
Les victimes de persécutions de genre, de « nouveaux » réfugiés ? Réflexion sur l'étendue de la mobilisation du motif du groupe social

*Are Victims of Gender-Based Persecution "New" Refugees? A Critical Appraisal
of the Extent of the Use of the Grounds of Social Grouping*

Alexandra Korsakoff



Édition électronique

URL : <http://journals.openedition.org/crdf/1206>
DOI : 10.4000/crdf.1206
ISSN : 2264-1246

Éditeur

Presses universitaires de Caen

Édition imprimée

Date de publication : 1 novembre 2015
Pagination : 77-88
ISBN : 978-2-84133-742-2
ISSN : 1634-8842

Référence électronique

Alexandra Korsakoff, « Les victimes de persécutions de genre, de « nouveaux » réfugiés ? Réflexion sur l'étendue de la mobilisation du motif du groupe social », *Cahiers de la recherche sur les droits fondamentaux* [En ligne], 13 | 2015, mis en ligne le 01 novembre 2016, consulté le 11 février 2020.
URL : <http://journals.openedition.org/crdf/1206> ; DOI : 10.4000/crdf.1206

Cahiers de la recherche sur les droits fondamentaux

Les victimes de persécutions de genre, de « nouveaux » réfugiés ? Réflexion sur l'étendue de la mobilisation du motif du groupe social

Alexandra KORSAKOFF

Doctorante en droit public, allocataire de recherche à l'université de Caen Normandie

Centre de recherche sur les droits fondamentaux et les évolutions du droit (CRDFED, EA 2132)

-
- I. Les contours du motif de l'« appartenance à un certain groupe social »
 - A. La notion d'un « certain groupe social » : définition
 - B. De l'établissement de l'appartenance audit groupe

 - II. Une manipulation restrictive de la notion de « groupe social » :
limite à la prise en compte des persécutions de genre
 - A. Quelles caractéristiques partagées ?
 - B. De la visibilité à la stigmatisation : un perçu social dénaturé

Le HCEfh [Haut Conseil à l'égalité entre les hommes et les femmes] observe que bien que le présent projet de loi ait notamment pour objet d'adapter le droit français aux dispositions communautaires en matière d'asile, les références aux directives « accueil », « procédure » et « qualification » demeurent à la fois limitées et peu explicites. En particulier, [...] la référence à la possibilité pour le genre de constituer un motif d'appartenance à un groupe social au sens de la Convention de Genève explicitée par les textes communautaires [...] [n'est pas reprise] dans le projet de loi¹.

Dans son récent avis sur le projet de loi n° 2182 relatif à la réforme de l'asile, le HCEfh dénonce avec fermeté

l'inertie des pouvoirs publics concernant la prise en compte du genre dans l'octroi du statut de réfugié. Il est vrai que la Convention du Conseil de l'Europe sur la prévention et la lutte contre la violence à l'égard des femmes et la violence domestique du 12 avril 2011 était porteuse d'espoir. En procédant à sa ratification², les autorités françaises se sont engagées à édicter des normes visant à assurer une « lecture genrée » des règles de fond et de procédure applicables à la délivrance d'une protection internationale³. En tout état de cause, la « grande réforme de l'asile » lancée par Manuel Valls le 15 juillet 2013 n'entendait pas viser ce résultat, et ce malgré une concertation nationale préalable ayant placé cette problématique au cœur de l'agenda⁴.

1. HCEfh, avis n° 2014-1119-INT-014, 19 novembre 2014.

2. Ladite convention fut signée par les autorités françaises le 11 mai 2011, et ratifiée le 4 juillet 2014. Elle est entrée en vigueur le 1^{er} août 2014.

3. Voir son article 60, intitulé « Demandes d'asile fondées sur le genre ».

4. Les problématiques relatives au genre, révélées par de nombreuses contributions à cette concertation, ont été introduites dans le débat parlementaire grâce au rapport d'information de la délégation de l'Assemblée nationale aux droits des femmes et à l'égalité des chances entre les hommes et les femmes, déposé par M^{me} la députée Maud Olivier le 19 novembre 2014. Cette dernière est d'ailleurs intervenue, au nom de la délégation, lors de la première séance des débats à l'Assemblée le 9 décembre 2014, pour sensibiliser les députés à ces questions.

Qu'est-ce qu'une « persécution liée au genre » exactement ? La notion renvoie à l'hypothèse dans laquelle le genre intervient dans la survenance d'une atteinte particulièrement grave aux droits fondamentaux⁵. Or, le genre peut être défini comme « un système de bicatégorisation hiérarchisée entre les sexes (hommes / femmes) et entre les valeurs et représentations qui leur sont associées (masculin / féminin) »⁶. Il s'agit donc des cas de figure dans lesquels ce système de catégorisation a un impact dans la survenance de la persécution : soit parce que le requérant ne rentre dans aucune des deux catégories précitées, que ce soit volontaire (hypothèse du transsexualisme) ou non (hermaphrodisme) ; soit parce que lui sont assignés un statut social et des rôles spécifiques en vertu de cette catégorisation (ce qui inclut tous les comportements attendus d'un individu au regard de l'identité sexuelle qui lui est imputée, dont les préférences sexuelles).

La « persécution liée au genre » recouvre deux réalités⁷. Nous pouvons distinguer en son sein les « persécutions de genre » des « persécutions genrées », suivant la nature de l'influence du genre sur la persécution. Dans la première hypothèse, le genre impacte le fond de la persécution, c'est-à-dire qu'il en constitue son motif. Il s'agit par exemple d'une personne homosexuelle condamnée à mort en raison de son orientation sexuelle. La seconde hypothèse renvoie aux persécutions dont seule la forme est déterminée par le genre. Imaginons un couple d'opposants politiques, dont la femme serait violée et l'homme frappé en représailles de leur militantisme. Alors que le motif de persécution est identique dans les deux cas de figure (les opinions politiques), sa forme varie suivant le sexe imputé à la victime. Il convient de souligner que si ces deux volets de la « persécution liée au genre » sont distincts, ils n'apparaissent pas nécessairement exclusifs l'un de l'autre. Certaines persécutions peuvent à la fois être labellisées « de genre » et « genrées », à l'image des mutilations génitales féminines, dont le genre constitue le motif et détermine la forme de la persécution.

Cette distinction entre « persécutions de genre » et « persécutions genrées » apparaît primordiale pour

comprendre les difficultés d'accès au statut de réfugié. Rappelons que l'article L. 711-1 du Code de l'entrée et du séjour des étrangers et du droit d'asile (CESEDA) régit les différents régimes d'accès audit statut en France. Il introduit notamment la définition posée par la Convention de Genève du 28 juillet 1951 relative au statut de réfugié⁸, laquelle constitue à ce jour le canal privilégié pour l'octroi du statut. La figure conventionnelle du réfugié est définie dans les termes suivants. Il s'agit de toute personne

[...] qui craignant avec raison d'être persécutée du fait de sa race, de sa religion, de sa nationalité, de son appartenance à un certain groupe social ou de ses opinions politiques, se trouve hors du pays dont elle a la nationalité et qui ne peut ou, du fait de cette crainte, ne veut se réclamer de la protection de ce pays⁹.

Dès les années 1980, cette stipulation fait l'objet de vives critiques de la part de nombreuses théoriciennes féministes du droit anglo-saxonnes¹⁰. Selon elles, en restant aveugle au sexe, la définition du réfugié exclut les femmes du bénéfice de la protection internationale. Depuis, la rhétorique a quelque peu évolué, à l'image des développements réalisés en droit international : la problématique de l'intégration des femmes a été supplantée par celle du genre, afin d'y adjoindre les questions relatives à l'orientation sexuelle et l'identité sexuelle au sens large. La critique peut donc être renouvelée en ces termes : la cécité de la Convention aux problématiques de genre conduit-elle à évincer les persécutions liées au genre de son champ d'application ? Si les persécutions genrées n'apparaissent, par principe, pas exclues de la Convention de Genève, l'assertion semble moins évidente en ce qui concerne les persécutions de genre. L'omission du genre parmi les cinq motifs de persécution retenus rendrait *a priori* compte de cette exclusion.

