

Le Juge français de l'Asile 1952-2012

**Colloque à l'occasion des 60 ans de la CNDA
(Paris, France, 29 octobre 2012)**

« Protection conventionnelle et protection subsidiaire, complémentarité ou concurrence ? L'exemple de la notion d'appartenance à un certain groupe social »

Allocution de

Volker Türk, Directeur de la protection internationale, HCR Genève

Je suis très honoré de participer aux célébrations du 60^e anniversaire de la Cour nationale du droit d'asile (CNDA) succédant à la Commission des recours des réfugiés. Ce colloque représente une occasion importante pour le HCR d'exposer son interprétation de l'« appartenance à un certain groupe social » et de débattre des problèmes rencontrés par les instances compétentes en matière d'éligibilité, y compris les juges, pour appliquer ce motif de la Convention. Je tiens à remercier la Présidente de la Cour nationale du droit d'asile d'avoir pris cette initiative.

Je voudrais d'emblée souligner les bonnes pratiques mises en œuvre par les autorités françaises en matière d'octroi d'une protection aux réfugiés. Depuis 2008, la France est le pays d'Europe qui a accueilli le plus grand nombre de demandeurs d'asile. Elle a, à ce titre, une position particulière à faire valoir pour définir le niveau de protection à accorder aux réfugiés au sein de l'Union européenne (UE).

Dans cette présentation, j'exposerai brièvement la responsabilité de surveillance du HCR concernant la Convention de 1951 relative au statut des réfugiés, exposé qui sera suivi d'une discussion sur les liens réciproques entre la Convention de 1951 et l'article

15 de la Directive Qualification de l'UE, relatif à la protection subsidiaire. Je donnerai ensuite une vue d'ensemble du motif de la Convention « appartenance à un certain groupe social » ainsi que de son interprétation et de son application, puis j'analyserai l'approche de ce motif adoptée par les autorités françaises et dans nos propres principes directeurs. Dans la seconde moitié de cette intervention, j'aborderai quatre problématiques actuelles liées à la définition de l'appartenance à un certain groupe social : le genre/les femmes ; l'orientation sexuelle et l'identité de genre ; les victimes de la traite des êtres humains ; et les personnes fuyant un conflit et d'autres situations de violence ; puis je traiterai de la manière dont le motif de l'appartenance à un certain groupe social devrait être interprété du point de vue du HCR dans le contexte contemporain.

Rôle du HCR et mise en œuvre de la Convention de 1951 et du Protocole de 1967 par la France

La Convention de 1951 et son Protocole de 1967 sont les principaux instruments internationaux qui régissent la protection des réfugiés, définissant qui est un réfugié ainsi que les droits et les obligations liés à ce statut, de même que les obligations juridiques des Etats. Le cœur de ce dispositif réside dans l'obligation de fournir une protection aux réfugiés et de garantir le principe de non-refoulement tel qu'il est prévu en France par la Loi n° 2003-1176 du 10 décembre 2003 modifiant la Loi n° 52-893 du 25 juillet 1952 relative au droit d'asile, confirmant ainsi le régime international de protection des réfugiés et la définition d'un réfugié énoncée dans la Convention de 1951. La France, en tant que membre de l'Union européenne, a également participé à l'élaboration de l'acquis européen en matière d'asile, qui s'articule autour de la Convention de 1951 et dont le but est d'harmoniser l'application de la Convention au sein de l'UE.

Le HCR a un intérêt direct à présenter sa position sur l'interprétation et l'application de l'article 1A(2) de la Convention de 1951, relatif à la définition d'un réfugié, en sa qualité d'organe subsidiaire des Nations Unies dont le mandat confié par l'Assemblée générale des Nations Unies est de fournir une protection internationale aux réfugiés et, en collaboration avec les gouvernements, de rechercher des solutions permanentes au problème des réfugiés. Conformément à son Statut, qui est rappelé à l'article 35 de la Convention de 1951 et à l'article II du Protocole de 1967, le HCR remplit son mandat notamment « [e]n poursuivant la conclusion et la ratification de conventions internationales pour la protection des réfugiés, en surveillant leur application et en y proposant des modifications ». La « responsabilité de surveillance » du HCR s'exerce notamment par la publication de principes directeurs qui guident l'interprétation des dispositions prévues par les instruments internationaux relatifs aux réfugiés, en

particulier la Convention de 1951. Ces principes directeurs sont intégrés dans le *Guide des procédures et critères à appliquer pour déterminer le statut des réfugiés* et les *Principes directeurs sur la protection internationale* publiés ultérieurement (« Guide et Principes directeurs du HCR »), qui ont fait l'objet d'une nouvelle publication en 2011 dans le cadre des célébrations du 60^e anniversaire de la Convention. La responsabilité de surveillance du HCR est également inscrite dans le droit de l'Union européenne¹.

