

## L'ASILE GAY : JURISPRUDENCE DE L'INTIME À LA COUR NATIONALE DU DROIT D'ASILE

Carolina Kobelinsky

Editions juridiques associées | « [Droit et société](#) »

2012/3 n° 82 | pages 583 à 601

ISSN 0769-3362

ISBN 9782275028620

Article disponible en ligne à l'adresse :

-----  
<https://www.cairn.info/revue-droit-et-societe1-2012-3-page-583.htm>  
-----

Distribution électronique Cairn.info pour Editions juridiques associées.

© Editions juridiques associées. Tous droits réservés pour tous pays.

La reproduction ou représentation de cet article, notamment par photocopie, n'est autorisée que dans les limites des conditions générales d'utilisation du site ou, le cas échéant, des conditions générales de la licence souscrite par votre établissement. Toute autre reproduction ou représentation, en tout ou partie, sous quelque forme et de quelque manière que ce soit, est interdite sauf accord préalable et écrit de l'éditeur, en dehors des cas prévus par la législation en vigueur en France. Il est précisé que son stockage dans une base de données est également interdit.

# L'asile gay : jurisprudence de l'intime à la Cour nationale du droit d'asile

Carolina Kobelinsky

---

European Studies, St Antony's College, University of Oxford, 62 Woodstock Road, Oxford OX2 6JF, Royaume-Uni.  
<carolina.kobelinsky@sant.ox.ac.uk>

## ■ Résumé

Lors de la rédaction de la convention relative aux réfugiés en 1951, peu d'États avaient envisagé l'orientation sexuelle comme motif d'exil. Ce n'est qu'au cours des années 1990 que les demandes fondées sur l'orientation sexuelle ont acquis une certaine visibilité. Dans cette contribution nous proposons d'examiner un corpus de soixante décisions de la Cour nationale du droit d'asile concernant ce type de requêtes. L'analyse permettra d'abord d'objectiver la place centrale qu'a acquise l'intime dans les demandes d'asile et d'interroger les nouveaux contours du statut de réfugié. La mise en relation de la jurisprudence avec l'ethnographie des pratiques de jugement à la Cour permettra ensuite de rendre compte d'un déplacement de la suspicion à l'égard des preuves de persécution vers la méfiance vis-à-vis de l'homosexualité des requérants.

*Cour nationale du droit d'asile – Intime – Jurisprudence – Orientation sexuelle – Preuves.*

## ■ Summary

### **Gay Asylum: Intimacy Case Law at the French Court of Asylum**

When drafting the Geneva Convention on Refugees in 1951, few states had considered sexual orientation as grounds for exile. Claims based on sexual orientation have gained some visibility since the 1990s. My aim in this paper is to examine a corpus of sixty decisions of the French Court of Asylum concerning this kind of query. The analysis will first objectify the important place of intimacy in asylum claims and question the new contours of refugee status. The articulation of this jurisprudence and the ethnography of adjudication practices at the Court will then account for a shift of the suspicion concerning the evidence of persecution towards distrust concerning the homosexuality of the claimants.

*Case law – Evidence – French Court of Asylum – Intimacy – Jurisprudence – Sexual orientation.*

Au lendemain de la Seconde Guerre mondiale, des millions de déplacés errent en Europe. Pour réguler leur protection, les États signent à Genève, sous l'égide des Nations unies, une convention internationale leur permettant d'affirmer le respect des droits de l'homme tout en garantissant la maîtrise du mouvement de ces populations. Ils définissent 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<sup>1</sup>.

Lors de la rédaction de la convention, peu d'États – si ce n'est aucun – avaient envisagé l'orientation sexuelle comme motif d'exil suite à des persécutions ou des craintes de persécution. Les persécutions en raison de l'homosexualité des personnes n'ont été considérées au regard de la convention de Genève qu'après les transformations profondes dans la perception de l'homosexualité – et plus largement de la sexualité – aux États-Unis et en Europe occidentale, survenues avec les mouvements homosexuels, le développement des théories féministes et les mobilisations de lutte contre le sida. Ainsi, ce n'est qu'au cours des années 1990 que les demandes d'asile fondées sur l'orientation sexuelle ont considérablement augmenté aux États-Unis et en Europe occidentale<sup>2</sup>.

Considérée comme une déviance, l'homosexualité est illégale dans de nombreux pays, certains faisant partie de la liste des pays d'origine sûrs, élaborée par l'Office français de protection des réfugiés et apatrides<sup>3</sup>. C'est le cas de la Bosnie-Herzégovine, du Cap Vert, du Ghana, de l'Île Maurice, de l'Inde, du Mali, de la Mongolie, du Sénégal et de la Tanzanie.

Depuis une quinzaine ou une vingtaine d'années, selon le pays, plusieurs demandes invoquant des (craintes de) persécution en raison de l'orientation sexuelle ont abouti à l'octroi du statut de réfugié. Les requérants<sup>4</sup> d'asile ont alors été reconnus comme appartenant – en tant qu'homosexuels ou transsexuels (hommes

1. Convention relative au statut de réfugié, chapitre premier, article premier, A2

2. Les États-Unis accordent l'asile pour la première fois à un requérant cubain au motif qu'il appartient au groupe social des homosexuels en 1990. Greg MULLINS, « Seeking Asylum: Literary Reflections on Sexuality, Ethnicity, and Human Rights », *MELUS*, 28 (1), 2003, p. 145-171 ; Jin S. PARK, « Pink Asylum: Political Asylum Eligibility of Gay Men and Lesbians under US Immigration Policy », *UCLA Law Review* 1115, 42 (4), 1995, p. 1115-1156.

3. La notion de pays d'origine sûrs a été introduite en droit français par la loi du 10 décembre 2003. Un pays est considéré comme sûr « s'il veille au respect des principes de liberté, de la démocratie et de l'état de droit, ainsi que des droits de l'homme et des libertés fondamentales ». Les requérants originaires d'un « pays sûr » ne peuvent pas bénéficier d'une admission au séjour au titre de l'asile, comme les autres requérants, leur demande est évaluée en procédure prioritaire et le recours éventuel devant la CNDA n'a pas de caractère suspensif. Cette notion a clairement pour objectif de systématiser la pratique de procédures accélérées.

4. Pour des raisons de facilité de lecture, dans l'article, pour toute référence aux acteurs concernés, il est fait usage du masculin, bien qu'il puisse s'agir indifféremment de personnes féminines ou masculines.

ou femmes) d'un pays déterminé – à un « groupe social » et se retrouvent ainsi dans l'un des cinq motifs stipulés dans le texte de 1951.

Le critère d'appartenance à un groupe social n'était pas inscrit dans les premières versions de la convention de Genève. Il fait cependant son apparition lors des travaux préparatoires de la conférence lorsque la délégation suédoise propose un amendement de l'article 1 où elle suggère l'insertion de la phrase « *membership of a particular social group* » après les mots « race, religion et nationalité ». Les raisons qui sous-tendent cette proposition demeurent une énigme car d'après les archives des travaux préparatoires<sup>5</sup> de la conférence, il n'y a pas eu d'explication approfondie de la part du représentant suédois ni de débat lors de l'adoption de l'amendement, le 16 juillet 1951. Selon Patricia Tuitt<sup>6</sup>, la notion de groupe social était une façon d'inclure des formes ou des circonstances de persécution non traditionnelles. Dans le même esprit, pour Arthur Helton<sup>7</sup>, il s'agissait d'une catégorie « fourre-tout », permettant de couvrir tous les types de persécution imaginables. Selon Denis Alland et Catherine Teitgen-Colly<sup>8</sup>, cette notion permettait concrètement d'intégrer des groupes persécutés par le régime nazi tels que les handicapés, certaines catégories socioprofessionnelles et les homosexuels. Ces auteurs estiment que la protection des personnes persécutées en raison de leur orientation sexuelle aurait ainsi été prévue dès la rédaction de la définition. James Hathaway<sup>9</sup> propose, au contraire, une lecture moins enchantée lorsqu'il indique que la Convention était pensée seulement en rapport aux formes de persécution connues.

