

Demande d'asile au motif de l'orientation sexuelle : la CJUE fait un tout petit pas... mais dans la bonne direction

Alexandre Bongiovanni



Electronic version

URL: <http://journals.openedition.org/revdh/4450>

DOI: 10.4000/revdh.4450

ISSN: 2264-119X

Publisher

Centre de recherches et d'études sur les droits fondamentaux

Electronic reference

Alexandre Bongiovanni, « Demande d'asile au motif de l'orientation sexuelle : la CJUE fait un tout petit pas... mais dans la bonne direction », *La Revue des droits de l'homme* [Online], Actualités Droits-Libertés, Online since 06 July 2018, connection on 12 July 2018. URL : <http://journals.openedition.org/revdh/4450> ; DOI : 10.4000/revdh.4450

This text was automatically generated on 12 July 2018.

Tous droits réservés

Demande d'asile au motif de l'orientation sexuelle : la CJUE fait un tout petit pas... mais dans la bonne direction

Alexandre Bongiovanni

- 1 Dans l'arrêt *F. contre Bevándorlási és Állampolgársági Hivatal* rendu le 25 janvier 2018, la Cour de Justice de l'Union européenne (CJUE) a dû se prononcer sur une nouvelle affaire en matière de demande de protection internationale à raison de l'orientation sexuelle. Selon le dernier rapport de l'association ILGA, « *State-Sponsored Homophobia* », datant du 15 mai 2017, 75 pays pénalisent encore l'homosexualité¹. Parmi eux, 11 États comme l'Iran, l'Arabie Saoudite ou le Nigéria, punissent l'homosexualité par la peine de mort². D'autres ont mis au point des méthodes d'identification de l'orientation sexuelle toutes plus dégradantes et humiliantes les unes que les autres. C'est notamment le cas du test dit « de la honte » qui consiste en un examen de l'anus du sujet sans utilité scientifique réelle³. Selon le rapport de 2011 de Sabine Jansen et Thomas Spijkerboer, *Fleeing Homophobia: Asylum Claims Related to Sexual Orientation and Gender Identity in Europe*, une dizaine de milliers de personnes homosexuelles fuient leur pays d'origine pour demander l'asile chaque année⁴. Ainsi, l'intervention de la CJUE en la matière est, en soi, d'une importance majeure, *a fortiori* car elle prend place dans un contexte de fortes tensions et de suspicion généralisée propre aux politiques européennes menées en matière de migration.
- 2 F, ressortissant nigérian, a déposé une demande d'asile auprès des autorités hongroises qui l'ont instruite au mois d'avril 2015. Dès son premier entretien avec les autorités hongroises, il fait valoir son homosexualité et exprime ses craintes d'être persécuté dans son pays en raison de cette orientation sexuelle. L'office hongrois de l'immigration et de la nationalité (au Bevándorlási és Állampolgársági Hivatal) rejette cette demande car les tests psychologiques auxquels a été soumis le requérant n'ont pas révélé son homosexualité. Les tests en question sont des tests projectifs de personnalité. Ils ont pour fonction de permettre une analyse de la personnalité du sujet au travers de son

comportement à la vue de différentes images ou photographies. Le requérant forme alors un recours devant la juridiction de renvoi qui décide de procéder à une expertise psychologique par l'Institut hongrois des experts et chercheurs judiciaires (Igazságügyi Szakértői és Kutató Intézet). Le rapport d'expertise ainsi élaboré conclut à la pertinence des tests exécutés et à leur compatibilité avec le respect des droits fondamentaux. La juridiction de renvoi se borne au rapport d'expertise par lequel elle s'estime liée. L'affaire parvient jusqu'au tribunal administratif et du travail de Szeged (Szegedi Közigazgatási és Munkaügyi Bíróság) qui sursoit à statuer afin de poser deux questions préjudicielles à la CJUE. Ces deux questions concernent la conformité de la procédure d'examen de la demande d'asile au regard du droit de l'Union⁵. Les autorités compétentes ont-elles le droit d'examiner la crédibilité des allégations d'une personne demandant asile en raison de persécutions du fait de son orientation sexuelle ? Dans la mesure où cet examen est possible, peut-il reposer sur un rapport d'expertise psychologique fondé sur des tests projectifs de personnalité sans questions sur les habitudes sexuelles du demandeur ni sans examen physique ?

- 3 La CJUE a alors rendu une décision en demi-teinte. Certes, elle conclut à l'interdiction des tests projectifs de personnalité du fait de leur caractère trop invasif dans l'intimité du demandeur d'asile. En revanche, elle consacre une fois de plus le droit des autorités nationales d'interroger la crédibilité des déclarations des personnes demandant asile du fait de leur orientation sexuelle. Afin de mieux percevoir les enjeux et les conséquences de cette décision, il apparaît nécessaire de définir le cadre juridique de l'appréciation des demandes d'asile au motif de persécutions du fait de l'orientation sexuelle (1°). En effet, si les autorités nationales peuvent mettre en cause les allégations des demandeurs, elles ne peuvent avoir recours à des procédés qui se révéleraient contraires au droit de l'Union européenne (2°).