Pendant, ni le Parlement européen, ni le Haut-Commissariat aux réfugiés (HCR)¹¹, ne parviennent à cette conclusion. Dès le milieu des années 1980, ils intègrent tous deux les persécutions liées au genre, y compris celles motivées par le genre, dans le champ de la Convention de

5. Le Haut-Commissariat des Nations unies pour les réfugiés définit la persécution comme une atteinte grave à un droit fondamental (HCR, *Guide des procédures et critères à appliquer pour déterminer le statut de réfugié au regard de la Convention de 1951 et du Protocole de 1967 relatifs au statut des réfugiés*, 1979 [réédité à Genève en janvier 1992], HCR/1P/4/FRE/REV.1, § 51). La Cour de justice de l'Union européenne (CJUE) est venue préciser qu'il s'agit d'une atteinte à un droit fondamental circonscrit à l'article 15, § 2, de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales (CJUE, GC, 5 septembre 2012, *Y. et Z.*, aff. C-71/11 et C-99/11, pt 61).
6. L. Bereni, S. Chauvin, A. Jaunait, A. Revillard, *Introduction aux études sur le genre*, 2^e éd., Bruxelles, De Boeck, 2012, p. 10.
7. Distinction introduite pour la première fois dans A. Macklin, « Refugee Women and the Imperative of Categories », *Human Rights Quarterly*, vol. 17, n° 2, 1995, p. 213-277, spéc. p. 258-259.
8. Convention ratifiée par la France le 23 juillet 1954 (ci-après « Convention de Genève »).
9. Définition posée à l'article 1.A.2 de la Convention de Genève.
10. Pour un aperçu non exhaustif, lire D. Indra, « Gender: A Key Dimension of the Refugee Experience », *Refuge*, vol. 6, n° 3, 1987, p. 3-4 ; J. Greatbatch, « The Gender Difference: Feminist Critiques of Refugee Discourse », *International Journal of Refugee Law*, vol. 1, n° 4, 1989, p. 518-527 ; M. Mulligan, « Obtaining Political Asylum: Classifying Rape as a Well-Founded Fear of Persecution on Account of Political Opinion », *Boston College Third World Law Journal*, vol. 10, n° 2, 1990, p. 355-380 ; J. R. Castel, « Rape, Sexual Assault and the Meaning of Persecution », *International Journal of Refugee Law*, vol. 4, n° 1, 1992, p. 39-56 ; N. Kelly, « Gender-Related Persecution: Assessing the Asylum Claims of Women », *Cornell International Law Journal*, vol. 26, n° 3, 1993, p. 625-674 ; L. Cipriani, « Gender and Persecution: Protecting Women under International Refugee Law », *Georgetown Immigration Law Journal*, vol. 7, n° 3, 1993, p. 511-548.
11. Le HCR est l'organe en charge du contrôle de l'application de la Convention de Genève. Cette mission de contrôle résulte de la résolution n° 428 (V) de l'Assemblée générale des Nations unies en date du 14 décembre 1950 (portant statut du HCR).

Genève¹². Quelques années plus tard, nombre d'experts, réunis à l'occasion d'une table ronde organisée par le HCR et l'Institut international de droit humanitaire de San Remo en septembre 2001, justifient la position en ces termes :

Le texte, l'objet et le but de la Convention sur les réfugiés nécessitent une interprétation prenant en compte le genre et sensible à cet aspect. Dès lors, il serait inutile d'ajouter un motif supplémentaire à la définition de la Convention¹³.

C'est donc sur le fondement d'une interprétation téléologique, prescrite par le droit des traités¹⁴, que se développe cette lecture extensive de la Convention. Parce que le premier alinéa de son préambule se réfère expressément à la Déclaration universelle des droits de l'homme du 10 décembre 1948, la Convention de Genève a pour objet d'assurer la jouissance des droits et libertés¹⁵. En d'autres termes, son interprétation doit veiller à assurer l'exercice, le plus large possible et sans distinction, des droits humains. Or si la rédaction de la Convention de Genève s'inscrit dans une atmosphère hostile à la prise en compte des violences de genre¹⁶, le contexte juridique évolue dès les années 1970. Les atteintes aux droits perpétrées en raison de l'identité et de l'orientation sexuelles des victimes sont progressivement prohibées en droit international. Dans la mesure où « tout instrument international doit être interprété et appliqué dans le cadre de l'ensemble du système juridique en vigueur au moment où l'interprétation a lieu »¹⁷, les instances internationales en déduisent que le droit des réfugiés ne peut désormais plus

ignorer les atteintes au droit réalisées sur le fondement du genre. L'intégration des persécutions de genre dans le champ de la Convention de Genève serait donc exigée par le droit des traités.

S'ensuit une abondante publication de documents à destination des États parties¹⁸. Est alors promu l'art de l'herméneutique, comme substitut à une modification difficilement envisageable de la Convention¹⁹ : les motifs conventionnels de persécution doivent être interprétés dans une perspective de genre afin de pouvoir offrir le statut de réfugié aux individus craignant des persécutions motivées par le genre. À l'origine, le HCR identifie seulement le motif de l'« appartenance à un certain groupe social » comme pertinent pour se faire. Mais il étend par la suite cette interprétation aux motifs religieux et aux opinions politiques²⁰.

Malgré leur caractère non contraignant²¹, les recommandations du HCR ont fortement influencé la pratique française. Une brèche s'ouvre pour la première fois en 1991 à l'initiative de la Commission des recours des réfugiés (CRR). Dans sa célèbre décision *Diop Aminata*, la CRR accepte d'examiner pour la première fois les craintes de persécution alléguées par une requérante fuyant la pratique de l'excision²². Bien qu'elle ne précise à l'époque pas quel motif aurait été applicable si elle avait conclu à la crédibilité des craintes, la doctrine a largement interprété cet arrêt comme la prémisse de la mobilisation du motif de l'« appartenance à un certain groupe social » dans le cadre du contentieux des persécutions de genre. Depuis lors, le phénomène s'est largement amplifié, mais aussi diversifié.

12. En ce sens, lire les conclusions n° 39 (XXXVI) du Comité exécutif du HCR du 18 octobre 1985, *Les femmes réfugiées et la protection internationale*. Une telle lecture avait été défendue un an plus tôt par le Parlement européen (*Resolution on the Application of the Geneva Convention Relating to the Status of Refugees*, 13 avril 1984, OJ C 127, § 1-2).
13. Voir « 5.2. Relevé des conclusions : la persécution liée au genre », in *La protection des réfugiés en droit international*, E. Feller, V. Türk, F. Nicholson (dir.), Bruxelles, Larcier, 2008, p. 397.
14. Rappelons que l'article 31.1 de la Convention de Vienne du 23 mai 1969 stipule que tout « traité doit être interprété de bonne foi suivant le sens ordinaire à attribuer aux termes du traité dans leur contexte et à la lumière de son objet et de son but ».
15. Pour un examen plus approfondi des buts assignés à la Convention, lire J. McAdam, « Interpretation of the 1951 Convention », in *The 1951 Convention Relating to the Status of Refugees and its 1967 Protocol. A Commentary*, A. Zimmermann (dir.), Oxford, Oxford University Press, 2011, p. 75-115, spéc. p. 91-93, § 41-50.
16. Les travaux préparatoires sont éloquentes sur ce point. À l'époque, les participants considèrent qu'il est vraiment peu probable « que l'on puisse envisager des cas de persécutions en raison du sexe » (UN Conference of Plenipotentiaries on the Status of Refugees and Stateless Persons, *Conférence de plénipotentiaires sur le statut des réfugiés et des apatrides : compte rendu analytique de la troisième séance, tenue au Palais des Nations, à Genève le mercredi 4 juillet 1951, à 10 heures 30*, 19 novembre 1951, A/CONF.2/SR.5, en ligne : <http://www.refworld.org/docid/3ae68cd614.html>).
17. Cour internationale de justice (CIJ), *Conséquences juridiques pour les États de la présence continue de l'Afrique du Sud en Namibie (Sud-Ouest africain) nonobstant la résolution 276 (1970) du Conseil de Sécurité*, avis consultatif, *Recueil*, 1971, p. 16-66, spéc. p. 31, § 53. Ce principe fait écho à l'article 31.3.c de la Convention de Vienne du 23 mai 1969.
18. Nous noterons notamment les publications du HCR suivantes : *Principes directeurs sur la protection internationale n° 1. La persécution liée au genre dans le cadre de l'article 1A (2) de la Convention de 1951 et/ou son Protocole de 1967 relatifs au statut des réfugiés*, Genève, 8 juillet 2008 ; *Principes directeurs sur la protection internationale n° 7. Application de l'article 1A (2) de la Convention de 1951 et/ou du Protocole de 1967 relatifs au statut des réfugiés aux victimes de la traite et aux personnes risquant d'être victimes de la traite*, Genève, 7 avril 2006 ; *Note d'orientation sur les demandes d'asile relatives aux mutilations génitales féminines*, Genève, mai 2009 ; *Note d'orientation sur les demandes de reconnaissance du statut de réfugié relatives à l'orientation sexuelle et à l'identité de genre*, Genève, novembre 2008 ; *Note du HCR sur les demandes de reconnaissance du statut de réfugié fondées sur des lois ou des politiques coercitives de planification familiale*, Genève, août 2005.
19. Les conclusions de la table ronde d'experts organisée à San Remo du 6 au 8 septembre 2001 sont éloquentes sur ce point. Lire « 5.2. Relevé des conclusions : la persécution liée au genre ».
20. HCR, *Principes directeurs sur la protection internationale n° 1...*, § 25 et 32. Les motifs « raciaux » et nationaux sont uniquement mobilisés pour appréhender les persécutions genrées, et non de genre (*ibid.*, § 23, 24 et 27).
21. W. Kälin, « La surveillance de la convention de 1951 relative au statut des réfugiés : article 35 et autres mécanismes de suivi », in *La protection des réfugiés en droit international*, p. 685-741, spéc. p. 698-699.
22. CRR, 17 juillet 1991, *Diop Aminata*, n° 164078.