Dans les faits, le statut de réfugié n'a été octroyé en invoquant l'orientation sexuelle que bien plus tard. En Europe, c'est le cas particulièrement depuis la directive du Conseil de l'Union européenne de 2004, qui stipule clairement qu'un groupe social spécifique au sens de la Convention de Genève peut être un groupe « dont les membres ont pour caractéristique commune une orientation sexuelle ». Cette notion d'appartenance à un groupe social est également mobilisée en France pour octroyer une protection à des femmes s'opposant au mariage forcé ou refusant les mutilations génitales et qui appartiennent à un groupe social de femmes dont le mode de vie s'écarte de la norme en vigueur dans leur pays. Bien que différentes, toutes ces affaires portent sur la sphère privée ou intime des requérants.

5. UNITED NATIONS HIGH COMMISSIONER FOR REFUGEES (UNHCR), *Travaux préparatoires. Conférence of Plenipotentiaries on the Status of Refugees and Stateless Persons: Summary Record*, 1951 <www.unhcr.org>.

6. Patricia TUITT, *False Images. Law's Construction of the Refugee*, Londres : Pluto Press, 1996, p. 38.

7. Arthur C. HELTON, « Persecution on Account of Membership in a Social Group as a Basis for Refugee Status », *Columbia Human Rights Law Review*, 15, 1983, p. 39-67 (p. 45).

8. Denis ALLAND et Catherine TEITGEN-COLLY, *Traité du droit de l'asile*, Paris : PUF, 2002, p. 418.

9. James C. HATHAWAY, *The Law of Refugee Status*, Toronto, Vancouver : Butterworths, 1991.

### Méthodologie

Le présent article propose un examen de la jurisprudence, en matière d'orientation sexuelle, de la Cour nationale du droit d'asile (CNDA), juridiction administrative chargée de statuer sur 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 l'administration. L'analyse s'appuie sur l'étude de soixante décisions au cours des dix dernières années<sup>10</sup>. La plupart concernent des hommes homosexuels, très peu d'affaires portent sur des transgenres et des lesbiennes. Nous allons donc centrer notre regard sur les affaires concernant des hommes homosexuels<sup>11</sup>. La sélection s'est faite, dans un premier temps, à partir des recueils de jurisprudence élaborés par le Centre d'information juridique de la Cour. Or, les recueils n'offrent qu'une vision partielle des décisions sur chaque thème. Il s'agit logiquement des décisions les plus reprises, mais d'autres décisions passées inaperçues peuvent également nourrir la réflexion. Ainsi, dans un deuxième temps, des dossiers ont été choisis en suivant les suggestions des rapporteurs, fonctionnaires chargés d'instruire les dossiers et de proposer une décision à la formation de jugement. Cette méthode de collecte de données ne comble pas toutes les lacunes existantes mais permet de porter le regard sur des décisions dont on connaît moins la portée en termes de jurisprudence mais qui rendent tout aussi bien compte des pratiques de la Cour. L'examen de ces décisions n'est donc absolument pas représentatif de la totalité de dossiers traités dans les dernières années portant sur la question de l'orientation sexuelle. Il n'existe d'ailleurs pas de statistiques concernant les décisions prises par la CNDA selon le motif de la demande. Il serait donc inutile de les analyser à partir des chiffres (taux d'accord, de refus, etc.).

L'article propose de mettre à plat les critères – pas toujours consensuels – qui légitiment actuellement la reconnaissance du statut de réfugié et de la protection subsidiaire à des requérants invoquant des craintes de persécution en raison de leur homosexualité. Après une description sommaire du fonctionnement de la Cour nationale du droit d'asile, nous étudions comment est mobilisé le critère de la manifestation publique de l'orientation sexuelle et la valorisation de la figure d'un homosexuel « militant » et « démonstratif ». Dans un deuxième temps, nous abordons la façon dont les acteurs de la Cour interprètent la présence ou l'absence de persécutions effectives et les agents de persécution. Enfin, nous essayons de mettre en relation ce que disent les archives avec ce que nous avons pu observer au cours de treize mois d'enquête ethnographique. Il s'agira là d'examiner les stéréotypes sur lesquels se fonde l'accréditation de l'homosexualité des requérants. L'analyse per-

10. Nous avons pu consulter 43 dossiers. Nous avons ainsi eu accès aux récits des requérants, aux recours, aux pièces versées en plus du rapport et des décisions de l'OFPRA et de la CNDA. Bien que dans une étude de la jurisprudence il soit d'usage de citer les décisions analysées, nous avons choisi dans ce texte de ne pas mentionner les références de certaines décisions. Si ces dernières sont publiques, les conversations que nous avons pu avoir avec des rapporteurs et des juges ne le sont pas. C'est donc dans un souci de préserver la confidentialité des propos recueillis que nous omettons volontairement certaines références.

11. Ce n'est pas anodin si les lesbiennes sont fort peu visibles dans notre corpus, car elles semblent également l'être de façon plus générale à la Cour. Voir, parmi d'autres : Jules FALQUET, « Lesbiennes migrantes, entre hétéro-circulation et recompositions néolibérales du nationalisme », *Recueil Alexandries*, coll. « Esquisses », mars 2011, <<http://www.reseau-terra.eu/article1092.html>>; Françoise STICHELBAUT, « L'application de la Convention de l'ONU sur les réfugiés aux demandeuses d'asile lesbiennes : de quel genre parlons-nous ? », *Nouvelles questions féministes*, 28 (2), 2009, p. 66-79.

mettra d'objectiver la place centrale qu'a acquise l'intimité<sup>12</sup> dans les demandes d'asile et la façon dont celle-ci est à l'origine d'un déplacement de la suspicion à l'égard des preuves de persécution vers la méfiance vis-à-vis de l'homosexualité des requérants.

La suspicion est sans doute le trait dominant des représentations et des pratiques contemporaines en matière d'asile<sup>13</sup>. En France, dans les procédures actuelles d'évaluation des requêtes, l'atmosphère de soupçon qui entoure l'asile s'exprime publiquement dans les discours politiques autour des réfugiés et se traduit arithmétiquement par le taux très faible et toujours décroissant de reconnaissances du statut. La proportion de déboutés en première instance est passée d'un sur vingt à la fin des années 1970 à plus de neuf sur dix au début des années 2000. Depuis une trentaine d'années, une perception s'est imposée selon laquelle la grande majorité des demandes correspondent à des déplacements pour des raisons économiques plutôt que politiques<sup>14</sup>. L'argument avancé ici soutient que, si dans la plupart des cas les demandeurs d'asile doivent prouver qu'ils ont subi des persécutions, dans les affaires concernant leur orientation sexuelle, c'est l'homosexualité que les requérants doivent prouver.

## I. Du dépôt du recours à la décision finale

La CNDA, anciennement appelée Commission des recours des réfugiés, examine les requêtes qui lui sont adressées par les demandeurs d'asile et formule un avis quant au maintien ou non des rejets prononcés par l'OFPRA<sup>15</sup>. Actuellement sous la tutelle du Conseil d'État, la Cour fut longtemps sous l'administration de l'Office et sous la dépendance directe de son justiciable, ce qui suscita un certain nombre de conflits à la fois juridiques et pratiques. La formation de jugement ordinaire de la CNDA est la section, chaque section étant 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 fran-

12. Intimité entendue, suivant l'usage qu'en font mes interlocuteurs, comme étant liée à la sexualité, mais pas à d'autres questions qui pourraient également s'associer à l'intime comme les humiliations de tortionnaires ou la vie quotidienne dans des espaces de réclusion forcée.

