

Juger l'homosexualité, attribuer l'asile

Carolina KOBELINSKY

L'existence des demandes d'asile fondées sur l'orientation sexuelle, si elles sont peu nombreuses, pose des questions qui concernent toute demande d'asile : selon quels critères, quel degré de persécution distingue-t-on les « vrais » et les « faux » réfugiés ? Et que signifie cette politique de la preuve ?

« Franchement, il n'avait pas du tout l'air homo », commente un rapporteur de la Cour nationale du droit d'asile, debout devant la machine à café lors d'une pause entre deux audiences. Quelques minutes auparavant, il écoutait un jeune homme d'origine pakistanaise – dont il avait examiné le dossier au préalable – qui sollicitait le statut de réfugié au motif de sa persécution, en tant qu'homosexuel, dans son pays d'origine. Assisté d'un interprète et conseillé par une avocate, ce demandeur d'asile avait d'abord entendu le rapporteur proposer le rejet de sa requête avant de répondre aux questions des trois juges de la formation de jugement. Visiblement, il n'avait pas réussi à emporter leur intime conviction, ils le suspectaient – un des juges me le confirmera par la suite – de ne pas être un « vrai » homosexuel.

Depuis les années 1980 et le développement de politiques de plus en plus restrictives en matière d'immigration, la suspicion plane systématiquement sur les demandeurs d'asile qui détourneraient cette institution à des fins de « migration économique », loin des critères de la définition du réfugié tels que stipulés dans la Convention de Genève. Il y aurait ainsi des « vrais », légitimes à obtenir la protection de la France au titre de l'asile, et des « faux », qu'il s'agirait de débusquer. C'est autour de cette dichotomie que se nouent les pratiques quotidiennes de jugement au sein de la Cour nationale du droit d'asile, juridiction administrative chargée d'évaluer les recours formés contre les décisions de l'Office français de protection des réfugiés et apatrides (OFPRA), adressés par des demandeurs d'asile après un premier rejet de leur requête.

La particularité des demandes d'asile fondées sur l'orientation sexuelle tient à ce que le regard des juges porte moins sur la réalité des persécutions ou des craintes de persécutions que sur la véracité de l'homosexualité des requérants. Une fois celle-ci établie, les persécutions ne sont plus à prouver. C'est donc l'établissement de l'homosexualité¹ qui ouvre les portes de l'asile. Mais sur quels éléments est-il possible d'établir une orientation sexuelle ? Lorsque la sexualité est examinée, ce sont les dispositifs de jugement qui se trouvent questionnés. Ainsi, bien que marginaux en nombre, ces dossiers interrogent plus largement les modalités de l'administration de la preuve en matière d'asile.

¹ Ce texte s'appuie sur une ethnographie de la prise de décisions à la Cour nationale du droit d'asile conduite entre 2009 et 2011, complétée par l'étude d'un corpus jurisprudentiel en matière d'orientation sexuelle. La plupart des situations observées concernent des hommes homosexuels, ce qui me conduit à ne traiter que des requêtes présentées par ces derniers. Les analyses présentées ici pourraient cependant permettre de penser le traitement des demandes introduites par des lesbiennes et des transgenres. Des nouvelles enquêtes devraient toutefois être conduites pour affiner la réflexion et rendre compte d'éventuelles spécificités.

La Cour nationale du droit d'asile et le chemin des recours

La formation de jugement ordinaire de la Cour nationale du droit d'asile, anciennement appelée Commission des recours des réfugiés (CRR), est collégiale, composée de trois membres : (1) un président nommé : soit par le vice-président du Conseil d'État parmi les membres du Conseil d'État ou du corps des tribunaux administratifs et des cours administratives d'appel, en activité ou honoraires ; soit par le premier président de la Cour des comptes parmi les magistrats de la Cour des comptes et des chambres régionales des comptes, en activité ou honoraires ; soit par le garde des Sceaux, ministre de la Justice, parmi les magistrats du siège en activité et les magistrats honoraires de l'ordre judiciaire ; (2) une personnalité qualifiée de nationalité française, nommée par le haut-commissaire des Nations unies pour les réfugiés (HCR) sur avis conforme du vice-président du Conseil d'État ; (3) une personnalité qualifiée nommée par le vice-président du Conseil d'État sur proposition de l'un des ministres représentés au conseil d'administration de l'OFPRA. La grande formation, appelée « sections réunies » jusqu'en 2013, regroupe de manière extraordinaire neuf membres afin d'évaluer des affaires qui, en raison d'un besoin d'introduire une nouvelle ligne jurisprudentielle, lui sont renvoyées par le président de la Cour ou de formation collégiale.