En surveillant l'application de la Convention de 1951 dans le monde depuis plus de 60 ans, le HCR a développé une expertise unique en matière de droit des réfugiés et d'asile. Cette expertise a été reconnue dans le contexte de l'acquis de l'Union européenne en matière d'asile et au-delà, y compris dans les arrêts de la Cour européenne des droits de l'homme, laquelle a souligné la fiabilité et l'objectivité du HCR dans ce domaine². Dès 1952, la France prévoyait dans sa législation d'associer le HCR à son processus de détermination du statut de réfugié en exigeant qu'un représentant du HCR siège à la Commission des recours des réfugiés.

Relation entre la Convention de 1951 et la Directive Qualification de l'UE

Comme nous l'avons déjà mentionné, la Convention de 1951 et son Protocole de 1967 sont au cœur de l'acquis de l'Union européenne en matière d'asile. La Cour de Justice de l'Union européenne a reconnu que la Convention de 1951 constituait « la pierre angulaire du régime juridique international de protection des réfugiés ». La Directive Qualification de l'UE a notamment repris intégralement la définition du réfugié, en y apportant quelques modifications. Cette directive fixe en outre des normes minimales pour l'octroi de la protection subsidiaire aux personnes qui ont besoin de la protection internationale mais qui ne satisfont pas aux critères énoncés dans la définition d'un

¹ Voir, par exemple, une référence générale à la Convention de 1951 à l'article 78 (1) du Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne (TFUE), ainsi que la Déclaration n°17 annexée au Traité d'Amsterdam, laquelle prévoit qu'« [i]l est procédé à des consultations sur les questions touchant à la politique d'asile avec le Haut Commissariat des Nations Unies pour les réfugiés [...] ». Le droit dérivé de l'Union européenne souligne également le rôle du HCR. Par exemple, le considérant 22 de la Directive Qualification énonce que des consultations avec le HCR « peuvent contenir des indications utiles pour les Etats membres lorsqu'ils sont appelés à se prononcer sur l'octroi éventuel du statut de réfugié en vertu de l'article 1^{er} de la convention de Genève ». La responsabilité de surveillance du HCR figure spécifiquement à l'article 21 de la directive 2005/85/CE du Conseil relative à des normes minimales concernant la procédure d'octroi et de retrait du statut de réfugié dans les Etats membres.

² Voir, *Salahadin Abdulla et autres contre Bundesrepublik Deutschland*, C-175/08 ; C-176/08 ; C-178/08 & C-179/08, Cour de justice de l'Union européenne, 2 mars 2010, paragraphe 52, disponible sur : <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:62008CJ0175:FR:HTML> Voir *Bundesrepublik Deutschland contre B et D*, C-57/09 et C-101/09, Cour de justice de l'Union européenne, 9 novembre 2010, paragraphe 77, disponible sur : <http://www.unhcr.org/refworld/docid/4cda83852.html>.

réfugié. La protection subsidiaire complète le régime de la protection accordée aux réfugiés mais ne le remplace pas.

C'est dans cet esprit que le HCR se félicite du fait que la Convention de Genève demeure l'instrument principal de protection en France. Selon les statistiques publiées dans le rapport annuel 2011 de l'OFPRA, la protection accordée en vertu de la Convention de 1951 représente un peu moins d'une décision positive sur quatre³. La primauté de la Convention de Genève découle clairement des dispositions de l'article L. 712-1 Ceseda qui disposent clairement que la protection subsidiaire peut uniquement être accordée si le demandeur ne remplit pas les conditions requises à l'obtention du statut de réfugié en vertu de la Convention de 1951. L'obligation pour les autorités compétentes d'évaluer en premier lieu si le demandeur est un réfugié avant d'examiner l'applicabilité de la protection subsidiaire est systématiquement appliquée et a été fermement rappelée en 2008 par le Conseil d'Etat dans son arrêt *Pogossyan*⁴. Le HCR note que l'application de L. 712-2 *alinéa c*) (Ceseda) reste particulièrement marginale en France avec un taux d'application en 1^{ère} instance de 3 % en 2010.

Toutefois, comme il a été évoqué, la recherche⁵ a montré qu'en raison d'une interprétation inadéquate liée à ce qui semble être une réticence à appliquer la Convention de 1951, il existait de fortes divergences entre les Etats membres de l'UE dans l'interprétation et l'application des dispositions relatives à la protection internationale prévues par la Directive Qualification, conduisant parfois à des lacunes de protection. Ces divergences sont liées à la fois à des questions de fond et de preuves. Ces lacunes sont comblées par des formes de protection complémentaire nationale dans certains cas mais ne le sont pas du tout dans d'autres. Dans certains pays de l'UE, des demandeurs se voient même refuser la protection subsidiaire prévue à l'article 15 (c) de la Directive Qualification, alors qu'ils auraient dans le passé rempli les conditions requises pour l'octroi de la protection en vertu de la législation nationale ayant inspiré l'adoption de ce même article.

Contexte du motif de l'appartenance à un certain groupe social

Si l'on se tourne à présent vers le thème de cette table ronde, force est de constater que

³ La France a transposé la Directive Qualification, y compris les articles 2 (e) et 15 fixant les conditions d'attribution de la protection subsidiaire, dans sa législation nationale à l'article L. 712.1 du Code de l'Entrée et du Séjour des Etrangers et du Droit d'Asile (Ceseda).

