 141.

²⁵⁸ E. DIDI, « Quelles sont les limitations imposées à la manière dont est apprécié le caractère crédible d'une orientation sexuelle prétendue ? », *Rev. dr. étr.*, 2014, n° 180, p. 692.

²⁵⁹ INTACT, *Manuel pratique à l'usage des avocats : les mutilations génitales féminines dans le cadre d'une demande d'asile*, juin 2013, p. 55, accessible sur www.strategiesconcertees-mgf.be/ ; S. MAGARDIE, *op. cit.*, p. 82 ; C.C.E., 27 avril 2015, n° 144 204, Cameroun, §4.5.

²⁶⁰ D. MCGHEE, « *Queer strangers ...* », *op. cit.*, p. 146, au Royaume-Uni, dans les années 90, des examens médicaux anaux ont déjà été proposés.

²⁶¹ J. PETIN, *op. cit.*, p. 3 ; Haut Commissariat des Nations Unies pour les Réfugiés (HCR), *UNHCR's Comments on the Practice of Phallometry in the Czech Republic to determine the credibility of asylum claims based on persecution due to sexual orientation*, Bureau for Europe/DIP, avril 2011, accessible sur www.unhcr.org/.

hautement risquée et difficilement praticable²⁶². De plus, la peur et/ou d'autres facteurs culturels entachent la cohérence du discours du candidat (ses déclarations étant généralement le seul élément en soutien de son homosexualité prétendue) et il peut être extrêmement difficile pour certaines personnes de formuler un témoignage, contenant des détails privés, de façon claire et précise, ou tout simplement d'invoquer leur homosexualité²⁶³. Au vu de la vulnérabilité du migrant homosexuel, comment assurer une procédure efficace, respectueuse des droits des personnes, et surtout, une décision empreinte de légitimité ? Certaines garanties peuvent être mises en place, comme par exemple, la confidentialité des interviews, la formation des personnes impliquées dans l'évaluation du récit et l'établissement d'un « *environnement bienveillant* »²⁶⁴. De telles mesures aident le requérant à expliciter son homosexualité dans la sérénité. Dans le cadre de l'évaluation de la crédibilité, il faut également, comme le fait la jurisprudence belge, « *garder à l'esprit notamment le temps écoulé depuis les événements, le traumatisme vécu, le niveau d'éducation et les barrières culturelles* »²⁶⁵. Enfin, l'arrêt récent *A. B. et C.* du 2 décembre 2014 de la Cour de Justice de l'Union européenne apporte quatre précisions importantes quant à l'interprétation de l'article 4 de la directive 2004/83/CE et écarte certains modes de preuve²⁶⁶. Tout d'abord, selon la Cour, les entretiens ne peuvent être basés sur des idées stéréotypées (telles que les questions sur les groupements associatifs homosexuels), ni sur des questions précises portant sur les relations sexuelles du requérant²⁶⁷. Troisièmement, il est interdit de prendre en considération « *des éléments de preuve tels que l'accomplissement par le demandeur d'asile concerné d'actes homosexuels, sa soumission à des 'tests' en vue d'établir son homosexualité ou encore la production par celui-ci d'enregistrements vidéo de tels actes* »²⁶⁸. Quatrièmement, le fait que le demandeur n'ait pas invoqué son orientation sexuelle dès le début de la procédure ne permet pas d'en déduire un manque de crédibilité²⁶⁹. Si la Cour n'établit toujours pas comment, positivement, arriver à une conclusion sur l'orientation sexuelle réelle

²⁶² V. FRAISSINIER-AMIOT, *op. cit.*, p. 297.

²⁶³ S. MAGARDIE, *op. cit.*, p. 82.

²⁶⁴ Haut Commissariat des Nations Unies pour les Réfugiés (HCR), *Principes directeurs sur la protection internationale n° 9...*, *op. cit.*, pp. 26 à 28 ; S. MAGARDIE, *op. cit.*, p. 83.

²⁶⁵ C.C.E., 23 juillet 2014, n° 127 304, Niger, §6.

²⁶⁶ E. DIDI, *op. cit.*, p. 691.

²⁶⁷ C.J.U.E., 2 décembre 2014 (A., B. et C. c. Staatssecretaris van Veiligheid en Justitie), C-148/13, C-149/13, C-150/13, §60 ; E. DIDI, *op. cit.*, p. 693.

²⁶⁸ C.J.U.E., 2 décembre 2014 (A., B. et C. c. Staatssecretaris van Veiligheid en Justitie), C-148/13, C-149/13, C-150/13, §73.

²⁶⁹ C.J.U.E., 2 décembre 2014 (A., B. et C. c. Staatssecretaris van Veiligheid en Justitie), C-148/13, C-149/13, C-150/13, §73.

du requérant, elle entame toutefois une lutte contre « *la sexualisation du droit des réfugiés* »²⁷⁰.

Comment la crédibilité du demandeur quant à son orientation sexuelle est-elle évaluée dans la jurisprudence belge? Certains éléments ne vont pas influencer de façon prépondérante la crédibilité du récit, comme le fait que le requérant ne puisse donner des exemples de lieux fréquentés par les homosexuels ou de certaines associations luttant pour la cause homosexuelle ou encore, qu'il ne soit pas au courant de la pénalisation de l'homosexualité dans son pays²⁷¹. Toutefois, sur le premier point, le Commissariat général aux réfugiés et aux apatrides (ci-après : C.G.R.A.), contrairement au C.C.E., aurait encore des efforts à faire pour s'aligner sur l'arrêt *A. B. et C.*²⁷². Pour le C.C.E., importe en définitive le fait que le requérant tienne des « *propos précis, circonstanciés et spontanés sur l'orientation sexuelle qu'il invoque* »²⁷³, notamment quant à la manière et au moment où il a réalisé son homosexualité, sur son ressenti à ce propos, sur ses relations amoureuses, sur les caractéristiques physiques, personnelles et sur l'entourage de ses anciens partenaires²⁷⁴. De tels éléments seront eux décisifs. La juridiction n'a d'autre choix que d'évaluer la crédibilité de l'orientation sexuelle de la personne pour pouvoir arriver à une conclusion quant à l'existence d'une crainte fondée ; toutefois, lorsqu'une telle crainte est établie, elle doit supplanter l'existence de certains doutes quant à la crédibilité du demandeur²⁷⁵. Sur ces derniers points, la jurisprudence belge nous semble déjà en conformité avec la position du HCR. Toutefois, pour que la Belgique puisse assurer pleinement le respect de l'arrêt *A. B. et C.*, le C.G.R.A. devrait également

²⁷⁰ J. SATVINDER, *op. cit.*, p. 152 ; L. LEBOEUF, « Les limites à respecter dans l'évaluation de l'orientation sexuelle d'un demandeur d'asile », *Newsletter EDEM*, janvier 2015, p. 6, accessible sur www.uclouvain.be/.

²⁷¹ C.C.E., 22 septembre 2010, n° 48 414, Sénégal ; C.C.E., 26 octobre 2010, n° 50 242, Sénégal ; C.C.E., 11 août 2011, n° 61 299, Cameroun ; C.C.E., 22 mai 2015, n° 146 097, Cameroun, §6.3, « *En effet, le Conseil relève que le requérant présente un profil particulier, dès lors que ce dernier a été peu scolarisé et a vécu toute sa vie et exclusivement dans un milieu rural, ne lui permettant pas de côtoyer des associations défendant le droit des homosexuels ou encore le milieu homosexuel et ses codes* » ; Voy. a contrario, C.C.E., 10 novembre 2014, n° 134 863, Cameroun.

²⁷² E. DIDI, *op. cit.*, p. 696, pour des exemples sur cette question, nous renvoyons à cet article.

²⁷³ C.C.E., 27 avril 2015, n° 144 204, Cameroun, §4.8 ; C.C.E., 22 mai 2015, n° 146 097, Cameroun, §6.3.

²⁷⁴ C.C.E., 22 septembre 2010, *op. cit.*, §4.5, « *invraisemblable que le requérant ignore le nom du frère de son partenaire qui les a surpris et qu'il soit incapable d'expliquer comment cette personne connaissait son domicile ou la raison de sa présence à cet endroit* » ; C.C.E., 19 novembre 2013, n° 113 956, Mauritanie, §5 ; C.C.E., 27 avril 2015, n° 144 204, Cameroun, §4.8, « *Le requérant a été en mesure de livrer nombre de renseignements quant à ses compagnons. Il en est particulièrement ainsi de [G.L.], au sujet duquel il a été en mesure de fournir des détails sur ses amis, son ancien partenaire, ses hobbies, sa famille, ses activités professionnelles, ou encore son passé traumatique. Le requérant a encore été en mesure de décrire avec force détails les circonstances de leur rencontre, et le cheminement qui a conduit au début de leur relation* » ; C.C.E., 22 mai 2015, n° 146 097, Cameroun, §6.3.

²⁷⁵ Loi du 15 décembre 1980, article 48/6, principe du bénéfice du doute ; C.C.E., 22 mai 2015, n° 146 097, Cameroun, §6.2 ; C. VERBROUCK, « Actualité de la protection internationale... », *op. cit.*, p. 222, « *L'objectivité de la situation du pays d'origine peut par exemple, dans certains cas, primer la crédibilité du demandeur, a fortiori quand la persécution invoquée est particulièrement grave* ».

veiller à modifier sa pratique quant à la prise en compte des photos et vidéos montrant des actes homosexuels et quant à l'utilisation de questions d'ordre sexuel²⁷⁶.

Section III. Aperçu des conditions établies aux Etats-Unis

Nous trouvons intéressant de relever quelques points de comparaison concernant le traitement des demandes des requérants homosexuels en Europe et aux Etats-Unis²⁷⁷. Notons que les Etats-Unis ratifièrent, à la date du 4 octobre 1968, le Protocole relatif au statut des réfugiés du 31 janvier 1967 et que l'Immigration & Nationality Act (INA), 8 U.S.C. §1101(a)(42)(A), établit une définition du réfugié quasi similaire à celle de la Convention de Genève²⁷⁸.

§1. La persécution

On trouve de nombreux arrêts américains se focalisant sur la différence entre les persécutions liées au statut d'homosexuel, permettant généralement de fonder la demande de protection sur la base de son appartenance à un certain groupe social et les persécutions liées à des actes homosexuels effectués par le demandeur, menant le plus souvent à un rejet de la demande par les juridictions²⁷⁹. Si les arrêts *Karouni v. Gonzales* (Ninth Circuit) et *Maldonado v. U.S. Att'y Gen* (Third Circuit) abandonnent toutefois cette distinction, ce n'est pas le cas dans toutes les Courts of Appeals²⁸⁰. Cette particularité de la jurisprudence américaine est particulièrement frappante, à l'aune de l'arrêt *X, Y. et Z.*, qui ne paraît pas appliquer une telle différence de traitement. En effet, nous pensons que selon la Cour de Justice de l'Union européenne, pourrait constituer une persécution, tant l'application effective d'une loi pénalisant les actes homosexuels, que la mise en œuvre d'une loi criminalisant l'homosexualité en soi (ce qui est le cas en Ouganda par exemple)²⁸¹. Aux Etats-Unis, les chances de succès de la demande sont moins élevées si la Cour examinant le dossier utilise

²⁷⁶ E. DIDI, *op. cit.*, p. 697.

²⁷⁷ Notre analyse de la jurisprudence américaine ne prétend donc pas être exhaustive.

²⁷⁸ Immigration & Nationality Act (INA), 8 U.S.C. §1101(a)(42)(A), « *Who is unable or unwilling to return to, and is unable or unwilling to avail himself or herself of the protection of, that country because of past persecution or a well-founded fear of future persecution on account of race, religion, nationality, membership in a particular social group, or political opinion* » ; L. GALLELLI, « Asylum in the United States based on sexual orientation », *J. Legal advoc. & Prac.*, 2001, vol. 3, p. 42, accessible sur <http://heinonline.org>.

²⁷⁹ P. O'DWYER, « A well-founded fear of having my sexual orientation asylum claim hear in the wrong court », *N.Y. L. Sch. L. Rev.*, 2007-2008, n° 52, pp. 185 à 212, accessible sur <http://heinonline.org>.

²⁸⁰ *Nasser Mustapha Karouni v. Alberto Gonzales, Attorney General*, No. 02-72651, United States Court of Appeals for the Ninth Circuit, 7 mars 2005, p. 16, accessible sur www.refworld.org/ ; *Maldonado v. Attorney General of the United States*, No. 05-4449, United States Court of Appeals for the Third Circuit, 18 juillet 2006, p. 6, accessible sur www.refworld.org/ ; *A contrario*, voy. *Kimumwe v. Gonzales*, 431 F.3d 319, United States Court of Appeals for the Eighth Circuit, 13 décembre 2005, accessible sur www.refworld.org/ ; *Matter of Toboso-Alfonso*, United States Board of Immigration Appeals, 12 mars 1990, accessible sur www.refworld.org/.

²⁸¹ A. DEFOSSEZ, *op. cit.*, p. 55.

une telle distinction, discriminatoire en soi puisque uniquement utilisée dans le cas des requêtes liées à l'orientation sexuelle²⁸².

Un tel phénomène de *forum shopping* au sein des Etats-Unis peut également être constaté en ce qui concerne les persécutions économiques. De façon souple, la jurisprudence américaine définit généralement la persécution comme « *ce qu'une personne raisonnable considèrerait offensant* »²⁸³. Dans l'arrêt *Kadri v. Mukasey*, la Court of Appeals for the First Circuit affirme que des dommages économiques (discrimination à l'emploi par exemple), constituent une persécution si le requérant a subi « *une imposition délibérée d'un désavantage économique sévère, ou la privation de liberté, nourriture, logement, emploi ou d'autres choses essentielles à la vie* »²⁸⁴. Or, des critères distincts sont utilisés par les autres Court of Appeals, voire certaines ne reconnaissent pas du tout les persécutions économiques²⁸⁵. Au vu de la diversité des analyses, variant entre chaque juridiction, la situation des homosexuels peut s'avérer précaire. Si la Ninth Circuit Court paraît relativement favorable à ce type de demande, les requérants n'ayant pas leur affaire traitée par cette Court of Appeals ont eux peu de chances de se voir reconnaître le statut de réfugié.

En Europe, au contraire, alors que certaines incertitudes subsistent malgré et depuis l'arrêt *X., Y. et Z.*, la directive 2004/83/CE, en homogénéisant les critères, a introduit plus d'uniformité et de sécurité juridique. Comme le montrent ces quelques lignes, des standards analogues seraient nécessaires aux Etats-Unis, dans le but d'éviter des différences de traitement importantes selon l'endroit où est introduite la demande.

§2. L'appartenance à un groupe social particulier

Alors qu'au début des années 90 aux Etats-Unis, l'homosexualité était considérée par les autorités judiciaires américaines comme « *un comportement socialement déviant* »²⁸⁶ on a peu à peu observé un schéma de reconnaissance progressive des homosexuels en tant que groupe social, tout comme en Europe. Dans l'affaire *Matter of Toboso-Alfonso*, le BIA

²⁸² P. O'DWYER, *op. cit.*, p. 196.

²⁸³ *Alla Konstantinova Pitcherskaia v. Immigration and Naturalization Service*, 95-70887, United States Court of Appeals for the Ninth Circuit, 24 juin 1997, B. 6), accessible sur www.refworld.org/.

²⁸⁴ *Kadri v. Mukasey, Attorney General*, Nos. 06-2599 & 07-1754, United States Court of Appeals for the First Circuit, 30 septembre 2008, p. 11, accessible sur www.refworld.org/ ; voy. J. ULLMAN, « Kadri v. Mukasey : A legal blueprint for extending asylum to homosexual aliens who have not suffered physical persecution », *Law & Sexuality Rev.*, 2009, vol. 18, pp. 197 à 208, accessible sur <http://heinonline.org>.

²⁸⁵ J. HATHAWAY, et J. POBJOY, *op. cit.*, p. 9.

²⁸⁶ *Matter of Toboso-Alfonso*, United States Board of Immigration Appeals, 12 mars 1990, accessible sur www.refworld.org/.

affirme que l'orientation sexuelle peut fonder l'appartenance à un groupe social²⁸⁷. Par l'arrêt *Hernandez-Montiel v. INS*, concernant un requérant mexicain gay s'habillant en femme, la Court of Appeals for the Ninth Circuit va considérer que celui-ci fait partie du groupe social des « *hommes gays avec une identité sexuelle féminine* »²⁸⁸, l'orientation sexuelle et l'identité sexuelle constituant des caractéristiques protégées²⁸⁹. Depuis ces arrêts, il est bien établi que les homosexuels constituent un groupe social, de par une application de l'approche des caractéristiques protégées, privilégiée aux Etats-Unis, depuis l'arrêt *Acosta*²⁹⁰.

Néanmoins, depuis quelques années, peut-être relevée une tendance, dans des arrêts isolés du Board of Immigration Appeals, consistant à également utiliser le cumul des deux approches dans certains types d'affaires (les personnes recrutées par des gangs par exemple), c'est à dire à exiger, en plus de l'approche *Acosta*, un critère de « *social visibility* »²⁹¹. Nous espérons que cette « *current confusion in US case law on social group* »²⁹² ne finira pas par prendre de l'ampleur, en écorchant éventuellement sur son passage la protection des personnes homosexuelles (ou celle des femmes craignant de subir des MGF). Cela ne devrait néanmoins pas arriver, certaines Court of Appeals s'étant déjà opposées à l'application du critère de la perception sociale à ces deux catégories de requérants²⁹³.

²⁸⁷ *Matter of Toboso-Alfonso*, United States Board of Immigration Appeals, 12 mars 1990, accessible sur www.refworld.org/ ; Voy. l'Attorney General Order No. 1895-94 qui enjoint les juridictions et autorités compétentes en matière d'asile de suivre cet arrêt, cité dans B. HENES, *op. cit.*, p. 397.

²⁸⁸ *Geovanni Hernandez-Montiel v. Immigration and Naturalization Service*, 225 F.3d 1084, A72-994-275, United States Court of Appeals for the Ninth Circuit, 24 août 2000, p. 2, accessible sur www.refworld.org/ ; S. MAGARDIE, *op. cit.*, p. 84.

²⁸⁹ *Geovanni Hernandez-Montiel v. Immigration and Naturalization Service*, 225 F.3d 1084, A72-994-275, United States Court of Appeals for the Ninth Circuit, 24 août 2000, p. 2, accessible sur www.refworld.org/.