Lorsque le recours est enregistré par le greffe et le dossier demandé à l'OFPRA, la Cour évalue tout d'abord sa recevabilité. Le président a la possibilité de rejeter certaines affaires par ordonnance, en raison d'une forclusion (*i.e.* lorsque le recours est hors délai). Depuis fin 2004, le président peut également rejeter des recours par « ordonnance nouvelle », c'est-à-dire après une première appréciation sur le bien-fondé de la demande (*i.e.* quand les demandes de réexamen ne présentent pas de faits nouveaux). Ce procédé permet d'écarter rapidement un certain nombre de dossiers. Après ce premier tri, l'affaire se voit attribuer un rapporteur – salarié de la Cour, contractuel ou fonctionnaire – qui est chargé d'étudier tous les documents du dossier (le récit du requérant, l'échange avec l'OFPRA, les attestations et certificats à l'appui de l'histoire, etc.) afin de rédiger un texte proposant le rejet du recours ou son annulation et, dans ce cas, l'octroi de la protection demandée. Le rapporteur réserve parfois son avis, parce qu'il n'a pas pu se faire une opinion du dossier ou parce qu'il préfère, au regard de la formation de jugement, ne pas l'émettre. Le requérant est ensuite convoqué à une audience publique pendant laquelle il bénéficie d'un interprète assermenté dans la langue de son choix et du conseil d'un avocat. Lors de l'audience, le rapporteur résume les faits invoqués par le requérant et la décision de l'OFPRA, présente les pièces jointes et propose une solution. La formation de jugement entend ensuite l'avocat et pose des questions au requérant. Les décisions sont prises en délibéré à huis clos après le déroulement de la séance et affichées trois semaines plus tard dans le hall d'entrée de la Cour : soit la décision de l'OFPRA est annulée et une protection est accordée ; soit la décision est confirmée et la personne, déboutée, est invitée à quitter le territoire dans les 30 jours. Elle peut demander la réouverture du dossier auprès de la préfecture. Cette démarche nécessite pour le requérant de produire de nouveaux éléments venant alléguer des craintes en cas de retour. L'OFPRA délivre un certificat de réexamen, la préfecture prolonge le titre de séjour et le dossier recommence le chemin depuis l'OFPRA. Si la réouverture n'aboutit pas, le rejet est définitif et la personne dispose de 30 jours pour quitter le territoire avant que la préfecture ne délivre une obligation de quitter le territoire français, obligation qui, au-delà de ce temps, vaut mesure d'éloignement contraignante et peut être exécutée d'office sans que l'administration ait à prendre une nouvelle décision. Les décisions de la Cour sont par ailleurs susceptibles d'un pourvoi en cassation devant le Conseil d'État qui, pour être recevable, doit être présenté par un avocat dans un délai de deux mois à compter de la notification de la décision. Il s'agit d'un recours non suspensif. Ainsi, pendant le délai d'examen, aucun titre de séjour n'est délivré au requérant, les décisions de renvoi pouvant être exécutées. En cas d'annulation, le recours est renvoyé à la CNDA pour un nouvel examen.

Les homosexuels comme « groupe social »

Au lendemain de la Seconde Guerre mondiale, les rédacteurs de la convention relative au statut des réfugiés ne mentionnent pas la sexualité parmi les motifs de persécution ou de

craintes de persécution justifiant la protection d'un État d'accueil. Cinq critères sont alors retenus pour définir le réfugié 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 à la suite de tels événements, ne peut, ou en raison de ladite crainte, ne veut y retourner »².

Les transformations profondes de la perception de la sexualité, d'abord aux États-Unis puis en Europe occidentale, survenues avec les mouvements homosexuels, le développement des théories féministes et les mobilisations de lutte contre le Sida font entrer les persécutions en raison de l'orientation sexuelle ou de l'identité de genre dans le registre des motifs de l'asile. En France, c'est en 1993 qu'est traitée pour la première fois en sections réunies de l'instance d'appel la requête d'un transsexuel³. Elle se soldera par un rejet au motif que le requérant « ne pouvait pas être regardé comme appartenant à un groupe social ». Le Conseil d'État est saisi d'un pourvoi en cassation contre cette décision et casse la décision de la CRR argumentant que les juges n'avaient pas évalué si « les éléments qui lui étaient soumis sur la situation des transsexuels en Algérie permettaient de regarder ces derniers comme constituant un groupe social dont les membres seraient, en raison de caractéristiques communes qui les définissent aux yeux des autorités et de la société algérienne, susceptibles d'être exposés à des persécutions »⁴. L'affaire retourne donc à la CRR qui finit par lui accorder l'asile en 1998⁵.