13. Carole BOHMER et Amy SHUMAN, *Rejecting Refugees. Political Asylum in the 21st Century*, New-York : Routledge, 2008. Valentine DANIEL et John KNUDSEN, *Mistrusting Refugees*, Berkeley : University of California Press, 1995. Jérôme VALLUY, *Rejet des exilés. Le grand retournement du droit d'asile*, Bellecombe-en-Bauges : Éditions du Croquant, 2009.

14. Carolina KOBELINSKY, « "Sont-ils de vrais réfugiés ?" Les tensions morales dans la gestion quotidienne de l'asile » in Didier FASSIN et Jean-Sébastien EIDELIMAN (dir.), *Économies morales contemporaines*, Paris : La Découverte, 2012, p. 155-174.

15. Pour une analyse critique de la Cour, voir le chapitre 1 de l'ouvrage de Jérôme VALLUY, *Rejet des exilés*, *op. cit.*

çaise, 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. Les sections réunies, regroupant de manière extraordinaire trois formations de jugement, évaluent les affaires qui, en raison d'un besoin d'introduire une nouvelle ligne jurisprudentielle, lui sont renvoyées par le président de la Cour ou une section. Il s'agit là d'un véritable enjeu dans la mesure où les décisions rendues ont vocation à être suivies par les formations de jugement et viennent cristalliser la position de la juridiction non seulement sur des points juridiques mais aussi, plus généralement, sur des questions politiques, que ce soit par rapport à la situation dans certains pays ou sur la gestion d'un lot de requêtes avec les mêmes caractéristiques. L'effectif des juges est composé de 10 présidents permanents – magistrats issus des juridictions administratives et judiciaires – dédiés à ces fonctions depuis 2009, auxquels viennent s'ajouter 70 présidents vacataires et 65 assesseurs des formations de jugement.

Lorsque le recours est enregistré par le greffe et le dossier demandé à l'Office, la Cour évalue en premier lieu sa recevabilité. Le président de la CNDA 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'écartier rapidement un certain nombre de dossiers. Après ce premier tri, l'affaire se voit attribuer un rapporteur chargé d'instruire le dossier. Il s'agit concrètement d'un salarié de la Cour (contractuel ou fonctionnaire) chargé d'étudier les documents fournis par le requérant (et son conseil) ainsi que les documents produits par l'Office lors de l'examen de la demande. Le rapporteur doit ensuite rédiger un texte proposant, en conclusion, le rejet du recours ou son annulation et, dans ce cas, l'octroi de la protection demandée. Il 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 peut bénéficier d'un interprète assermenté dans la langue de son choix et du conseil d'un avocat. Inutile de souligner que les requérants ignorent en général la complexité de l'administration et du droit français ainsi que la jurisprudence sur la Convention de Genève. Depuis le 1<sup>er</sup> décembre 2008, tous les requérants peuvent bénéficier d'un avocat commis d'office rémunéré à travers le système de l'aide juridictionnelle si leurs ressources sont insuffisantes. Auparavant, seules les personnes entrées régulièrement sur le territoire français pouvaient accéder à cette aide juridictionnelle. Lors de l'audience, après l'appel de l'affaire par le secrétaire, 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

CNDA annule la décision de l'OFPRA et délivre le statut ; soit elle confirme l'évaluation négative et la personne, déboutée, est invitée à quitter le territoire dans les 30 jours. En cas de rejet, le débouté peut demander la réouverture du dossier<sup>16</sup> 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 et la préfecture doit prolonger le titre de séjour. Le dossier suit alors son cours vers l'Office et éventuellement vers la Cour, qui entend le requérant une nouvelle fois en audience publique. 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, 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 au Conseil d'État et à la Cour de cassation. Il doit être exercé 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 la requérant, les décisions de renvoi pouvant être exécutées. En cas d'annulation, le recours est renvoyé à la CNDA pour un nouvel examen.

## II. De l'orientation sexuelle à l'engagement politique

L'« orientation sexuelle » est tout d'abord apparue, dans les décisions, associée à sa manifestation publique. Comme nous essaierons de le montrer dans cette section, la sexualité était – et elle l'est toujours – plus appréhendée dans les décisions de la Cour à partir d'une forme d'engagement ou de revendication politique que dans sa dimension personnelle et intime.

L'affaire Koloskov, évaluée en sections réunies de la Commission des recours des réfugiés de décembre 1993, a été la première à introduire l'orientation sexuelle dans le champ de la convention de Genève en France. Dans cette décision de rejet, la Cour ne se prononce pas sur le critère de groupe social<sup>17</sup> mais inscrit que ces craintes pouvaient être incluses dans la Convention<sup>18</sup>. Ce n'est que six ans plus tard, en mai 1999, qu'une autre décision des sections réunies, considère, probablement sous l'influence des jurisprudences anglo-saxonnes<sup>19</sup>, que la notion de groupe social peut s'appliquer à des homosexuels. Conformément à cette jurisprudence<sup>20</sup>, deux conditions doivent être remplies afin de pouvoir prétendre à la notion conventionnelle de groupe social : l'intéressé doit, d'une part, revendiquer son

16. Selon le rapport d'activité 2010 de l'OFPRA, 4688 personnes ont sollicité la réouverture de leur dossier. Les réexamens constituant 9 % de la demande globale ; rapport consultable sur le site de l'OFPRA : <[http://www.ofpra.gouv.fr/index.html?xml\\_id=269&dtid\\_id=10](http://www.ofpra.gouv.fr/index.html?xml_id=269&dtid_id=10)>].

17. Elle ne se prononcera pas non plus sur le motif retenu pour décider du rejet.

18. SR, CRR, Koloskov, 17/12/93, 229428.

19. Voir, entre autres, le texte de Derek MCGHEE, « Persecution and Social Group Status: Homosexual Refugees in the 1990s », *Journal of Refugee Studies*, 14 (1), 2001, p. 20-42.

20. SR, CRR, Djellal, 12/05/99, 328310.

homosexualité et, d'autre part, « la manifester dans son comportement extérieur ». On retrouve dans cette définition du groupe social le lien avec un autre critère conventionnel, à savoir, les opinions politiques. Dans des contextes où les agents se trouvent dans un registre d'implicite hétérosexuel, expliciter son homosexualité – la manifester publiquement – devient quelque part un acte politique. On voit ici comment les questions de l'orientation sexuelle sont traitées à partir du modèle de l'asile pour des raisons politiques.

La plupart des décisions de rejet consultées sont motivées par l'absence de manifestation publique de l'homosexualité dans le pays d'origine. Un Marocain a vu sa requête refusée parce qu'« il n'a pas allégué avoir cherché à manifester ostensiblement son homosexualité dans son comportement extérieur ou avoir été exposé à l'exercice effectif de poursuites judiciaires »<sup>21</sup>. Suivant la même logique, la plupart des statuts ont été octroyés à des requérants ayant manifesté et revendiqué leur orientation sexuelle. Il s'agit la plupart du temps des ressortissants des pays où l'homosexualité est illégale. La demande d'asile d'un Algérien qui revendiquait publiquement son homosexualité<sup>22</sup> dans un pays où cela est interdit a ainsi pu être acceptée<sup>23</sup> en s'appuyant sur cette jurisprudence. Il en est de même pour celle d'un jeune qui manifestait son orientation sexuelle au Maroc, pays où l'homosexualité est pénalisée même si les sanctions prévues par la loi sont rarement appliquées dans la pratique<sup>24</sup>.