²⁹⁰ *Molathwa v. Ashcroft*, 390 F.3d 551, United States Court of Appeals for the Eighth Circuit, 2 décembre 2004, p. 5, accessible sur www.refworld.org/ ; *Nasser Mustapha Karouni v. Alberto Gonzales, Attorney General*, No. 02-72651, United States Court of Appeals for the Ninth Circuit, 7 mars 2005, p. 12, accessible sur www.refworld.org/ ; *Kadri v. Mukasey, Attorney General*, Nos. 06-2599 & 07-1754, United States Court of Appeals for the First Circuit, 30 septembre 2008, p. 9, accessible sur www.refworld.org/.

²⁹¹ *In re C-A-*, 23 I&N Dec. 951, United States Board of Immigration Appeals, 15 juin 2006, accessible sur www.refworld.org/ ; *Matter of E-A-G-*, 24 I&N Dec. 591, United States Board of Immigration Appeals, 30 juillet 2008, accessible sur www.refworld.org/ ; *Matter of S-E-G-, et al.*, 24 I&N Dec. 579, United States Board of Immigration Appeals, 30 juillet 2008, accessible sur www.refworld.org/ ; *Valdiviezo-Galdamez v. Holder, Attorney General*, No. 08-4564, United States Court of Appeals for the Third Circuit, 8 novembre 2011, accessible sur www.refworld.org/ ; J. HATHAWAY et M. FOSTER, *The law of refugee status, op. cit.*, p. 432.

²⁹² *Ibidem*, p. 435.

²⁹³ *Gatimi et al. v. Holder, Attorney General*, No. 08-3197, United States Court of Appeals for the Seventh Circuit, 20 août 2009, p. 7, accessible sur www.refworld.org/ ; *Valdiviezo-Galdamez v. Holder, Attorney General*, No. 08-4564, United States Court of Appeals for the Third Circuit, 8 novembre 2011, p. 53, accessible sur www.refworld.org/.

Chapitre III. Les mutilations génitales féminines et le groupe social

Section I. Un supplice lié au genre

Les mutilations génitales féminines (« *interventions incluant l'ablation partielle ou totale des organes génitaux externes de la femme ou toute autre lésion des organes génitaux féminins qui sont pratiquées pour des raisons non médicales* »²⁹⁴) sont, aux côtés du viol, du mariage forcé, de la prostitution ou de la stérilisation forcée pour ne citer que cela, ce que l'on peut appeler des « *persécutions spécifiquement fondées sur le genre* »²⁹⁵. De tels traitements ont déjà été pratiqués sur plus de cent trente millions de femmes (terme englobant les nouveaux-nés et fillettes) à l'heure actuelle²⁹⁶. Contraires aux droits des enfants et de la femme et plus particulièrement au respect de la dignité humaine, au droit à l'intégrité physique et mentale, au droit à l'égalité, au droit de ne pas subir de torture et de traitements inhumains ou dégradants, au droit à l'auto-détermination de l'individu et au droit à la vie, les MGF sont pourtant largement tolérées et ancrées dans les traditions de nombreux pays²⁹⁷. Des raisons de santé (l'hygiène et/ou la beauté des organes génitaux de la femme, augmenter la fertilité de la femme), religieuses (malgré qu'elles ne soient prévues par aucun texte sacré) et culturelles (entre autres, dompter le désir féminin, contrôler et garantir la fidélité des femmes, les rendre épousables) sont généralement invoquées comme justification de cette pratique qui institutionnalise l'infériorité du sexe féminin, en oubliant les conséquences désastreuses qui en résultent pour les victimes²⁹⁸. En effet, hémorragies, infections graves, kystes, stérilité,

²⁹⁴ Organisation mondiale de la santé, *Mutilation sexuelles féminines*, Aide mémoire n° 241, février 2014, p. 1, accessible sur www.who.int/, le terme MGF englobe quatre type d'opérations : clitoridectomie, excision, infibulation et autres.

²⁹⁵ C. VERBROUCK, « Actualité de la protection internationale... », *op. cit.*, p. 194, l'auteur les distingue des persécutions liées au genre (comme par exemple la persécution des homosexuels), les deux formant le terme général de persécutions de genre ; Haut Commissariat des Nations Unies pour les Réfugiés (HCR), *Principes directeurs sur la protection internationale n° 1 : la persécution liée au genre...*, *op. cit.*, §3 ; B. LOBO, « Women as a particular social group : a comparative assessment of gender asylum claims in the United States and United Kingdom », *Geo. Immigr. L. J.*, 2011-2012, vol. 26, p. 361, accessible sur <http://heinonline.org>.

²⁹⁶ Organisation mondiale de la santé, *op. cit.*, p. 1, même si les filles entre 0 et 15 ans constituent le groupe cible, des femmes plus âgées peuvent tout aussi bien être victimes de MGF.

²⁹⁷ Déclaration universelle des droits de l'homme, adoptée à Paris le 10 décembre 1948, articles 2, 3 et 5 ; Pacte international relatif aux droits civils et politiques (PIDCP), signé à New York le 16 décembre 1966, articles 3, 6 et 7 ; Pacte international relatif aux droits économiques, sociaux et culturels (PIDESC), signé à New York le 16 décembre 1966, article 12 ; Convention sur l'élimination de toutes les formes de discrimination à l'égard des femmes, adoptée à New York le 18 décembre 1979, articles 1 et 5 ; Convention contre la torture et autres peines ou traitements cruels, inhumains ou dégradants, adoptée à New York le 10 décembre 1984, article 3 ; Convention relative aux droits de l'enfant, adoptée à New-York le 20 novembre 1989, articles 19, 24, §3 et 32 à 36.

²⁹⁸ K. BOULWARE-MILLER, « Eradication of female circumcision in Africa, a health and human rights problem », *SIM Newsletter*, 1983, n° 4, p. 16, accessible sur <http://heinonline.org> ; Organisation mondiale de la santé, *op. cit.*, p. 3 ; C. VERBROUCK et P. JASPIS, « Mutilations génitales féminines : quelle protection ? »,

problèmes lors de la naissance d'un enfant, sans compter les dommages psychologiques graves comme le « *syndrome de stress post-traumatique lié au choc de l'excision* »²⁹⁹, sont des séquelles extrêmement courantes découlant de l'intervention³⁰⁰. *De facto*, cette tradition perdue à large échelle, majoritairement en Afrique mais également en Asie, au Moyen-Orient et dans bien d'autres pays via le flux migratoire, malgré sa pénalisation *de jure* dans nombre de ces Etats et son interdiction par de multiples textes internationaux³⁰¹.

Auparavant, les demandes d'asile liées aux MGF n'aboutissaient que rarement ; la pratique était considérée comme relevant du cadre privé³⁰². Elles furent peu à peu reconnues, tout comme les demandes fondées sur l'orientation sexuelle, le plus souvent à travers du motif de persécution de l'appartenance à un certain groupe social, le genre n'étant pas repris dans l'énumération de la Convention de Genève³⁰³. Rappelons néanmoins qu'une femme victime de MGF, n'est pas nécessairement persécutée en raison de son groupe social mais pourrait tout aussi bien l'être en raison de ses opinions politiques ou de sa religion, ce que le juge évaluera lors d'un examen *in concreto*³⁰⁴. Récemment, l'obligation de prise en compte du genre dans l'interprétation des motifs de persécution de la Convention de Genève fut institutionnalisée par la Convention d'Istanbul sur la prévention et la lutte contre la violence à l'égard des femmes et la violence domestique, adoptée par le Conseil de l'Europe³⁰⁵. En 2013, elles étaient plus de vingt-cinq mille femmes (un nombre plus élevé que les dernières années), en provenance de pays où les MGF perdurent et dont plus de la moitié auraient déjà été mutilées, à demander la reconnaissance du statut de réfugié en Europe³⁰⁶. Ce type de demande

Rev. dr. étr., 2009, n° 153, p. 134, les auteurs évoquent également des « *préjugés liés au clitoris (perçu comme étant une source de maléfices, capable de rendre un homme impuissant ou de tuer un bébé à la naissance)* ».

²⁹⁹ *Ibidem*, p. 134.

³⁰⁰ Organisation mondiale de la santé, *op. cit.*, p. 1 ; Le fait que les MGF sont de plus en plus souvent pratiquées par des médecins ne réduit pas les conséquences dramatiques sur le long terme, voy. Haut Commissariat des Nations Unies pour les Réfugiés (HCR), *Note d'orientation sur les demandes d'asile relatives aux mutilations génitales féminines*, Section de la politique de protection et des conseils juridiques, Genève, mai 2009, §5, accessible sur www.unhcr.fr/.

³⁰¹ C. VERBROUCK et P. JASPIS, « Mutilations génitales féminines... », *op. cit.*, p. 134 ; En Belgique, voy. l'article 409 du Code pénal, entré en vigueur le 17 mars 2001.

³⁰² M. HENKINBRANT, « La détermination du statut de réfugié pour les demandeurs d'asile invoquant leur appartenance au groupe social 'femmes' », obs. sous C.E., 21 novembre 2001, *Rev. dr. étr.*, 2001, n° 116, p. 726.

³⁰³ B. LOBO, *op. cit.*, p. 362 ; C. QUERTON, *op. cit.*, p. 4.

³⁰⁴ S. JANSSENS, *op. cit.*, p. 311.

³⁰⁵ Convention du Conseil de l'Europe sur la prévention et la lutte contre la violence à l'égard des femmes et la violence domestique, adoptée à Istanbul le 11 mai 2011, article 60, §2. Notons que la ratification de la Belgique devrait intervenir sous peu, l'Assemblée réunie de la Cocom ayant donné son accord ce 2 juillet 2015, voy. www.legalworld.be/legalworld/content.aspx?id=86842&LangType=2060.

³⁰⁶ Excision parlons-en, *Asile et excision : les défis de la protection. Compte-rendu des interventions du 8 avril 2014*, 21 mai 2014, p. 3, accessible sur www.excisionparlonsen.org/ ; Haut Commissariat des Nations Unies pour les Réfugiés (HCR), *Too much pain : Female Genital mutilation & Asylum in the European Union – A*

se fait majoritairement en Angleterre, Pays-Bas, Allemagne, Suède, Italie, France et en Belgique³⁰⁷ et peut être classé en trois catégories : les femmes craignant de devoir subir des MGF, les femmes ayant subi des MFG et craignant d’être persécutées à nouveau ou invoquant une persécution continue et enfin, les mères et/ou pères redoutant que cette pratique ne soit infligée à leurs filles.

Section II. Les conditions établies en Europe

§1. La crainte fondée de persécution

En Europe, depuis quelques années, une jurisprudence constante reconnaît le caractère de persécution aux mutilations génitales féminines³⁰⁸. Au niveau législatif également, les actes de « *violences sexuelles* »³⁰⁹ et ceux « *dirigés contre des personnes en raison de leur genre ou contre des enfants* »³¹⁰ sont désormais repris à l’article 9, §2 de la directive 2011/95/UE listant des actes de persécution à titre exemplatif. Même si cet ajout ne cite pas explicitement les MGF, il permet de les intégrer dans le champ de la protection de la Convention de Genève. Le HCR confirme d’ailleurs dans ses lignes directrices que « *les MGF sont une forme de violence fondée sur le genre qui entraîne des dommages importants, à la fois mentaux et physiques, équivalant à une persécution [...] constituent également des actes de torture, des traitements cruels, inhumains ou dégradants* »³¹¹. Déjà en 1998, le Conseil de l’Europe pressait les Etats de suivre cet avis³¹².

La demanderesse a-t-elle une crainte fondée de persécution de subir des MGF en cas

statistical update, mars 2014, p. 2, accessible sur www.refworld.org/, elles viennent majoritairement d’Iraq, du Mali, du Cameroun, de Somalie, de la Côte d’Ivoire, d’Ethiopie, d’Egypte, de Guinée, du Niger et d’Erythrée.

³⁰⁷ *Ibidem*, p. 4.

³⁰⁸ Cour eur. D.H., arrêt *Izevbekhai et autres c. Irlande*, 17 mai 2011, req. n° 43408, §73, « *Subjecting a child or adult to FGM would amount to ill-treatment contrary to Article 3 of the Convention* » ; *Secretary of State for the Home Department (Respondent) v. K (FC) (Appellant)* ; *Fornah (FC) (Appellant) v. Secretary of State for the Home Department (Respondent)*, [2006] UKHL 46, House of Lords (UK), 18 octobre 2006, p. 52, §94, accessible sur www.refworld.org/, « *Hence, it is a human rights issue, not only because of the unequal treatment of men and women, but also because the procedure will almost inevitably amount either to torture or to other cruel, inhuman or degrading treatment* » ; En France, voy. par exemple C.R.R., 17 juillet 1991, n° 164078, Mlle Aminata Diop, cité dans X. CREAC’H, *op. cit.*, p. 69 ; C.P.R.R., 22 mars 2002, 01-0089/F1374, Djibouti ; C.C.E., 19 mai 2011, n° 61 832, Somalie, §4.2.2.

³⁰⁹ Directive 2011/95/UE, article 9, §2, a).

³¹⁰ Directive 2011/95/UE, article 9, §2, f) ; Loi du 15 décembre 1980, article 48/3, §2 (transposé par la loi du 15 septembre 2006).

³¹¹ Haut Commissariat des Nations Unies pour les Réfugiés (HCR), *Note d’orientation sur les demandes d’asile relatives aux mutilations génitales féminines...*, *op. cit.*, §7 ; Haut Commissariat des Nations Unies pour les Réfugiés (HCR), *Principes directeurs sur la protection internationale : la persécution liée au genre...*, *op. cit.*, §9.

³¹² Assemblée parlementaire du Conseil de l’Europe, *Recommandation 1371 sur les mauvais traitements infligés aux enfants*, 23 avril 1998, p. 4.

de retour dans son pays d'origine? En ce qui concerne la crainte de l'enfant, bien que généralement exprimée par la mère dans sa propre demande, elle doit être évaluée individuellement, ainsi que le rappelle le C.C.E. dans un récent arrêt³¹³. Il est impérieux de « *faire une analyse objective du risque, même si l'enfant n'exprime aucune crainte. Lorsque les parents ou les tuteurs expriment une crainte au nom de l'enfant, on présumera que la crainte de persécution existe* »³¹⁴.

Pour atteindre son verdict, la jurisprudence belge examine tout d'abord la situation des femmes dans le pays d'origine, l'éventuelle mise en œuvre de lois contre les MGF et surtout la proportion de femmes subissant l'excision³¹⁵. A cet égard, de façon inquiétante, on a relevé ces dernières années quelques discordances entre les arrêts du C.C.E. et du Raad voor Vreemdelingenbetwistingen (ci-après : R.v.V.) en ce qui concerne la Guinée ; selon la source d'information sur le pays d'origine prise en compte, des arrêts ont conclu à la possibilité d'une protection contre l'excision dans ce pays, tandis que d'autres arrivèrent à des résultats opposés ou encore demandèrent une instruction complémentaire³¹⁶. Heureusement, l'arrêt de principe du 17 avril 2014 du C.C.E. remet de l'ordre dans les sources statistiques à considérer comme fiables et conclut à l'existence d'un « *risque objectif et significativement élevé de MGF, à tout le moins pour les filles mineures qui n'y ont pas encore été soumises* »³¹⁷. Cette affirmation paraît confirmée dans la jurisprudence ultérieure du C.C.E. et l'on ne peut qu'encourager le R.v.V. et le C.G.R.A. à suivre cette voie et à toujours envisager et comparer différentes sources d'informations sur le pays d'origine³¹⁸. Ensuite, en cas de risque important

³¹³ C.C.E., 17 avril 2014, n° 122 669, Guinée, §5.1 ; C.C.E., 29 mai 2015, n° 146 842, Guinée, §5.2 ; Quant à la possibilité pour l'enfant d'introduire une demande en son propre nom, voy. INTACT, *La protection internationale et les mutilations génitales féminines (MGF) : les 11 recommandations d'INTACT*, 20 juin 2014, p. 24, accessible sur www.strategiesconcertees-mgf.be/.

³¹⁴ Haut Commissariat des Nations Unies pour les Réfugiés (HCR), *Note d'orientation sur les demandes d'asile relatives aux mutilations génitales féminines...*, op. cit., §10 ; INTACT, *Manuel pratique à l'usage des avocats...*, op. cit., p. 32 ; INTACT, *La protection internationale et les mutilations génitales féminines (MGF)...*, op. cit., p. 25, le principe de l'intérêt supérieur de l'enfant devra évidemment constituer la toile de fond de toute la procédure d'asile.

³¹⁵ C.C.E., 17 avril 2014, n° 122 669, Guinée, §5.3.3 ; C.C.E., 28 novembre 2014, n° 134 235, Djibouti, §5.8 ; C.C.E., 21 avril 2015, n° 143 740, Djibouti, §4.4 ; INTACT, *Manuel pratique à l'usage des avocats...*, op. cit., p. 30.

³¹⁶ INTACT, *La protection internationale et les mutilations génitales féminines (MGF)...*, op. cit., pp. 18 et 35, voy. la différence entre les conclusions du CEDOCA, du Subject Related Briefings sur les MGF, du SRB sur le mariage et du rapport EDS ; R.v.V., 24 octobre 2010, n° 112 666, Guinée ; C.C.E., 25 février 2013, n° 97 793, Guinée ; R.v.V., 16 janvier 2014, n° 117 008, Guinée ; R.v.V., 15 mai 2014, n° 123 957, Guinée.

³¹⁷ C.C.E., 17 avril 2014, n° 122 669, Guinée, §5.3.3 ; C.C.E., 19 février 2015, n° 138 876, Guinée, §5.6.