⁴ Voir *c/Pogossyan*, CE, OFPRA, 278227, 10 décembre 2008, AJDA 2008, p. 2373.

⁵ Haut Commissariat des Nations Unies pour les réfugiés, *Safe at Last? Law and Practice in Selected EU Member States with Respect to Asylum-Seekers Fleeing Indiscriminate Violence*, 27 juillet 2011.

l'appartenance à un certain groupe social est le motif le moins clair⁶. L'intégration d'une « appartenance à un certain groupe social » comme l'un des cinq motifs prévus par la Convention a été faite sur la suggestion du représentant de la Suède, M. Petré, qui a souligné que l'expérience avait montré que certains réfugiés avaient été persécutés en raison de leur appartenance à certains groupes sociaux. Il a ajouté que le projet de convention n'avait prévu aucune disposition pour de tels cas de figure et qu'il convenait donc d'en ajouter une pour couvrir cette situation. Cette insertion de dernière minute faite par les rédacteurs sans autre explication a rendu son interprétation ultérieure problématique, bien qu'elle ait également permis d'appliquer ce motif de manière dynamique afin de faire face à des formes de persécution qui n'étaient pas prises en compte auparavant, ainsi qu'à leur évolution. Nous citerons, à titre d'exemple de cette interprétation dynamique, la persécution des femmes liée au genre dans certaines sociétés, laquelle est désormais largement reconnue comme un motif d'attribution du statut de réfugié.

Interprétation du motif de l'appartenance à un certain groupe social par le HCR

En s'appuyant sur l'analyse de la jurisprudence de divers pays en 2001, le HCR a publié des Principes directeurs sur la protection internationale relatifs à la signification de l'expression « appartenance à un certain groupe social ». Notre analyse a mis en évidence l'apparition de deux approches distinctes de la définition d'un certain groupe social, toutes deux considérées comme étant conformes à la Convention de 1951 et au Protocole de 1967 : l'approche des « caractéristiques protégées » et l'approche de la « perception sociale ».

Les Principes directeurs du HCR ont conclu qu'il était nécessaire d'adopter une définition qui intègre les deux approches *comme une alternative et non pas de manière cumulée* :

« un certain groupe social est un groupe de personnes qui partagent une caractéristique commune autre que le risque d'être persécutées, ou qui sont perçues comme un groupe par la société. Cette caractéristique sera souvent innée, immuable, ou par ailleurs fondamentale pour l'identité, la conscience ou l'exercice des droits humains. »

⁶ Voir, Michelle Foster, *The 'Ground with the Least Clarity': A Comparative Study of Jurisprudential Developments relating to 'Membership of a Particular Social*, UNHCR Legal and Protection Policy Research series, août 2012, disponible sur : <http://www.unhcr.org/refworld/docid/4f7d94722.html>.

Dès lors, en reconnaissant chaque approche comme légitime, les Principes directeurs du HCR n'exigent pas que les conditions des deux approches soient remplies pour établir l'existence d'un certain groupe social.

Toutefois, la portée de l'expression « un certain groupe social » a été réduite dans un certain nombre de juridictions en Europe ces dernières années, qui ont considéré les caractéristiques protégées et la perception sociale comme des approches cumulées plutôt qu'alternatives. La Directive Qualification de 2004, dans son article 10 (1) (d), a été interprétée par certains Etats comme exigeant qu'il soit satisfait aux deux tests, bien que la pratique des Etats de l'UE varie et que certains aient rejeté une telle interprétation.

L'approche française

La Directive Qualification indique clairement qu'elle instaure uniquement des « normes minimales⁷ » et que les Etats membres de l'UE conservent le pouvoir de « prévoir ou maintenir des conditions plus favorables⁸ ». En d'autres termes, l'approche adoptée par la Directive Qualification concernant la définition de l'« appartenance à un certain social » fonctionne comme un seuil minimum et non pas maximum.

Des deux approches, celle de la « perception sociale », qui nécessite que les personnes partagent une caractéristique commune qui les mette en marge de la société mais n'exige pas que cette caractéristique soit visible à l'œil nu ou que les membres du groupe se connaissent entre eux ou se réunissent en tant que groupe, est profondément enracinée dans la jurisprudence française. Dans la décision *Ourbih* de 1997⁹, le Conseil d'Etat a fixé deux critères permettant de définir un certain groupe social : « l'existence de caractéristiques communes à tous les membres du groupe et qui définissent le groupe aux yeux des autorités du pays et de la société en général » et « le fait que les membres du groupe soient exposés à des persécutions ». Toutefois, la jurisprudence récente a ajouté des éléments qui ne sont pas requis.

Premièrement, dans sa décision relative à l'affaire *Djellal* en 1999¹⁰, la Commission des Recours des Réfugiés (CRR) a appliqué ce raisonnement à ce cas d'espèce célèbre sur

⁷ Voir, par exemple, Directive Qualification, para. 6 du Préambule et art. 1 : « La présente directive a pour objet d'établir des normes minimales relatives aux conditions que doivent remplir les ressortissants de pays tiers ... pour pouvoir prétendre au statut de réfugié ... »

⁸ Para. 8 du Préambule ; voir aussi art. 3, qui dispose que « Les Etats membres peuvent adopter ou maintenir des normes plus favorables pour décider quelles sont les personnes qui remplissent les conditions d'octroi du statut de réfugié. »

⁹ Voir *Ourbih*, Conseil d'Etat, 171858, 23 juin 1997.