1°/- L'examen des demandes d'asile du fait de l'orientation sexuelle du demandeur : un équilibre subtil entre protection et suspicion

- 4 Le droit d'asile n'a pas toujours été ouvert aux personnes discriminées du fait de leur orientation sexuelle dans leur pays d'origine. Ce droit constitue un acquis relativement récent de la jurisprudence de la CJUE (A). Cependant, ces demandes d'asile sont assujetties à l'existence d'un contrôle par les autorités nationales conformément aux directives 2011/95/UE et 2013/32/UE (B).

A/ – La reconnaissance de la protection internationale en raison de l'orientation sexuelle effective ou supposée

- 5 Pour obtenir la protection internationale, le demandeur d'asile doit être victime de persécutions. Ces dernières peuvent être passées, présentes ou potentielles. Il s'agit de mobiliser la directive 2011/95/UE qui reprend en son article 10⁶, les différents motifs de persécutions prévus par l'article premier de la Convention de Genève de 1951 relative au statut des réfugiés⁷. Ils sont de cinq types : la race, la religion, la nationalité, les idées politiques et, ce qui nous intéresse particulièrement, l'appartenance à un groupe social⁸. L'article 10 de la directive définit ce qu'est un groupe social comme un ensemble de

membres qui « 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 ». De plus, ce groupe dispose de « son identité propre dans le pays en question parce qu'il est perçu comme étant différent par la société environnante »⁹.

- 6 Jusqu'au 7 novembre 2013, la Cour de Luxembourg n'avait pas eu l'opportunité de se prononcer l'appartenance à un certain groupe social du fait de son homosexualité, laissant ainsi planer une grande incertitude quant à l'obtention de la protection internationale du fait de son orientation sexuelle. Mais par l'arrêt *X, Y & Z contre Minister voor immigratie en Asiel*¹⁰, la CJUE admet la possibilité de qualifier de groupe social « un groupe dont les membres ont pour caractéristique commune une orientation sexuelle »¹¹. Si cet arrêt ouvre le droit à la protection internationale pour les personnes persécutées du fait de leur orientation sexuelle, il précise que la reconnaissance de la qualité de groupe social est subordonnée à la pénalisation de l'orientation sexuelle en question dans le pays d'origine du demandeur d'asile. Cela tend considérablement à restreindre le champ d'accès à l'obtention de la protection internationale¹².
- 7 Aujourd'hui, la problématique de l'orientation sexuelle est un enjeu important en matière de protection internationale¹³. En outre, la définition de l'orientation sexuelle est étroitement liée avec la notion d'identité de genre. L'exercice est d'autant plus complexe que l'orientation sexuelle renvoie à l'expérience personnelle des individus. Il est difficile, pour ne pas dire impossible, de s'extraire de la subjectivité inhérente à la question de l'orientation sexuelle. À ce titre, le Haut-commissariat des Nations Unies pour les réfugiés (UNCHR) a estimé que l'orientation sexuelle devait relever de l'autodétermination¹⁴. Ainsi, « le propre témoignage du demandeur est la source principale et souvent unique de preuves, (...) en l'absence d'informations sur le pays d'origine, la personne chargée de statuer sur la demande devra s'appuyer sur les seules déclarations du demandeur »¹⁵. Néanmoins, en droit de l'Union européenne, l'interprétation de la Convention de Genève de 1951 sur le statut des réfugiés est considérablement moins favorable au demandeur, et ce, malgré le fait que l'une des missions de l'UNHCR soit précisément de veiller à l'application de cette convention. De fait, au regard du droit de l'Union européenne, l'extrême diversité relative à la question de l'orientation sexuelle ne suffit pas à exempter le demandeur du contrôle par les autorités nationales de la crédibilité de ses allégations. En effet, l'Union européenne considère que la Convention de Genève de 1951 permet l'exercice d'un tel examen.