³¹⁸ C.C.E., 18 juin 2014, n° 125 752, Guinée, §4.2 ; C.C.E., 29 janvier 2015, n° 137 597, Guinée, §5.2.3 ; C.C.E., 29 mai 2015, n° 146 842, Guinée, §5.3, « *Si certains facteurs peuvent certes contribuer à diminuer le niveau de risque de MGF - notamment l'âge, le niveau éducatif, la confession religieuse, l'appartenance ethnique, l'origine géographique, le statut socio-économique, l'environnement familial ou encore l'état du droit national - une telle situation concerne statistiquement un groupe extrêmement limité de la population féminine, et relève dès lors d'une configuration exceptionnelle de circonstances* » ; Parlement européen, *Résolution du Parlement*

de MGF, il faut encore prendre en considération les éventuels facteurs exceptionnels permettant à la femme d'éventuellement échapper à l'excision ou d'y objecter, en cas de retour dans le pays d'origine³¹⁹. Comme toujours, la juridiction va également chercher l'existence d'une protection étatique disponible et réelle dans le pays d'origine ainsi que la possibilité d'un asile interne. Conformément aux recommandations du HCR, le fait que les MGF soient pénalisées dans certains pays (la Guinée par exemple) ne doit pas avoir pour conséquence de rejeter automatiquement la demande, puisque le plus souvent, une telle loi pénale ne permet pas à l'Etat d'éradiquer effectivement cette pratique³²⁰. *De facto*, la tradition, la pression sociale et le réseau d'acteurs locaux soutenant la pratique l'emportent dans la majorité des cas³²¹. Tout comme il lui arrive de le faire pour les personnes homosexuelles (voy. *supra*), un cas de forte prévalence des MGF dans le pays d'origine amènera le C.C.E. à établir l'existence d'une persécution de groupe, qualifiant tous les membres du groupe pour le statut de réfugié³²².

Ensuite, se pose la question de savoir s'il y a, dans le chef des parents d'un enfant risquant de subir l'excision, une crainte fondée de persécution. Selon la jurisprudence traditionnelle du C.C.E., *« les parents craignant des MGF à l'égard de leur enfant peuvent être considérés comme les demandeurs principaux s'ils ont une crainte dans leur propre chef ; ce cas de figure incluant celui où le parent serait forcé d'être témoin de la souffrance*

européen du 6 février 2014 sur le communication de la Commission intitulée « Vers l'éradication des mutilations génitales féminines », Strasbourg, 6 février 2014, 2014/2511(RSP), point 6, le Parlement « invite la Commission à adopter une approche harmonisée à l'égard de la récolte de données sur les MGF ». Au vu du problème que nous venons de relever et de l'importance capitale de ces informations, pourtant difficilement accessibles, une centralisation des données telle que prônée par le Parlement nous semble indispensable.

³¹⁹ C.C.E., 17 avril 2014, n° 122 669, Guinée, §5.3.3 ; C.C.E., 28 novembre 2014, n° 134 235, Djibouti, §5.9 ; C.C.E., 29 mai 2015, n° 146 842, Guinée, §5.3, « *De telles circonstances exceptionnelles sont en l'espèce absentes [...] la fille cadette de la requérante est encore très jeune, et que l'ensemble de la famille et de la belle-famille de la requérante est favorable à une telle pratique. Il y a également lieu de souligner que la requérante et sa fille aînée ont été excisées. La requérante ne présente, par ailleurs, pas un profil socio-économique tel qu'elle serait en mesure d'assurer efficacement le respect de l'intégrité physique de sa fille jusqu'à sa majorité* ».

³²⁰ Haut Commissariat des Nations Unies pour les Réfugiés (HCR), *Principes directeurs sur la protection internationale n° 1 : la persécution liée au genre...*, op. cit., §11 ; Haut Commissariat des Nations Unies pour les Réfugiés (HCR), *Note d'orientation sur les demandes d'asile relatives aux mutilations génitales féminines...*, op. cit., §21, selon le HCR, une protection étatique contre les MGF signifie que « *les Etats doivent faire preuve de diligence pour éliminer les MGF, en incluant une politique de prévention appropriée, ainsi que des poursuites et des sanctions systématiques et directes (et pas seulement des menaces) contre les crimes liés à ces mutilations* » ; C.C.E., 15 mars 2013, n° 98 969, Guinée, §5.11.2, des ONG, ou la famille de la requérante ne peuvent être considérés comme des organes de protection ; C.C.E., 18 juin 2014, n° 125 752, Guinée, §4.2, « *S'agissant de la protection des autorités guinéennes, le Conseil est d'avis que le taux de prévalence extrêmement élevé des MGF en Guinée démontre de facto et a contrario que les efforts - par ailleurs réels et consistants - des autorités guinéennes pour éradiquer de telles pratiques, n'ont pas les effets escomptés* ».

³²¹ Haut Commissariat des Nations Unies pour les Réfugiés (HCR), *Note d'orientation sur les demandes d'asile relatives aux mutilations génitales féminines...*, op. cit., §20.

³²² C. VERBROUCK, « Actualité de la protection internationale... », op. cit., p. 222.

infligée à l'enfant, ou risquerait une persécution par son opposition à une telle pratique »³²³. La mère ou le père pourra prétendre qu'une telle objection à la pratique, ou que le risque de voir sa fille subir une MGF, emporte une crainte fondée de persécution, en raison de ses opinions politiques ou de son appartenance à un certain groupe social³²⁴. En effet, le motif des opinions politiques peut également être envisagé concernant cette catégorie de requérants, puisqu'il comprend « *une opinion sur les rôles attribués aux hommes et aux femmes, de même qu'un comportement non-conformiste qui conduirait le persécuteur à imputer à la personne une opinion politique particulière* »³²⁵.

Toutefois, l'arrêt du 18 juin 2014 du C.C.E. induit un changement jurisprudentiel, en considérant que, dans le cas d'espèce, l'opposition de la mère à l'excision de sa fille ne lui permet pas d'invoquer une crainte fondée d'être persécutée, de sorte que la demande doit être rejetée³²⁶. Le Conseil aurait également dû envisager le mal, la terrible épreuve que constitue pour une mère la vision de l'excision de sa fille, qui, sous l'ancienne jurisprudence, pouvait tout aussi bien conduire à une crainte de persécution future³²⁷. Sans justification, l'arrêt restreint néanmoins l'examen à une seule des deux hypothèses. De plus, indépendamment d'une crainte propre, le bénéfice du statut de réfugié de la fille n'est pas étendu à la mère (à l'encontre du « *principe du statut de réfugié dérivé* »³²⁸, garantissant l'unité familiale, et en violation du respect de l'intérêt de l'enfant) ; le sort de cette dernière devra être réglé par le droit des étrangers³²⁹. Sans trop approfondir cette question qui dépasse le cadre de notre étude, notons que même si, selon la jurisprudence belge, le principe précité ne joue qu'en

³²³ C.C.E., 25 juin 2009, n° 29 108, Guinée, §4.6, « *L'opposition des parents étant considérée comme une forme de trahison à l'égard de pratiques coutumières très largement répandues, conduisant notamment à l'impossibilité de marier leur fille, voire à d'autres mesures de rétorsion concernant des droits fondamentaux ou à d'autres discriminations équivalant à une persécution* » ; Haut Commissariat des Nations Unies pour les Réfugiés (HCR), *Note d'orientation sur les demandes d'asile relatives aux mutilations génitales féminines...*, op. cit., §11 ; C. VERBROUCK, « *Actualité de la protection internationale...* », op. cit., p. 242, notons que « *le risque d'excision de l'enfant resté au pays s'analyse pour le parent ou celui qui en a la garde sous l'angle de la Convention de Genève puisque ce parent peut invoquer une crainte de persécution personnelle, celle d'avoir à souffrir que sa fille restée au pays soit mutilée* ».

³²⁴ C.C.E., 25 juin 2009, n° 29 108, Guinée, §§4.8 et 4.9 ; C.C.E., 17 avril 2014, n° 122 669, Guinée, §5.4.3.2.

³²⁵ Haut Commissariat des Nations Unies pour les Réfugiés (HCR), *Principes directeurs sur la protection internationale n° 1 : la persécution liée au genre...*, op. cit., §32 ; C.C.E., 25 juin 2009, n° 29 108, Guinée, §4.8.

³²⁶ C.C.E., 18 juin 2014, n° 125 752, Guinée, §3.1, « *Les parents qui s'opposent à l'excision de leurs filles ne rencontrent pas de problèmes majeurs dans leur pays, et il (le C.C.E.) estime en conséquence que l'opposition de la première partie requérante à l'excision de sa fille n'engendrera pas pour elle de problèmes graves assimilables à des persécutions* ». Cet arrêt est le dernier d'une suite de quatre arrêts concluant dans le même sens et sera suivi par la jurisprudence ultérieure ; C.C.E., 28 mai 2014, n° 125 064, Guinée ; C.C.E., 13 juin 2014, n° 125 591, Guinée ; C.C.E., 13 juin 2014, n° 125 593, Guinée ; C.C.E., 17 juin 2014, n° 125 702, Guinée ; C.C.E., 3 décembre 2014, n° 134 534, Guinée, §5.7.3.

³²⁷ C. FLAMAND, « *L'unité familiale, un droit du réfugié* », *Rev. dr. étr.*, 2014, n° 177, p. 254.

³²⁸ *Ibidem*, p. 255, « *Les droits des réfugiés sont étendus aux membres de sa famille, sans que ces membres de la famille ne doivent justifier d'une crainte de persécution* ».

³²⁹ C.C.E., 18 juin 2014, n° 125 752, Guinée, §5 ; C. FLAMAND, op. cit., p. 253.

faveur des personnes dépendant économiquement du réfugié³³⁰, nous estimons que le C.C.E. aurait dû et pu l'étendre aux personnes en charge (les parents), de manière à renforcer la protection et l'exigence de préservation de la vie familiale du réfugié. Sans compter que la directive 2011/95/UE inclut aujourd'hui les parents d'un enfant mineur dans la notion de « *membres de la famille* »³³¹, ce qui leur permet d'obtenir certains droits. Au vu de cet arrêt, on peut en effet se demander « *quel est l'effet utile de cette reconnaissance de statut, puisque l'enfant ne peut exercer ses droits qu'à travers son parent, qui ne bénéficie, lui, d'aucun droit* »³³².

§2. L'appartenance à un groupe social particulier

En Europe, le groupe social des femmes est désormais généralement reconnu³³³. Ce motif de persécution sera le plus souvent retenu dans l'hypothèse des demandes liées à l'excision ; les MGF « *visent les femmes en tant que membres d'un groupe social* »³³⁴. Ce type de violence touche les femmes en raison de leur sexe. Cette approche est en accord avec les principes directeurs du HCR³³⁵. De plus, les MGF sont désormais explicitement visées par le trentième considérant de la directive 2011/95/UE, en lien avec la définition du groupe social³³⁶. En Angleterre par exemple, l'arrêt *Fornah* et les décisions ultérieures de la House of Lords affirment que les femmes fuyant les MGF peuvent invoquer leur appartenance au groupe social « *des femmes dans leur pays d'origine* »³³⁷. La Cour s'est basée uniquement sur

³³⁰ C. FLAMAND, *op. cit.*, p. 255.

³³¹ Directive 2011/95/UE, articles 2, j) et 23. Cette hypothèse est toutefois limitée aux familles créées avant l'arrivée dans le pays d'accueil.

³³² C. FLAMAND, *op. cit.*, p. 259.

³³³ J. HATHAWAY et M. FOSTER, *The law of refugee status, op. cit.*, p. 437, note de bas de page 501, l'auteur relève les arrêts de principe des juridictions européennes, reconnaissant que le sexe permet de fonder un groupe social ; C.C.E., 12 mars 2009, n° 24 425, Russie, §3.6.4 ; C.C.E., 19 mai 2011, n° 61 832, Somalie, §4.5.2 ; C.C.E., 4 août 2011, n° 65 378, Macédoine, §4.5.1.

³³⁴ C.P.R.R., 22 mars 2002, 01-0089/F1374, Djibouti ; C.C.E., 19 mai 2011, n° 61 832, Somalie, §4.5.2 ; C.C.E., 17 avril 2014, n° 122 669, Guinée, §5.3.2.

³³⁵ Haut Commissariat des Nations Unies pour les Réfugiés (HCR), *Principes directeurs sur la protection internationale : la persécution liée au genre...*, *op. cit.*, §30, « *Le sexe peut, de façon appropriée, figurer dans la catégorie du groupe social, les femmes constituant un exemple manifeste d'ensemble social défini par des caractéristiques innées et immuables, et étant fréquemment traitées différemment des hommes. Leurs caractéristiques les identifient également en tant que groupe dans la société, les exposant à des formes de traitement et des normes différentes selon certains pays* ».

³³⁶ Directive 2011/95/UE, considérant n° 30, « *Aux fins de la définition d'un groupe social, il convient de prendre dûment en considération les questions liées au genre du demandeur – notamment l'identité de genre et l'orientation sexuelle, qui peuvent être liées à certaines traditions juridiques et coutumes, résultant par exemple dans des mutilations génitales...* ».

³³⁷ *Secretary of State for the Home Department (Respondent) v. K (FC) (Appellant) ; Fornah (FC) (Appellant) v. Secretary of State for the Home Department (Respondent)*, [2006] UKHL 46, House of Lords (UK), 18 octobre 2006, p. 59, §111, accessible sur www.refworld.org/ ; *VM (FGM - Risks - Mungiki - Kikuyu/Gikuyu) Kenya v. Secretary of State for the Home Department*, CG [2008] UKAIT 00049, Asylum and Immigration Tribunal /

l'approche des caractéristiques protégées, puisque, selon la Cour, les critères sont alternatifs³³⁸. En Belgique également, les femmes craignant l'excision pourront obtenir une protection sur la base du droit des réfugiés en raison de leur appartenance au groupe social des femmes. De nouveau, la jurisprudence ne décortique pas les deux conditions de la directive qualification et leur application au cas d'espèce ; il est établi que ces femmes constituent un groupe social. Il en va de même en France, où les femmes nées dans un pays avec une forte prévalence de MGF et ayant fui compte tenu de leur crainte de l'excision peuvent prétendre au statut de réfugié, de par leur appartenance à un certain groupe social et il en va de même pour leurs parents s'opposant à la mutilation et ayant fui avec l'enfant³³⁹.

L'application des critères cumulatifs de la directive 2004/83/CE ne s'est néanmoins pas toujours faite sans remous. Même si le cumul ne paraît pas, de prime abord, préjudiciable envers les requérantes, on observe que le critère de la perception sociale n'a pas toujours été facilement mis en œuvre par les juridictions, produisant des résultats indésirables. Dans certains cas, la crainte des parents va se développer ultérieurement à la fuite dans le pays d'accueil, lors de la naissance d'une fille. En ce qui concerne ces filles nées en France risquant l'excision dans le pays d'origine et leurs parents, les juridictions françaises en sont venues à conditionner leur appartenance à un groupe social à la manifestation de leur opposition à la pratique traditionnelle, à « *une attitude affirmative et revendicative de transgression sociale* »³⁴⁰. En effet, la Cour Nationale du Droit d'Asile (ci-après : C.N.D.A.) décida le 12 mars 2009 que les parents et l'enfant ne peuvent bénéficier du statut de réfugié, puisque « *l'enfant est né en France, son parent ne pourrait pas être considéré comme manifestant une transgression de la coutume par le seul fait que l'enfant est intact puisque la France réprime pénalement les MGF* »³⁴¹ et que la fillette n'a pas pu se révolter contre l'excision vu son jeune âge. Selon la Cour, l'absence d'expression de leur opposition à la coutume des MGF a pour conséquence qu'ils ne peuvent faire partie d'un groupe social et se

Immigration Appellate Authority (UK), 9 juin 2008, p. 71, §214, accessible sur www.refworld.org/ ; B. LOBO, *op. cit.*, p. 382.

³³⁸ *Secretary of State for the Home Department (Respondent) v. K (FC) (Appellant) ; Fornah (FC) (Appellant) v. Secretary of State for the Home Department (Respondent)*, 2006] UKHL 46, House of Lords (UK), 18 octobre 2006, p. 59, §111, accessible sur www.refworld.org/.

³³⁹ C.R.R. (fr.), 7 décembre 2001, n° 361050, Sissoko.

³⁴⁰ J.-Y. CARLIER, *Droit d'asile et des réfugiés...*, *op. cit.*, p. 213.

³⁴¹ C. VERBROUCK et P. JASPIS, « Mutilations génitales féminines... », *op. cit.*, p. 143 ; C.N.D.A. (fr.), 12 mars 2009, n° 639908, Mme. Irène Adama K ; C.N.D.A. (fr.), 12 mars 2009, n° 639907, Mme. Mariam D. épouse K.

voient exclus de la protection³⁴². Mais l'enfant peut obtenir la protection subsidiaire et par conséquent les parents également, « *puisque la mise en œuvre effective de cette protection imposait que l'enfant ne soit pas séparé de sa mère* »³⁴³. On peut se demander si, les juridictions françaises, ne font pas une mauvaise lecture de la notion de groupe social. La réponse est positive. Selon nous, en exigeant un comportement « *perçu comme transgressif de l'ordre social* »³⁴⁴ au titre de condition constitutive du groupe social, la C.N.D.A. appréhende arbitrairement et défavorablement le critère de la perception sociale. La Cour semble se prendre les pieds (à des fins de contrôle de l'immigration, on le suspecte) entre les motifs de la Convention de Genève. Requérir un tel élément d'insubordination, de manifestation de l'opposition, aboutit à exiger un aspect politique dans la définition du groupe social. Or le motif étudié ne peut être confondu avec celui des opinions politiques. De plus, un examen de la crainte fondée doit être conduit avec une diligence particulière ; le simple fait que les parents n'aient pas eu l'occasion de manifester leur opposition aux MGF dans le pays d'origine ne peut avoir pour conséquence de rejeter la demande, selon le HCR³⁴⁵. Est également passé sous silence le fait que, malgré l'interdiction légale, de nombreuses excisions ont lieu chaque année en France ; la pratique est bien présente sur notre continent et les mères s'y opposant devraient pouvoir constituer un groupe social³⁴⁶.

Quelques années plus tard, le 21 décembre 2012, le Conseil d'Etat français rendit trois arrêts extrêmement importants selon lesquels les jeunes filles nées en France et risquant de subir l'excision dans leur pays d'origine pourraient se voir reconnaître le statut de réfugié, sur la base de leur appartenance à un certain groupe social³⁴⁷. L'arrêt semble louable de prime abord puisqu'il établit que « *l'appartenance à un tel groupe est un fait social objectif qui ne dépend pas de la manifestation par ses membres, ou, s'ils ne sont pas en mesure de le faire, par leurs proches, de leur appartenance à ce groupe. [...] dans une population dans laquelle les mutilations sexuelles féminines sont couramment pratiquées au point de constituer une norme*

³⁴² G. CHOLET, « Droit d'asile (Convention de Genève et directive 2004/83/CE) : Le Conseil d'Etat aux prises avec les mutilations génitales féminines », *Lettres 'Actualités droits-libertés' du CREDOF*, 18 février 2013, p. 2, accessible sur <http://revdh.org>.