¹⁰ CRR, SR, 328310, 12 mai 1999.

l'orientation sexuelle avec pour effet que la protection en tant que réfugié était réservée aux « personnes qui revendiquent leur homosexualité et entendent la manifester dans leur comportement extérieur ». Cette condition semble exiger que non seulement les caractéristiques du groupe soient identifiables pour la société en général mais que les membres du groupe qui sollicitent la protection manifestent ces attributs dans leur comportement extérieur. La même approche a été utilisée par la CRR en 2005, dans l'affaire *Mme G*¹¹, où il a été conclu que la requérante n'avait pas manifesté ostensiblement son orientation sexuelle dans son comportement.

Les Principes directeurs du HCR ne posent aucune condition de « visibilité sociale ». L'analyse s'attache essentiellement à savoir si les membres d'un groupe social partagent un attribut commun dont la société reconnaît l'existence ou qui d'une certaine manière les met en marge ou les distingue de l'ensemble de la société. La « perception sociale » n'exige ni que l'attribut commun soit littéralement visible à l'œil nu ni que cet attribut soit facilement identifiable par le public. De plus, elle ne signifie pas qu'il doit exister un sentiment d'identification en tant que communauté ou que groupe, comme dans le cas des membres d'une organisation établie ; les membres d'un groupe social peuvent même ne pas se connaître entre eux. La détermination de la « perception sociale » porte plutôt sur la question simple de savoir si un groupe est « reconnaissable » ou « mis en marge de la société » d'une manière ou d'une autre¹². Comme l'a noté Richard Posner, juge à la Cour d'appel des Etats-Unis pour le septième circuit, dans l'affaire *Gatimi v. Holder*¹³, « [traduction libre] dans une société homophobe, un homosexuel qui croise un hétérosexuel évitera de s'arrêter. Si vous appartenez à un groupe qui a été la cible d'assassinats, de tortures ou d'autres formes de persécution, vous vous efforcerez de ne pas être visible aux yeux de la société, et dans la mesure où les autres membres du groupe visé parviennent à rester eux aussi invisibles, ils ne seront pas « vus » par les autres membres de la société comme un segment de la population. » Il s'agit de la même approche que celle adoptée pour les autres motifs énoncés dans la définition du réfugié comme la religion ou les opinions politiques : les personnes persécutées du fait de leurs croyances religieuses ou politiques seraient éligibles au statut de réfugié, que leur croyance se manifeste dans un cercle privé, non visible, ou de manière publique, plus visible.

Selon le HCR, ces conditions, qui pourraient être classées en « manifestation dans le comportement extérieur » et/ou « visibilité », ne seraient pas compatibles avec les principes généraux qui sous-tendent l'interprétation de la définition du réfugié et ne seraient pas non plus conformes à la décision du Conseil d'Etat dans l'affaire *Ourbih*, ni

¹¹ Voir *Mme G*, Commission des Recours des Réfugiés (CRR), 04039953/513547 C+, 25 mars 2005.

¹² Principes directeurs relatifs à l'appartenance à un certain groupe social, para. 7.

¹³ Voir 578 F. 3d 611, 615 (7th Cir. 2009).

aux décisions de 2010 dans les affaires OFPRA c/ A.¹⁴ et OFPRA c/ M.H.¹⁵. En vertu de ces décisions, la notion d'« appartenance à un certain groupe social » doit être interprétée à la lumière de la définition donnée par l'article 10 de la Directive Qualification¹⁶, qui n'exige nullement de manifestation ostensible. La CNDA a reconnu que des groupes sociaux pouvaient exister dans des cas où les membres du groupe n'avaient ni revendiqué ni manifesté leur attribut en société lorsque cela aurait pu influencer sur leur risque de persécution, comme il a été démontré dans les affaires CNDA, C. (Tunisie)¹⁷ et CNDA, M.N. (Cameroun)¹⁸. Cette approche semble avoir été plus constante depuis les décisions du Conseil d'Etat du 14 juin 2010 susmentionnées. Le HCR se félicite de ce changement d'approche qui n'exige plus de « manifestation dans le comportement extérieur » et encourage sa poursuite. Car il serait contraire au but et à l'objet de la Convention de 1951, et en fait absurde d'exiger que des personnes s'exposent à des persécutions pour pouvoir demander une protection contre ces mêmes persécutions.

Deuxièmement, d'autres décisions de la CNDA ont ajouté un élément supplémentaire, exigeant que le groupe soit défini de manière restrictive et suffisamment identifiable¹⁹. Cette exigence semble découler d'une préoccupation générale que le motif du groupe social puisse s'étendre de manière illimitée²⁰. Toutefois, le fait qu'un large nombre de

¹⁴ Voir, c. A., CE, OFPRA, 323669, 14 juin 2010, disponible sur : <http://www.unhcr.org/refworld/docid/4fc8d9012.html>.