B/ – L'appréciation de la crédibilité de l'orientation sexuelle alléguée : un devoir de l'État

- 8 Le rejet de l'autodétermination de l'orientation sexuelle est entériné par la CJUE une fois encore à travers cet arrêt du 25 janvier 2018. Tel était déjà le cas dans les affaires jointes *A, B & C c/ Staatssecretaris van Veiligheid en* du 2 décembre 2014. La déclaration du demandeur est seulement le point de départ de l'appréciation de la demande d'asile. Ainsi, au terme de la directive 2011/95/UE, il pèse sur les autorités nationales une obligation d'examen des demandes d'asile au motif de persécutions du fait de l'orientation sexuelle (1). Toutefois, ce contrôle est limité à l'appréciation des faits et des circonstances (2).

i – L'obligation d'examen de la demande d'asile par les autorités nationales

- 9 Les directives 2011/95/UE et 2013/32/UE¹⁶ qui procèdent respectivement à la refonte des directives 2004/83/UE et 2005/85/UE constituent, avec la Convention de Genève du 28 juillet 1951 sur le statut des réfugiés¹⁷ le cadre juridique de la demande d'asile pour motif de discrimination en raison de son orientation sexuelle. Au terme de l'article 4 de directive 2011/95/UE, « il appartient à l'État membre d'évaluer, en coopération avec le demandeur, les éléments pertinents de la demande »¹⁸. Dès lors, plus qu'un droit de l'État, c'est une obligation qui lui est imposée de procéder à l'appréciation des demandes d'asile qui lui sont adressées. La déclaration du demandeur est donc le point de départ de l'examen de la requête. Afin de procéder à cet examen, la CJUE propose en 2012 une méthodologie en deux temps. L'arrêt *M.M. c/ Minister for Justice, Equality and Law Reform* prévoit d'analyser la crédibilité de la demande d'asile, avant de contrôler la conformité aux autres critères énoncés par les directives¹⁹.
- 10 Dans l'arrêt *F contre Bevándorlási és Állampolgársági Hivatal*, la CJUE appréhende principalement la question de la crédibilité des allégations du demandeur. Elle apporte une certaine clarification quant aux méthodes à la disposition des autorités nationales dans leur quête pour infirmer ou confirmer les éléments déclarés par le demandeur²⁰. Dans sa démarche, la CJUE souligne également l'importance de la coopération entre les autorités et le demandeur. En effet, l'article 4 de la directive 2011/95/UE précise cette incitation à un travail de concert entre les deux parties afin permettre le meilleur établissement des faits possible. Toutefois, du fait de l'atmosphère délétère de peur et de méfiance en matière migratoire, les autorités nationales se posent souvent en opposant aux demandeurs et se concentrent sur la démonstration de l'invalidité des demandes d'asile. Pourtant, il est bien plus facile pour les autorités nationales d'avoir accès à certains documents attestant des allégations des demandeurs alors que ces derniers ne sont pas toujours en mesure de produire de telles pièces, *a fortiori* lorsqu'ils ont tout abandonné pour fuir les violences qui se déchaînent dans leur pays d'origine.
- 11 Il convient d'ajouter que les directives 2011/95/UE et 2013/32/UE ne prévoient aucun moyen pour procéder à un tel examen. Nous assistons alors à une véritable « course aux preuves objectives »²¹. Ce cadre juridique imprécis se mêlant au climat de suspicion généralisée en matière de droit d'asile n'a pas manqué d'engendrer nombre de dérives et d'abus. Néanmoins, au terme de la directive 2011/95/UE, l'examen de la demande d'asile est limité substantiellement à l'appréciation des faits et des circonstances.

ii – La limitation du contrôle à l'appréciation des faits et des circonstances

- 12 La CJUE rappelle l'insuffisance de la déclaration du demandeur pour fonder sa requête : « il importe de souligner que les déclarations d'un demandeur de protection internationale relatives à son orientation sexuelle ne constituent, compte tenu du contexte particulier dans lequel s'inscrivent les demandes de protection internationale, que le point de départ du processus d'évaluation des faits et des circonstances prévu à l'article 4 de la directive 2011/95 ». La directive précise cinq conditions pour évaluer la crédibilité des allégations du demandeur. Le demandeur doit s'être réellement efforcé d'étayer sa demande. Il doit avoir présenté tous les éléments pertinents à sa disposition et avoir fourni des explications suffisantes, en l'absence d'autres éléments probants. Il doit formuler une demande cohérente et crédible, les informations pertinentes connues par

les autorités ne devant pas la contredire. Il doit avoir présenté sa demande de protection internationale dès que possible ou pouvoir justifier de ne pas l'avoir fait auparavant. Enfin, l'autorité doit établir la crédibilité générale de la demande²².