Le motif du groupe social n'est plus le seul mobilisé par les juridictions pour appréhender les persécutions de genre²³. Force est de constater qu'il en demeure cependant le canal essentiel et privilégié²⁴, un phénomène que le HCR déplore par ailleurs²⁵.

L'intégration des persécutions de genre dans le champ de la Convention de Genève procède donc, en France, d'une construction prétorienne de la juridiction administrative. La « grande réforme de l'asile » lancée par le gouvernement le 15 juillet 2013 constituait une opportunité unique pour entériner une telle lecture dans la loi. Si le projet de loi n'y faisait aucune allusion, les parlementaires vont toutefois réintroduire la question dans les débats²⁶. C'est ainsi que la loi adoptée en dernière lecture par l'Assemblée nationale consacre l'éligibilité des persécutions de genre au titre du statut de réfugié²⁷. Depuis le 31 juillet 2015, date de son entrée en vigueur, le CESEDA comprend un nouvel article L. 711-2, rédigé dans les termes suivants :

S'agissant des motifs de persécution, les aspects liés au genre et à l'orientation sexuelle sont dûment pris en considération aux fins de la reconnaissance de l'appartenance à un certain groupe social ou de l'identification d'une caractéristique d'un tel groupe [...].

Force est de constater ici que le législateur s'est simplement contenté du minimum imposé par le droit de l'Union européenne (UE)²⁸ : à ce jour, la loi promeut l'unique recours au motif de l'appartenance à un certain groupe social pour appréhender les persécutions de genre, et non le recours à l'ensemble des cinq motifs conventionnels de persécutions.

Nous nous attacherons dans un premier temps à revenir sur la définition du motif de l'« appartenance à un certain groupe social » développée par les juridictions françaises (I), pour dans un second temps, évaluer

l'étendue de son champ d'application dans le cadre du contentieux des persécutions de genre (II).

I. Les contours du motif de l'« appartenance à un certain groupe social »

Initialement cantonné à sa conception historique liée à la guerre froide²⁹, le motif de l'« appartenance à un certain groupe social » n'est systématisé en France qu'à partir des années 1990 : une première définition du « groupe social » apparaît (A), et l'établissement de l'appartenance audit groupe précisé (B).

A. La notion d'un « certain groupe social » : définition

Traditionnellement, la notion fait l'objet de deux interprétations majeures sur la scène internationale³⁰. Selon une première approche, celle des caractéristiques protégées, un groupe social est un groupe dont les membres partagent une caractéristique fondamentale. La seconde, connue comme la « théorie de la perception sociale », est indifférente à la nature de la caractéristique partagée par les membres. L'élément déterminant est la visibilité dont ce groupe fait l'objet dans la société d'origine. Il doit donc être identifié comme un groupe à part au sein de cette dernière. Le HCR a eu l'occasion de confirmer la validité juridique des deux définitions à l'occasion de la publication de ses principes directeurs n° 2 en 2002³¹.

Laquelle est donc retenue par les juridictions françaises ? Il faut attendre le 23 juin 1997 pour que le Conseil d'État fournisse un premier élément de réponse. Dans son

23. Pour un aperçu de la mobilisation des autres motifs conventionnels, lire A. Korsakoff, « La Convention de Genève revisitée : vers une définition genrée de la persécution », in *La loi et le genre : études critiques de droit français*, S. Hennette-Vauchez, M. Pichard, D. Roman (dir.), Paris, CNRS éd., 2014, p. 733-751.
24. Ce phénomène est par ailleurs constaté dans la majorité des États européens. Lire H. Crawley, T. Lester, *Comparative Analysis of Gender-Related Persecution in National Asylum Legislation and Practice in Europe*, HCR, mai 2004, en ligne : <http://www.unhcr.org/40c071354.html>; Asylum Aid (Grande-Bretagne), Comisión española de ayuda al refugiado (Espagne), France terre d'asile (France), Consiglio italiano per i rifugiati (Italie), The Hungarian Helsinki Committee (Hongrie), *Gender-Related Asylum Claims in Europe: Comparative Analysis of Law, Policies and Practice Focusing on Women in Nine EU Member States*, mai 2012, en ligne : <http://www.refworld.org/docid/4fc74d342.html>.
25. Le HCR défend désormais l'idée que : « L'interprétation de ce motif [appartenance à un certain groupe social] ne saurait rendre superflus les [...] autres motifs de la Convention » (HCR, *Principes directeurs sur la protection internationale n° 1...*, § 28).
26. En ce sens, cinq amendements déposés en première lecture à l'Assemblée nationale tentent d'entériner l'éligibilité des persécutions de genre au statut de réfugié. Deux sont déposés par le député Sergio Coronado, membre de l'Union des démocrates indépendants (amendements n° 46 et n° 114). Trois autres sont déposés par la députée socialiste Maud Olivier (amendements n° 278, n° 285 et n° 290).
27. Loi n° 2015-925 du 29 juillet 2015 relative à la réforme du droit d'asile, *JORF*, n° 0174, 30 juillet 2015, p. 12977.
28. Il s'agit d'une transposition, mot pour mot, de l'article 10, § 1, d, de la directive 2011/95/UE du Parlement européen et du Conseil du 13 décembre 2011 concernant les normes relatives aux conditions que doivent remplir les ressortissants des pays tiers ou les apatrides pour pouvoir bénéficier d'une protection internationale, à un statut uniforme pour les réfugiés ou les personnes pouvant bénéficier de la protection subsidiaire, et au contenu de cette protection (directive « Qualification », refonte).
29. Tendait à protéger le statut socio-économique des requérants : membre d'une famille ayant appartenu aux forces armées d'un régime politique déchu (CRR, 20 décembre 1985, n° 28154) ; appartenance à la classe bourgeoise (CRR, 24 septembre 1984, n° 223949 [Roumanie] ; CRR, 5 décembre 1985, n° 30819 [Cambodge] ; CRR, 6 février 1986, n° 21207 [Laos] ; CRR, 18 mars 1988, n° 70741 [Chine] ; CRR, 22 avril 1988, n° 37156 [Vietnam]) ; membre d'une famille capitaliste (CRR, 25 février 1987, n° 20895).
30. A. Aleinikoff, « Caractéristiques protégées et perceptions sociales : analyse de la signification de l'expression « appartenance à un certain groupe social » », in *La protection des réfugiés en droit international*, p. 303-355.
31. HCR, *Guidelines on International Protection n° 2: « Membership of a Particular Social Group » within the Context of Article 1A (2) of the 1951 Convention and/or its 1967 Protocol Relating to the Status of Refugees*, Genève, 7 mai 2002, § 11 (la publication en français n'intervient qu'en 2008).

célèbre arrêt *Ourbih*, un « certain groupe social » est alors défini comme « un groupe dont les membres seraient, en raison des caractéristiques communes qui les définissent aux yeux des autorités et de la société [...], susceptibles d'être exposés à des persécutions »³². En d'autres termes, peu importe la nature de la caractéristique partagée par les membres du groupe. L'essentiel réside dans sa visibilité sociale, laquelle doit se matérialiser par un risque commun de persécution. Sans équivoque, cet arrêt consacre la théorie de la perception sociale.

Cependant, parce que la question de l'asile intègre le premier pilier de l'UE à la suite de l'entrée en vigueur du traité d'Amsterdam le 1^{er} mai 1999, cette interprétation a dû évoluer pour s'adapter au droit de l'Union. En effet, ce changement de cadre juridique induit la possibilité de réglementer la matière au niveau communautaire, par le biais d'instruments juridiquement contraignants. Cela ne se concrétise toutefois qu'en 2004, avec l'adoption de la directive 2004/83/CE, plus connue sous le nom de directive « Qualification »³³. Cette dernière propose une nouvelle définition de ce que recouvre un « certain groupe social », subordonnée à l'existence de deux conditions cumulatives :

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 environnante³⁴.

En d'autres termes, la directive 2004/83/CE embrasse une conception relativement restrictive de la notion, car cumulant les approches des caractéristiques protégées et de la perception sociale. Un groupe social, au sens du droit de l'UE, est un groupe dont les membres partagent une caractéristique fondamentale qui leur confère une certaine visibilité sociale.

Le Conseil d'État a quelque peu tardé à entériner cette définition. Ce n'est que par deux arrêts en date du 14 juin 2010³⁵, soit six ans plus tard, qu'il consacre officiellement le revirement, par le biais d'un considérant de principe

faisant référence à la définition européenne. Cependant, on constate un retour à la jurisprudence *Ourbih* dès 2012.