¹⁵ Voir c. M.H., CE, OFPRA, 323671, 14 juin 2010.

¹⁶ Conseil de l'Union européenne, 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, 19 mai 2004, 2004/83/EC (« Directive Qualification »). Les Etats membres prendront en compte l'art. 10, paragraphe 1, d) de la Directive Qualification dans l'appréciation des motifs de persécution. Aux termes de ces dispositions, un groupe est considéré comme un certain groupe social lorsque, en particulier : 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 ce groupe a son identité propre dans le pays en question parce qu'il est perçu comme étant différent par la société environnante.

¹⁷ Voir C. (Tunisie), CNDA, 634565/08015025, 7 juillet 2009.

¹⁸ Voir M.N. (Cameroun), CNDA, 09012710, 10 janvier 2010.

¹⁹ Cette exigence que le groupe soit limité a permis à la CNDA d'exclure les cas suivants de la protection accordée au titre de l'« appartenance à un certain groupe social » : des femmes afghanes qui ont pris leurs distances par rapport aux coutumes et à la société traditionnelles, *Ayoubi*, CRR, 23 novembre 1998 ; des amis de l'ancien régime en République démocratique du Congo (RDC), *Manzinga*, CRR, 20 octobre 1999 ; des membres de l'ancienne aristocratie bengalie pendant la période coloniale, *Mahmudul Haque Jewel*, CRR, 20 décembre, 1999.

²⁰ Voir *Ayoubi* CRR, 23 novembre 1998 ; *Manzinga*, CRR, 20 octobre 1999 ; *Mahmudul Haque Jewel*, CRR, 20 décembre 1999.

personnes risque la persécution ne saurait justifier un refus d’octroyer une protection internationale lorsque c’est par ailleurs approprié. Il est également important de garder à l’esprit qu’aucun des autres motifs conventionnels n’est limité par une question de dimension²¹. De plus, une définition large du groupe ne signifie pas que tous les membres du groupe seront éligibles au statut de réfugié, chaque demandeur doit également remplir les autres critères de la définition d’un réfugié, notamment avoir une crainte fondée de persécution²². Et, comme l’a noté le juge Gleeson C. J. dans la décision rendue par la Haute Cour d’Australie dans l’affaire *Khawar*, « [traduction libre] ce sont les rapports de force, et non le nombre, qui créent les conditions dans lesquelles des persécutions peuvent se produire²³ ».

La troisième différence par rapport à la pratique généralement acceptée réside dans l’exigence introduite par le Conseil d’Etat dans l’affaire *Ourbih*, en vertu de laquelle un certain groupe social doit notamment être défini par le fait que les membres du groupe sont exposés à la persécution. Cette exigence regroupe les deux éléments de la définition, le groupe ne saurait être défini uniquement en référence à la menace de persécution.

Le HCR considère que l’introduction d’éléments supplémentaires permettrait d’aller au-delà de ce qui est requis dans le cadre de l’approche de la « perception sociale » et pourrait aboutir à refuser le statut de réfugié à des personnes qui sinon y auraient droit.

Problématiques actuelles

Dans la seconde moitié de cette intervention, je voudrais aborder un certain nombre de problèmes liés à l’application du motif de l’appartenance à un certain groupe social. Comme il est dit dans les Principes directeurs du HCR, « [l]e terme appartenance à un certain groupe social devrait plutôt être compris dans un sens évolutif, ouvert à la diversité et aux changements de nature des groupes dans différentes sociétés, ainsi qu’à l’évolution des normes internationales des droits de l’Homme²⁴. »

Quatre problématiques particulières sont apparues en Europe et ailleurs concernant l’appartenance à un certain groupe social et méritent d’être approfondies dans ce forum : le genre/les femmes ; l’orientation sexuelle et l’identité de genre ; les victimes de

²¹ Principes directeurs relatifs à l’appartenance à un certain groupe social, paras 18 et 19.

²² Principes directeurs relatifs à l’appartenance à un certain groupe social, para. 17.

²³ *Minister for Immigration and Multicultural Affairs v. Khawar* (2002) 210 CLR 1, 13 [33] (Gleeson CJ) (« *Khawar* »).

²⁴ Principes directeurs relatifs à l’appartenance à un certain groupe social, para. 3.

la traite des êtres humains ; et les personnes fuyant un conflit et d'autres situations de violence.

Le genre/les femmes

La question de savoir si les « femmes » peuvent constituer un certain groupe social n'est pas nouvelle mais continue de soulever un certain nombre de problèmes juridiques. Comme l'indiquent les Principes directeurs du HCR, « 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 pays²⁵. » En d'autres termes, les femmes constituent un certain groupe social en vertu de l'une ou de l'autre approche de l'appartenance à un certain groupe social.

Certaines juridictions européennes ont explicitement inclus le genre ou le sexe dans leur législation nationale, ou les ont reconnus au travers des orientations fournies aux personnes chargées de statuer sur les dossiers. Les cas acceptés incluent ceux ayant trait aux mutilations génitales féminines, à la violence sexuelle, au mariage forcé et à la violence domestique.