Si dans les cas présentés il s'agissait d'appliquer, de façon relativement linéaire, la jurisprudence, il existe des requêtes où la décision des sections réunies ne peut s'appliquer et qui ont pourtant obtenu une annulation de la Cour (et donc une protection au titre de l'asile conventionnel). Ainsi, une décision de l'année 2000<sup>25</sup> aménage la jurisprudence Djellal n'exigeant pas d'un Iranien des manifestations extérieures de son homosexualité, puisque dans ce 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 du pays d'origine, engendrant (des menaces) de persécutions. Suivant la même logique, le rapporteur de l'affaire d'un Ougandais proposait l'annulation du recours en indiquant que sa seule appartenance à la communauté homosexuelle, « même non revendiquée en Ouganda, ce qui peut apparaître compréhensible, suffit à susciter des craintes en cas de retour ». La formation de jugement lui a donné raison tout en apportant une nuance dans la décision :

Dans les conditions qui prévalent actuellement en Ouganda, les personnes qui revendiquent leur homosexualité et entendent la manifester dans leur comportement extérieur sont, de ce fait, exposées tant à l'exercice effectif de poursuites judiciaires sur le fondement du code pénal, qui criminalise l'homosexualité, qu'à des mesures de surveillance policière et des brimades ; que dans ces conditions, les craintes que peut

21. CRR, 13/09/01, 379319.

22. Le requérant déclarait appartenir à une troupe de danse folklorique, son orientation sexuelle se manifestant à travers sa profession et ses choix vestimentaires. Des photos étaient versées au dossier pour attester de son travail auprès de cette troupe de danse.

23. CNDA, 11/4/08, 571886.

24. CNDA, 30/06/09, 655509.

25. CRR, 4/10/00, 330627.

raisonnablement éprouver le requérant du fait de son homosexualité en cas de retour dans son pays d'origine doivent être regardées comme résultant de son appartenance à un groupe social<sup>26</sup>.

Cette décision renvoie à la jurisprudence Djellal mais n'indique pas explicitement la manifestation publique de l'homosexualité. Une ambiguïté similaire se trouve dans une autre décision d'annulation, cette fois d'un requérant tunisien qui a entretenu des relations clandestines découvertes par ses proches mais qui n'a jamais cherché à manifester publiquement son homosexualité. On peut lire :

La situation des homosexuels en Tunisie quand bien même ils n'auraient ni revendiqué, ni manifesté leur orientation sexuelle de manière ostensible, permet de les regarder comme un ensemble de personnes circonscrit et suffisamment identifiable pour constituer un groupe [...] dans ces conditions, les craintes que peut raisonnablement éprouver le requérant en cas de retour dans son pays doivent être regardées comme résultant de son appartenance à un groupe social<sup>27</sup>.

Dans toutes les décisions d'annulation consultées où la Cour accorde le statut de réfugié malgré l'absence de manifestation extérieure, on retrouve des ressortissants de pays condamnant sévèrement l'homosexualité. On peut faire l'hypothèse que les formations de jugement ont considéré l'importance de la dissimulation dans ces pays, suivant quelque part la lecture d'Eve Kosofsky Sedgwick. Comme le soulignait cette auteure, la dissimulation des sentiments et des actes a eu un rôle fondamental dans la construction de l'homophobie au xx<sup>e</sup> siècle, le « placard » étant la structure qui définit l'oppression gay<sup>28</sup>. C'est donc probablement l'appréciation, par les juges, de la situation concrète dans le pays d'origine qui motive ces écarts par rapport à la décision des sections réunies.

### III. De la persécution aux craintes

La définition du critère de groupe social, telle qu'elle se trouve dans la décision Djellal, comporte également un élément concernant l'existence de persécution de la part des autorités publiques. L'importance des persécutions avait déjà été signalée dans la décision Ourbih du Conseil d'État<sup>29</sup>, où il ressort que le groupe social ne peut pas être séparé des persécutions dont il fait l'objet. Autrement dit, ce n'est pas parce qu'une personne est homosexuelle dans un pays où cela est considéré comme déviant ou tabou qu'elle va obtenir l'asile en France. Tel que le note, plus largement, le juge Anicet Le Pors dans un livre consacré à l'asile, « l'invocation d'une situation générale difficile ou d'un ensemble de mesures critiquables ne suffit pas pour ouvrir droit à la qualité de réfugié »<sup>30</sup>.

Le rapporteur de l'affaire du ressortissant marocain mentionnée plus haut<sup>31</sup> notait dans son écrit, d'une part, que le requérant n'avait jamais affiché son homo-

---

26. CNDA, 1/7/08, 571904.

27. CNDA, 7/7/09, 634565.

28. Eve KOSOFSKY SEDGWICK, *Épistémologie du placard* [1990], Paris : Éditions Amsterdam, 2008.

29. CE, 23 juin 1997, 171858.

30. Anicet LE PORS, *Juge de l'asile*, Paris : Michel Houdiard, 2010, p. 58.

31. CRR, 13/09/01, 379319.

sexualité ni milité pour une quelconque reconnaissance des droits des homosexuels, et d'autre part, que malgré la pénalisation de l'homosexualité au Maroc, le requérant n'avait pas été exposé à l'exercice effectif de poursuites judiciaires ou à des mesures discriminatoires de surveillance de la part des autorités. Le rapport indiquait par la suite que la ligue marocaine des droits de l'homme faisait valoir en particulier que : « Si l'homosexualité reste un sujet tabou, sa répression est avant tout d'ordre moral et familial. Dès lors, le mal de vivre dans son pays d'origine en raison de ses préférences sexuelles qu'il exprime de manière convaincante ne peut à lui seul suffire pour fonder sa demande d'admission au statut<sup>32</sup>. » En d'autres termes, le rapporteur propose le rejet du recours au motif que le requérant n'était pas persécuté par les autorités du pays mais par sa famille. Il argumente également que la répression endurée était d'ordre symbolique. La question sous-jacente ici est celle de la pertinence d'une protection conventionnelle pour ceux qui souhaitent avoir une vie de couple et/ou sexuelle non clandestine dans des contextes où cela n'est absolument pas possible. Le rapporteur, de même que la formation de jugement, estime finalement que cela n'entre pas dans le champ de la Convention. Une interrogation similaire apparaît dans le rapport de l'affaire d'un ressortissant camerounais où l'on peut lire : « Concernant ses craintes en cas de retour et liées à la réprobation sociétale et familiale à laquelle il serait confronté, il ressort de la jurisprudence de votre Commission que ces circonstances sont insuffisantes pour faire droit à sa demande »<sup>33</sup>. Ce qui conduira la formation de jugement à rejeter le recours.

C'est également ce que l'on peut voir dans le dossier d'un requérant tunisien qui écrit dans son récit n'avoir jamais manifesté publiquement son homosexualité. Le rapport indique clairement que l'affaire « pose finalement, au-delà de la question du degré de protection à éventuellement apporter, [la question] de savoir si la protection prévue par le CESEDA<sup>34</sup> englobe le droit à une vie personnelle normale, c'est-à-dire à une vie sexuelle non clandestine ». Dans cette affaire, le rapporteur évacue la question en insistant sur la nature hypothétique des craintes : « Ce dossier ne me paraît pas toutefois pouvoir permettre de trancher cette question ; en effet, le requérant ne fait état que de craintes hautement hypothétiques de voir sa sexualité découverte, alors qu'il a déjà vécu une relation homosexuelle dans son pays, et qu'il s'est déplacé à plusieurs reprises à l'étranger pour en avoir d'autres »<sup>35</sup>.

Suivant la même logique, dans les annulations où le requérant n'a ni manifesté ni revendiqué publiquement son orientation sexuelle, l'argument s'appuie sur la notion de craintes, cette fois non pas « hypothétiques » mais « raisonnables ». Un rapporteur écrit ainsi, après l'examen du dossier d'une requérante camerounaise qui n'avait pas manifesté publiquement son homosexualité dans son pays (mais

32. C'est à peu près dans ces mêmes termes que le rapporteur du dossier d'un requérant éthiopien (CRR, 23/07/02, 394788) propose le rejet du recours. Or, la Cour annulera la décision de l'OFPPRA au motif qu'il a organisé des réunions clandestines. Il y a donc revendication de l'orientation sexuelle.