On a tout d'abord cru voir le Conseil d'État se départir du cumul des deux théories, en invoquant le principe communautaire de la norme la plus favorable. En effet, par deux arrêts d'Assemblée du 21 décembre 2012, la haute juridiction pose dans un considérant de principe un caractère alternatif, et non plus cumulatif, des deux conditions posées dans la définition européenne du groupe social³⁶. La lettre de l'arrêt définit alors la notion, soit comme un groupe dont les membres partagent une caractéristique fondamentale, soit comme un groupe identifié comme différent dans la société d'origine. On aurait donc pu penser que le Conseil d'État rejoignait la lecture opérée par le HCR en consacrant la coexistence de deux définitions alternatives du groupe social, l'une répondant à la théorie des caractéristiques protégées, et l'autre à celle de la perception sociale³⁷. Rien n'y fait obstacle, pas même le droit de l'UE. Rappelons en effet que l'article 3 des directives 2004/83/CE et 2011/95/UE autorise les États membres à adopter des normes plus favorables que celles contenues dans la directive, à la condition qu'elles lui restent compatibles. À ce titre, les juridictions anglo-saxonnes sont déjà parvenues à la conclusion selon laquelle le principe de la norme la plus favorable les autorise à transformer le caractère cumulatif des deux conditions permettant d'identifier un groupe social en caractère alternatif³⁸. Le Conseil d'État en aurait-il fait de même ? Si l'énoncé même du considérant de principe, d'ailleurs systématiquement réitéré depuis lors³⁹, pousserait à acquiescer à cette proposition, la réalité apparaîtrait tout autre.

Le Conseil d'État conclut en effet systématiquement à une erreur de droit lorsque la Cour nationale du droit d'asile (CNDA) ne recherche pas activement l'existence d'une visibilité sociale⁴⁰. En tout état de cause, il refuse de consacrer une définition du groupe social répondant à la seule théorie des caractéristiques protégées. Qui plus est, il tend à l'évincer totalement de son analyse. Ainsi élude-t-il toute référence au caractère fondamental de la caractéristique partagée par les membres du groupe dans son arrêt du 27 juillet 2012 :

[...] le groupe social, au sens des dispositions précitées, n'est pas institué par ceux qui le composent, ni même du

32. CE, SSR, 23 juin 1997, *Ourbih*, n° 171858.

33. 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 (aujourd'hui remplacée par la directive 2011/95/UE précitée).

34. Art. 10, § 1, d, des directives 2004/83/CE et 2011/95/UE.

35. CE, 14 juin 2010, *Akhindi*, n° 323669; CE, 14 juin 2010, *Habibi*, n° 323671.

36. CE, Ass., 21 décembre 2012, *Darbo-Fofana*, n° 332491; CE, Ass., 21 décembre 2012, *Fofana*, n° 332492. Dans ces deux arrêts, le Conseil d'État substitue un « ou » au « et », reliant les deux conditions nécessaires à l'identification d'un groupe social au sens du droit de l'UE.

37. HCR, *Principes directeurs sur la protection internationale* n° 2 : « L'appartenance à un certain groupe social » dans le cadre de l'article 1A (2) de la *Convention de 1951 et/ou son Protocole de 1967 relatifs au statut des réfugiés*, Genève, 8 juillet 2008, § 11.

38. Voir en ce sens la décision de la Chambre des Lords, *Fornah v. Secretary of State for the Home Department*, du 18 octobre 2006.

39. Tous les arrêts ultérieurs du Conseil d'État maniant la notion de groupe social posent ce caractère alternatif : CE, 20 mars 2013, n° 339186; CE, 12 juin 2013, n° 354568; CE, 26 juin 2013, n° 346458; CE, 25 juillet 2013, n° 356486; CE, 25 juillet 2013, n° 350661; CE, avis, 20 novembre 2013, n° 368676; CE, 30 décembre 2014, n° 367428; CE, 30 décembre 2014, n° 367429.

40. CE, 20 mars 2013, n° 339186; CE, sect., 25 juillet 2013, *OFPRA*, n° 350661.

fait de l'existence objective de caractéristiques qu'on leur prête mais par le regard que portent sur ces personnes la société environnante ou les institutions⁴¹.

Manifestement, la jurisprudence développée depuis 2012 malmène le droit de l'Union. Ce dernier permet aux États parties de retenir un caractère cumulatif ou alternatif (en invoquant le principe de la norme la plus favorable) des deux théories permettant de circonscrire un groupe social. Il ne permet cependant pas de n'en retenir qu'une seule. Or, en se « cachant » derrière un prétendu caractère alternatif, le Conseil d'État tend ostensiblement à ne retenir, de nouveau, que l'unique condition de la visibilité sociale pour identifier les groupes sociaux. En tout état de cause, si le considérant de principe aujourd'hui retenu pour définir un groupe social apparaît conforme au droit de l'UE, la pratique, qui n'y correspond pas, ne l'est pas.

Il convient malgré tout de rappeler que, parce que le « réfugié est une victime en puissance de l'injustice »⁴², il est considéré comme ne pouvant détenir une part de responsabilité dans la survenance de la persécution. En d'autres termes, il doit se retrouver dans l'incapacité de pouvoir l'éviter. C'est la raison pour laquelle, dans la pratique, les juridictions françaises circonscrivent le plus souvent les groupes sociaux sur la base de caractéristiques présentant un certain degré de « fondamentalité ». Ce constat tend donc à relativiser la distance théorique prise par le Conseil d'État vis-à-vis de la définition communautaire du groupe social. Cependant, pour se conformer au droit de l'UE, encore faudrait-il que ce caractère fondamental des caractéristiques partagées soit théorisé et intégré à l'analyse juridique.

B. De l'établissement de l'appartenance audit groupe

Aux termes de la Convention de Genève, la qualité de réfugié est reconnue à tout individu craignant avec raison d'être persécuté du fait de son « appartenance à un certain groupe social ». Encore faut-il donc établir l'appartenance audit groupe pour bénéficier de la protection internationale.

Cette appartenance a longtemps été appréciée de manière subjective, c'est-à-dire dans le chef des agents de persécution. Les juridictions exigeaient donc que ces agents aient identifié les demandeurs au statut comme membres du groupe visé. Elles en ont ainsi déduit ce que la doctrine a appelé une « exigence d'indiscrétion »⁴³ pesant sur le requérant : seuls ceux ayant revendiqué ou manifesté dans leur comportement extérieur la caractéristique commune étaient susceptibles d'être identifiés comme membres du groupe, et par suite d'obtenir le statut de réfugié sur ce fondement.

Une telle interprétation avait pour conséquence d'évincer du bénéfice du statut tous les requérants n'ayant pas manifesté publiquement leur appartenance au groupe social concerné, y compris lorsque cela résultait d'une incapacité⁴⁴, ou lorsqu'il s'agissait d'éviter les persécutions⁴⁵.

Dénoncée par le HCR⁴⁶, cette lecture restrictive a été progressivement assouplie : d'abord par la CNDA qui, à partir de 2009, accepte ponctuellement d'offrir le statut de réfugié à des requérants n'ayant pas manifesté publiquement leur appartenance audit groupe social⁴⁷. Elle n'accepte toutefois de le faire que dans l'hypothèse où la manifestation aurait raisonnablement pu mettre le demandeur en danger.

Le véritable revirement de jurisprudence n'intervient qu'en 2012, sous l'égide du Conseil d'État. Dans un premier arrêt en date du 27 juillet 2012, le Conseil d'État annule une décision de la CNDA tendant à refuser le statut de réfugié à un requérant invoquant des craintes de persécution en raison de son orientation sexuelle. Il affirme à cette occasion :

L'octroi du statut de réfugié du fait de persécutions liées à l'appartenance à un groupe social fondé sur des orientations sexuelles communes ne saurait être subordonné à la manifestation publique de cette orientation sexuelle par la personne qui sollicite le bénéfice du statut de réfugié⁴⁸.

En ce sens, il conclut à une erreur de droit de la part de la CNDA, laquelle avait refusé le statut de réfugié notamment au motif que le requérant n'avait pas manifesté son homosexualité dans son comportement extérieur.

41. CE, 27 juillet 2012, *Mbwene*, n° 349824, cons. 3.

42. HCR, *Guide des procédures et critères...*, § 56.

43. S. Jansen, T. Spijkerboer, *Fleeing Homophobia : demandes d'asile liées à l'orientation sexuelle et à l'identité sexuelle en Europe*, Amsterdam, COC Nederland, Vrije universiteit, 2011, p. 40.

44. On pense notamment ici aux fillettes qui « compte tenu de leur jeune âge » sont dans l'incapacité de manifester un refus de la pratique de l'excision. Les juridictions françaises ont longtemps considéré qu'elles ne pouvaient en conséquence pas relever du motif de l'appartenance au groupe social des femmes entendant se soustraire aux mutilations génitales féminines (CNDA, SR, 12 mars 2009, n° 639907; CNDA, SR, 12 mars 2009, n° 637717; CNDA, SR, 12 mars 2009, n° 639908).

45. Les juridictions ont par exemple longtemps considéré que les individus n'ayant pas manifesté publiquement leur homosexualité dans le but de se soustraire à d'éventuelles persécutions ne pouvaient obtenir le statut de réfugié.