Un an plus tard, en mai 1999, une autre décision considère que la notion de « groupe social » peut s'appliquer aux homosexuels⁶. L'orientation sexuelle et l'identité de genre intègrent donc l'un des cinq critères formulés dans le texte de 1951 et c'est en tant qu'homosexuel, lesbienne ou transsexuel d'un pays déterminé que l'on appartient à un « groupe social »⁷. La décision de 1999 précise les deux conditions qui doivent être remplies afin de pouvoir prétendre à cette notion conventionnelle : la personne doit, d'une part, « revendiquer » son homosexualité et, d'autre part, « la manifester dans son comportement extérieur ». C'est en reprenant le modèle des réfugiés persécutés dans leurs pays en raison de leurs opinions politiques que se construit la jurisprudence.

La revendication de l'homosexualité devient l'élément central pour l'attribution de l'asile. Il faut ainsi que le requérant ait été publiquement connu et reconnu comme homosexuel dans son pays – qu'il ait fréquenté des lieux de sociabilité homosexuelle réputés, qu'il ait pris part à des mouvements de revendication, etc. Ainsi, la plupart des décisions de rejet que j'ai pu consulter s'appuient sur l'absence de cette manifestation publique. De façon symétrique, le statut est octroyé aux requérants ayant manifesté et revendiqué leur orientation sexuelle. Il existe également des décisions d'attribution du statut de réfugié qui ne suivent pas cette ligne jurisprudentielle. En 2000, une décision de la CRR accorde l'asile à un Iranien

² Convention relative au statut de réfugié, chapitre premier, article premier, A2. (<http://www.unhcr.fr/4b14f4a62.html>)

³ Sections réunies, Commission des recours des réfugiés, Koloskov, 17/12/93.

⁴ Conseil d'État, Ourbih, 23/06/97.

⁵ Sections réunies, Commission des recours des réfugiés, Ourbih, 15/05/98.

⁶ Sections réunies, Commission des recours des réfugiés, Djellal, 12/05/99.

⁷ Les trois décisions de la CRR que j'ai pu consulter concernant des demandes d'asile fondées sur la transsexualité évaluent les requêtes à la lumière de la constitution d'un groupe social au sens de la Convention de Genève. L'une d'entre elles traite la transsexualité comme une orientation sexuelle, rendant ainsi explicite une association que beaucoup d'agents de la Cour m'ont semblé opérer au cours de nos discussions.

n'ayant jamais revendiqué publiquement son homosexualité au motif que dans son pays le « simple soupçon » suffit à provoquer des persécutions. À l'image de ce qui prévaut pour l'opinion politique imputée, l'homosexualité peut être « découverte » ou « soupçonnée » par les autorités locales, engendrant les persécutions. Dans toutes les décisions de la Cour consultées qui attribuent le statut de réfugié malgré l'absence de manifestation extérieure, les requérants viennent de pays où l'homosexualité est punie par la loi.

L'observation des audiences et les conversations avec les différents acteurs de la Cour rendent compte par ailleurs d'une sorte de bienveillance à l'égard des requêtes portant sur des questions touchant à l'intimité du corps. Cet a priori positif – qui témoigne de la prégnance des valeurs occidentales centrées sur l'individu et la maîtrise de son corps – ne conduit pas pour autant à un octroi systématique du statut de réfugié. C'est entre suspicion et bienveillance que se joue aujourd'hui l'« asile gay ».

Les indices de l'homosexualité

Établir la validité de la demande d'asile consiste pour les juges de la Cour à la fois à scruter les pièces du dossier et à évaluer la sincérité du demandeur lors de son audience. Pour les cas fondés sur l'orientation sexuelle, cet examen passe alors par l'établissement de la véracité de la sexualité revendiquée. Les juges vont donc chercher à questionner le requérant sur ce qu'ils considèrent être les preuves de sa sexualité. Voici un extrait d'un échange au cours d'une audience entre une présidente de formation de jugement et un requérant kosovar qui demandait l'asile au motif qu'il avait été agressé dans son pays à plusieurs reprises en raison de son homosexualité :

Juge – Vous étiez fidèle [à son copain, qu'il voyait en cachette d'après son récit] ?

Le requérant écoute la traduction et répond. L'interprète – Oui.

Juge – Mais vous avez eu des relations dont vous n'avez pas parlé dans vos écritures ?