Toutefois, plusieurs obstacles continuent de s'opposer à la reconnaissance des demandes liées au genre reposant sur le motif de l'appartenance à un certain groupe social. L'une des difficultés les plus courantes réside dans la réticence tant des juristes que des décideurs de catégoriser le certain groupe social concerné simplement comme « les femmes » ; pourtant, d'après la jurisprudence prédominante, cette catégorisation est possible quel que soit le test adopté. Dans la décision emblématique adoptée par la Haute Cour australienne dans l'affaire *Khawar*, le juge Gleeson C. J. a expliqué que dans ce cas, le certain groupe social pouvait simplement être caractérisé comme « les femmes » dans la mesure où « [traduction libre] dans toute société, les femmes constituent un groupe distinct et reconnaissable (...), où leurs caractéristiques et leurs attributs distinctifs existent indépendamment de la manière dont elles sont traitées, que ce soit par les hommes ou par les gouvernements. » En fait, il a ajouté que « [l]es femmes pourraient continuer à constituer un groupe social même si cette violence devait disparaître entièrement. La persécution alléguée ne définit pas le groupe²⁶. » La

²⁵ Principes directeurs sur la protection internationale : La persécution liée au genre dans le cadre de l'article 1A (2) de la Convention de 1951 et/ou son Protocole de 1967 relatifs au statut des réfugiés, para. 30.

²⁶Voir *Khawar* [35].

crédibilité représente un autre problème, en particulier dans les demandes qui invoquent le viol et la violence sexuelle, et où les déclarations des femmes sont mises en doute malgré des preuves attestant de formes généralisées ou systématiques de violences, y compris de viols pendant un conflit, perpétrées contre des femmes et/ou des filles.

L'orientation sexuelle et/ou l'identité de genre

Dans certaines juridictions européennes, l'orientation sexuelle et l'identité de genre ont été explicitement intégrées à la législation nationale, soit comme exemple d'un certain groupe social, soit comme motif indépendant d'octroi du statut de réfugié, parfois à la suite de la transposition de l'article 10 (1) (d) de la Directive Qualification, qui prévoit que « [e]n 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. »

Dans plusieurs affaires françaises relatives au mariage forcé et à l'orientation sexuelle, l'appartenance à un certain groupe social n'a pas été appliquée en tant que motif prévu par la Convention. D'après les arrêts, ce rejet est motivé par le fait qu'« il n'est pas établi que le comportement de l'intéressée a été perçu par la société comme transgressif de l'ordre social²⁷ ». Il apparaît que la jurisprudence française en est venue à exiger une attitude revendicatrice de protestation ou de transgression sociale de la part du requérant pour que celui-ci soit perçu par la société comme appartenant à un certain groupe social²⁸. Cette exigence aboutit au rejet des demandes lorsque la requérante n'a pas « cherché à manifester ostensiblement son homosexualité dans son comportement » si bien « qu'ainsi elle n'appartient pas à un ensemble de personnes circonscrit et suffisamment identifiable pour constituer un groupe social²⁹ ». D'un autre côté, les personnes qui revendiquent leur homosexualité et la manifestent de manière ostensible ont plus de chances d'être considérées comme relevant du motif du certain groupe social.

Comme il a été mentionné précédemment, les Principes directeurs du HCR sur l'appartenance à un certain groupe social n'imposent pas d'exigence de « visibilité

²⁷ Voir *Mlle M*, CRR, 531968, 29 septembre 2005 (Congo, mariage imposé).

²⁸ Voir *Mlle T*, CRR, 519803, 29 juillet 2005, dans laquelle la CRR a noté qu'il y aurait un certain groupe social (dans ce cas, les femmes refusant un mariage imposé) « dont l'attitude est regardée par tout ou partie de la société de leur pays d'origine comme transgressive à l'égard des coutumes et lois en vigueur ». Voir aussi *Mme B*, CNDA, 620881, 5 décembre 2008 ; *Mlle N*, CNDA, 574495, 2 avril 2008 ; *Mme D*, CNDA 638891, 12 mars 2009.

²⁹ Voir *Mlle G*, CNDA, 513547, 25 mars 2005.

sociale ». La détermination de la « perception sociale » consiste simplement à savoir si un groupe est « reconnaissable » ou « mis en marge » de la société d'une certaine manière³⁰.

Comme il est stipulé dans les récents *UNHCR Guidelines on International Protection No. 9: Claims to Refugee Status based on Sexual Orientation and/or Gender Identity*³¹, les demandeurs LGBTI lesbiennes, gays, bisexuels, transgenres et intersexuels qui ont dissimulé leur orientation sexuelle dans leur pays d'origine peuvent ne pas avoir connu de persécutions dans le passé. Il est possible que cette dissimulation n'ait pas été un choix volontaire et que leur comportement ait précisément été modifié pour éviter la menace d'être persécuté. Comme l'a souligné la Haute Cour d'Australie : « [traduction libre] c'est la menace d'un préjudice grave avec les conséquences qui en découlent qui constituent la conduite à caractère de persécution. Déterminer la probabilité réelle sans établir si le comportement modifié a été influencé par la menace d'un préjudice équivaut à ne pas étudier cette question correctement. » De plus, des personnes LGBTI qui ont quitté leur pays d'origine pour des raisons autres que leur orientation sexuelle et/ou ont révélé cette orientation après leur arrivée dans le pays d'asile pourraient remplir les conditions nécessaires à l'octroi du statut de réfugié si elles peuvent prouver qu'elles ont une crainte fondée d'être persécutées si elles devaient être renvoyées dans leur pays d'origine³².