³⁴³ C.N.D.A., 12 mars 2009, n° 639907, Mme. Mariam D. épouse K.

³⁴⁴ C.R.R. (fr.), 29 juillet 2005, n° 519803, Mlle T.

³⁴⁵ Haut Commissariat des Nations Unies pour les Réfugiés (HCR), *Principes directeurs sur la protection internationale : la persécution liée au genre...*, *op. cit.*, §12.

³⁴⁶ Organisation Internationale pour la migration (OIM), *Promouvoir l'abandon des mutilations génitales féminines dans le contexte migratoire*, 12 novembre 2014, p. 2, accessible sur www.iom.int/.

³⁴⁷ C.E. (fr.), 21 décembre 2012, Mlle E. F., n° 332492 ; C.E. (fr.), 21 décembre 2012, Mme F., n° 332491 ; C.E. (fr.), 21 décembre 2012, OFPRA c/ Mme B. C., n° 332607 ; G. CHOLET, *op. cit.*, p. 1 ; Nous relevons d'ailleurs que quelques mois plus tard, une Résolution des Nations Unies priait d'ailleurs les Etats de protéger les jeunes filles contre les MGF, quel que soit l'endroit où ces actes sont commis, voy. Assemblée générale des Nations Unies, *Résolution adoptée par l'Assemblée Générale le 20 décembre 2012 sur l'intensification de l'action mondiale visant à éliminer les mutilations génitales féminines*, 20 décembre 2012, A/RES/67/146.

sociale, les enfants et les adolescentes non mutilées constituent de ce fait un groupe social »³⁴⁸. Toutefois, les conditions posées par le Conseil d'Etat étonnent par leur sévérité³⁴⁹. Quant aux parents, il est exclu qu'ils « *puissent dorénavant obtenir toute forme de protection internationale – asile ou protection subsidiaire – en France en l'absence de craintes sérieuses, personnelles et directes* »³⁵⁰. Or, tout comme en 2009, le Conseil d'Etat français considère que les mères établies en France depuis un certain temps ne peuvent constituer un groupe social³⁵¹. Pourtant, « *certaines femmes ne prennent conscience de la violence qu'elles ont endurée dans la pratique de l'excision qu'une fois résidant en France, parce qu'elles ont l'opportunité de discuter de leur expérience avec d'autres femmes* »³⁵². Une telle méfiance envers les parents d'une enfant née en France nous paraît par conséquent démesurée...
 Finalement, concernant la même hypothèse, par son avis du 20 novembre 2013, le Conseil d'Etat français affirme qu'« *il ne résulte ni des stipulations de la convention de Genève, ni des principes généraux du droit applicables aux réfugiés, que le statut de réfugié doit être accordé aux parents de cette réfugiée mineure, lesquels ne sont pas exposés aux risques de persécution qui ont conduit à ce que le statut soit accordé à leur enfant et indépendamment des risques de persécutions qu'ils pourraient faire personnellement valoir* »³⁵³. Par ce prescrit, le Conseil d'Etat impose dorénavant, afin de pouvoir bénéficier du principe général de l'unité de famille, l'existence d'un lien entre le risque menaçant le parent et celui ayant permis à l'enfant d'être reconnu réfugié³⁵⁴. Or, normalement, le principe du statut de réfugié dérivé doit justement intervenir en dernier recours, indépendamment de l'existence d'une crainte du membre de la famille³⁵⁵. Il est soutenu par le HCR que les parents de l'enfant réfugié devraient également se voir reconnaître le statut, par répercussion³⁵⁶ et cela, selon nous, sans distinctions géographiques et temporelles entre les catégories de parents. Nous

³⁴⁸ C.E. (fr.), 21 décembre 2012, Mme F., n° 332491, §§2 et 3 ; G. CHOLET, *op. cit.*, p. 3.

³⁴⁹ G. CHOLET, *op. cit.*, p. 3, entre autres, il est indispensable de « *fournir l'ensemble des éléments circonstanciés, notamment familiaux, géographiques, sociologiques, relatifs aux risques que la fillette encourt personnellement* ».

³⁵⁰ *Ibidem*, p. 1.

³⁵¹ C.E. (fr.), 21 décembre 2012, Mlle E. F., n° 332492, §3 ; C. BRICE-DELAJOUX, « Droit d'asile (Convention de Genève) : Quel statut pour les parents des jeunes filles reconnues réfugiées du fait d'un risqué d'excision? », *Lettres 'Actualités droits-libertés' du CREDOF*, 27 décembre 2013, p. 2, accessible sur <http://revdh.org>.

³⁵² J. FREEDMAN, « Legal and Protection Policy, Research Series : les femmes en quête d'asile et réfugiées en France », Haut commissariat des Nations Unies pour les réfugiés, Division des services de protection international, juin 2009, PLLAS/2009/01, p. 10, accessible sur www.refworld.org/.

³⁵³ C.E. (fr.), Avis CNDA, 20 novembre 2013, M. F et Mme D. épouse F., n° 368676 ; C. BRICE-DELAJOUX, *op. cit.*, p. 2.

³⁵⁴ *Ibidem*, p. 3.

³⁵⁵ *Ibidem*, p. 5.

³⁵⁶ Haut Commissariat des Nations Unies pour les Réfugiés (HCR), *Note d'orientation sur les demandes d'asile relatives aux mutilations génitales féminines...*, *op. cit.*, §11.

estimons que l'appréhension des autorités par rapport à une utilisation abusive de la crainte d'excision de l'enfant ne peut être contrée que par un examen de la demande plus neutre, méticuleux, et non par de telles exigences factices. Tout comme en ce qui concerne l'arrêt belge du C.C.E. du 18 juin 2014, on peut dès lors regretter que le Conseil d'Etat français n'ait pas adopté une interprétation plus large du principe d'unité familiale. Le droit à l'unité de famille est un droit « *attaché à la personne du réfugié* »³⁵⁷, ce que le récent avis du Conseil d'Etat français paraît ignorer. La protection de l'enfant, ne pouvant bénéficier aux parents, est ainsi fortement endommagée et privée d'effectivité³⁵⁸.

§3. Les mutilations génitales féminines passées

Le cas des MGF passées est spécifique et n'a pas toujours été traité comme il aurait dû l'être par la jurisprudence belge. En effet, avant un arrêt de principe du C.C.E. du 1^{er} décembre 2011, la jurisprudence, contrairement à la règle générale portant sur les persécutions passées établie *supra*, exigeait de la requérante qu'elle prouve, en plus de sa MGF passée, le risque de réexcision, infibulation ou ré-infibulation en cas de retour dans son pays d'origine³⁵⁹. C'est donc la requérante qui devait démontrer, au vu de sa situation, la présence exceptionnelle d'indices sérieux de la crainte de persécution future (alors que dans les autres cas, une persécution passée établie implique de tels indices, à moins que l'autorité ne prouve le contraire), puisque, selon la position jurisprudentielle de l'époque, « *cette forme particulière de persécution ne peut, en principe, pas être reproduite* »³⁶⁰. Ainsi existait-il une discrimination par rapport aux autres catégories de demandeurs quant à la charge de la preuve, qui n'était en rien justifiable selon nous, puisque les spécialistes reconnaissent depuis de nombreuses années que des MGF peuvent être infligées à diverses reprises sur les fillettes (si la première excision n'est pas jugée satisfaisante par exemple) et il en va de même pour les femmes, qui endureront fréquemment des désinfibulations et réinfibulations consécutives (avant le mariage par exemple, ou pour la punir de certaines choses ou encore, en cas de naissance ou de rapports sexuels)³⁶¹. L'arrêt du 1^{er} décembre 2011 vient toutefois au secours des victimes de MGF. Suivant la position du HCR, l'arrêt va reconnaître le caractère continu

³⁵⁷ C. BRICE-DELAJOUX, *op. cit.*, p. 4.

³⁵⁸ *Ibidem*, p. 4 ; Excision parlons-en, *op. cit.*, p. 14, si, en France, des circulaires ministérielles ont été émises en 2014, prévoyant l'octroi d'un droit de séjour aux parents de ces filles reconnues réfugiées, elles n'ont hélas pas de caractère obligatoire.

³⁵⁹ C.C.E., 10 novembre 2010, n° 51 015, Guinée, §4.9.1 ; C.C.E., 29 avril 2011, n° 60 622, Guinée, §4.7.2 ; C.C.E., 19 mai 2011, n° 61 832, Somalie, §4.4.3 ; S. SAROLEA, L. LEBOEUF et E. NERAUDAU, *op. cit.*, p. 291.

³⁶⁰ C.C.E., 10 novembre 2010, n° 51 015, Guinée, §4.9.2 ; C.C.E., 29 avril 2011, n° 60 622, Guinée, §4.6 ; C.C.E., 25 octobre 2011, n° 69 087, Guinée, §5.

³⁶¹ C. VERBROUCK et P. JASPIS, « Mutilations génitales féminines... », *op. cit.*, p. 133.

des souffrances résultant de la MGF passée³⁶². Partant, « *pour apprécier la gravité de la persécution subie, le Conseil prend en considération la persistance de séquelles liées à la mutilation infligée à la requérante* »³⁶³. « *Au vu des traumatismes et souffrances physiques et morales engendrées par de telles pratiques, le Conseil considère que la requérante craint avec raison d'être persécutée du fait de son appartenance à un certain groupe social au sens de l'article 48/3, §4, d) de la loi du 15 décembre 1980.* »³⁶⁴ En somme, le Conseil perçoit, à juste titre, « *la nature permanente et continue des MGF* »³⁶⁵, rendant une crainte de persécution future envisageable. Toutefois, selon nous, ce n'est pas la seule persécution passée qui va fonder la demande de la requérante dans cette affaire ; le Conseil détermine qu'au regard de la situation de la femme (probabilité d'un mariage dans le pays d'origine par exemple), celle-ci peut craindre de subir de nouvelles MGF ou d'autres persécutions liées à son genre³⁶⁶. On voit donc l'importance d'observer l'environnement discriminatoire du pays d'origine pour évaluer les autres persécutions dont pourrait être victime la requérante, l'excision n'étant pas la seule persécution future envisagée. Dorénavant, une fois la preuve de la MGF passée rapportée par la requérante, la présomption de crainte fondée jouera (seule l'autorité pourra éventuellement rapporter une preuve contraire), de la manière prévue par l'article 48/7 de la loi du 15 décembre 1980³⁶⁷. Cet arrêt de principe sera suivi par la jurisprudence ultérieure³⁶⁸.

De plus, le C.C.E. (contrairement au R.v.V.) a admis que l'on puisse parfois considérer qu'« *en raison du caractère particulièrement atroce de la persécution subie – eu égard à sa nature intrinsèque, aux circonstances dans lesquelles elle s'est déroulée, et à l'importance des conséquences psychologiques et physiques engendrées, la crainte de l'intéressée est exacerbée à un point tel, qu'un retour dans le pays d'origine où cette persécution a été*

³⁶² C.C.E., 1^{er} décembre 2011, n° 71 365, Guinée, §4.2.

³⁶³ C.C.E., 1^{er} décembre 2011, n° 71 365, Guinée, §4.2.

³⁶⁴ C.C.E., 1^{er} décembre 2011, n° 71 365, Guinée, §4.8.

³⁶⁵ Haut Commissariat des Nations Unies pour les Réfugiés (HCR), *Note d'orientation sur les demandes d'asile relatives aux mutilations génitales féminines...*, op. cit., §14.

³⁶⁶ C.C.E., 1^{er} décembre 2011, n° 71 365, Guinée, §4.5, « *Au vu des éléments du dossier, du profil de la requérante âgée de seulement 19 ans, du milieu traditionnel dont elle provient, de l'éventualité d'un mariage en cas de retour en Guinée et des conséquences qui en découleraient en cas de grossesse, il existe une probabilité importante que la requérante fasse l'objet d'une nouvelle mutilation génitale féminine* » ; C.C.E., 25 octobre 2012, n° 90 452, Guinée ; C.C.E., 16 décembre 2014, n° 135 085, Guinée, §7.6.1, « *Il faut aussi rappeler qu'il n'est pas nécessaire que les persécutions futures qui sont craintes revêtent une forme identique à celles préalablement subies* » ; *A contrario*, le R.v.V. n'envisage que la MGF future, voy. R.v.V., 20 novembre 2012, n° 91 796, Guinée.

³⁶⁷ Loi du 15 décembre 1980, article 48/7.

³⁶⁸ C.C.E., 24 février 2012, n° 75 730, Guinée ; C.C.E., 17 octobre 2012, n° 89 927, Guinée ; C.C.E., 13 février 2013, n° 96 951, Guinée.

rendue possible est inenvisageable »³⁶⁹, peu importe qu'elle ne risque pas de persécution future. Toutefois, en dehors de ce cas exceptionnel, au vu des derniers arrêts du C.C.E., nous estimons que la juridiction n'envisage hélas actuellement pas le caractère persistant des souffrances résultant d'une MGF passée comme une persécution continue en soi, permettant à elle seule de fonder la demande de reconnaissance du statut de réfugié. « *Le Conseil rappelle que [...] le caractère continu invoqué en termes de requête résulte des conséquences ou effets secondaires que la mutilation peut engendrer, sans que l'on puisse toutefois considérer qu'il est, de ce seul fait, à nouveau porté atteinte à un droit fondamental de l'individu, en l'occurrence le droit à l'intégrité physique, et partant, assimiler ces conséquences à des actes de persécution au regard de l'article 1er de la Convention de Genève.* »³⁷⁰

§4. La preuve et l'évaluation de la crédibilité

Selon certains auteurs, « *la tâche d'établir et d'évaluer tous les faits pertinents d'une demande de protection internationale [...] devrait, en matière de violence de genre, reposer prioritairement sur les autorités* »³⁷¹. Il est vrai qu'il est extrêmement difficile, dans le contexte des MGF, de rapporter des preuves documentaires, au delà de sa déclaration et éventuellement de l'apport d'un certificat médical³⁷². S'agissant d'ailleurs de l'attestation médicale confirmant la non excision, elle ne doit pas nécessairement être fournie afin de garantir le fondement de la demande, compte tenu des conséquences traumatisantes qu'un tel

³⁶⁹ C.C.E., 22 août 2014, n° 128 221, Guinée, §6.6.3.2 ; C.C.E., 16 décembre 2014, n° 135 085, Guinée, §7.7.4 ; C.C.E., 30 avril 2015, n° 144 603, Mauritanie, §5.6.2, « *Dans cette dernière hypothèse, le fardeau de la preuve incombe au premier chef à la partie requérante. Il lui appartient ainsi de démontrer tant la réalité que la particulière gravité, d'une part, de l'atteinte qui lui a été initialement portée, d'autre part, des traumatismes psychologiques et physiques qui en ont résulté dans son chef, et enfin, de l'état de crainte persistante qui fait obstacle à toute perspective raisonnable de retour dans son pays* » ; Haut Commissariat des Nations Unies pour les Réfugiés (HCR), *Note d'orientation sur les demandes d'asile relatives aux mutilations génitales féminines...*, op. cit., §15 ; INTACT, *La protection internationale et les mutilations génitales féminines (MGF)...*, op. cit., p. 22.

³⁷⁰ C.C.E., 22 août 2014, n° 128 221, Guinée, §6.6.3.1 ; C.C.E., 16 décembre 2014, n° 135 085, Guinée, §§7.7.2 et 7.7.3, « *Le Conseil souligne encore que la protection internationale offerte par la Convention de Genève a pour objectif de fournir à un demandeur une protection contre de possibles persécutions, et non de permettre la réparation des dommages inhérents à une persécution antérieurement subie. [...] Le Conseil estime par ailleurs que le seul confort psychologique résultant de la perspective de pouvoir bénéficier, dans un pays de protection, d'un statut ouvrant le droit à une prise en charge adéquate desdites souffrances, ne saurait suffire à justifier la reconnaissance de la qualité de réfugié à l'intéressée* » ; C.C.E., 30 avril 2015, n° 144 603, Mauritanie, §5.6.2 ; Voy. toutefois, C.C.E., 15 février 2013, n° 97 264, Guinée, §5.6.1, « *Le Conseil observe qu'aucune question n'a été posée à la requérante lors de son audition à propos des séquelles de cette opération. [...] La partie défenderesse se contente d'écarter cette question dans la décision attaquée en envisageant la problématique sous le seul angle de la ré-excision* ».

³⁷¹ C. VERBROUCK, « *Actualité de la protection internationale...* », op. cit., p. 214.

³⁷² INTACT, *Manuel pratique à l'usage des avocats...*, op. cit., p. 53.

examen peut avoir pour l'enfant³⁷³. Cet avis du HCR doit être mis en perspective avec la pratique belge, qui se fonde généralement, entre autres, sur le « *certificat médical d'intégrité* »³⁷⁴ pour formuler sa conclusion quant à la crainte fondée³⁷⁵. « *Si le récit est globalement crédible, le certificat médical permet de corroborer et objectiver les propos circonstanciés ainsi que la crainte.* »³⁷⁶ Par ailleurs, en Belgique, est apparue la pratique particulière des « *engagements sur l'honneur* »³⁷⁷, par lesquels le parent reconnu réfugié, garantit que, par la suite, il ne soumettra pas sa fille (également réfugiée) à l'excision, ce que le C.G.R.A. pourra vérifier chaque année et en tirer les conséquences nécessaires quant au statut de réfugié³⁷⁸. La même pratique a vu le jour en France ; un certificat garantissant la non excision de la jeune fille est requis, généralement tous les trois ans, après l'obtention du statut de réfugié³⁷⁹. D'une part, en cas d'excision avérée, une telle mesure risque de priver l'enfant de la protection statutaire, alors que la raison d'être affirmée du contrôle est la protection de la fillette³⁸⁰. Pour éviter une telle situation, tout en repoussant les demandes factices de certains parents, le HCR prône, non pas un contrôle médical annuel, mais bien une approche préventive ; une analyse scrupuleuse de la crédibilité est requise *a priori*³⁸¹. D'autre part, les jeunes filles réfugiées pourraient tout de même être victimes d'excision, même sans retour dans le pays d'origine, ce qu'il faut éviter à tout prix. Selon certains, les répercussions psychologiques que peuvent avoir un tel contrôle médical *a posteriori* pouvant être mitigées par un encadrement minutieux de spécialistes, il faut prendre en compte le « *principe plus élevé qui est celui de la protection de l'enfant qui doit être absolu compte tenu de la forte vulnérabilité du groupe (nouveaux nés de sexe féminin, fillettes) et la gravité du préjudice redouté* »³⁸².