Le requérant écoute la traduction, répond et l'interprète – Il y a eu des flirts seulement.

(...) Juge – Votre ami américain [qui résidait à Pristina et qui l'a hébergé et soigné pendant dix jours, lorsqu'il a été agressé], c'était un flirt ou plus ?

L'interprète traduit, le requérant répond et elle dit – C'était un ami seulement

Juge – Mais il était homosexuel...

Le requérant – Oui [en français et puis il continue dans sa langue]. L'interprète – Il n'y avait rien entre nous.

Juge – Vous avez un ami en France ?

L'interprète, après avoir entendu la réponse du requérant – Oui.

Juge – Vous êtes venu parce que vous le connaissiez ?

Le requérant écoute la traduction et répond. L'interprète – Non, je l'ai rencontré ici.

[Avant de passer la parole à ses collègues, qui poseront chacun une question, et à l'avocat, la juge pose une dernière question]

Juge – Vous fréquentez des bars gays ici ? Pouvez-vous nous dire quelques noms ? (notes de terrain, audience à la Cour, 2010)

Afin de tester « les connaissances gays », selon l'expression d'un rapporteur, la juge interroge le requérant sur ses lieux de sortie et de rencontre en France. Ces questions révèlent la transposition de la définition juridique du « groupe social » vers ce qui serait une sociabilité homosexuelle, l'orientation sexuelle impliquant la fréquentation et l'appartenance à un groupe déterminé. La juge le questionne également sur ses relations et sa fidélité. D'autres juges interrogent les demandeurs sur les marques de lubrifiant utilisé. D'autres encore envisagent de poser des questions concrètes sur les activités sexuelles. Ces questions révèlent une définition en actes de ce que serait l'homosexualité pour ces juges. Ce sont les pratiques –

et encore plus les pratiques sexuelles – qui font l’orientation sexuelle. Pour ces juges il ne semble y avoir que des homosexuels pratiquants.

Dans le même temps, certains magistrats estiment qu’il est possible de « voir » l’homosexualité pendant l’audience au regard de l’allure et des attitudes du demandeur d’asile. D’autres juges prennent leur capacité à « reconnaître » les homosexuels avec plus de modestie : « Il est vrai que parfois on ne peut pas discerner leur comportement », me confie l’un d’entre eux. « Discerner », « avoir l’air », ces expressions laissent supposer qu’il y aurait des attributs apparents d’homosexualité. Le jeune Pakistanais qui n’avait « franchement pas du tout l’air homo » n’était sans doute pas assez efféminé. « Voir » le féminin chez l’homme – et probablement aussi le masculin chez la femme – constituent les indices de cette homosexualité perceptible. S’effectue ici un déplacement de la sexualité vers le genre.

Les études conduites dans plusieurs pays anglo-saxons⁸ ont retrouvé cette même façon d’aborder les demandes d’asile en matière d’orientation sexuelle. À partir de l’analyse des cas de requérants qui ne semblent, aux yeux des juges « absolument pas féminins », ces travaux ont montré que les décisions s’appuient sur des stéréotypes sexuels racialisés, socialement, temporellement et spatialement situés. Ainsi, les demandeurs qui ne se conforment pas à l’image de l’homosexuel blanc de classe urbaine aisée sont systématiquement considérés comme des « faux » homosexuels et, de ce pas, de « faux » réfugiés. Les requérants qui ont connaissance au préalable de ces stéréotypes à l’œuvre peuvent alors jouer des apparences et performer lors de l’audience les attendus de cette homosexualité occidentale.

L’impossibilité de la preuve

Les stéréotypes mentionnés ne sont pourtant pas partagés par tous les juges de la Cour, de même que les modalités et les objectifs précis des questions posées aux demandeurs varient. De nombreux juges posent beaucoup de questions détaillées, d’autres au contraire n’en posent aucune. Certains vont prendre en compte le niveau de français des requérants, d’autres ne s’y attarderont pas. Des magistrats souligneront l’existence de certificats médicaux, d’autres insisteront sur la « cohérence » de l’histoire exposée, etc. Ces différences peuvent en partie s’expliquer par les trajectoires professionnelles des membres de la formation de jugement : magistrats administratifs ou judiciaires, assesseurs avec une formation en droit, anciens fonctionnaires de l’éducation nationale, etc. Les émotions suscitées ainsi que les valeurs mobilisées divergent également selon le parcours personnel, l’identité sexuelle et de genre des juges. Les différences s’apprécient par ailleurs à travers l’hétérogénéité des décisions prises par la Cour, des cas similaires conduisant parfois à des décisions opposées⁹.