Comme pour les demandes fondées sur les opinions politiques, un requérant qui déclare avoir peur d'être persécuté du fait de son orientation sexuelle n'a pas besoin de démontrer que les autorités connaissaient son orientation sexuelle avant qu'il ait quitté son pays d'origine.

De toute évidence, les décideurs se trouvent confrontés à d'autres aspects délicats dans l'examen de telles demandes, comme celui de la crédibilité. J'espère que vous trouverez les Principes directeurs récemment publiés utiles à cet égard.

Les victimes de la traite des êtres humains

Une autre question pertinente consiste à savoir si et comment les victimes avérées et potentielles de la traite des êtres humains peuvent être éligibles au statut de réfugié. Les Principes directeurs du HCR relatifs à la traite des êtres humains stipulent que « [e]n fonction du contexte, une société peut aussi considérer les personnes qui ont été victimes de

³⁰ Principes directeurs relatifs à l'appartenance à un certain groupe social, para. 7.

³¹ Principes directeurs SOGI

³² *Ibid.*

la traite des êtres humains comme un groupe reconnaissable au sein de cette société³³. » Pour déterminer si les victimes avérées ou potentielles de la traite des êtres humains sont éligibles au statut de réfugié du fait de leur appartenance à un certain groupe social, il n'est pas nécessaire que les membres de ce groupe particulier se connaissent entre eux ou qu'ils se réunissent en tant que groupe. Il faut cependant, soit qu'ils partagent une caractéristique commune autre que le risque d'être persécutés, soit qu'ils soient perçus comme un groupe par la société en général. »

Concernant les deux affaires *J.E.F. (Nigeria)* et *A.O. (Kosovo)*³⁴, la CNDA a reconnu que des victimes de la traite des êtres humains pouvaient constituer un certain groupe social au sens de la Convention de 1951, le groupe étant constitué, par exemple, de « femmes soumises à la traite des êtres humains par des réseaux de proxénétisme ». La CNDA a également affirmé que les femmes fuyant d'autres formes de persécution liée au genre comme le mariage forcé ou les mutilations génitales féminines pouvaient relever de la catégorie du « groupe social particulier » et être éligibles à une protection au titre de la Convention de 1951.

Dans de nombreuses demandes d'asile relatives à des persécutions liées au genre, y compris des demandes liées à la traite des êtres humains, le groupe social particulier pourrait être défini simplement comme « les femmes » ou « les femmes originaires de [nom du pays] ». Cette approche a été largement acceptée par plusieurs juridictions, notamment en Belgique, en Allemagne, en Espagne, en Autriche, en Suisse et au Royaume-Uni³⁵.

³³ Principes directeurs relatifs à la traite des êtres humains, para. 39.

³⁴ Voir *J.E.F. (Nigeria)* CNDA, 10012810, 29 avril 2011 et *A.O. (Kosovo)*, CNDA, 11017758, 15 mars 2012.

³⁵ Dans les affaires impliquant des demandes liées au genre déposées par des femmes, l'approche générale adoptée en Belgique semble être soit d'affirmer simplement l'appartenance au certain groupe social des « femmes », soit de citer l'évolution de la catégorie du certain groupe social dans la jurisprudence en référence à *Ward and Shah*, ainsi qu'à la Directive Qualification, de considérer qu'il est donc reconnu que le sexe peut être constitutif d'un certain groupe social, puis de conclure que la requérante est menacée en raison de son appartenance au groupe des « femmes ». La Haute Cour autrichienne de l'asile a estimé qu'en général, un groupe social était constitué par des caractéristiques dont découlait la disposition de la personne, comme le sexe. Les femmes, par exemple, représentent un « certain groupe social » au sens de la Convention de Genève relative aux réfugiés (cf. Köfner / Nicolaus, *Principles of asylum law in the Federal Republic of Germany*, II, 456). En tout état de cause, la requérante était exposée à un risque de persécution en raison de son appartenance à un certain groupe social (le groupe des femmes âgées seules et sans aucun soutien social en Iraq). En Espagne, dans plusieurs décisions portant sur les mutilations génitales féminines et le mariage forcé, le genre a aussi été reconnu comme un certain groupe social par le Tribunal Supremo (Cour suprême). Voir, par exemple, 2781/2009 (11 mai 2009) ; 5931/2006 ; 735/2003 ; 1836/2002 ; 3428/2002 et 3930/2002. Dans STS 5931/2006 (6 octobre