³⁷³ Haut Commissariat des Nations Unies pour les Réfugiés (HCR), *Note d'orientation sur les demandes d'asile relatives aux mutilations génitales féminines...*, *op. cit.*, §33, l'accord libre et informé de l'enfant est requis en cas d'examen médical.

³⁷⁴ INTACT, *Manuel pratique à l'usage des avocats...*, *op. cit.*, p. 69.

³⁷⁵ C. VERBROUCK, « Actualité de la protection internationale... », *op. cit.*, p. 227.

³⁷⁶ INTACT, *La protection internationale et les mutilations génitales féminines (MGF)...*, *op. cit.*, p. 29.

³⁷⁷ C. VERBROUCK et P. JASPIS, « Mutilations génitales féminines... », *op. cit.*, p. 138.

³⁷⁸ INTACT, *Manuel pratique à l'usage des avocats...*, *op. cit.*, p. 104, dans les faits, toutes les familles signent cet engagement ; C. VERBROUCK et P. JASPIS, « Mutilations génitales féminines... », *op. cit.*, p. 141, ce contrôle « *crée de manière indirecte une différence de traitement entre plusieurs catégories de réfugiés, et ce sans justification objective et raisonnable* ». Voy. la critique de ce mécanisme et du rôle du C.G.R.A.

³⁷⁹ Excision parlons-en, *op. cit.*, p. 16.

³⁸⁰ INTACT, *Manuel pratique à l'usage des avocats...*, *op. cit.*, p. 104, « *Le C.G.R.A. estime que cette mesure vise à vérifier que la raison de l'obtention du statut reste actuelle, et que le besoin de protection internationale se justifie toujours* ».

³⁸¹ Haut Commissariat des Nations Unies pour les Réfugiés (HCR), *Note d'orientation sur les demandes d'asile relatives aux mutilations génitales féminines...*, *op. cit.*, §34.

³⁸² Excision parlons-en, *op. cit.*, p. 16.

Un parallèle peut une fois de plus être établi avec le cas des personnes homosexuelles, puisqu'il semble qu'ici aussi, le défaut de crédibilité déclenche le rejet de la demande dans des cas trop nombreux. Or, de nouveau, ne serait-il pas souhaitable que les autorités fassent prévaloir une situation objectivement risquée dans le pays d'origine (au vu de la proportion de MGF et de la situation de la demanderesse), sur la crédibilité douteuse de la personne³⁸³ ?

Quant aux garanties devant entourer l'entretien avec le requérant, nous nous référons principalement au deuxième chapitre de notre étude ainsi qu'aux principes directeurs du HCR. Certaines mesures spécifiques doivent être assurées dans ce type de demande. Par exemple il faut à tout le moins que les entretiens des requérantes se déroulent en l'absence des hommes de leur famille et soient effectués par des femmes³⁸⁴. La confidentialité, la sensibilité et la formation de l'interrogatrice ainsi que l'accent sur les « *questions ouvertes ou les questions précises qui pourraient favoriser l'évocation d'aspects liés au genre* »³⁸⁵ sont des éléments essentiels. Il est primordial que les personnes qui connaissent de l'examen de la demande soient conscientes de la vulnérabilité et des traumatismes psychologiques de la demanderesse et en tiennent compte dans l'élaboration de leur décision³⁸⁶.

Section III. Aperçu des conditions établies aux Etats-Unis

§1. La crainte fondée en raison de son appartenance à un groupe social particulier

« *Current U.S. system is ill-suited to handle gender-based asylum claims.* »³⁸⁷ Alors que, tout comme en Europe, les MGF ont désormais le statut de persécution dans le droit d'asile américain³⁸⁸, nombreux sont les auteurs à relever la grande difficulté pour les juridictions américaines de considérer 'les femmes' en tant que telles comme un groupe social entrant dans la définition de la Convention de Genève³⁸⁹. Cela préjudicie fortement les

³⁸³ C. VERBROUCK, « Actualité de la protection internationale... », *op. cit.*, p. 222, l'auteur souligne que le R.v.V. ne tient pas ce type de raisonnement ; C.C.E., 19 mai 2011, n° 61 832, Somalie, §4.4.3, la crainte fondée doit prévaloir sur les doutes quant à la nationalité ; C.C.E., 17 avril 2014, n° 122 669, Guinée, §5.4.4.1, l'arrêt fait une belle application de ce principe.

³⁸⁴ Haut Commissariat des Nations Unies pour les Réfugiés (HCR), *Principes directeurs sur la protection internationale : la persécution liée au genre...*, *op. cit.*, §36.

³⁸⁵ *Ibidem*, §36.

³⁸⁶ INTACT, *La protection internationale et les mutilations génitales féminines (MGF)...*, *op. cit.*, p. 29 ; C. VERBROUCK, « Actualité de la protection internationale... », *op. cit.*, p. 209.

³⁸⁷ A. KNEIF, « Gender bias in asylum law : recognizing persecution against women and girls », *Women Law J.*, 2006-2007, vol. 92, p. 19, accessible sur <http://heinonline.org>.

³⁸⁸ *In re Fauziya Kasinga*, 3278, United States Board of Immigration Appeals, 13 juin 1996, p. 9, accessible sur www.refworld.org/ ; E. BEETY, « Reframing Asylum Standards for mutilated women », *J. Gender Race & Just.*, 2007-2008, vol. 11, p. 248, accessible sur <http://heinonline.org>.

³⁸⁹ K. BOWER, « Recognizing violence against women as persecution on the basis of membership in a particular social group », *Geo. Immigr. L. J.*, 1993, vol. 7, p. 175, accessible sur <http://heinonline.org> ; J. HATHAWAY et M. FOSTER, *The law of refugee status*, *op. cit.*, p. 440, hélas les auteurs relèvent également cette tendance dans

femmes et en particulier celles victimes ou craignant d'être victimes de MGF dans leur pays d'origine. Aux Etats-Unis, le test établi dans *Matter of Acosta* est pourtant appliqué, ce qui devrait impliquer de reconnaître le genre en tant que tel comme caractéristique protégée et donc comme fondement du groupe social³⁹⁰. Pourtant, la plupart du temps, soit la demanderesse verra sa demande rejetée, soit, et il s'agit d'une particularité de la jurisprudence d'outre-Atlantique, elle sera réputée faire partie d'un groupe social particulièrement précis et limité³⁹¹. Or, la deuxième approche ne permet pas de prendre en considération toutes les autres persécutions liées à la condition de femme et visant la demanderesse (telles que le viol ou le mariage forcé)³⁹². Par exemple, dans le célèbre arrêt *In Re kasinga*, le groupe défini était celui des « *jeunes femmes de la tribu tchamba-kunsuntu n'ayant pas fait l'objet de mutilations génitales, telles que pratiquées par cette tribu, et qui s'opposent à cette pratique* »³⁹³. Les femmes auront alors la lourde tâche de démontrer toutes les composantes du groupe particulier. La même problématique existe pour les femmes qui ont déjà été mutilées³⁹⁴. Si quelques arrêts isolés reconnaissent les femmes en tant que groupe social, cette approche est encore loin de faire l'unanimité³⁹⁵. On trouverait une explication dans la peur des juridictions américaines de s'exposer à un flux migratoire conséquent de par une telle interprétation du

certain arrêts européens ; B. LOBO, *op. cit.*, pp. 362 et 386 ; *Gomez v. Immigration and Naturalization Service*, *Gomez v. Immigration and Naturalization Service*, 947 F.2d 660, United States Court of Appeals for the Second Circuit, 28 octobre 1991, §19, accessible sur www.refworld.org/, « *Possession of broadly-based characteristics such as youth and gender will not by itself endow individuals with membership in a particular group* » ; *Fatin v. Immigration and Naturalization Service*, 12 F.3d 1233, United States Court of Appeals for the Third Circuit, 20 décembre 1993, II, B, accessible sur www.refworld.org/, le sexe a été reconnu comme une caractéristique immuable permettant de former la base d'un certain groupe social. Toutefois le groupe qui avait été défini était très restreint, (« *Iranian women who refuse to conform to the government's gender-specific laws and social norms* ») ; *A contrario*, nous avons vu qu'en Belgique, le groupe social des femmes est retenu pour toutes les demandes liées à une crainte de subir des MGF.

³⁹⁰ A. KNEIF, *op. cit.*, p. 21.

³⁹¹ *Ibidem*, p. 20 ; B. LOBO, *op. cit.*, p. 362.

³⁹² *Ibidem*, p. 362.

³⁹³ *In re Fauziya Kasinga*, 3278, United States Board of Immigration Appeals, 13 juin 1996, p. 9, accessible sur www.refworld.org/, traduction libre ; K. O'FALLON, « *Matter of A-T- : opening the door for gender as a particular social group in asylum applications* », *U. Md. L.J. Race Religion Gender & Class*, 2009, n° 9, p. 404, accessible sur <http://heinonline.org>.

³⁹⁴ E. BEETY, *op. cit.*, p. 257, « *A mutilated woman may claim she was in the social group of mutilated women. However, she cannot then prove she was persecuted because of her status as a mutilated woman, because the only form of persecution the courts recognize in these case is FGM itself. [...] Because the woman has already been mutilated, she cannot [...] successfully make a claim that she belongs to a social group of women who fear FGM* ».

³⁹⁵ *Khadija Mohammed v. Alberto R. Gonzales, Attorney General; Khadija Ahmed Mohamed v. Alberto R. Gonzales, Attorney General*, A79-257-632; 03-72265; 03-70803, United States Court of Appeals for the Ninth Circuit, 10 mars 2005, p. 17, §6, accessible sur www.refworld.org/, « *Although we have not previously expressly recognized females as a social group, the recognition that girls or women of a particular clan or nationality (or even in some circumstances females in general) may constitute a social group is simply logical application of our law* » ; *Hassan v. Gonzales, Attorney General*, 484 F.3d 513, United States Court of Appeals for the Eighth Circuit, 7 mai 2007, p. 6, accessible sur www.refworld.org/.

groupe social³⁹⁶. Pourtant, premièrement, en réalité, peu de femmes osent ou détiennent les moyens de quitter leur pays³⁹⁷. Ensuite, l'examen *in concreto* du dossier de chaque personne amène souvent le juge à conclure au rejet de la demande, malgré la reconnaissance d'un certain groupe social, en raison de l'absence de crainte fondée, de l'existence d'un asile interne, ou encore d'un défaut de crédibilité par exemple³⁹⁸. « *The floodgates concern misses the essential nature of the refugee remedy, which is a case-by-case individual one.* »³⁹⁹ L'argument du flux migratoire n'en est donc en réalité pas un, et de telles considérations politiques ne peuvent induire une interprétation restrictive et discriminatoire du motif de persécution étudié.

Nous relevons également que certains arrêts ont reconnu l'existence d'une protection étatique pour ces femmes, en présence d'une loi pénalisant la perpétration de MGF, alors que, comme nous l'avons vu, ces textes législatifs restent souvent inappliqués et les Etats sont généralement dans l'impossibilité de faire cesser effectivement ces pratiques⁴⁰⁰. Sur ce point, nous appelons à un changement de la jurisprudence américaine.

§2. La problématique des mutilations génitales passées

En sus de ces premières différences de taille par rapport à la jurisprudence belge, on remarque aux Etats-Unis, comme en matière d'orientation sexuelle, des approches différentes selon les états du pays, et en particulier, selon la Court of Appeals où est introduite l'affaire. Il est extrêmement difficile pour les requérantes, dans ces conditions, d'anticiper la conclusion de la cour sur tel ou tel groupe social. De telles discordances entre les juridictions sont particulièrement flagrantes en ce qui concerne les demandes liées à des MGF passées. La persécution passée constitue une situation distincte permettant d'obtenir le statut de réfugié, en ce qu'elle implique une présomption de crainte de persécution future, sauf si l'on observe une modification fondamentale de la situation dans le pays d'origine, devant être établie par le Gouvernement⁴⁰¹. Le problème est que certaines Courts of Appeals (tout comme certaines décisions du Board of Immigration Appeal) considèrent que des MGF subies dans le passé

³⁹⁶ K. BOWER, *op. cit.*, p. 205 ; B. LOBO, *op. cit.*, p. 368.

³⁹⁷ R. MAHIEU, C. TIMMERMAN et D. VANHEULE, *La dimension de genre dans la politique belge et européenne d'asile et de migration*, Bruxelles, Institut pour l'égalité des femmes et des hommes, 2010, pp. 15 à 17, accessible sur <http://igvm-iefh.belgium.be/> ; K. O'FALLON, *op. cit.*, p. 416, « *Canada's experience is also instructive ; in the two years following Canada's recognition of domestic violence as a valid basis for asylum, only two percent of the total 40 000 refugee claims filed were gender-based* ».

³⁹⁸ K. BOWER, *op. cit.*, p. 205.

³⁹⁹ A. KNEIF, *op. cit.*, p. 23.

⁴⁰⁰ Par exemple *Balogun v. Ashcroft*, 374 F.3d 492, United States Court of Appeals for the Seventh Circuit, 1 juillet 2004, accessible sur www.refworld.org/.

⁴⁰¹ J.-Y. CARLIER, D. VANHEULE, K. HULLMANN e.a., *op. cit.*, p. 386.

impliquent la disparition de la présomption, puisque ce type de persécution ne peut être subie qu'une seule fois⁴⁰². Au contraire, similairement à l'approche désormais adoptée en Belgique, d'autres Courts of Appeals envisagent, à juste titre, la potentialité d'excisions postérieures ou d'autres persécutions de genre en lien avec son appartenance à un certain groupe social risquées par la demanderesse⁴⁰³. « *If Courts can assess FGM applicants as individuals who suffered persecution (being genitally mutilated) because of who they are (women in a specific culture), then the applicant can put forth evidence that she will be persecuted in the future on the same basis.* »⁴⁰⁴ Si la demanderesse démontre qu'elle a été persécutée de par son appartenance à un certain groupe social, il est impératif qu'il revienne au Gouvernement de prouver qu'une persécution future n'aura pas lieu et non à la demanderesse d'établir le contraire⁴⁰⁵. Finalement, la théorie de la persécution continue a été amorcée par la Ninth Circuit Court et quelques décisions du Board of Immigration Appeals : « *FGM is similar to forced sterilization and [...] must be considered a continuing harm that renders a petitioner eligible for asylum, without more. [...] necessarily have an inherent well-founded fear of future persecution because such persons will be persecuted for the remainder of their lives.* »⁴⁰⁶ Sur ce point, la Ninth Circuit Court va plus loin que nos juridictions. Il est par conséquent possible d'observer trois niveaux de traitement des demandes liées aux MGF passées. On ne peut qu'espérer obtenir le plus vite possible un premier arrêt de la US Supreme Court en matière de persécutions de genre et plus particulièrement de MGF, afin d'apporter une touche d'uniformité en la matière et remédier à ces problèmes d'égalité de traitement.

⁴⁰² E. BEETY, *op. cit.*, p. 252 ; S. KOUNELIAS, « Asylum and female genital mutilation : 'membership in a particular social group' inadequately protecting persecuted women », *The Scholar*, 2008-2009, n° 11, p. 593, accessible sur <http://heinonline.org>, « *There must be a showing of past persecution to create a well-founded fear of identical future persecution. Therefore, the analysis of the regulation was that the removal of female genitalia can only be performed once, and consequently, the very act of persecution itself effects a fundamental change in circumstances that negates the possibility of future persecution* » ; B. LOBO, *op. cit.*, p. 387, il s'agit des 6th Circuit, 7th Circuit 3d Circuit et 5th Circuit ; K. O'FALLON, *op. cit.*, pp. 397 à 418.

⁴⁰³ S. KOUNELIAS, *op. cit.*, p. 592 ; B. LOBO, *op. cit.*, p. 387, il s'agit du 2^d Circuit, du 4th Circuit, du 8th Circuit et du 10th Circuit ; K. O'FALLON, *op. cit.*, pp. 409 et 410 ; *Hassan v. Gonzales, Attorney General*, 484 F.3d 513, United States Court of Appeals for the Eighth Circuit, 7 mai 2007, p. 6, accessible sur www.refworld.org/ ; *Bah v. Mukasey, Diallo v. Department of Homeland Security, Diallo v. Department of Homeland Security*, 529 F.3d 99, 103, United States Court of Appeals for the Second Circuit, 11 juin 2008, accessible sur www.refworld.org/.

⁴⁰⁴ E. BEETY, *op. cit.*, p. 243.

⁴⁰⁵ *Ibidem*, p. 243.

⁴⁰⁶ S. KOUNELIAS, *op. cit.*, p. 591 ; *Qu v. Gonzales, Attorney General*, 399 F.3d 1195, United States Court of Appeals for the Ninth Circuit, 8 mars 2005, accessible sur www.refworld.org/ ; *Khadija Mohammed v. Alberto R. Gonzales, Attorney General* ; *Khadija Ahmed Mohamed v. Alberto R. Gonzales, Attorney General*, A79-257-632; 03-72265; 03-70803, United States Court of Appeals for the Ninth Circuit, 10 mars 2005, accessible sur www.refworld.org/ ; *In re Y-T-L-*, 23 I&N Dec. 601, United States Board of Immigration Appeals, 22 mai 2003, accessible sur www.refworld.org/.