33. CRR, 5/5/2004, 443894.

34. Code de l'entrée et du séjour des étrangers et du droit d'asile.

35. CNDA, 8/06/09, 609800/07012945.

elle l'a fait par la suite en France<sup>36</sup>) : « votre Cour se doit d'apprécier les craintes raisonnables de persécution des demandeurs et non pas seulement les persécutions effectivement subies »<sup>37</sup>. L'avocate de la requérante s'appuiera elle aussi sur les craintes raisonnables de persécution. Dans le même esprit, la Cour accordera le statut à un Afghan qui pouvait avec raison craindre personnellement des persécutions du fait de son homosexualité<sup>38</sup>. Dans ses écrits, le requérant allègue comme motif de persécution une accusation fallacieuse d'homosexualité par un imam de son village. Le rapporteur, n'étant pas convaincu par les propos « peu clairs » du demandeur, propose le rejet. Ce n'est qu'au cours de l'audience à la Cour, en huis clos, qu'il dit être effectivement homosexuel et que la formation de jugement décide d'annuler la décision de l'OFPRA.

Il est peut-être significatif que les craintes apparaissent souvent lorsqu'il s'agit de demandes d'asile fondées sur l'orientation sexuelle, alors qu'elles le sont rarement pour d'autres requêtes. En effet, bien qu'elle soit stipulée dans la convention de Genève et qu'elle figure dans les décisions, la notion de craintes n'est soulevée lors des audiences à la Cour que pour interroger les requérants sur leurs « craintes actuelles en cas de retour » dans leurs pays. C'est-à-dire que l'on évoque les craintes par rapport à un retour éventuel mais pratiquement pas par rapport à ce qui a conduit les personnes à partir de chez elles. Les « craintes fondées » de persécution sont très peu évoquées dans les rapports, les avocats n'insistant pas là-dessus non plus. C'est que les persécutions effectives semblent avoir pris le dessus. On le voit bien avec l'importance accordée aux certificats médicaux attestant des séquelles tant physiques que psychiques des violences vécues et qui, de ce fait, tel que le note Estelle D'Halluin, « [font] reculer le principe de "crainte de persécution" énoncé dans la convention de Genève. La peur d'être persécuté ne suffit plus, il faut que la menace ait été mise en exécution et que sa trace soit attestée »<sup>39</sup>.

Comment expliquer ce recours à la notion de crainte (au départ) dans les affaires liées à la sexualité des requérants ? D'une part, nous ferons l'hypothèse, fondée sur un aperçu général des audiences de la CNDA auxquelles nous avons assisté, que les questions touchant à l'intimité du corps profitent aujourd'hui d'un regard bienveillant de la part des acteurs de l'asile<sup>40</sup>, qu'ils soient juges, rapporteurs, militants associatifs, etc. La simple crainte de persécution suffit là où des preuves sont nécessaires dans d'autres cas. D'autre part, peut-être de manière plus fondamentale encore, il nous semble que dans ces affaires s'opère – comme nous le montrerons

36. La requérante a versé au dossier l'attestation d'une association regroupant des lesbiennes et des homosexuels.

37. CNDA, 9/11/09, 636708.

38. CRR, 23/05/07, 589257.

39. Estelle D'HALLUIN, « Entre expertise et témoignage. L'éthique humanitaire à l'épreuve des politiques migratoires », *Vacarme*, 34, 2006, p. 112-117 (p. 114).

40. Cela à l'exception du viol qui, probablement, en partie, en raison de son apparition récurrente dans les récits de femmes demandeuse d'asile, semble avoir érodé l'émotion et la compassion que pouvaient éveiller ces narrations (voir Didier FASSIN, « Charité bien ordonnée. Principes de justice et pratiques de jugement dans l'attribution des aides d'urgence », *Revue française de sociologie*, 42 (3), 2001, p. 437-475).

plus loin dans l'article – un déplacement du regard des formations de jugement des preuves de persécution vers une vérification de l'homosexualité des requérants.

#### IV. De la loi persécutrice aux agents de persécution

Lorsque le pays dont le demandeur d'asile a la nationalité condamne l'homosexualité, il est évident que l'agent de persécution est l'État (*via* les institutions policière et judiciaire). Cela confirme déjà une partie des éléments que les juges se doivent d'évaluer. Dans ce cas, il reste à la formation de jugement à établir l'orientation sexuelle, à décider si l'on va exiger ou non que la personne ait manifesté publiquement son homosexualité, si elle a déjà subi des persécutions... Lorsqu'il s'agit d'un pays où l'homosexualité n'est pas ou n'est plus pénalisée, la décision se complique davantage. Y-a-t-il des persécutions malgré la dépénalisation ? L'État tolère-t-il des persécutions ? Qui est l'agent de persécution ? À cet égard, il faut noter que la France avait, jusqu'à la loi de décembre 2003<sup>41</sup>, une interprétation restrictive en matière d'agents de persécution. Elle excluait les dangers liés aux violences généralisées et aux guerres civiles et militaires, faisant de l'État le seul agent reconnu de persécution.

Dans l'affaire d'un requérant ukrainien, la Cour a annulé la décision de l'OFPPA après avoir établi que les autorités publiques avaient toléré les agissements dont il avait été victime. Malgré la dépénalisation de l'homosexualité dans le pays de l'intéressé, les pratiques dont il se plaignait émanaient d'agents dépositaires de la force publique agissant hors du cadre de la loi<sup>42</sup>. La décision concernant un ressortissant russe semble aller dans le même sens, la Cour estimant :

Malgré la dépénalisation de l'homosexualité intervenue en Fédération de Russie, dans les conditions qui prévalent actuellement dans la région de Sverdlosk, les personnes qui revendiquent leur homosexualité et entendent la manifester dans leur comportement extérieur peuvent être exposées, de ce fait, tant à l'exercice de poursuites judiciaires, déposées à leur encontre sous des motifs fallacieux, qu'à des violences policières<sup>43</sup>.

On voit ici la trace de la jurisprudence Djellal à la seule différence près que l'homosexualité n'est pas formellement interdite, même si les agents publics sont passibles de persécuter les personnes homosexuelles. Dans la décision concernant un Malien, c'est l'impossibilité d'obtenir une protection de la part de l'État qui vient rendre possible l'octroi du statut. On peut supposer – car ce n'est pas explicité – que la décision est fondée sur le critère d'appartenance à un groupe social. La décision ne fait pas non plus mention de manifestation de l'homosexualité « dans le comportement extérieur ». Le même raisonnement ne semble pourtant pas toujours amener au même résultat. Dans les affaires de deux requérantes ukrainiennes<sup>44</sup>, la Cour finit par rejeter leur demande au motif que les agressions de la police dont elles auraient été victimes ne sont pas suffisantes pour les considérer comme appartenant à un groupe social. Une décision du Conseil d'État sur pourvoi de l'OFPPA annule une première

41. Loi du 10 décembre 2003, n° 2003-1176, entrée en vigueur le 1<sup>er</sup> janvier 2004.

42. CRR, 29/6/01, 367645.

43. CRR, 21/10/05, 495394.

44. Pays d'un requérant qui avait obtenu l'asile en raison de son homosexualité tel qu'indiqué plus haut.

décision d'octroi du statut en estimant qu'elle était motivée seulement à partir des assertions des requérantes qui disaient avoir été victimes d'agressions de la police et d'harcèlement moral limitant leur accès à un logement et à un emploi, sans chercher à savoir si la situation des homosexuels en Ukraine permettait de considérer les requérantes comme appartenant à un groupe social. À la suite de cette décision, l'OFPRA fait un mémoire indiquant que, en suivant la jurisprudence Ourbih du Conseil d'État, le groupe social ne se détache pas des persécutions dont il fait l'objet et que, en raison de la dépénalisation de l'homosexualité et l'apparition d'un mouvement gay en Ukraine, on peut conclure qu'il n'y a pas de persécution des lesbiennes. Finalement, la nouvelle formation de jugement conclura qu'il n'y a pas de groupe social et qu'il n'y a pas lieu d'analyser les dossiers au regard de la protection subsidiaire ; les requêtes sont donc rejetées<sup>45</sup>. L'appréciation de la situation collective semble ici s'imposer par rapport à celle des craintes personnelles invoquées par les requérantes.