Les victimes de la traite des êtres humains ayant pu échapper à l'emprise de leurs trafiquants (y compris celles ayant été libérées par une action des forces de l'ordre), qui se trouveraient ou dans le pays d'origine ou dans un Etat étranger et qui pourraient rester redevables de « dettes » non épurées à l'égard de ces réseaux de trafiquants, pourraient constituer un groupe reconnaissable. Leur expérience passée, y compris le fait d'avoir été exploitées et/ou d'avoir échappé à leurs trafiquants, pourrait les mettre en marge de la société. En effet, dans ces réseaux de grande criminalité, le refus de ces femmes de se soumettre et de rembourser ce qui est perçu comme des dettes porte atteinte à l'hégémonie et au contrôle des trafiquants, et de fait, ce comportement les singularise. La CNDA a clairement reconnu ce risque en identifiant « les femmes qui ont été contraintes de se prostituer et qui se sont échappées de leurs proxénètes/trafiquants » comme constituant un certain groupe social au sens de la Convention de 1951. Le HCR se félicite de cette évolution de la jurisprudence française.

Les conflits et autres situations de violence

Il existe un danger, en particulier concernant la protection des personnes fuyant un conflit armé ou d'autres situations de violence, que la protection subsidiaire soit accordée en lieu et place de la protection prévue pour les réfugiés, malgré le fait que beaucoup soient des réfugiés. Comme le montre l'étude menée par le HCR en 2011 « Safe at Last », il existe de profondes différences dans la pratique des Etats membres de l'UE quant à l'octroi de la protection réservée aux réfugiés aux personnes fuyant un conflit armé ou une situation analogue à un conflit, comme en Somalie, en Iraq ou en Afghanistan. Toutefois, pendant les négociations sur la Directive Qualification, la portée de l'article 15 (c) a été réduite. La référence aux situations de violations systématiques et généralisées des droits de l'homme a été supprimée et une terminologie plus vague a été adoptée. Lorsque le texte final a été approuvé, le HCR a souligné que le considérant 26³⁶ et le terme « individuelles » à l'article 15 (c) pouvaient s'avérer difficiles à interpréter, à la lumière de l'objectif consistant à répondre aux besoins de protection apparaissant dans le contexte d'une violence « indiscriminée ». Le HCR a demandé aux Etats membres de ne pas adopter une interprétation minimaliste des dispositions de la Directive relatives à la protection subsidiaire^{37 38}.

2006) le Tribunal a déclaré que la persécution fondée sur le sexe équivalait indéniablement à une persécution sociale, citant SSTS (31 mai 2005) déc. no. 1836/2002.

³⁶ Le considérant 26 stipule : « Les risques auxquels la population d'un pays ou une partie de la population est généralement exposée ne constituent normalement pas en eux-mêmes des menaces individuelles à qualifier d'atteintes graves ».

³⁷ Voir 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

Le HCR est d'avis que correctement interprétée, la Convention de 1951 s'applique à de nombreuses personnes fuyant un conflit armé ou d'autres situations de violence. La Convention de 1951 ne fait aucune distinction entre les personnes fuyant des situations en temps de paix ou en temps de guerre. Rien dans sa formulation n'empêche qu'elle ne soit appliquée aux personnes fuyant un conflit armé ou d'autres situations de violence. En outre, il convient de garder à l'esprit que de nombreux conflits plongent leurs racines dans des différences ethniques, religieuses ou politiques, et que les effets directs et/ou indirects de la violence diffèrent en fonction de considérations d'ordre ethnique, religieux, politique, social, économique ou liées au genre. Si dans les situations de conflit contemporaines, la violence peut souvent sembler indiscriminée, elle revêt en fait un caractère discriminatoire dans ses causes, sa nature ou ses répercussions. Par conséquent, les personnes fuyant de telles situations peuvent tout à fait remplir les conditions nécessaires à l'octroi du statut de réfugié. Le HCR a récemment organisé une réunion d'experts à Cape Town, en Afrique du Sud, où ces aspects ont été débattus de manière plus approfondie, et nous avons l'intention de publier des principes directeurs sur ce sujet en 2013.

Conclusion

Comme le montre cette présentation, la beauté du droit des réfugiés réside dans son dynamisme et son adaptabilité aux réalités toujours changeantes du terrain. Le motif de l'appartenance à un certain groupe social en est un reflet particulier, qui permet une véritable évolution de la réflexion. En effet, à l'heure où nous célébrons le 60^e anniversaire de la Cour nationale du droit d'asile, rendre hommage à cette caractéristique de la Convention équivaut à rendre hommage à l'inspiration de ses auteurs lorsqu'ils ont rédigé cet instrument au lendemain de la Seconde Guerre mondiale. Je vous remercie de votre attention.

besoin d'une protection internationale, et relatives au contenu de ces statuts, 28 janvier 2005, Commentaire relatif au considérant 26) et à l'article 15 (c), disponible sur : <http://www.unhcr.org/refworld/category,LEGAL,,COMMENTARY,,44ca0d504,0.html>.

³⁸ Voir, UNHCR Statement on Subsidiary Protection Under the EC Qualification Directive for People Threatened by Indiscriminate Violence, UN High Commissioner for Refugees, janvier 2008.