46. HCR, *Rocio Brenda Henriquez-Rivas, Petitioner v. Eric H. Holder, Jr, Attorney General, Respondent. The United Nations High Commissioner for Refugees' Amicus Curiae Brief in Support of Petitioner*, 23 février 2012, n° 09-71571 (A098-660-718), p. 16, disponible en ligne : <http://www.unhcr.org/refworld/docid/4f4c97c52.html>.

47. Voir notamment CNDA, 7 juillet 2009, n° 634565/08015025 : « 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 dont les membres sont, en raison des caractéristiques communes qui les définissent aux yeux des autorités et de la société tunisiennes, susceptibles d'être exposés à des persécutions ». Solution identique dans CNDA, 10 janvier 2010, n° 09012710.

48. CE, 27 juillet 2012, *Mbwene*, n° 349824, cons. 3.

Quelque temps plus tard, au mois de décembre 2012, le Conseil d'État parachève cette évolution en retenant le considérant de principe suivant :

L'appartenance à un tel groupe [social] est un fait social objectif qui ne dépend pas de la manifestation par ses membres, ou, s'ils ne sont pas en mesure de le faire, par leurs proches, de leur appartenance à ce groupe⁴⁹.

En d'autres termes, peu importe que le requérant ait ou non manifesté son appartenance au groupe social, l'essentiel est que la personne possède effectivement la caractéristique partagée. L'appartenance audit groupe doit donc être établie de manière objective, et non plus subjective.

En l'espèce, il s'agissait d'une fillette ne pouvant, compte tenu de son jeune âge, manifester son refus de la pratique des mutilations sexuelles. La CNDA en avait alors déduit que son appartenance au « groupe social des femmes entendant se soustraire aux mutilations génitales féminines » ne pouvait être établie. Le Conseil d'État affirme qu'en

[...] subordonnant la reconnaissance de la qualité de réfugié comme membre d'un groupe social à l'exigence que la personne en cause ait manifesté son appartenance à ce groupe, la Cour nationale du droit d'asile a entaché sa décision d'erreur de droit en ce qui concerne [...] le lien d'appartenance de cette personne à celui-ci⁵⁰.

Désormais, l'appréciation objective de l'appartenance aux groupes sociaux est une jurisprudence constante défendue par le Conseil d'État⁵¹. Un grief peut cependant lui être opposé : si l'appartenance à un groupe social est un fait social objectif, cela signifie que le demandeur possède nécessairement la caractéristique partagée par les membres du groupe. Or, le droit de l'UE précise :

Lorsque l'on évalue si un demandeur craint avec raison d'être persécuté, il est indifférent qu'il possède effectivement la caractéristique liée [...] à l'appartenance à un certain groupe social [...] à l'origine de la persécution, pour autant que cette caractéristique lui soit attribuée par l'agent de persécution⁵².

Cette disposition des directives « Qualification » fait référence à la jurisprudence relative aux « motifs imputés » développée en France à partir de 1998⁵³ : peu importe que le requérant possède la caractéristique visée, l'essentiel est que l'agent de persécution la lui impute. En d'autres termes, le principe, longtemps défendu en droit français et aujourd'hui relayé par le droit de l'UE, est une appréciation subjective des motifs de persécution. Ainsi, par exemple, un individu persécuté du fait d'une homosexualité, non

réelle, mais qui lui est imputée par ses persécuteurs, peut selon cette lecture obtenir le statut de réfugié⁵⁴. Tel ne pourrait plus être le cas aujourd'hui, dans la mesure où l'appartenance du requérant audit groupe est établie objectivement. La lecture développée par le Conseil d'État depuis le 21 décembre 2012 entre donc en rupture avec le droit de l'Union, en ce qu'elle exclut désormais la possibilité d'une appartenance imputée à un groupe social.

Partant de ces définitions, nous pouvons d'ores et déjà remarquer une certaine réticence des juridictions françaises à intégrer les données communautaires, tant en ce qui concerne la définition d'un groupe social que l'établissement de l'appartenance à celui-ci. Plus encore, l'étude du contentieux des persécutions de genre dévoile une manipulation restrictive dudit motif, par laquelle elles tendent à s'affranchir du droit international.

II. Une manipulation restrictive de la notion de « groupe social » : limite à la prise en compte des persécutions de genre

Les juridictions françaises envisagent la notion du « groupe social » dans un sens restrictif : chacun de ses éléments constitutifs, que ce soit la caractéristique partagée par ses membres (A) ou la visibilité sociale dont il fait l'objet (B), sont enserrés dans des limites plus étroites que ce que prévoit les dispositions communautaires. Ces restrictions limitent en conséquence l'étendue de la prise en compte des persécutions de genre.

A. Quelles caractéristiques partagées ?

Le droit de l'UE précise que les membres d'un groupe social doivent partager une caractéristique fondamentale, c'est-à-dire une caractéristique dont on ne peut raisonnablement exiger d'une personne qu'elle y renonce pour éviter une persécution. Il peut s'agir d'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 renonce⁵⁵.

Le système de genre assigne une identité aux individus. Telle est son essence : d'abord, en les affiliant à une catégorie de genre (homme / femme), puis en décrivant les comportements attendus à la suite de cette catégorisation. Il semble donc *a priori* relativement simple d'appréhender

49. CE, Ass., 21 décembre 2012, *Darbo-Fofana*, cons. 2.

50. *Ibid.*, cons. 5.

51. Confirmé par : CE, 25 juillet 2013, n° 356486 ; CE, 25 juillet 2013, n° 350661 ; CE, avis, 20 novembre 2013, n° 368676 ; CE, 30 décembre 2014, n° 367428.

52. Art. 10, § 2, des directives 2004/83/CE et 2011/95/UE.

53. CE, SSR, 27 avril 1998, *Beltaïfa*, n° 168335.

54. CNDA, 18 octobre 2012, n° 12013647.

55. Art. 10, § 1, d, des directives 2004/83/CE et 2011/95/UE.

les persécutions de genre au travers du motif du groupe social : la catégorie de genre (homme ou femme) permettrait ainsi de circonscrire le groupe.

Tel n'est cependant pas le raisonnement retenu par les juridictions françaises, qui préfèrent manipuler des groupes plus restreints. En effet, depuis son célèbre arrêt *Ayoubi*, la CRR subordonne l'existence d'un groupe social à un caractère circonscrit et suffisamment identifiable⁵⁶. En d'autres termes, parce qu'elle considère que lesdits groupes ne peuvent faire une taille importante, la caractéristique partagée par leurs membres doit présenter une certaine spécificité. Elle ne peut être partagée que par une petite partie de la population. Cette position restreint amplement la notion de groupe social. Il n'est alors plus circonscrit sur la base d'une simple caractéristique fondamentale partagée par ses membres, mais d'une caractéristique fondamentale et originale. Cette interprétation prétorienne ne figure nullement dans le droit de l'UE. Elle est d'ailleurs féroce-ment dénoncée par le HCR, qui la qualifie de « contraire à l'objet et au but du traité » et juge cette approche infondée en fait et en droit⁵⁷. En se fondant sur cette interprétation, la CRR a par suite déduit que la gent féminine ne pouvait constituer un groupe social⁵⁸, laissant présager une solution identique concernant la gent masculine. Certes, le sexe féminin constitue une caractéristique innée mais est répandu dans la société. Les « femmes » ne constituent donc pas un ensemble circonscrit et ne peuvent à ce titre constituer un groupe social, susceptible d'ouvrir droit au statut de réfugié.

Par conséquent, la CRR se rabat sur des groupes sociaux davantage restrictifs, pour appréhender les persécutions de genre. C'est ainsi que les juridictions les ont longtemps circonscrits sur la base d'un comportement transgressif de leurs membres. Les arrêts *Ourbih*⁵⁹ et *Djellal*⁶⁰, respectivement en date de 1998 et 1999, s'inscrivent dans cette démarche. Ils identifient pour la première fois les groupes sociaux des transsexuels et des homosexuels, dont les membres partagent une identité ou orientation sexuelle transgressive commune. En 2004, le « groupe social des femmes entendant se soustraire aux mutilations génitales féminines »⁶¹ et le « groupe social des femmes

entendant se soustraire à un mariage imposé »⁶² voient également le jour. Les années suivantes sont le témoin d'une expansion de l'application du motif aux persécutions de genre. S'il est parfois manié implicitement⁶³, on a vu apparaître ultérieurement le « groupe social des femmes fuyant les crimes d'honneur » (2006)⁶⁴, « celui des femmes fuyant des rites de veuvage humiliants ou dégradants » (2007)⁶⁵, « celui des femmes entendant revendiquer leur liberté » (2009)⁶⁶, « celui des femmes qui se sont volontairement placées dans une situation directement transgressive des normes et coutumes sociales, religieuses et juridiques en vigueur dans la société » (2011)⁶⁷, « celui des femmes soumises à la traite d'êtres humains et désireuses de s'en extraire de manière active » (2011)⁶⁸, puis « celui des femmes entendant ne pas se conformer aux prescriptions religieuses des fondamentalistes musulmans » (2012)⁶⁹. La CRR a par ailleurs identifié le « groupe social des parents entendant soustraire leurs enfants aux mutilations génitales féminines » en 2001⁷⁰, ainsi que le « groupe social des femmes refusant de pratiquer des mutilations génitales féminines » en 2008⁷¹.