Conclusion

Une tension permanente se fait ressentir au fil de ce travail : comment trouver l'équilibre entre une interprétation à portée limitée de l'appartenance à un certain groupe social, afin de ne pas élargir démesurément le champ d'application de la Convention de Genève et de ne pas occulter les autres causes de persécution, et une interprétation protégeant des nouvelles catégories de demandeurs particulièrement vulnérables⁴⁰⁷ ? En d'autres termes, « *une interprétation raisonnable de l'expression doit prendre en compte les victimes de persécution, sans pour autant étendre la portée de la Convention de 1951 jusqu'à imposer aux Etats des obligations auxquelles ils n'ont pas consenti* »⁴⁰⁸. En effet, il est difficile de dire si, par l'introduction du motif de persécution étudié dans le premier article de la Convention de Genève, les auteurs entendaient viser des « *groupes non traditionnels* »⁴⁰⁹, tels que les homosexuels et les femmes craignant des mutilations sexuelles⁴¹⁰. Selon nous, le respect des droits de l'homme, en particulier du principe de non discrimination, exige de prendre en compte ces demandeurs, mais l'interprétation évolutive ne peut provoquer une extension injustifiable du motif et le transformer en « *catch-all category* »⁴¹¹. Quel serait en effet le rôle des quatre autres motifs de persécution, si toutes les demandes pouvaient tout aussi bien être reliées, en ultime recours, au motif de l'appartenance à un certain groupe social ? Pour atteindre ce juste milieu requis, on peut se demander si une définition générale et abstraite est nécessaire et surtout raisonnablement envisageable. La bonne voie ne serait-elle pas une approche au cas par cas par les juridictions comme cela a déjà été proposé⁴¹² ? Nous croyons toutefois qu'une telle méthode, mise en œuvre sans principes d'interprétation uniformes, ne ferait que mener de nouveau à d'innombrables différences de traitement et à un sérieux manque de sécurité juridique.

Une définition précise, intelligible et permettant à la notion d'évoluer dans une certaine mesure est donc nécessaire. Néanmoins, dans cette recherche d'un principe limitatif, certaines méthodes se sont révélées trop restrictives, sans justification aucune. Etait-il

⁴⁰⁷ A. ALEINIKOFF, *op. cit.*, p. 337.

⁴⁰⁸ *Ibidem*, p. 306.

⁴⁰⁹ D. MCGHEE, « Persecution and Social Group Status... », *op. cit.*, p. 20.

⁴¹⁰ *Ibidem*, p. 22.

⁴¹¹ K. BOWER, *op. cit.*, p. 194 ; J. HATHAWAY et M. FOSTER, *The law of refugee status*, *op. cit.*, p. 427, « *The ambit of the protection is not finite or static, but should evolve in line with principles of non-discrimination law* » ; B. HENES, *op. cit.*, p. 381 ; L. LEBOEUF, « Droit européen de l'asile... », *op. cit.*, p. 4.

⁴¹² J. HATHAWAY et M. FOSTER, « Membership of... », *op. cit.*, p. 477 ; *A and Another v Minister for Immigration and Ethnic Affairs and Another*, [1997], Australia : High Court, 24 février 1997, p. 60, accessible sur www.refworld.org/, « *recognize persecuted groups of particularity when they see them* ».

nécessaire d'imposer, dans la directive qualification, le cumul des deux approches classiquement privilégiées ? Nous ne le pensons pas et nous privilégierions plutôt le test du HCR, dans lequel l'approche des caractéristiques protégées constitue le centre de gravité de l'analyse, comme explicité *supra*⁴¹³. L'approche *ejusdem generis* « *emploie un filtre conceptuel, en veillant à ce que les groupes reconnus soient unis par un trait réellement important* »⁴¹⁴. Selon nous, le critère de la perception sociale, interprété de façon sensible au genre, permettrait de toujours reconnaître les personnes homosexuelles et les femmes en tant que groupe social. Comme nous l'avons vu, la notion de perception sociale a toutefois été détournée par certaines juridictions, dont les juridictions françaises. Ce concept abstrait laisse en effet trop de liberté au juge. Par conséquent, nous estimons que la reconnaissance des deux groupes analysés ne devrait pas dépendre obligatoirement de la perception sociale. « *C'est le persécuteur qui impute le caractère social à un groupe en le persécutant.* »⁴¹⁵ En réalité, le fait que ce groupe soit persécuté ne le rend-il pas déjà distinct dans la société ? Nous le soutenons. En présence de caractéristiques immuables ou fondamentales pour la personne, telles que le sexe ou l'orientation sexuelle, la perception sociale ne devrait pas influencer la décision. Elle pourrait éventuellement intervenir comme bouée de sauvetage pour les groupes qui, plus rarement, ne sont pas reliés par une caractéristique commune et immuable.

Devrait-on, afin de répondre aux difficultés posées par l'interprétation et l'application du concept de groupe social, intégrer le genre en tant que sixième motif de persécution dans la Convention de Genève ? La proposition élaborée lors de la rédaction de la directive 2004/83/CE pour introduire le sexe dans les causes de persécution ne fut pas adoptée⁴¹⁶ ; il est donc très peu probable que les Etats s'accordent sur un amendement de la Convention de Genève, le processus de modification des traités étant, comme nous le savons, long et ardu. Nous nous rallions à l'avis de nombreux juges et organes selon lesquels une interprétation adaptée de la définition du réfugié et particulièrement du motif de persécution du groupe social suffit à protéger les personnes persécutées sur la base de leur genre⁴¹⁷. « *The text, object and purpose of the Refugee Convention require a gender-inclusive and gender-sensitive*

⁴¹³ J. HATHAWAY et M. FOSTER, *The law of refugee status*, op. cit., p. 429, selon les auteurs, « *UNHCR's alternative approach has now been widely misapplied as setting a cumulative test* ».

⁴¹⁴ A. ALENIKOFF, op. cit., p. 342.

⁴¹⁵ J.-Y. CARLIER, D. VANHEULE, K. HULLMANN e.a., op. cit., p. 762.

⁴¹⁶ S. JANSSENS, op. cit., p. 314.

⁴¹⁷ Haut Commissariat des Nations Unies pour les Réfugiés (HCR), *Principes directeurs sur la protection internationale : la persécution liée au genre...*, op. cit., §6 ; S. JANSSENS, op. cit., p. 315.

interpretation. As such, there would be no need to add an additional ground to the Convention definition. »⁴¹⁸

Il n'est pas possible de nier le texte légal et de faire abstraction du motif de persécution de l'appartenance à un certain groupe social. Toutefois, l'approche belge, se concentrant sur la crainte de persécution, nous paraît humaine et justifiée dans le cas des persécutions de genre. Par rapport à cette situation, un élément saute aux yeux : tandis qu'en Belgique, les demandes liées aux MGF sont directement rattachées à l'appartenance au groupe social des femmes, aux Etats-Unis les mêmes demandes échouent bien souvent en raison de la non reconnaissance d'un tel groupe social ou en raison de la délimitation d'un groupe particulièrement étroit. Plus de soixante ans plus tard, ce concept de groupe social crée donc une insécurité juridique toujours aussi vive dans certains pays et des discriminations entre les candidats à la protection, selon l'état américain ou selon le continent où ils choisiront de migrer. Au vu des distinctions existantes, relevées *supra*, entre les prescrits du C.C.E. et du R.v.V., on constate que la Belgique ne fait pas totalement exception à ce phénomène de *forum shopping*. Nous estimons donc qu'un travail législatif, tel que celui réalisé en ce qui concerne la stérilisation forcée⁴¹⁹ et similaire à celui effectué par la directive qualification, est nécessaire aux Etats-Unis, afin de consacrer le groupe social des femmes et d'imposer une prise en compte du genre plus poussée. En d'autres termes, le lien entre des MGF passées ou la crainte de subir des MGF et l'appartenance au groupe social des femmes devrait être établi dans la loi et appliqué automatiquement par les juridictions. Une différence d'interprétation du texte fondateur, par rapport à des personnes subissant les mêmes supplices, n'est pas justifiable selon nous.

Le drame des persécutions sur la base de l'orientation sexuelle est plus qu'actuel, à l'heure où un tiers des pays du monde pénalise toujours les relations entre personnes de même sexe⁴²⁰. Alors qu'il y a quelques années, l'orientation homosexuelle était comprise comme le résultat d'un choix et non comme une caractéristique essentielle à la personne⁴²¹, l'arrêt *X., Y. et Z.* de la Cour de Justice de l'Union européenne « *dessine ainsi les nouveaux contours de la figure du réfugié* »⁴²² et consacre le groupe social des homosexuels. Cet effort était nécessaire,

⁴¹⁸ San Remo Expert Round Table, cité dans *Secretary of State for the Home Department (Respondent) v. K (FC) (Appellant) ; Fornah (FC) (Appellant) v. Secretary of State for the Home Department (Respondent)*, [2006] UKHL 46, House of Lords (UK), 18 octobre 2006, p. 47, §84, accessible sur www.refworld.org/.

⁴¹⁹ S. KOUNELIAS, *op. cit.*, p. 605, commentant la disposition 8 U.S.C. §1101(a)(42)(B) (2000).

⁴²⁰ A. CARROLL et L. ITABORAHY, *op. cit.*, p. 8.

⁴²¹ B. HENES, *op. cit.*, p. 391.

⁴²² J. PETIN, *op. cit.*, p. 4.

mais nous nous demandons si ces contours ne se révèlent pas être des barrières aux flux migratoires⁴²³. Tout d'abord, qu'en est-il du critère de la perception sociale lorsque l'homosexualité n'est pas pénalisée dans le pays d'origine ? En France, nous avons évoqué que le cumul risque d'avoir des conséquences néfastes pour les requérants homosexuels dont le pays ne pénalise pas l'homosexualité. Selon nous, l'orientation sexuelle devrait toujours, comme c'est le cas dans la jurisprudence belge, permettre de constituer un groupe social. Si l'approche alternative n'est pas préférée dans une future modification de la directive qualification, une clarification de la part de la Cour serait nécessaire concernant les critères de la perception sociale. De plus, nous estimons que cet arrêt tolère la violation grave des droits de l'homme qu'est la pénalisation de l'homosexualité, en ne lui permettant pas d'atteindre le seuil de la persécution. Par application du test de proportionnalité prôné par Carlier⁴²⁴, la seule pénalisation de l'homosexualité ne serait-elle pas une mesure disproportionnée qualifiable de persécution ? Egalement, notre bref exercice de droit comparé nous a montré que l'homogénéité est loin d'être présente en la matière aux Etats-Unis. Par conséquent, nous appelons aussi à une uniformisation concernant la notion de persécution sur la base de l'orientation sexuelle.

La problématique des mutilations génitales féminines, recensant environ trois millions de victimes potentielles par an⁴²⁵, choque et émeut. « *Les violations des droits de l'homme ne sauraient être ignorées, rabaisées ou justifiées au nom de la culture, de la tradition ou de la religion.* »⁴²⁶ L'idée est désormais acquise, tant en Europe qu'aux Etats-Unis, que les violences touchant les femmes doivent recevoir les mêmes conséquences que toute autre violation des droits de l'homme. Les Etats ont le devoir de faire tout ce qui est en leur pouvoir pour prévenir et protéger les femmes craignant de subir ce supplice ou l'ayant subi⁴²⁷, ce qui passe avant tout par un droit des réfugiés suffisamment flexible pour tenir compte des persécutions fondées sur le genre et des obstacles juridiques spécifiques que rencontrent ces femmes. Est-on arrivé à un résultat satisfaisant ? En dehors de la non-reconnaissance constante, déjà relevée, du groupe social des femmes aux Etats-Unis (et dans certains arrêts européens), nous avons également constaté une jurisprudence en montagnes russes concernant les mères craignant que leur fille ne subisse des MGF. En Belgique, en France et aux Etats-Unis, la protection effective des fillettes implique que, selon nous, la crainte d'une mère de

⁴²³ C. LANTERO et M.-L. BASILIEN-GAINCHE, *op. cit.*, p. 2.

⁴²⁴ J.-Y. CARLIER, *Droit d'asile et des réfugiés...*, *op. cit.*, p. 220.

⁴²⁵ Organisation mondiale de la santé, *op. cit.*, p. 2.

⁴²⁶ R. HAINES, *op. cit.*, p. 379.

⁴²⁷ Organisation Internationale pour la migration (OIM), *op. cit.*, p. 3.

voir sa fille excisée devant ses yeux soit reconnue en tant que persécution psychologique et reliée à l'appartenance à un certain groupe social. Etre parents d'une jeune fille intacte peut être considéré comme tellement fondamental qu'ils ne devraient pas être forcés d'y renoncer et cela peut importe le lieu de naissance de l'enfant. Nous appelons également le C.C.E. à clarifier sa position de principe quant aux MGF passées. Si l'arrêt du 1^{er} décembre 2011 peut être interprété dans des sens divers, il n'énonce pas, selon nous, l'intégration de la théorie de la persécution continue dans le droit belge des réfugiés. Toutefois, il serait nécessaire d'explicitier clairement son rejet (sauf, à titre exceptionnel, en cas de persécution passée extrêmement atroce), si hélas telle est bien l'intention du Conseil, et le principe selon lequel tant la ré-excision que toutes les persécutions futures liées au genre doivent être envisagées dans le cadre de l'application de l'article 48/7 de la loi du 15 décembre 1980.

Sans doute le motif de l'appartenance à un certain groupe social a-t-il permis une meilleure prise en compte du genre dans le droit des réfugiés, de par son ouverture aux personnes homosexuelles et aux femmes mutilées sexuellement ou craignant de l'être. Néanmoins, l'influence de facteurs politiques nous semble encore trop présente dans le cadre de l'interprétation du motif de persécution étudié et des persécutions de genre. Comme le rappelle bien S. Bodart, la Convention de Genève « *sert à protéger et doit être interprétée comme telle. Ce n'est pas un instrument de gestion des flux migratoires* »⁴²⁸. A l'échelle tant européenne que mondiale, une unification et une modification de la jurisprudence est encore de mise, afin d'atteindre la pleine extension tant attendue du concept à ces deux nouvelles catégories de demandeurs vulnérables et leur protection effective. On ne saurait que trop répéter le besoin d'interprétation juste de la définition du réfugié. L'évolution d'un droit d'asile conforme aux droits de l'homme ne pourra se faire qu'en privilégiant, dans le cadre de la reconnaissance d'un certain groupe social, l'approche des caractéristiques protégées. Selon nous, le droit des réfugiés constitue un des premiers fronts dans la lutte contre les MGF et la persécution des homosexuels⁴²⁹. La prise en compte, dans la procédure de reconnaissance du statut de réfugié, de ces requérants victimes de persécutions de genre « *est révélatrice de la place qu'une société donnée est prête à réserver aux droits humains* »⁴³⁰.

⁴²⁸ S. BODART, « Les limites de la notion de réfugié : pratique des instances belges de l'asile – La Commission permanente de recours des réfugiés », *Rev. dr. étr.*, 2004, n° 131, p. 739.

⁴²⁹ Commission européenne, *Communication de la Commission au Parlement européen et au Conseil intitulée « Vers l'éradication des mutilations génitales féminines »*, Bruxelles, 25 novembre 2013, COM(2013) 833 final, p. 12, selon laquelle l'éradication de cette pratique passe par une « *meilleure protection internationale* ».

⁴³⁰ C. VERBROUCK, « Actualité de la protection internationale... », *op. cit.*, p. 194.

Bibliographie

I. Législation

A. Textes internationaux

- Déclaration universelle des droits de l'homme, adoptée à Paris le 10 décembre 1948, articles 2, 3 et 5.
- Convention relative au statut des réfugiés, adoptée à Genève le 28 juillet 1951, article 1.
- Pacte international relatif aux droits civils et politiques (PIDCP), signé à New-York le 16 décembre 1966, articles 3, 6 et 7.
- Pacte international relatif aux droits économiques, sociaux et culturels (PIDESC), signé à New-York le 16 décembre 1966, article 12.
- Protocole relatif au statut des réfugiés du 31 janvier 1967, adopté à New-York le 31 janvier 1967, article 1.
- Convention sur l'élimination de toutes les formes de discrimination à l'égard des femmes, adoptée à New-York le 18 décembre 1979, articles 1 et 5.
- Convention contre la torture et autres peines ou traitements cruels, inhumains ou dégradants, adoptée à New-York le 10 décembre 1984, article 3.
- Convention relative aux droits de l'enfant, adoptée à New-York le 20 novembre 1989, articles 19, 24, §3 et 32 à 36.

B. Textes régionaux

- Convention du Conseil de l'Europe sur la prévention et la lutte contre la violence à l'égard des femmes et la violence domestique, adoptée à Istanbul le 11 mai 2011, article 60, §2.
- Directive 2004/83/CE du Conseil du 29 avril 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 les personnes qui, pour d'autres raisons, ont besoin d'une protection internationale, et relatives au contenu des statuts, *J.O.U.E.*, L 304, 30 septembre 2004, pp. 12 à 23.
- Directive 2011/95/UE du Parlement européen et du Conseil du 13 décembre 2011, concernant les normes relatives aux conditions que doivent remplir les ressortissants des pays tiers ou les apatrides pour pouvoir bénéficier d'une protection internationale, à un statut uniforme pour les réfugiés ou les personnes pouvant bénéficier de la protection subsidiaire, et au contenu de cette protection (refonte), *J.O.U.E.*, L 337, 20 décembre 2011, pp. 9 à 26.

C. Textes nationaux

- Loi du 15 décembre 1980 sur l'accès au territoire, le séjour, l'établissement et l'éloignement des étrangers, *M.B.*, 31 décembre 1980.
- Code pénal, article 409.

D. Législation étrangère

1. Royaume-Uni

- International Protection Regulations 2006, article 6, d).

2. Etats-Unis

- Immigration & Nationality Act (INA), 8 U.S.C. §1101(a)(42)(A)

II. Doctrine

A. Ouvrages

- BODART, S., *La protection internationale des réfugiés en Belgique*, Bruxelles, Bruylant, 2008.
- CARLIER, J.-Y., *Les réfugiés*, Bruxelles, ADDE, 1995.
- CARLIER, J.-Y., VANHEULE, D., HULLMANN, K. e.a., *Qu'est ce qu'un réfugié?*, Bruxelles, Bruylant, 1998.
- CARLIER, J.-Y., *Droit d'asile et des réfugiés. De la protection aux droits*, Leiden, Martinus Nijhoff, 2008.
- CLAYTON, G., SAWYER, C., TONER, H. e.a., *Textbook on Immigration law and Asylum law*, Oxford, Oxford university press, 2012, 5ème édition.
- HATHAWAY, J., *The rights of the refugees under international law*, Cambridge, Cambridge University Press, 2005.
- HATHAWAY, J. et FOSTER, M., *The law of refugee status*, New-York, Cambridge University Press, 2014, 2^{ème} édition.
- HEINZE, E., *Sexual orientation: a human right*, Dordrecht, Martinus Nijhoff Publishers, 1995.
- SAROLEA, S., LEBOEUF, L. et NERAUDAU, E., *La réception du droit européen de l'asile en droit belge : le règlement Dublin et la directive qualification*, Louvain-la-Neuve, UCL, 2012.