Les décisions étudiées rendent compte du décalage entre l'image – peut-être l'horizon – d'une justice *fair et equal*, et la réalité des inégalités dans le jugement. Si la dépénalisation de l'homosexualité peut parfois être mise en avant pour rejeter un recours, elle ne constitue pas toujours un obstacle pour considérer que les autorités publiques tolèrent voire incitent les persécutions en raison de l'orientation sexuelle des citoyens.

## V. De la convention de Genève à la protection subsidiaire

Il existe aujourd'hui – surtout depuis la directive européenne de 2004 – un consensus autour de la pertinence à évaluer les requêtes fondées sur l'orientation sexuelle au regard du critère d'appartenance à un groupe social tel qu'il est inscrit dans la convention de Genève. Or, un certain nombre de décisions de la Cour accordent la protection subsidiaire à des personnes persécutées en raison de leur sexualité. La loi du 10 décembre 2003 introduit la protection subsidiaire comme un régime de protection substitué à l'asile territorial et pouvant être accordé aux personnes non éligibles à l'asile constitutionnel et à l'asile conventionnel en mesure d'établir qu'elles sont soumises à des menaces graves dans leur pays. Plus précaire que l'asile conventionnel, la protection subsidiaire ouvre droit à une carte de séjour annuelle renouvelable. Comment expliquer le passage d'une protection ancrée dans le critère conventionnel d'appartenance au groupe social des homosexuels d'un pays déterminé à celle fondée sur les traitements inhumains et dégradants ?

Malgré l'octroi de la protection subsidiaire par l'OFPRA en raison de deux détentions arbitraires et de mauvais traitements infligés par sa famille, un requérant gabonais décide d'introduire un recours pour solliciter le statut de réfugié (protection conventionnelle) en argumentant que si l'homosexualité n'est pas un délit pénal au Gabon, « le régime autoritaire ne craint pas en pratique de violer les droits des homosexuels ; qu'ainsi, la police et les juges y tiennent l'homosexualité pour une déviance criminelle et une menace pour la société ; que l'opinion publique est

45. CNDA, 16/12/08, 473647 et 473648.

aussi majoritairement homophobe ; qu'en conséquence, il appartient à un groupe social dont les membres sont collectivement persécutés par la police »<sup>46</sup>. Sa requête n'aboutit pas car la formation de jugement ne considère pas l'existence d'un groupe social des homosexuels gabonais. Dans le même sens, la Cour décide d'accorder la protection subsidiaire à un requérant de Bosnie, en considérant :

Il ne résulte pas de l'instruction que l'intéressé ait cherché à manifester ostensiblement son homosexualité dans son comportement ou qu'il ait été exposé à l'exercice effectif de poursuites judiciaires dans son pays où les dispositions du code pénal réprimant les actes homosexuels ont été abrogées en mars 2003 ; qu'ainsi, il n'appartient pas à un ensemble de personnes circonscrit et suffisamment identifiable pour constituer un groupe social au sens de l'article susmentionné ; que, dès lors, les craintes énoncées en raison de ces faits ne sont pas de nature à permettre de regarder le requérant comme relevant du champ d'application des stipulations de l'article 1<sup>er</sup>, A, 2 précité ». Mais « qu'en l'espèce, M. S a établi être exposé dans son pays à des représailles émanant de particuliers en raison de son homosexualité, sans que les autorités bosniennes ne soient en mesure de lui offrir une protection ; qu'il établit ainsi être exposé à l'une des menaces graves visées par les dispositions du (b) de l'article L 712-1 du code de l'entrée et du séjour des étrangers et du droit d'asile ; que, dès lors, M. S est fondé à se prévaloir du bénéfice de la protection subsidiaire »<sup>47</sup>.

Dans cette affaire, la formation de jugement semble concevoir la manifestation extérieure de l'homosexualité comme condition de l'existence d'un groupe social des homosexuels bosniaques. Vu l'absence de cette dernière, il n'est, paraît-il, pas possible de se prévaloir de la Convention de Genève.

La protection subsidiaire accordée par la formation de jugement à un ressortissant camerounais est rediscutée après le délibéré qui suit l'audience, lors de la rédaction de la décision, lorsque le rapporteur a des difficultés pour justifier juridiquement la décision d'annulation prise par la formation de jugement. D'une part, le rapporteur – d'après les traces laissées dans le dossier et les discussions que nous avons eues avec lui – ne trouvait ni dans les écrits ni dans les notes prises lors de l'audience, des signes indiquant une claire manifestation extérieure de l'homosexualité du requérant. D'autre part, à la suite d'une recherche bibliographique, il relativisait les persécutions dont les homosexuels seraient la cible au Cameroun. Ces éléments conduisent alors les juges à revoir leur décision, lesquels souhaitent protéger le requérant et lui accordent finalement la protection subsidiaire.

La plupart des rapporteurs et assesseurs avec lesquels nous avons pu discuter au sujet des différents types de protection estiment que les demandes fondées sur l'orientation sexuelle entrent parfaitement dans le champ conventionnel et disent s'opposer à la protection subsidiaire. Cela ne veut pas pour autant dire qu'ils ne conseillent pas parfois l'octroi de celle-ci. Plusieurs interlocuteurs nous ont confié que les formations de jugement accordent parfois la protection subsidiaire « parce qu'on n'est pas sûr mais qu'on veut tout de même protéger la personne [...] ou parce que la formation est gênée, si jamais c'est vrai, et qu'il est renvoyé, là ça peut être un problème ». Il s'agit, résumait un rapporteur, « d'une décision d'opportu-

46. CRR, 3/07/06, 497803.

47. CRR, 12/05/06, 555672.

nité ». Ce que l'on constate par ailleurs dans d'autres types d'affaires. Contrairement à ce qui prévaut de manière générale dans la prise de décisions des juges, le doute semble ici bénéficier au requérant. L'attribution de la protection subsidiaire permettrait ainsi d'éviter l'éventuel coût moral d'une décision négative en cas d'incertitude sur la situation alléguée.

## VI. De la sexualité énoncée à l'homosexualité établie

Si l'administration de la preuve est fondamentale dans le domaine de l'asile – où le récit est la pièce maîtresse et où c'est aux requérants de démontrer leur bon droit –, dans les affaires portant sur l'orientation sexuelle, ce qu'il faut prouver tout d'abord c'est sa sexualité. La plupart des décisions de rejet étudiées – et plus largement, la majorité de décisions de la Cour tous motifs confondus – argumentent leur refus autour du non établissement des faits allégués. La plupart du temps, ces derniers concernent les persécutions que le requérant dit avoir subi dans son pays, mais dans les dossiers qui nous intéressent ici, c'est l'orientation sexuelle même du requérant qui est mise en avant. Ainsi, dans la décision concernant un Albanais, on peut lire : « Considérant, d'une part, qu'à supposer avérée son homosexualité, le requérant n'a pas convaincu, ni du caractère notoire de son orientation sexuelle, ni des mauvais traitements systématiques subis de ce fait ; qu'ainsi, les craintes énoncées de ce chef ne peuvent être tenues pour fondées ». Bien que la décision ne dise pas clairement que le fait non établi le plus important soit l'homosexualité du requérant, elle introduit un soupçon quant à la véracité de l'orientation sexuelle avec l'inclusion de la phrase « à supposer avérée ». Soupçon qui apparaît déjà dans le rapport et que nous confirmera par la suite le rapporteur de l'affaire lors d'une conversation informelle.