Un tel raisonnement soulève cependant des difficultés. En effet, aux termes de ce dernier, les victimes de violences de genre peuvent obtenir le statut de réfugié, non pas pour ce qu'elles sont, mais uniquement pour ce qu'elles font. La qualité de réfugié leur est délivrée en raison de la crainte de persécution découlant de leur opposition à une norme de genre. Or, cette norme est parfois assimilée à une violence de genre elle-même, à l'image des mutilations génitales féminines, des mariages forcés et de la prostitution forcée. C'est ainsi que, dans ces hypothèses, les requérantes doivent démontrer qu'elles n'entendent pas consentir à de telles atteintes aux droits pour mobiliser les groupes sociaux pertinents. Les femmes encourant une mutilation génitale, un mariage forcé, ou encore celles soumises à la prostitution forcée, doivent donc apporter la preuve de leur refus d'y être soumises, pour obtenir la qualité de réfugié. Cela conduit le juge administratif à évaluer les mouvements de volonté des requérantes quant à leur acceptation, ou non, de la violence de genre en question. Par exemple, le 10 mars 2010, une ressortissante malienne

56. CRR, 23 novembre 1998, *Ayoubi*, n° 323912.

57. HCR, *Position du HCR relative à l'application de l'article 1A(2) de la Convention de 1951 ou Protocole de 1967 aux victimes de la traite en France*, Genève, 12 juin 2012, § 2.4.

58. CRR, 20 décembre 2004, n° 433535.

59. CRR, SR, 15 mai 1998, *Ourbih*, n° 269875.

60. CRR, SR, 12 mai 1999, *Djellal*, n° 328310.

61. CRR, 21 septembre 2004, n° 452011. À noter : une reconnaissance du statut sur ce fondement était déjà intervenue en 2001 mais le groupe social n'avait pas été explicitement identifié (CRR, SR, 7 décembre 2001, n° 369776).

62. CRR, SR, 15 octobre 2004, n° 444000.

63. Nombreux exemples dans : *Les cahiers du social* (France terre d'asile), n° 32, *Le droit d'asile au féminin : cadre législatif et pratiques*, étude de l'Observatoire de l'asile et des réfugiés, décembre 2011, p. 51-52.

64. CRR, 26 janvier 2006, n° 544746.

65. CRR, 2 mars 2007, n° 552043.

66. CNDA, 24 novembre 2009, n° 644668/09003496.

67. CNDA, 25 novembre 2011, n° 11007501.

68. CNDA, 29 avril 2011, *Mlle Edosa Felix*, n° 10012810.

69. CNDA, 26 janvier 2012, n° 11018723.

70. CRR, SR, 7 décembre 2001, n° 361050/373077.

71. CNDA, 1^{er} février 2008, *Mlle Kaima*, n° 613847.

est déboutée du statut de réfugié parce que les juges siégeant à la CNDA considèrent qu'elle n'a pas « manifesté clairement son refus de la pratique de l'excision »⁷². Elle ne peut donc se prévaloir du motif de l'appartenance au groupe social des femmes qui entendent se soustraire aux mutilations génitales féminines. Il en va de même pour les mariages forcés : les requérantes doivent « manifester une opposition de principe aux mariages arrangés » pour mobiliser le motif de l'appartenance au groupe social des femmes entendant se soustraire à un mariage imposé⁷³. Les juridictions subordonnent donc la mobilisation des motifs conventionnels de persécution à la preuve d'une non-renonciation aux droits.

Or, le droit international et européen des droits de l'homme a invalidé un tel raisonnement : il n'est pas possible d'attacher de conséquences juridiques à pareilles renonciations aux droits. Nous nous référerons ici à l'arrêt *Konstantin Markin c. Russie* du 22 mars 2012, dans lequel la Cour européenne des droits de l'homme (Cour EDH) affirme que :

Eu égard à l'importance fondamentale que revêt la prohibition de la discrimination fondée sur le sexe, l'on ne saurait admettre la possibilité de renoncer au droit à ne pas faire l'objet d'une telle discrimination, car pareille renonciation se heurterait à un intérêt public important⁷⁴.

Rappelons que le droit international identifie justement les mutilations génitales féminines, les mariages forcés et la prostitution forcée au titre des discriminations fondées sur le sexe⁷⁵. Un consentement à de telles atteintes aux droits n'est, par conséquent, pas valable, et ne peut produire d'effets juridiques. Pourtant, le juge administratif en déduit l'applicabilité d'un motif conventionnel, et, par suite, la délivrance de la qualité de réfugié.

Conscientes de ces difficultés, les juridictions administratives ont, en conséquence, fait évoluer leur jurisprudence. Elles ont tout du moins procédé à une reformulation de deux des trois groupes sociaux en cause au cours des années 2010. Tout d'abord, le « groupe social des femmes soumises à la prostitution forcée et désireuses de s'en extraire » a été, quelque peu, objectivé. Les juges ne font, en effet, plus référence à la volonté des victimes pour circonscrire le groupe, mais à un élément intangible et immuable : le passé des requérantes. Notons également que les juridictions ont opéré une distinction suivant le lieu

où se déroule la prostitution. Il n'existe donc plus un mais deux groupes sociaux en la matière. D'une part, les femmes soumises à la prostitution contre leur gré dans leur pays d'origine et ayant fui en France sont susceptibles d'obtenir le statut de réfugié en raison de craintes de persécution du fait de leur appartenance au « groupe social des femmes qui ont été contraintes de [se] prostituer et sont parvenues à échapper à leurs proxénètes »⁷⁶. D'autre part, les femmes enrôlées dans leur pays d'origine et ensuite soumises à la prostitution en Europe peuvent y prétendre en se fondant sur le motif de l'appartenance au « groupe social des femmes victimes de réseaux de trafic d'êtres humains et ayant activement cherché à échapper à leur emprise »⁷⁷. Si les groupes sociaux sont de nouveau circonscrits sur la base d'un comportement des requérantes, il doit s'agir ici d'un comportement passé. Or, le passé est immuable, et intègre le « capital ontologique » de tout individu. Tout l'intérêt de la reformulation du groupe social est bien là : les juges n'ont plus à s'interroger sur les mouvements de volonté des requérantes, mais s'attachent à un fait objectif passé. La problématique de la renonciation aux droits s'en trouve évincée. Le nouveau raisonnement y est indifférent. Ces reformulations restent toutefois restrictives. En effet, l'identification de tels groupes sociaux ne permet toujours pas de saisir des demandes au statut présentées par des victimes potentielles de la traite. En d'autres termes, les femmes qui fuient des réseaux de proxénétisme, sans être pour autant encore sous leur joug, ne sont toujours pas éligibles au statut de réfugié.

Par ailleurs, le Conseil d'État a récemment rebaptisé le « groupe social des femmes entendant se soustraire aux mutilations génitales féminines » en « groupe social des femmes non mutilées »⁷⁸. De nouveau ici, le groupe social est objectivé : on substitue au critère de volonté une caractéristique physique ontologique. La renonciation, ou non, aux droits n'est plus une question pertinente dans l'analyse opérée par les juges. Cette solution reste cependant insatisfaisante : une telle reformulation évince, en effet, du bénéfice du statut les femmes déjà mutilées. Or, comme la jurisprudence en atteste, il existe des cas dans lesquels ces dernières encourent de nouvelles mutilations génitales : soit à la suite d'une opération de chirurgie réparatrice⁷⁹, soit dans le but de procéder à une mutilation plus complète, à l'image de l'infibulation⁸⁰. Désormais, ces femmes n'apparaissent plus éligibles au statut de réfugié

72. CNDA, 10 mars 2010, *M^{lle} Dicko*, n° 08021666.

73. CNDA, 2 novembre 2011, *M^{lle} Tandjigora*, n° 11007488.

74. Cour EDH, GC, 22 mars 2012, *Konstantin Markin c. Russie*, n° 30078/06, § 150.

75. Voir notamment Comité pour l'élimination de la discrimination à l'égard des femmes, Recommandation générale n° 19 sur la violence à l'égard des femmes, CEDAW/C/GC/19, 1992.

76. CNDA, 12 juillet 2012, *M^{lle} Zhuryk*, n° 11026228 ; CNDA, 15 mars 2012, *M^{me} Osmani*, n° 11017758.

77. CE, sect., 25 juillet 2013, *M^{lle} A. B.*, n° 350661.

78. CE, Ass., 21 décembre 2012, *Darbo-Fofana*. Une formulation reprise dans : CE, SSR, avis du 20 novembre 2013, n° 368676 ; CE, SSR, 30 décembre 2014, *M^{lle} C.*, n° 367428.