Malgré leurs différences, tous les juges avec qui j’ai pu discuter des demandes d’asile en matière d’orientation sexuelle m’ont fait part de leur malaise vis-à-vis de ces requêtes « très délicates », « problématiques », « difficiles », ou même considérées comme « un

⁸ Laurie Berg, Jenni Millbank, « Constructing the Personal Narratives of Lesbian, Gay and Bisexual Asylum Claimants », *Journal of Refugee Studies*, vol. 22, n° 2, 2009, p.195-223; Fadi Hanna, « Punishing Masculinity in Gay Asylum Claims », *Yale Law Journal*, vol. 114, n° 4, 2005, p. 913-920; Deborah Morgan, « Not Gay Enough for the Government: Racial and Sexual Stereotypes in Sexual Orientation Asylum Cases », *Law and Sexuality*, vol. 15, 2006, p. 135-161. Voir également Jane Herlihy, Kate Gleeson, Stuart Turner, « What Assumptions About Human Behavior Underlie Asylum Judgments? », *International Journal of Refugee Law*, vol. 22, n°3, 2010, p. 351-366.

⁹ Le manque d’uniformité de la jurisprudence était d’ailleurs mis en avant par l’institution comme l’un des motifs du recrutement de présidents permanents qui prendraient en charge la plus grande partie des recours à évaluer.

cauchemar ». Le malaise réside moins dans l'embarras à poser des questions touchant à l'intimité des personnes que dans l'impossibilité d'établir des preuves d'homosexualité certaines. Les juges estiment qu'ils ne peuvent se fier qu'à leurs impressions au moment de l'audience afin de déterminer la sexualité des requérants. Sexualité qui, acceptent-ils, ne peut être attestée par aucun document. Comme s'exclame un magistrat, « on ne peut pas leur demander de nous amener une vidéo de leurs ébats intimes ! »

Dans les procédures d'asile, comme l'écrivait Gérard Noiriel au début des années 1990, la production de l'officiel part du principe que l'individu est un *demandeur*, qu'il lui revient de prouver son identité et son bon droit, mais que ce sont les pouvoirs publics qui établissent la nature et le nombre de preuves à fournir¹⁰. Se met ainsi en place une politique de la preuve, la personne sollicitant l'asile devant procurer un récit autobiographique sur son vécu dans le pays d'origine, qui provoque la fuite, accompagné de toute sorte de documents permettant de confirmer l'histoire : carte d'adhésion à un parti politique, articles de journaux, photos, certificats médicaux, attestation de poursuites judiciaires, etc.

L'accumulation de preuves pour appuyer le récit est devenue fondamentale mais rarement suffisante car la plupart du temps les documents fournis ne sont pas concluants ou sont contestés. Et les demandes d'asile sont ainsi rejetées¹¹. Les requêtes en matière d'orientation sexuelle illustrent en creux l'impossibilité de la preuve qui réside *in fine* dans toutes les demandes d'asile. Elles illustrent également le glissement qui se produit dans l'épreuve de vérité, au moment de l'audience, de l'examen de la véracité des récits vers l'évaluation de la sincérité du requérant. C'est donc moins les faits que les personnes qui sont soumises au jugement, les requérants devant correspondre au stéréotype de l'homosexuel ou à l'archétype du réfugié¹². Se voir octroyer l'asile nécessite toujours de correspondre à cette construction idéale.

Publié dans laviedesidees.fr, le 17 décembre 2015

© laviedesidees.fr

¹⁰ Gérard Noiriel, *La tyrannie du national. Le droit d'asile en Europe 1793–1993*, Paris, Calmann-Lévy, 1991.

¹¹ Le taux de reconnaissance du statut de réfugié s'est inversé au cours des dernières décennies, passant d'entre 85 et 95 % d'accords par l'OFPRA dans les années 1970 à entre 7 et 17 % au cours des années 2000. Voir les chiffres publiés par l'OFPRA et la Cour dans leurs rapports d'activité. (<https://www.ofpra.gouv.fr/fr/l-ofpra/nos-publications/rapports-d-activite>; <http://www.cnda.fr/La-CNDA/Donnees-chiffrees-et-bilans>)

¹² Voir les travaux de Karen Akoka sur la fabrique du réfugié à l'OFPRA, parmi lesquels, Karen Akoka, « L'archétype rêvé du réfugié », *Plein droit*, vol. 90, 2011. (<http://www.gisti.org/spip.php?article2441>).