B. Articles

- ALEINIKOFF, A., « Caractéristiques protégées et perceptions sociales : analyse de la signification de l'expression 'appartenance à un certain groupe social' », in *La protection des réfugiés en droit international* (sous la direction de E. Feller, V. Turk et F. Nicholson), Bruxelles, Larcier, 2008, pp. 305 à 355.
- BEETY, E., « Reframing Asylum Standards for mutilated women », *J. Gender Race & Just.*, 2007-2008, n° 11, pp. 239 à 270, accessible sur <http://heinonline.org>.
- BODART, S., « Les limites de la notion de réfugié : pratique des instances belges de l'asile – La Commission permanente de recours des réfugiés », *Rev. dr. étr.*, 2004, n° 131, pp. 739 à 745.
- BODART, S., « Qui est un réfugié ? », in *L'étranger face au droit* (sous la direction de J.-Y. Carlier), Bruxelles, Bruylant, 2010, pp. 395 à 421.
- BOULWARE-MILLER, K., « Eradication of female circumcision in Africa, a health and human rights problem », *SIM Newsletter*, 1983, n° 4, pp. 16 à 23, accessible sur <http://heinonline.org>.
- BOWER, K., « Recognizing violence against women as persecution on the basis of membership in a particular social group », *Geo. Immigr. L. J.*, 1993, vol. 7, pp. 173 à 206, accessible sur <http://heinonline.org>.
- BRICE-DELAJOUX, C., « Droit d'asile (Convention de Genève) : Quel statut pour les parents des jeunes filles reconnues réfugiées du fait d'un risqué d'excision? », *Lettres 'Actualités droits-libertés' du CREDOF*, 27 décembre 2013, pp. 1 à 8, accessible sur <http://revdh.org>.
- CARLIER, J.-Y., « Droit européen et des migrations », *J.D.E.*, 2014/3, n° 207, pp. 105 à 114.
- CARLINO, V., « Fairness considerations : the impact of sexual orientation on asylum, refugee status and persecution », *New Eng. J. Int'l & Comp. L.*, 2012, vol. 18, pp. 477 à 487, accessible sur <http://heinonline.org>.
- CHOLET, G., « Droit d'asile (Convention de Genève et directive 2004/83/CE) : Le Conseil d'Etat aux prises avec les mutilations génitales féminines », *Lettres 'Actualités droits-libertés' du CREDOF*, 18 février 2013, pp. 1 à 6, accessible sur <http://revdh.org>.
- CREAC'H, X., « Les évolutions dans l'interprétation du terme réfugié », *Revue Hommes et migrations*, juillet-août 2002 : Les frontières du droit d'asile, n° 1238, pp. à 74, accessible sur www.hommes-et-migrations.fr.
- DEFOSSEZ, A., « Arrêt X., Y. et Z. : les homosexuels persécutés dans leur pays d'origine peuvent-ils bénéficier du statut de réfugié? », *J.D.E.*, 2014/2, n° 206, pp. 54 à 55.

- DIDI, E., « Quelles sont les limitations imposées à la manière dont est apprécié le caractère crédible d'une orientation sexuelle prétendue? », *Rev. dr. étr.*, 2014, n° 180, pp. 691 à 698.
- ERRERA, R., « La directive européenne du 29 avril 2004 sur le statut de réfugié, la protection internationale et les garanties contenues dans la Convention européenne des droits de l'homme », *Rev. trim. dr. h.*, 2008, n° 74, pp. 347 à 381.
- FLAMAND, C., « L'unité familiale, un droit du réfugié », *Rev. dr. étr.*, 2014, n° 177, pp. 253 à 260.
- FRAISSINIER-AMIOT, V., « Les homosexuels étrangers et le droit d'asile en France : un octroi en demi-teinte », *R.F.D.A.*, 2011, vol. 1, pp. 291 à 300.
- FRASER, M., « The Court of Justice of the European Union delivers judgment in the joined cases of C-199/12, C-200/12 and C-201/12, X., Y. and Z. v. Minister voor Immigratie en Asiel », *European Database of Asylum Law*, Décembre 2013, pp. 1 à 7, accessible sur www.asylumlawdatabase.eu.
- FREEDMAN, J., « Legal and Protection Policy, Research Series : les femmes en quête d'asile et réfugiées en France », Haut commissariat des Nations Unies pour les réfugiés, Division des services de protection internationale, juin 2009, PLLAS/2009/01, accessible sur www.refworld.org/.
- GALLELLI, L., « Asylum in the United States based on sexual orientation », *J. Legal advoc. & Prac.*, 2001, vol. 3, pp. 40 à 48, accessible sur <http://heinonline.org>.
- GODFREY, P., « Defining the social group in asylum proceedings : the expansion of the social group to include a broader class of refugees », *J.L. & Pol'y*, 1994-1995, vol. 3, pp. 257 à 288, accessible sur <http://heinonline.org>.
- GOVAN, S., « Recognizing the need for reform : asylum law standards for victims of past female genital mutilation », *Temple Int'l & Comp. L.J.*, 2009, n° 23, pp. 379 à 408, accessible sur <http://heinonline.org>.
- GRIBOMONT, H., « Risque d'excision d'une mineure d'âge : bénéfice du doute et éléments objectifs », *Newsletter EDEM*, mars 2015, pp. 8 à 12, accessible sur www.uclouvain.be/.
- GUPTA, A., « Doctrinal mutilation : the board of immigration appeals' flawed analysis of the 'continuing persecution' doctrine in claims based on past female genital mutilation », *Geo. Immigr. L. J.*, 2009, n° 23, pp. 39 à 56, accessible sur <http://heinonline.org>.
- HAINES, R., « La persecution liée au genre », in *La protection des réfugiés en droit international* (sous la direction de E. Feller, V. Turk et F. Nicholson), Bruxelles, Larcier, 2008, pp.
- HATHAWAY, J., « The causal nexus in international refugee law », *Mich. J. Int'l L.*, 2001-2002, n° 23, pp. 207 à 209.

- HATHAWAY, J. et FOSTER, M., « Membership of a particular social group », *I.J.R.L.*, 2003, n° 15, pp. 477 à 491, accessible sur <http://heinonline.org>.
- HATHAWAY, J. et POBJOY, J., « Queer cases make bad law », *N.Y.U. J. Int'l L. & Pol.*, 2011-2012, vol. 44, pp. 315 à 389, accessible sur <http://heinonline.org>.
- HENES, B., « The origin and consequences of recognizing homosexuals as a particular social group for refugees purposes », *Temp. int'l & Comp. L.J.*, 1994, vol. 8, pp. 377 à 401, accessible sur <http://heinonline.org>.
- HENKINBRANT, M., « La détermination du statut de réfugié pour les demandeurs d'asile invoquant leur appartenance au groupe social 'femmes' », obs. sous C.E. 21 novembre 2001, *Rev. dr. étr.*, 2001, n° 116, pp. 722 à 726.
- JANSSENS, S., « Proposition de définition de la notion de 'groupe social' : entre état des lieux de la jurisprudence et perspectives d'évolution », *Rev. dr. étr.*, 2010, n° 159, pp. 309 à 323.
- JAYASINGHE, U., « Women as member of a particular social group, some flexible judicial developments », *Alternative L. J.*, 2006, n° 31, pp. 79 à 83, accessible sur <http://heinonline.org>.
- KOUNELIAS, S., « Asylum and female genital mutilation : 'membership in a particular social group' inadequately protecting persecuted women », *The Scholar*, 2008-2009, n° 11, pp. 577 à 617, accessible sur <http://heinonline.org>.
- KNEIF, A., « Gender bias in asylum law : recognizing persecution against women and girls », *Women Law J.*, 2006-2007, n° 92, pp. 19 à 24, accessible sur <http://heinonline.org>.
- LAMBERT, H., « The EU Asylum qualification directive, it's impact on the jurisprudence of the United Kingdom and International law », *The International and Comparative Law Quarterly*, 2006, vol. 55, n° 1, pp. 161 à 192, accessible sur www.jstor.org/.
- LANTERO, C. et BASILIEN-GAINCHE, M.-L., « Statut de réfugié et appartenance à un groupe social (Directive 2004/83/CE) : une victoire à la Pyrrhus pour les personnes homosexuelles », *Lettres 'Actualités Droits-Libertés' du CREDOF*, 13 novembre 2013, accessible sur <http://revdh.org/>.
- LEBOEUF, L., « L'évaluation concrète des demandes d'asiles fondées sur l'homosexualité », *Newsletter EDEM*, novembre 2013, pp. 3 à 7, accessible sur www.uclouvain.be/.
- LEBOEUF, L., « Droit européen de l'asile et homosexualité », *Rev. dr. étr.*, 2014, n° 176, pp. 3 à 12.
- LEBOEUF, L., « Les limites à respecter dans l'évaluation de l'orientation sexuelle d'un demandeur d'asile », *Newsletter EDEM*, janvier 2015, pp. 4 à 7, accessible sur www.uclouvain.be/.

- LYS, M., « L'incidence du statut de mère célibataire et d'enfant hors-mariage en Guinée sur la détermination du statut de réfugié et les séquelles permanentes de l'excision comme crainte autonome de persécution », *Newsletter EDEM*, octobre 2014, pp. 3 à 8, accessible sur www.uclouvain.be/.
- LOBO, B., « Women as a particular social group : a comparative assessment of gender asylum claims in the United States and United Kingdom », *Geo. Immigr. L. J.*, 2011-2012, n° 26, pp. 361 à 404, accessible sur <http://heinonline.org>.
- MAGARDIE, S., « Is the applicant really gay ? Legal responses to asylum claims based on persecution because of sexual orientation », *Agenda*, 2003, n° 55 : Women, the invisible refugees, pp. 81 à 87, accessible sur www.jstor.org/.
- McGHEE, D., « Persecution and Social Group Status : homosexual Refugees in the 1990s », *Journal of Refugee Studies*, 2001, n° 14, n° 1, pp. 20 à 42, accessible sur <http://heinonline.org>.
- McGHEE, D., « Queer strangers : lesbian and gay refugees », *Feminist review*, 2003, n° 73, pp. 145 à 147, accessible sur www.jstor.org/.
- O'CONNOR, C., « Sexual violence as 'persecution' within the 1951 Refugee Convention », *Irish Student Law Review*, 2001, n° 9, pp. 20 à 31, accessible sur <http://heinonline.org>.
- O'DWYER, P., « A well-founded fear of having my sexual orientation asylum claim hear in the wrong court », *N.Y. L. Sch. L. Rev.*, 2007-2008, n° 52, pp. 185 à 212, accessible sur <http://heinonline.org>.
- O'FALLON, K., « Matter of A-T- : opening the door for gender as a particular social group in asylum applications », *U. Md. L.J. Race Religion Gender & Class*, 2009, n° 9, pp. 397 à 418, accessible sur <http://heinonline.org>.
- PETIN, J., « La Cour de Justice et les persécutions fondées sur l'orientation sexuelle, un tournant de la protection internationale ? CJUE, 7 novembre 2013, X., Y. et Z., C-199/12, C-200/12 et C-201/12 », *G.D.R.*, 15 novembre 2013, pp. 1 à 5, accessible sur www.gdr-elsj.eu.
- QUERTON, C., « The interpretation of the Convention Ground of 'Membership of a particular social group' in the context of gender-related claims for asylum – A critical analysis of the Tribunal's approach in the UK », *Refugee Law Initiative*, Working paper n° 3, janvier 2012, accessible sur <http://heinonline.org>.
- SAROLEA, S., « La présomption fondée sur une persécution passée », *Newsletter EDEM*, novembre 2013, pp. 8 à 12, accessible sur www.uclouvain.be/.
- SATVINDER, J., « Sexual orientation and the Sexualisation of Refugee Law », *International Journal on minority and group rights*, 2015, n° 22, pp. 128 à 153.
- TURK, V. et NICHOLSON, F., « La protection des réfugiés en droit international : perspective globale », in *La protection des réfugiés en droit international* (sous la direction de E. Feller, V. Turk et F. Nicholson), Bruxelles, Larcier, 2008, pp. 42 à 45.

- ULLMAN, J., « Kadri v. Mukasey ; A legal blueprint for extending asylum to homosexual aliens who have not suffered physical persecution », *Law & Sexuality Rev.*, 2009, vol. 18, pp. 197 à 208, accessible sur <http://heinonline.org>.
- VERBROUCK, C. et JASPIS, P., « Mutilations génitales féminines : quelle protection ? », *Rev. dr. étr.*, 2009, n° 153, pp. 133 à 150.
- VERBROUCK, C., « Actualité de la protection internationale : Convention de Genève et protection subsidiaire (illustration par le genre) », in *Droit des étrangers* (sous la coordination de S. Bodart), Bruxelles, Bruylant, 2012, pp. 193 à 255.
- VIDAL, M., « Membership of a particular social group and the effect of Islam and Shah », *I.J.R.L.*, 1999, n° 11, pp. 528 à 536, accessible sur <http://heinonline.org>.

C. Etudes et rapports

- CARROLL, A. et ITABORAHY, L., *State-sponsored homophobia. A world Survey of laws : criminalisation, protection and recognition of same-sex love*, ILGA, mai 2015, 10ème édition, accessible sur www.ilga.org.
- Excision parlons-en, *Asile et excision : les défis de la protection. Compte-rendu des interventions du 8 avril 2014*, 21 mai 2014, accessible sur www.excisionparlonsen.org/.
- Haut Commissariat des Nations Unies pour les Réfugiés (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*, Genève, 1992, HCR/1P/4/FRE/REV.1, accessible sur www.unhcr.fr/.
- Haut Commissariat des Nations Unies pour les Réfugiés (HCR), *Commentaires annotés du HCR sur la directive 2004/83/CE du Conseil du 29 avril 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 les personnes qui, pour d'autres raisons, ont besoin d'une protection internationale, et relatives au contenu de ces statuts*, janvier 2005, J.O.U.E., L 304/12, 30 septembre 2004, accessible sur www.unhcr.fr/.
- Haut Commissariat des Nations Unies pour les Réfugiés (HCR), *Principes directeurs sur la protection internationale n° 1 : 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*, 8 juillet 2008, HCR/GIP/02/01 Rev.1, accessible sur www.unhcr.fr/.
- Haut Commissariat des Nations Unies pour les Réfugiés (HCR), *Principes directeurs sur la protection internationale n° 2 : 'L'appartenance à un certain groupe social' dans le cadre de l'article 1A(2) de la Convention de 1951 et/ou son Protocole de 1967 relatifs au Statut de réfugiés*, 8 juillet 2008, HCR/GIP/02/02 Rev.1, accessible sur www.unhcr.fr/.
- Haut Commissariat des Nations Unies pour les Réfugiés (HCR), *Note d'orientation du HCR sur les demandes de reconnaissance du statut de réfugié relatives à l'orientation*

sexuelle et à l'identité de genre, Section de la politique de protection et des conseils juridiques, Genève, 2008, accessible sur www.unhcr.fr/.

- Haut Commissariat des Nations Unies pour les Réfugiés (HCR), *Note d'orientation sur les demandes d'asile relatives aux mutilations génitales féminines*, Section de la politique de protection et des conseils juridiques, Genève, Mai 2009, accessible sur www.unhcr.fr/.
- Haut Commissariat des Nations Unies pour les Réfugiés (HCR), *UNHCR's Comments on the Practice of Phallometry in the Czech Republic to determine the credibility of asylum claims based on persecution due to sexual orientation*, Bureau for Europe/DIP, avril 2011, accessible sur www.unhcr.fr/.
- Haut Commissariat des Nations Unies pour les Réfugiés (HCR), *Principes directeurs sur la protection internationale n° 9 : demandes de statut de réfugié fondées sur l'orientation sexuelle et/ou l'identité de genre dans le contexte de l'article 1A(2) de la Convention de 1951 et/ou de son Protocole de 1967 relatifs au statut des réfugiés*, 23 octobre 2012, HCR/GIP/12/09, accessible sur www.unhcr.fr/.
- Haut Commissariat des Nations Unies pour les Réfugiés (HCR), *Too much pain : Female Genital mutilation & Asylum in the European Union – A statistical update*, mars 2014, accessible sur www.unhcr.fr/.
- INTACT, *Manuel pratique à l'usage des avocats : les mutilations génitales féminines dans le cadre d'une demande d'asile*, juin 2013, accessible sur www.strategiesconcertees-mgf.be/.
- INTACT, *La protection internationale et les mutilations génitales féminines (MGF) : les 11 recommandations d'INTACT*, 20 juin 2014, accessible sur www.strategiesconcertees-mgf.be/.
- JANSSEN, S. et SPIJKERBOER, T., *Fleeing homophobia : asylum claims related to sexual orientation and gender identity in Europe*, septembre 2011, Vrije Universiteit Amsterdam, accessible sur www.refworld.org/.
- MAHIEU, R., TIMMERMAN, C. et VANHEULE, D., *La dimension de genre dans la politique belge et européenne d'asile et de migration*, Bruxelles, Institut pour l'égalité des femmes et des hommes, 2010, accessible sur <http://igvm-iefh.belgium.be/>.
- Organisation Internationale pour la migration (OIM), *Promouvoir l'abandon des mutilations génitales féminines dans le contexte migratoire*, 12 novembre 2014, accessible sur www.iom.int/.

III. Jurisprudence

A. Cour de Justice de l'Union européenne

- C.J.U.E., 5 septembre 2012 (Y. et Z. c. Bundesrepublik Deutschland), C-71/11 et C-99/11.
- C.J.U.E., 7 novembre 2013 (X., Y. et Z. c. Minister voor Immigratie en Asiel), C-199/12 à C-201/12.
- C.J.U.E., 2 décembre 2014 (A., B. et C. c. Staatssecretaris van Veiligheid en Justitie), C-148/13, C-149/13, C-150/13.

B. Cour européenne des droits de l'homme

- Cour eur. D.H., arrêt *Dudgeon c. Royaume-Uni*, 22 octobre 1981, req. n° 7525/76.
- Cour eur. D.H., arrêt *F. c. Royaume-Uni*, 22 juin 2004, req. n° 17341/0.
- Cour eur. D.H., arrêt *Izevbekhai et autres c. Irlande*, 17 mai 2011, req. n° 43408.
- Cour eur. D.H., arrêt *M.E. c. Suède*, 26 juin 2014, req. n° 71398/12.