79. Avant la reformulation du groupe social pertinent, la jurisprudence avait, à cet égard, délivré le statut de réfugié à des femmes craignant une mutilation génitale faisant suite à une chirurgie réparatrice clitoridienne : CNDA, 19 décembre 2011, *M^{me} Bangoura*, n° 11019422 ; CNDA, 16 février 2011, *M^{me} Dioubate*, n° 10020021 ; CNDA, 19 février 2010, *M^{lle} Diaby*, n° 08006938 ; CNDA, 6 juillet 2009, *M^{me} Diaby épouse Koita*, n° 635611/08016081.

80. Avant la reformulation du groupe social pertinent, la jurisprudence avait délivré la qualité de réfugié à des femmes encourant une seconde mutilation génitale, plus complète : CNDA, 4 octobre 2011, *M^{lle} Aw*, n° 10007875 ; CNDA, 16 juin 2005, *M^{lle} Sylla*, n° 492440.

car, dans la mesure où elles sont déjà mutilées, elles ne peuvent se saisir du groupe social identifié par les juges.

B. De la visibilité à la stigmatisation : un perçu social dénaturé

Le critère déterminant d'un groupe social demeure, en droit français, sa visibilité sociale. Cette condition s'apprécie subjectivement, c'est-à-dire au travers du regard que porte la société d'origine. Ainsi, le commissaire du gouvernement Jean-Denis Combrexelle précise déjà en 1997 que « le groupe peut être un ensemble d'individus dénués de liens et de structures collectives que seules rapprochent des caractéristiques communes »⁸¹. En d'autres termes, l'identification d'un groupe social n'est aucunement subordonnée à une cohésion entre les membres du groupe, ou à l'existence d'une organisation structurée au sein de la société⁸². L'essentiel est que ce groupe possède « une existence sociale, c'est-à-dire qu'il soit perçu et reconnu par la société comme un ensemble spécifique »⁸³. C'est donc le regard subjectif de la société environnante et des institutions qui permet d'établir la condition.

Le droit de l'UE se fait l'écho d'une telle conception. La définition européenne précise en effet qu'un groupe social doit avoir « son identité propre dans le pays en question parce qu'il est perçu comme étant différent par la société environnante »⁸⁴. Rien ne présage cependant ici de la manière dont est appréciée cette différence au sein de la société. Les termes de la directive sont neutres : peu importe le regard que porte la société sur ce groupe. Il peut être négatif, neutre, ou même positif. L'essentiel réside dans le fait que ce regard existe : la société doit percevoir le groupe comme différent. Seul l'agent de persécution est attendu désapprouver l'existence dudit groupe, raison pour laquelle il persécute l'un de ses membres.

Toutefois, les juridictions françaises ne l'entendent pas du tout ainsi. La jurisprudence envisage uniquement la visibilité sociale « par la négative » : le groupe social ne doit pas seulement être identifié par la société mais son existence doit être réprouvée. En d'autres termes, seul le regard négatif porté par la société est pris en compte pour circonscrire un tel groupe⁸⁵. On assiste ainsi à une reformulation implicite de la condition de la visibilité sociale, restreignant de fait le champ d'application dudit motif.

Illustrons notre propos, au travers d'un exemple éloquent. Nous avons précédemment vu que deux groupes sociaux avaient été identifiés pour appréhender les demandes au statut formulées par des victimes de la traite des êtres humains. Leur mobilisation dans le contentieux est soumise à la condition que lesdits groupes bénéficient d'une visibilité sociale dans l'État d'origine des requérantes. En ce sens, la jurisprudence a longtemps considéré que cette visibilité existait au Kosovo, mais pas au Nigeria⁸⁶. Ainsi, une femme fuyant la prostitution forcée, et dont les craintes de persécution sont avérées, ne peut systématiquement obtenir le statut de réfugié. Le bénéfice de la protection dépend de l'État d'origine des requérantes, voire de la région ou ethnie d'origine. Dans notre hypothèse, les femmes nigérianes n'ont longtemps pas pu en bénéficier, contrairement aux femmes kosovares. Comment la Cour parvenait-elle à cette conclusion ? Elle concluait à l'existence ou à l'absence d'une visibilité sociale desdits groupes dans les termes suivants :

Le caractère patriarcal et traditionnel de la société [au Kosovo] pèse fortement sur la perception à l'égard des femmes qui ont été victimes de la traite, lesquelles rencontrent de graves difficultés de réinsertion, la prostitution ayant jeté sur elles un lourd discrédit social [...] Les femmes victimes d'un réseau de prostitution au Kosovo, parvenues à s'en échapper doivent être regardées, du fait de cette expérience qui leur est commune et de l'opprobre dont elles font ensuite aujourd'hui l'objet de la part de la société [...] comme appartenant à un groupe social [...] ⁸⁷.

Il ne résulte pas de l'instruction que les jeunes femmes nigérianes, notamment celles provenant de la région de Benin City (État d'Edo), qui ont été contraintes de pratiquer la prostitution [...] doivent être regardées comme constituant au Nigeria un groupe social qui aurait son identité propre parce qu'il serait perçu comme étant différent par la société nigériane et, par suite, victime comme tel d'un ostracisme grave [...] ; qu'à cet égard, il ne résulte pas de l'instruction qu'en raison de leur expérience commune, ces femmes feraient l'objet [...] de l'opprobre de tout ou partie de la société de leur pays d'origine ⁸⁸.

L'analyse de la CNDA est ici focalisée sur la question de savoir si les femmes fuyant la prostitution forcée font l'objet de l'opprobre de la société dans l'État d'origine. En d'autres termes, elle se fonde exclusivement sur le critère de

81. Extrait des conclusions de Jean-Denis Combrexelle sur l'arrêt *Ourbih* du Conseil d'État en date du 23 juin 1997, cité dans D. Alland, C. Teitgen-Colly, *Traité du droit de l'asile*, Paris, PUF, 2002, p. 427.

82. HCR, *Principes directeurs sur la protection internationale n° 1...*, § 31 ; *Principes directeurs sur la protection internationale n° 2...*, § 15 ; *Position du HCR relative à l'application de l'article 1A(2) de la Convention de 1951...*, § 2.3.3.

83. Extrait des conclusions de Jean-Denis Combrexelle sur l'arrêt *Ourbih* du Conseil d'État en date du 23 juin 1997, cité dans D. Alland, C. Teitgen-Colly, *Traité du droit de l'asile*, p. 427.

84. Art. 10, § 1, d, des directives 2004/83/CE et 2011/95/UE.

85. Les conclusions d'Édouard Crépey, rapporteur public sur l'affaire n° 350661 passant devant le Conseil d'État le 25 juillet 2013, sont éloquentes sur ce point : « La définition même du groupe social en cause est sujette à critique, faute pour le regard réprobateur constitutif du groupe d'être suffisamment attesté dans la société en général, au-delà du cercle restreint des réseaux criminels » (p. 14 ; nous soulignons).

86. À noter : si une décision de la CNDA a bien reconnu le statut de réfugié à une femme nigériane originaire de l'État d'Edo sur le fondement de l'appartenance à ce groupe social, elle n'avait alors pas analysé la condition de la visibilité sociale du groupe (CNDA, 29 avril 2011, n° 10012810). Cette erreur de droit a été sanctionnée par le Conseil d'État, lequel a cassé l'arrêt et renvoyé devant la Cour (CE, sect., 25 juillet 2013, *OFpra*).

87. CNDA, 15 mars 2012, n° 11017758.

88. CNDA, 3 avril 2012, n° 11020945.

la réprobation sociale pour conclure à la visibilité sociale du groupe. Ironiquement, la Cour faisait elle-même état de l'existence d'une politique nationale mise en place pour lutter contre la prostitution sous la contrainte dans l'État d'Edo au Nigeria⁸⁹. Or quelle meilleure reconnaissance de visibilité sociale espérer si ce n'est leur consécration législative ? En tout état de cause, la loi nigériane identifie les victimes de la traite aux fins de prostitution forcée comme un groupe ayant une identité propre. Le critère de la visibilité sociale aurait donc été rempli si les juridictions françaises ne le réduisaient pas à une désapprobation. La dénaturation du perçu social exigé restreint le champ d'efficacité du motif du groupe social. Pléthore d'exemples jurisprudentiels en attestent.

Mais comment les juridictions françaises établissent-elles l'existence d'une telle réprobation sociale ? La CNDA a exposé sa méthode dans un récent arrêt du 29 novembre 2013. Il s'agit de procéder à une « évaluation des obstacles auxquels se heurtent ces derniers [les membres du groupe] à l'échelle nationale »⁹⁰. Le raisonnement juridique se décompose donc en deux temps.