La question sous-jacente est celle de savoir de quels moyens disposent les formations de jugement peut déterminer la sexualité des requérants. C'est justement là que réside toute la complexité de ces dossiers. Selon ce que nous expliquait un rapporteur à la Cour depuis 2004, il n'y a aucun élément pour établir les faits allégués parce que ces derniers sont la vie sexuelle de la personne, « c'est l'intime conviction dans toute sa splendeur, on n'a aucune prise ». Une femme assesseur nous confiait : « les affaires d'homosexualité me mettent très mal à l'aise, il n'y a vraiment aucune preuve [...] Le dossier, peu importe, c'est l'être humain qu'il faut étudier ». En effet, la plupart des juges interviewés disent ne pas se sentir à l'aise pour poser des questions « intimes ». Certains interrogeront seulement les demandeurs d'asile sur les lieux de rencontre des homosexuels, au pays d'origine et en France. Ce que font également les juges au Canada, qui interrogent les requérants sur le jour de la *Gay Pride* ou les bars gays à Toronto<sup>48</sup>. Un président de formation de la CNDA affirmait, au contraire, au cours d'un entretien :

Moi je suis tenté, j'ai été tenté [lors d'une affaire ponctuelle], parce qu'il avait en plus demandé le huis-clos. Je m'apprêtais notamment à lui demander quelles étaient ces pratiques sexuelles, qu'est-ce qu'il faisait concrètement avec un homme, etc. Je ne suis pas

48. Deborah A. MORGAN, « Not Gay Enough for the Government: Racial and Sexual Stereotypes in Sexual Orientation Asylum Cases », *Law and Sexuality*, 15, 2006, p. 135-161, (p. 154).

allée jusque-là mais je pense qu'il faut y aller, il faut aller dans ce sens-là parce que, à un moment donné, il faut savoir de quoi on parle, voir quelle est sa capacité à répondre à ces questions crues, concrètes. Il faut avoir forcément une forme de spontanéité<sup>49</sup> pour répondre à ça. (Entretien, président de formation, 25/10/2010)

De manière plus ou moins désinvolte, les juges essaient ainsi de se saisir d'éléments leur permettant d'établir l'homosexualité alléguée par le requérant. Pour certains juges, la preuve peut être incarnée par les demandeurs eux-mêmes. Dans les termes d'un rapporteur, « certains juges pensent voir une personne homosexuelle, on le voit homosexuel, on le reconnaît donc la crainte suffit à elle seule ». Le « voir » ce serait ici voir le féminin chez l'homme et le masculin chez la femme, renvoyant plus à une question de genre que de sexualité.

Parfois, lorsque ce qui est en question dans une demande d'asile est l'appartenance à une ethnie particulière (comme c'est le cas par exemple pour les Zaghawa), les juges vont essayer de déterminer la langue parlée par le requérant. Quand l'enjeu se trouve dans l'établissement de la région d'origine (comme c'est le cas pour les Sri Lankais tamoul), ils poseront des questions sur les pratiques culturelles ou le nom des monuments d'une ville importante. Lorsqu'il s'agit d'identifier la sexualité du requérant, certains juges chercheraient à trouver des signes d'homosexualité dans son apparence. Cette dernière, ainsi que les attitudes pendant l'audience, renseigneraient sur l'orientation sexuelle de la personne. Se mettrait ainsi en scène la conception de l'homosexualité comme quelque chose de visible, renvoyant à un ensemble de perceptions et de jugements particuliers.

Dans les questions posées à un requérant alléguant des persécutions en raison de son homosexualité, un président de formation, qui par la suite lui accordera le statut, montre à quel point la visibilité de l'homosexualité dans le comportement est une idée répandue :

Vous avez une grande famille, Monsieur. Comment ça se fait qu'on ne se soit pas douté que vous êtes homosexuel ? [...] Votre frère ne le savait pas ? [...] Dans vos écrits vous dites que parfois on pouvait voir dans la rue, dans la démarche... [un silence] et effectivement parfois il est possible de voir. Donc comment se fait-il que votre famille ne le savait pas ? (Président de formation, notes de terrain, CNDA, 8/7/2010)

Bien entendu, cela n'est pas partagé par tous les juges de la CNDA. Ainsi, un président de formation nous confiait :

Il y a des gens qui disent un homosexuel se reconnaît au premier coup d'œil. C'est complètement fantaisiste ! Je ne sais pas à quoi on reconnaît un homosexuel, qu'est-ce qu'il faut lui poser comme question. (Entretien, président de formation, 25/10/2010)

L'observation de différentes formations de jugement rend compte de la diversité des pratiques lors de l'audience. Certains juges posent beaucoup de questions détaillées, d'autres au contraire n'en posent aucune. Les différences peuvent en partie s'expliquer par les trajectoires professionnelles des membres de la formation de jugement : magistrats administratifs ou judiciaires, assesseurs avec une forma-

---

49. La spontanéité est couramment conçue par les différents acteurs de la CNDA comme un révélateur de la véracité du récit.

tion en droit, etc. Les émotions suscitées ainsi que les valeurs mobilisées seront différentes selon le parcours personnel, l'identité sexuelle et de genre des juges.

L'*a priori* positif, comme nous le disait un ancien rapporteur, que beaucoup de juges affichent dans les affaires concernant l'orientation sexuelle, semble témoigner de la prégnance des valeurs occidentales, telles que la liberté individuelle. Le stéréotype du « gay efféminé », ou en tout cas la réduction de l'homosexualité à l'efféminement<sup>50</sup>, mobilisé par d'autres, cristallise également un ensemble de perceptions et de valeurs à partir desquelles les juges se feront leur « intime conviction ». Si l'*a priori* joue en faveur des requérants, le stéréotype de gay efféminé opère souvent en leur défaveur. Carol Bohmer et Amy Shuman<sup>51</sup> ont noté, dans le même esprit, que les juges anglo-saxons, que ce soit aux États-Unis ou en Angleterre, sont sceptiques face aux requérants qui sont perçus comme étant hétérosexuels. Derek McGhee<sup>52</sup> cite l'exemple d'un juge pour qui un requérant iranien qui se déclarait homosexuel – et persécuté en tant que tel – avait « un comportement physique qui n'était pas socialement reconnaissable comme appartenant à un homosexuel ». Jane Herlihy, Kate Gleeson et Stuart Turner<sup>53</sup> rendent compte, dans leur étude sur les présupposés des juges, d'un magistrat qui indique dans sa décision que le comportement du requérant va dans le sens de l'homosexualité qu'il allègue.

Dans son étude sur les demandes d'asile portant sur l'orientation sexuelle aux États-Unis, Deborah Morgan<sup>54</sup> argumente que les juges prennent les décisions sur la base de stéréotypes sexuels racialisés qui discriminent ceux qui ne s'y conforment pas. À partir de l'analyse de l'affaire d'un requérant iranien, l'auteur montre que le stéréotype qui prévaut chez les juges – et à partir duquel ils jugent – est basé sur les normes de comportement des homosexuels blancs de classe aisée. Elle raconte comment après avoir écouté l'histoire de Mohammad, l'officier d'immigration lui a demandé « comment elle pouvait croire qu'il était gay alors qu'il n'était absolument pas féminin »<sup>55</sup>. C'est aussi ce qui semble se produire parfois à la CNDA, comme l'indiquent les extraits ci-dessus. Cela rejoint une critique déjà classique qui montre que le terme « gay » a été « appliqué au monde homosexuel des classes moyennes urbaines »<sup>56</sup>. En d'autres termes, il correspond à une construction socialement, temporellement et spatialement située. Les requérants, qu'ils se trouvent aux États-Unis, en Grande-Bretagne ou en France, doivent ainsi se conformer à cette image de l'homosexuel pour être considérés comme tels. Les demandeurs

50. On pourrait ébaucher l'hypothèse que, de façon similaire, les lesbiennes sont réduites aux *butch*, mais nous ne l'avons pas observé au cours de notre terrain. Cela reste donc à vérifier.