C. Juridictions belges

- C.P.R.R., 22 mars 2002, 01-0089/F1374, Djibouti.
- C.C.E., 25 juillet 2007, n° 963 1207, Guinée.
- C.C.E., 31 janvier 2008, n° 6815, Guinée.
- C.C.E., 26 septembre 2008, n° 16 503, Niger.
- R.v.V., 18 décembre 2008, n° 20 729, Mauritanie.
- C.C.E., 12 mars 2009, n° 24 425, Russie.
- C.C.E., 25 juin 2009, n° 29 108, Guinée.
- C.C.E., 21 décembre 2009, n° 36 383, Guinée.
- R.v.V., 21 janvier 2010, n° 37 314, Congo.
- R.v.V., 16 juin 2010, n° 44 916, Sénégal.
- C.C.E., 30 juin 2010, n° 45 742, Albanie.
- C.C.E., 22 septembre 2010, n° 48 414, Sénégal.
- R.v.V., 24 octobre 2010, n° 112 666, Guinée.

- C.C.E., 26 octobre 2010, n° 50 242, Sénégal.
- C.C.E., 10 novembre 2010, n° 51 015, Guinée.
- C.C.E., 7 mars 2011, n° 57 425, Mauritanie.
- C.C.E., 18 avril 2011, n° 59 491, Angola.
- C.C.E., 29 avril 2011, n° 60 622, Guinée.
- C.C.E., 19 mai 2011, n° 61 832, Somalie.
- C.C.E., 17 juin 2011, n° 63 265, Rwanda.
- C.C.E., 4 août 2011, n° 65 378, Macédoine.
- C.C.E., 11 août 2011, n° 61 299, Cameroun.
- C.C.E., 25 octobre 2011, n° 69 087, Guinée.
- C.C.E., 1^{er} décembre 2011, n° 71 365, Guinée.
- C.C.E., 24 février 2012, n° 75 730, Guinée.
- C.C.E., 9 mars 2012, n° 39 974, Ukraine.
- C.C.E., 17 octobre 2012, n° 89 927, Guinée.
- C.C.E., 25 octobre 2012, n° 90 452, Guinée.
- R.v.V., 20 novembre 2012, n° 91 796, Guinée.
- C.C.E., 13 décembre 2012, n° 93 493, Guinée.
- C.C.E., 13 février 2013, n° 96 951, Guinée.
- C.C.E., 15 février 2013, n° 97 264, Guinée.
- C.C.E., 25 février 2013, n° 97 793, Guinée.
- C.C.E., 15 mars 2013, n° 98 969, Guinée.
- C.C.E., 16 avril 2013, n° 100 966, Cameroun.
- C.C.E., 29 mai 2013, n° 103 722, Sénégal.
- C.C.E., 28 juin 2013, n° 106 042, Cameroun.
- R.v.V., 14 octobre 2013, n° 112 666, Guinée.
- C.C.E., 19 novembre 2013, n° 113 956, Mauritanie.

- C.C.E., 2 décembre 2013, n° 114 920, Sénégal.
- R.v.V., 16 janvier 2014, n° 117 008, Guinée.
- C.C.E., 17 avril 2014, n° 122 669, Guinée.
- R.v.V., 15 mai 2014, n° 123 957, Guinée.
- C.C.E., 28 mai 2014, n° 125 064, Guinée.
- C.C.E., 10 juin 2014, n° 125 357, Congo.
- C.C.E., 13 juin 2014, n° 125 591, Guinée.
- C.C.E., 13 juin 2014, n° 125 593, Guinée.
- C.C.E., 17 juin 2014, n° 125 702, Guinée.
- C.C.E., 18 juin 2014, n° 125 752, Guinée.
- C.C.E., 18 juillet 2014, n° 127 196, Guinée.
- C.C.E., 23 juillet 2014, n° 127 304, Niger.
- C.C.E., 22 août 2014, n° 128 221, Guinée.
- C.C.E., 10 novembre 2014, n° 134 863, Cameroun.
- C.C.E., 15 septembre 2014, n° 129 352, Mauritanie.
- C.C.E., 28 novembre 2014, n° 134 235, Djibouti.
- C.C.E., 3 décembre 2014, n° 134 537, Maroc.
- C.C.E., 3 décembre 2014, n° 134 534, Guinée.
- C.C.E., 9 décembre 2014, n° 134 833, Sénégal.
- C.C.E., 16 décembre 2014, n° 135 085, Guinée.
- C.C.E., 29 janvier 2015, n° 137 597, Guinée.
- C.C.E., 19 février 2015, n° 138 876, Guinée.
- C.C.E., 12 mars 2015, n° 140 782, Sénégal.
- C.C.E., 21 avril 2015, n° 143 740, Djibouti.
- C.C.E., 27 avril 2015, n° 144 204, Cameroun.
- C.C.E., 30 avril 2015, n° 144 603, Mauritanie.

- C.C.E., 12 mai 2015, n° 145 348, Sénégal.
- C.C.E., 22 mai 2015, n° 146 097, Cameroun.
- C.C.E., 29 mai 2015, n° 146 842, Guinée.

D. Juridictions françaises

- C.E., 27 mai 1983, n° 42074, Dankha.
- C.E., 21 décembre 2012, n° 332492, Mlle E. F.
- C.E., 21 décembre 2012, n° 332491, Mme F.
- C.E., 21 décembre 2012, n° 332607, OFPRA c/ Mme B. C.
- C.E., Avis C.N.D.A., 20 novembre 2013, n° 368676, M. F et Mme D. épouse F.
- C.R.R., 17 juillet 1991, n° 164078, Mlle Aminata Diop.
- C.R.R., 7 décembre 2001, n° 361050, Sissoko.
- C.R.R., 29 juillet 2005, n° 519803, Mlle T.
- C.N.D.A., 12 mars 2009, n° 639908, Mme. Irène Adama K.
- C.N.D.A., 12 mars 2009, n° 639907, Mme. Mariam D. épouse K.
- C.N.D.A., 24 mars 2015, n° 10012810, Mlle J.E. F.

E. Juridictions britanniques

- *Islam (A.P.) v. Secretary of State for Home Department and R v. Immigration Appeal Tribunal and Another, Ex Parte Shah (A.P.)*, House of Lords (UK), 25 mars 1999, accessible sur www.refworld.org/.
- *Secretary of State for the Home Department (Respondent) v. K (FC) (Appellant) ; Fornah (FC) (Appellant) v. Secretary of State for the Home Department (Respondent)*, House of Lords (UK), 18 octobre 2006, accessible sur www.refworld.org/.
- *HJ (Iran) and HT (Cameroon) v. Secretary of State for the Home Department*, Supreme Court (UK), 7 juillet 2010, accessible sur www.refworld.org/.
- *Secretary of State for the Home Department v. Sergei Vasilievich Savchenkov*, Court of Appeal (England and Wales), 30 juin 1995, accessible sur www.refworld.org/.
- *Secretary of State for the Home Department v. Skenderaj*, C/2001/1336, Court of Appeal (England and Wales), 26 avril 2002, accessible sur www.refworld.org/.

- *SB (PSG - Protection Regulations - Reg 6) Moldova v. Secretary of State for the Home Department*, CG [2008] UKAIT 00002, Asylum and Immigration Tribunal / Immigration Appellate Authority (UK), 26 novembre 2007, accessible sur www.refworld.org/.
- *VM (FGM - Risks - Mungiki - Kikuyu/Gikuyu) Kenya v. Secretary of State for the Home Department*, CG [2008] UKAIT 00049, Asylum and Immigration Tribunal / Immigration Appellate Authority (UK), 9 juin 2008, accessible sur www.refworld.org/.

F. Juridictions américaines

1. United States Court of Appeals

- *Sanchez-Trujillo, et al., v. Immigration and Naturalization Service*, 801 F.2d 1571, United States Court of Appeals for the Ninth Circuit, 15 octobre 1986, accessible sur www.refworld.org/.
- *Gomez v. Immigration and Naturalization Service*, 947 F.2d 660, United States Court of Appeals for the Second Circuit, 28 octobre 1991, accessible sur www.refworld.org/.
- *Fatin v. Immigration and Naturalization Service*, 12 F.3d 1233, United States Court of Appeals for the Third Circuit, 20 décembre 1993, accessible sur www.refworld.org/.
- *Alla Konstantinova Pitcherskaia v. Immigration and Naturalization Service*, 95-70887, United States Court of Appeals for the Ninth Circuit, 24 juin 1997, accessible sur www.refworld.org/.
- *Mya Lwin v. Immigration and Naturalization Service*, A-73-407-182, United States Court of Appeals for the Seventh Circuit, 15 mai 1998, accessible sur www.refworld.org/.
- *Geovanni Hernandez-Montiel v. Immigration and Naturalization Service*, 225 F.3d 1084, A72-994-275, United States Court of Appeals for the Ninth Circuit, 24 août 2000, accessible sur www.refworld.org/.
- *Balogun v. Ashcroft*, 374 F.3d 492, United States Court of Appeals for the Seventh Circuit, 1 juillet 2004, accessible sur www.refworld.org/.
- *Molathwa v. Ashcroft*, 390 F.3d 551, United States Court of Appeals for the Eighth Circuit, 2 décembre 2004, accessible sur www.refworld.org/.
- *Nasser Mustapha Karouni v. Alberto Gonzales, Attorney General*, No. 02-72651, United States Court of Appeals for the Ninth Circuit, 7 mars 2005, accessible sur www.refworld.org/.
- *Qu v. Gonzales, Attorney General*, 399 F.3d 1195, United States Court of Appeals for the Ninth Circuit, 8 mars 2005, accessible sur www.refworld.org/.
- *Mohammed v. Alberto R. Gonzales, Attorney General ; Khadija Ahmed Mohamed v. Alberto R. Gonzales, Attorney General*, A79-257-632; 03-72265; 03-70803, United

States Court of Appeals for the Ninth Circuit, 10 mars 2005, accessible sur www.refworld.org/.

- *Kimumwe v. Gonzales*, 431 F.3d 319, United States Court of Appeals for the Eighth Circuit, 13 décembre 2005, accessible sur www.refworld.org/.
- *Maldonado v. Attorney General of the United States*, No. 05-4449, United States Court of Appeals for the Third Circuit, 18 juillet 2006, accessible sur www.refworld.org/.
- *Hassan v. Gonzales, Attorney General*, 484 F.3d 513, United States Court of Appeals for the Eighth Circuit, 7 mai 2007, accessible sur www.refworld.org/.
- *Bah v. Mukasey, Diallo v. Department of Homeland Security, Diallo v. Department of Homeland Security*, 529 F.3d 99, 103, United States Court of Appeals for the Second Circuit, 11 juin 2008, accessible sur www.refworld.org/.
- *Kadri v. Mukasey, Attorney General*, Nos. 06-2599 & 07-1754, United States Court of Appeals for the First Circuit, 30 septembre 2008, accessible sur www.refworld.org/.
- *Gatimi et al. v. Holder, Attorney General*, No. 08-3197, United States Court of Appeals for the Seventh Circuit, 20 août 2009, accessible sur www.refworld.org/.
- *Valdiviezo-Galdamez v. Holder, Attorney General*, No. 08-4564, United States Court of Appeals for the Third Circuit, 8 novembre 2011, accessible sur www.refworld.org/.

2. Board of Immigration Appeals

- *Matter of Acosta*, A-24159781, United States Board of Immigration Appeals, 1 mars 1985, accessible sur www.refworld.org/.
- *Matter of Toboso-Alfonso*, 3222, United States Board of Immigration Appeals, 12 mars 1990, accessible sur www.refworld.org/.
- *In re Fauziya Kasinga*, 3278, United States Board of Immigration Appeals, 13 juin 1996, accessible sur www.refworld.org/.
- *In re Y-T-L-*, 3492, 23 I&N Dec. 601, United States Board of Immigration Appeals, 22 mai 2003, accessible sur www.refworld.org/.
- *In re C-A-*, 23 I&N Dec. 951, United States Board of Immigration Appeals, 15 juin 2006, accessible sur www.refworld.org/.
- *Matter of E-A-G-*, 24 I&N Dec. 591, United States Board of Immigration Appeals, 30 juillet 2008, accessible sur www.refworld.org/.
- *Matter of S-E-G-, et al.*, 24 I&N Dec. 579 (BIA 2008), United States Board of Immigration Appeals, 30 juillet 2008, accessible sur www.refworld.org/.

G. Autres juridictions étrangères

- *Canada (Procureur général) c. Ward*, [1993] 2 S.C.R. 689, Canada : Supreme Court, 30 juin 1993, accessible sur www.refworld.org/.
- *Chan v. Canada (Minister of Employment and Immigration)*, [1995] 3 S.C.R. 593, Canada : Supreme Court, 19 octobre 1995, accessible sur www.refworld.org/.
- *Refugee Appeal No. 1312/93, Re GJ*, New Zealand : Refugee Status Appeals Authority, 30 août 1995, accessible sur www.refworld.org/.
- *A and Another v Minister for Immigration and Ethnic Affairs and Another*, [1997], Australia : High Court, 24 février 1997, accessible sur www.refworld.org/.

IV. Textes de soft law

- Assemblée générale des Nations Unies, *Résolution adoptée par l'Assemblée Générale le 20 décembre 2012 sur l'intensification de l'action mondiale visant à éliminer les mutilations génitales féminines*, 20 décembre 2012, A/RES/67/146.
- Assemblée parlementaire du Conseil de l'Europe, *Recommandation 1371 sur les mauvais traitements infligés aux enfants*, 23 avril 1998.
- Assemblée parlementaire du Conseil de l'Europe, *Recommandation 1374 sur la situation des femmes réfugiées en Europe*, 1998.
- Assemblée parlementaire du Conseil de l'Europe, *Recommandation 1470 sur la situation des gays et des lesbiennes et leurs partenaires en matière d'asile et d'immigration dans les Etats membres du Conseil de l'Europe*, 2000.
- Commission européenne, *Communication de la Commission au Parlement européen et au Conseil intitulée « Vers l'éradication des mutilations génitales féminines »*, Bruxelles, 25 novembre 2013, COM(2013) 833 final.
- Commission européenne, *Déclaration conjointe sur la Journée Internationale contre les mutilations génitales féminines*, Bruxelles, 6 février 2015, STATEMENT/15/4180.
- Conseil de l'Europe, Comité des ministres, *Recommandation Rec(2004)9 sur la notion d'« appartenance à un certain groupe social » (ACGS) dans le contexte de la Convention de 1951 relative au statut des réfugiés*, juin 2004.
- Conseil de l'Europe, Comité des ministres, *Recommandation CM/Rec(2010)5 du Comité des ministres aux Etats Membres sur des mesures visant à combattre la discrimination fondée sur l'orientation sexuelle ou l'identité de genre*, 31 mars 2010.
- Parlement européen, *Résolution du Parlement européen du 14 juin 2012 sur l'élimination de la mutilation génitale féminine*, Strasbourg, 14 juin 2012, 2012/2684(RSP).

- Parlement européen, *Résolution du Parlement européen du 6 février 2014 sur la communication de la Commission intitulée « Vers l'éradication des mutilations génitales féminines »*, Strasbourg, 6 février 2014, 2014/2511(RSP).

V. Autres sources

- Amnesty International, *Russie : une loi sur la « propagande de l'homosexualité »*, Communiqué de presse, 29 janvier 2013, accessible sur www.amnesty.be.
- Amnesty International, *Ouganda : le Président Yoweri Museveni promulgue la loi contre l'homosexualité*, Communiqué de presse, 24 février 2014, accessible sur www.amnesty.be.
- Amnesty International, *Gambie : l'infraction « d'homosexualité aggravée » est passible de réclusion à perpétuité*, Communiqué de presse, 21 novembre 2014, accessible sur www.amnesty.be.
- Iran, *Toujours aucun homosexuel en Iran*, 5 mai 2010, accessible sur <http://iran.blog.lemonde.fr/2010/05/05/toujours-aucun-homosexuel-en-iran/>.
- MISCHKOWSKY, P., *Rafle d'homosexuels orchestrée par une journaliste*, 9 décembre 2014, accessible sur www.courrierinternational.com.
- Organisation mondiale de la santé, *Mutilation sexuelles féminines*, Aide mémoire n° 241, février 2014, accessible sur www.who.int/.

Table des matières

Introduction	1
Chapitre I. La notion de crainte fondée de persécution sur la base de son appartenance à un certain groupe social	5
Section I. La reconnaissance du statut de réfugié : cadre général	5
§1. La Convention de Genève.....	5
§2. La directive 2004/83/CE	5
§3. La présence hors du pays d'origine	6
§4. La crainte fondée	7
§5. La persécution	8
A. L'auteur de la persécution.....	8
B. Les actes de persécution	9
C. Les persécutions passées	10
§6. Les causes de la persécution.....	10
§7. L'absence de protection.....	10
Section 2. Les origines et tentatives de définition du groupe social	11
§1. La Convention de Genève.....	11
§2. Les jurisprudences nationales fondatrices.....	12
A. Etats-Unis	12
B. Canada.....	14
C. Australie	15
D. Royaume-Uni	15
§3. L'analyse des lignes directrices communes	16
A. L'approche des caractéristiques protégées	17
B. L'approche de la perception sociale.....	18
C. Les autres principes	19
§4. La directive 2004/83/CE, la position du HCR et leurs répercussions en droit national.	21
Chapitre II. L'orientation sexuelle et le groupe social	25
Section 1. Le genre.....	25
Section II. Les conditions établies en Europe	26
§1. La persécution	26
§2. L'appartenance à un groupe social particulier	32
§3. La crainte fondée de persécution	35
§4. La preuve et l'évaluation de la crédibilité de l'homosexualité.....	36
Section III. Aperçu des conditions établies aux Etats-Unis	39
§1. La persécution	39
§2. L'appartenance à un groupe social particulier	40
Chapitre III. Les mutilations génitales féminines et le groupe social.....	43
Section I. Un supplice lié au genre	43
Section II. Les conditions établies en Europe	45
§1. La crainte fondée de persécution	45
§2. L'appartenance à un groupe social particulier	49
§3. Les mutilations génitales féminines passées.....	53
§4. La preuve et l'évaluation de la crédibilité.....	55
Section III. Aperçu des conditions établies aux Etats-Unis	57
§1. La crainte fondée en raison de son appartenance à un groupe social particulier.....	57
§2. La problématique des mutilations génitales passées	59
Conclusion	61
Bibliographie	67

Place Montesquieu, 2 bte L2.07.01, 1348 Louvain-la-Neuve, Belgique www.uclouvain.be/drt