Il convient tout d'abord d'établir l'existence d'« obstacles » rencontrés par les membres du groupe. En d'autres termes, les juges doivent déterminer si la caractéristique partagée par les membres du groupe transgresse une norme sociale, qu'elle soit formelle ou informelle. Une norme présente un caractère impératif. Sa transgression implique donc nécessairement l'existence d'une sanction. La première étape du raisonnement consiste donc à asseoir l'existence de tels obstacles ou sanctions : pénalisation de la caractéristique fondamentale, brutalités ou discriminations à l'encontre des membres du groupe, ostracisme social. En d'autres termes, les juges recherchent si le groupe fait l'objet d'une stigmatisation sociale.

Puis, dans un second temps, est évaluée l'intensité de cette stigmatisation, au regard de la nature des sanctions encourues. Seule une stigmatisation sociale atteignant le niveau de persécution permettra la qualification d'un groupe social, au sens de la Convention de Genève⁹¹. Avant 2010, et conformément à l'arrêt *Ourbih*, devait être établi le fait que les membres du groupe étaient « susceptibles d'être exposés à des persécutions ». Malgré la condamnation d'une telle interprétation par le HCR⁹², l'intégration de la définition européenne du groupe social n'a pas changé la donne sur cette question. La jurisprudence de la Cour

réitère de manière récurrente le même principe, en des termes à peine différents :

Il convient [...] d'apprécier si les conditions existant dans le pays dont elle a la nationalité permettent d'assimiler les personnes [...] à un groupe social du fait du regard que portent sur ces personnes la société environnante ou les institutions et dont les membres peuvent craindre avec raison d'être persécutés du fait même de leur appartenance à ce groupe⁹³.

Cette stigmatisation sociale doit donc se concrétiser par un risque commun de persécution, qui pour rappel est notamment définie comme une atteinte à un droit indérogeable circonscrit à l'article 15, § 2, de la Convention européenne des droits de l'homme⁹⁴, par effet cumulé ou non⁹⁵. Est-ce à dire que tous les membres du groupe doivent faire l'objet de persécutions pour conclure à la qualification d'un groupe social ? Non. Comme le précise la CNDA, il convient de mener une étude minutieuse sur l'ensemble du territoire national. Pour conclure à l'existence d'un tel groupe, les persécutions doivent intervenir à une « échelle suffisamment significative »⁹⁶, c'est-à-dire revêtir un « caractère systématique, constant et répété »⁹⁷ avec « l'assentiment général de la population »⁹⁸. Ce critère laisse une importante marge d'appréciation aux juges du fond, de laquelle découlent de nombreuses incertitudes dans le contentieux. C'est ainsi que, par exemple, la CNDA a opéré un revirement de jurisprudence le 24 mars 2015 en ce qui concerne l'existence, au Nigeria, du groupe social des femmes qui ont été soumises à un réseau de trafic d'êtres humains et qui tentent d'échapper à l'emprise :

Il ressort [...] du dossier [...] qu'en raison notamment de la cérémonie vaudou imposée aux jeunes femmes, comme la requérante, choisies par les réseaux criminels pour être envoyées en Europe afin d'y être exploitées sexuellement, et notamment le serment que sont tenues de prêter les victimes qui scelle leur soumission, une distanciation d'avec le réseau, et donc la remise en cause de ce serment, les expose à un regard réprobateur de la part non seulement des principaux acteurs criminels, mais également de la société environnante ; qu'on relève en effet que la justice traditionnelle au Nigéria, et notamment dans l'État d'Edo où elle est particulièrement développée, tient une place très importante au sein de la société, en raison notamment du déclin de la confiance envers le système judiciaire par la population ; [...] que la prostitution est mal perçue

89. CNDA, 13 mars 2012, n° 11016563.

90. CNDA, 29 novembre 2013, n° 13018952.

91. Une lecture aussi défendue dans C. Lantero, « La notion de groupe social au sens de la convention de Genève dans la jurisprudence française », *L'actualité juridique. Droit administratif*, dossier spécial, n° 41, décembre 2013, p. 2364-2370.

92. HCR, *Principes directeurs sur la protection internationale* n° 2... § 14 ; *Position du HCR relative à l'application de l'article 1A(2) de la Convention de 1951...* § 2.3.5.

93. CNDA, 29 novembre 2013, n° 13018952.

94. CJUE, GC, 5 septembre 2012, *Y. et Z.*, pt 61.

95. HCR, *Guide des procédures et critères...* § 53.

96. CNDA, 29 novembre 2013, n° 13018952.

97. CNDA, 16 décembre 2008, n° 473648.

98. Expression couramment employée. Exemples : CNDA, 7 mai 2009, n° 628346 ; CNDA, 28 septembre 2009, n° 636702/08017164 ; CNDA, 5 décembre 2008, n° 620881 ; CNDA, 18 décembre 2007, n° 596205 ; CRR, 27 avril 2006, n° 531526 ; CRR, SR, 4 mars 2005, n° 489014.

au Nigéria et que les victimes des réseaux sont dès lors maintenues à l'écart de la société, y compris lorsqu'elles ont décidé de quitter leur condition dans la mesure où elles sont considérées comme impures et susceptibles d'être porteuses de maladies⁹⁹.

La condition de la visibilité sociale peut ainsi être reformulée dans les termes suivants : un groupe social doit faire l'objet d'une persécution collective à une échelle significative. Il s'agit tout du moins de l'interprétation réalisée par les juridictions françaises, lesquelles s'éloignent fortement de la définition européenne. Un malaise surgit alors : l'exigence d'une persécution collective ne contrevient-elle pas à l'individualisme qui a présidé à l'élaboration de la Convention de Genève en 1951 ? En effet, en procédant à une telle lecture, les juridictions subordonnent la reconnaissance du statut de réfugié sur le motif du groupe social à l'existence non pas de « simples » persécutions individuelles, mais aussi d'une persécution collective du groupe. Or la Convention de Genève visait justement à remédier à une telle approche. Les instruments internationaux qui la précédaient retenaient une définition catégorielle des réfugiés : les individus susceptibles de se voir reconnaître la qualité de réfugié étaient identifiés au travers de catégories prédéterminées, établies sur la base de l'existence d'une « persécution collective »¹⁰⁰ éprouvée par le groupe¹⁰¹. Il s'agissait par exemple des Russes fuyant la révolution de 1917, des Arméniens fuyant la Turquie dans les années 1920, des Allemands fuyant le III^e Reich ou encore des Autrichiens à la suite de l'*Anschluss*. Ensuite, les individus appartenant à ces diverses catégories

devaient prouver l'existence de craintes de persécutions individuelles, pour se voir reconnaître le statut de réfugié. Si la Convention de Genève a entendu rompre avec une telle approche, les juridictions françaises renouent ici avec elle : l'existence d'une persécution collective conditionne en amont la possibilité d'obtenir le statut de réfugié.

La pratique française reformule le motif de l'« appartenance à un certain groupe social » en ces termes : seuls les requérants appartenant *objectivement* à un groupe, dont les membres partageant une caractéristique *originale* font l'objet de *persécutions à une échelle significative*, sont susceptibles de le mobiliser. On est donc loin de la définition communautaire. Comme en atteste le contentieux des persécutions de genre, les juridictions françaises en restreignent amplement sa portée. Or le « principe de la norme la plus défavorable » n'existe pas en droit de l'UE. Une telle contrariété devrait pouvoir être sanctionnée par la Cour de justice de l'Union européenne. La difficulté essentielle réside cependant dans la dissociation opérée entre l'énoncé des considérants de principe et leur mise en œuvre pratique. Seule une étude minutieuse et systématique de la jurisprudence révèle ces restrictions prétoriennes, dans la mesure où ces dernières restent rarement théorisées et se « cachent » dans l'appréciation des faits réalisée par la Cour. Les motivations succinctes de leur décision, d'ailleurs récemment dénoncées par la Cour européenne des droits de l'homme¹⁰², rendent leur identification d'autant plus complexe.

99. CNDA, 24 mars 2015, *M^{lle} E. F.*, n° 10012810, cons. 6.

100. À noter : la notion de « persécution » émerge en droit international au lendemain de la Seconde Guerre mondiale. Sa première occurrence en droit international des réfugiés figure dans la Constitution de l'Organisation internationale des réfugiés (OIR) en date du 15 décembre 1946, à son annexe 1 : « [...] le terme "réfugié" s'applique aussi aux personnes qui, ayant résidé en Allemagne ou en Autriche, et étant d'origine israélite, ou étrangères ou apatrides, ont été victimes des persécutions nazies et ont été retenues de force dans l'un de ces pays ou, obligées de s'enfuir, y ont été ramenées ultérieurement du fait de l'ennemi ou de circonstances créées par la guerre, et qui n'y sont pas encore réinstallées de façon stable » (première partie, section A, 3°).

101. Voir arrangements du 5 juillet 1922, 31 mai 1924, 12 mai 1926 et 30 juin 1928 ; conventions du 28 octobre 1933, 4 juillet 1936 et 10 février 1938 ; protocole du 14 septembre 1939 ; Constitution de l'OIR du 15 décembre 1946.

102. Cour EDH, 10 octobre 2013, *K. K. c. France*, n° 18913/11, § 52.