51. Carole BOHMER et Amy SHUMAN, *Rejecting Refugees. Political Asylum in the 21st Century*, op. cit., p. 239.

52. *Ibid.*, p. 24.

53. Jane HERLIHY, Kate GLEESON et Stuart TURNER, « What Assumptions about Human Behavior Underlie Asylum Judgments? », *International Journal of Refugee Law*, 22 (3), 2010, p. 351-366, (p. 362).

54. Deborah A. MORGAN, « Not Gay Enough for the Government: Racial and Sexual Stereotypes in Sexual Orientation Asylum Cases », art. cité.

55. *Ibid.*, p. 145.

56. Michael POLLAK et Marie-Ange SCHILTZ, « Identité sociale et gestion d'un risque de santé. Les homosexuels face au sida », *Actes de la recherche en sciences sociales*, 68, 1987, p. 77-102 (p. 83).

d'asile doivent, en d'autres termes, prouver qu'ils sont « suffisamment gays »<sup>57</sup> pour obtenir la protection de l'État au titre de l'asile.

## Conclusion

L'étude de la jurisprudence de la Cour nationale du droit d'asile en matière d'appartenance à un groupe social en raison de l'orientation sexuelle proposée dans ces pages permet d'approcher la logique des décisions prises par cette juridiction. Logique qui rend compte, en premier lieu, de la difficulté à élaborer un corpus décisionnel homogène. On sait depuis longtemps que la justice s'éloigne dans la pratique de l'idéal de *fairness* et *equality*. Autrement dit, ce n'est pas une nouveauté de constater que des juges appliquant le même droit puissent exercer la justice de manière radicalement différente<sup>58</sup>. Il s'agit là d'une forme d'injustice qui ne remet pas en cause la justice mais qui rend compte de l'inégalité dans la pratique de juger. Soulever l'inégalité du traitement ne veut pas dire pour autant plaider pour une standardisation ou une application unifiée de la jurisprudence, sachant qu'uniformisation rime souvent avec protection à la baisse. L'analyse de ce qui fonde ces disparités fait l'objet d'un article en cours. Ici il a plutôt été question d'examiner ce qui est en jeu lorsque ce qui motive la demande d'asile n'est plus tellement lié à la vie publique des personnes mais plutôt à leur vie privée.

Les différents matériaux mobilisés – décisions de la Cour, observation d'audiences, entretiens avec les différents acteurs – rendent compte de l'importance qu'acquière dans ces affaires la notion de *craintes* de persécution. Si dans la plupart des cas les requérants doivent prouver qu'ils ont subi des persécutions, dans les affaires concernant l'orientation sexuelle, juges et rapporteurs vont plutôt se pencher vers l'établissement des craintes de persécution. Il ne s'agit pas là d'une simple nuance mais d'un glissement qui, d'une part, renvoie au regard bienveillant dont bénéficie aujourd'hui ce type de requêtes, et qui, d'autre part, a des effets concrets sur la façon de juger. Il est possible de penser que les demandes fondées sur l'orientation sexuelle bénéficient actuellement d'un *a priori* positif. Cette légitimité à demander l'asile ne peut être pensée sans tenir compte des profonds changements survenus dans les sociétés occidentales ayant permis de rendre visible et dans une certaine mesure publiquement acceptable l'homosexualité, d'abord dans nos propres sociétés, ensuite partout dans le monde. Dans les pratiques de jugement, le passage des persécutions aux craintes implique un deuxième déplacement des preuves de persécution aux preuves d'homosexualité.

La vérification de l'homosexualité semble être ce qui permet par la suite de s'interroger sur les craintes de persécution plutôt que sur les persécutions effectives. La question qui se pose alors pour les juges et les rapporteurs est celle de savoir comment établir effectivement l'homosexualité du requérant. Pour beaucoup de juges, il est très difficile de poser des questions intimes portant, par

57. Fadi HANNA, « Punishing Masculinity in Gay Asylum Claims », *Yale Law Journal*, 114 (4), 2005, p. 913-920.

58. Pour une approche ethnographique, voir l'article de John M. CONLEY et William M. O'BARR, « Fundamentals of Jurisprudence: An Ethnography of Judicial Decision Making in Informal Courts », *North Carolina Law Review*, 66, 1988, p. 467-507.

exemple, sur les pratiques sexuelles. Certains décident d'interroger les requérants sur les lieux publics fréquentés et estiment ainsi pouvoir se faire une idée sur la véracité des propos allégués. D'autres juges croient pouvoir se rendre compte si la personne est homosexuelle à partir de la façon dont elle s'habille, bouge, se comporte pendant l'audience. Les juges ont ainsi recours à des types prédéfinis, de même qu'à certains indices confirmant ou contestant ces types. Le jugement repose sur un stéréotype sexuel qui correspond à un contexte précis – occidental et bourgeois – et qui exclut tous ceux qui ne performent pas les dispositions attendues de la part de ce que l'on pense est un homosexuel.

Les demandes d'asile fondées sur l'orientation sexuelle ne constituent pas un problème de « lot à gérer » ni un « appel d'air », à la différence par exemple des requêtes portant sur les risques d'excision de petites filles nées en France d'origine africaine. Le nombre de demandes alléguant des questions de sexualité reste très faible, malgré leur visibilité au cours des dernières années. Ces affaires viennent toutefois rendre compte de l'irruption de l'intimité des étrangers dans la politique de l'asile et plus largement dans le gouvernement de l'immigration<sup>59</sup>. Elles interrogent les nouveaux contours de la figure du réfugié et invitent à repenser ce qui légitime l'obtention de l'asile dans la France d'aujourd'hui<sup>60</sup>.

### ■ L'auteur

Anthropologue, Carolina Kobelinsky a soutenu en 2009 une thèse de doctorat à l'École des Hautes Études en Sciences Sociales (EHESS) sur l'accueil des demandeurs d'asile en France. Après un post-doctorat à l'Institut de recherche interdisciplinaire sur les enjeux sociaux (IRIS), elle est actuellement *Deakin Visiting Fellow* à l'Université d'Oxford. Elle poursuit ses recherches sur la prise de décisions à la Cour nationale du droit d'asile.

Elle a publié :

- « Comment on juge l'asile. L'institution comme agent moral » (avec Didier FASSIN), *Revue française de sociologie*, 53 (4), 2012 ;
- « "Sont-ils de vrais réfugiés ?" Les tensions morales dans la gestion quotidienne de l'asile », in Didier FASSIN et Jean-Sébastien EIDELIMAN (dir.), *Économies morales contemporaines*, Paris : La Découverte, 2012 ;
- *L'accueil pour demandeurs d'asile. Une ethnographie de l'attente*, Paris : Éditions du Cygne, 2010.

59. Éric FASSIN, « National Identities and Transnational Intimacies: Sexual Democracy and the Politics of Immigration in Europe », *Public Culture*, 22 (3), 2010, p. 507-529.

60. Cet article a été élaboré à l'IRIS dans le cadre du programme de recherche *Towards a Critical Moral Anthropology*, financé par le European Research Council (n° 230347 ; ERC-2008-AdG). Je remercie la Cour nationale du droit d'asile pour m'avoir permis de conduire cette recherche et ses membres pour leur bonne prédisposition.