- 13 Or il arrive fréquemment que les autorités nationales interprètent ces dispositions de façon très restrictive pour le demandeur. C'est le cas dans l'arrêt F contre Bevéndorlási és Állampolgársági Hivatal. Quand bien même le requérant satisfait à chacune de ses conditions, les autorités hongroises constatent l'absence d'incohérence dans ses allégations. Elles demandent la mise en œuvre d'une expertise pour déterminer l'authenticité des propos du demandeur quant à son orientation sexuelle²³. La CJUE saisit l'occasion offerte par cette affaire pour censurer ce genre de pratiques. En effet, rien ne justifie que les autorités hongroises aient pu encore douter des allégations du demandeur alors que ces critères étaient satisfaits²⁴. La Cour de Luxembourg va plus loin encore. Elle rappelle que les autorités nationales ne sont pas liées par de telles expertises et qu'elles doivent se cantonner à l'appréciation des faits et des circonstances²⁵. Elles ne sauraient réaliser leur mission si elles persévèrent au-delà du raisonnable dans la démonstration de l'absence de crédibilité de la demande alors que tous les éléments exigés par le droit de l'Union européenne sont rassemblés. Elles ne doivent douter que lorsque cela apparaît justifié au regard de l'insatisfaction des conditions énoncées par la directive.
- 14 En ce qui concerne les modalités d'établissement des faits et des circonstances, les autorités ne sont en outre pas libres des moyens à employer pour apprécier la crédibilité d'une demande d'asile. En effet, la CJUE est venue à de nombreuses reprises circonscrire les méthodes employées par les autorités nationales afin d'éviter un certain nombre de dérives et d'abus.

2°/- Les limites à l'appréciation par les autorités de la crédibilité de l'orientation sexuelle alléguée : les modes de preuves prohibés

- 15 La question de l'identification de l'orientation sexuelle d'une personne est en soi une problématique complexe. En outre, les méthodes employées par les autorités de certains États ont parfois provoqué de vives polémiques médiatiques tant elles portaient atteinte à la dignité des personnes qui y ont été soumises²⁶. De nombreuses dérives ont pu ainsi être observées avant que la CJUE ne vienne les sanctionner (A). L'arrêt F contre Bevéndorlási és Állampolgársági Hivatal est l'occasion pour la CJUE de proclamer l'illicéité des tests projectifs de personnalité lors de l'examen d'une demande d'asile en raison de l'orientation sexuelle (B). Cependant, il faut s'interroger sur ce que permet de démontrer les modalités d'examen conforme au droit de l'Union, d'autant qu'elles ne permettent pas nécessairement d'apprécier le fondement de la demande d'asile, à savoir, l'existence de persécutions ou de menaces de persécutions dans le pays d'origine du demandeur (C).

A/ – Les pratiques anciennement prohibées au sein de l'Union européenne

- 16 Au cours des dernières années, les autorités nationales ont parfois eu recours à de procédés révoltants, publiquement dénoncés et juridiquement condamnés afin de déterminer l'orientation sexuelle des demandeurs d'asile qui alléguaient de persécutions

du fait de leur homosexualité. Ainsi, en 2014, des questionnaires au contenu choquant et dégradant ont été publiés par *The Observer* au Royaume-Uni²⁷. Il est aussi possible de mentionner les tests phallométrique et pléthysmographique vaginal pratiqués en Slovaquie et en République tchèque qui ont pris fin en 2009 sous la pression de l'UNHCR et de l'Union européenne²⁸. Ces tests consistent en une analyse de l'évolution de la circonférence et de la masse du sexe lorsque le sujet est confronté à divers stimuli notamment pornographiques. Il apparaît que ces tests constituent des atteintes flagrantes à l'inviolabilité de la dignité de la personne humaine et au droit à la vie privée et familiale consacrés respectivement par l'article premier et l'article 7 de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne ainsi que par les articles 3 et 8 de la Convention européenne des droits de l'homme. En outre, ils révèlent également une compréhension stéréotypée de l'homosexualité. C'est ainsi que la CJUE est venue poser des bornes à ces pratiques au fil de sa jurisprudence. L'arrêt *F contre Bevándorlási és Állampolgársági Hivatal* n'est que l'une des nombreuses pierres de l'édifice que le juge de l'Union européenne a construit en la matière.

- 17 L'apport cardinal de la CJUE a été réalisé à l'occasion des affaires jointes *A, B & C c/ Staatssecretaris van Veiligheid en* du 2 décembre 2014. Cet arrêt interdit quatre types de méthodes d'appréciation de l'orientation sexuelle alléguée.
- 18 En premier lieu la CJUE a proscrit les questions portant sur les détails de la vie sexuelle du demandeur. En effet, ces questions portent atteinte aux droits fondamentaux et notamment au droit à la vie privée et familiale²⁹. Par ailleurs, cela participe de la lutte contre un examen trop stéréotypé de la crédibilité des allégations du demandeur, en appréhendant l'orientation sexuelle de façon plus large que le simple comportement sexuel³⁰.
- 19 Ensuite, la CJUE s'est opposée aux pratiques les plus contestables à travers l'interdiction des « tests médicaux ». La CJUE emploie une formulation large à dessein³¹. Certes, elle a souhaité mettre fin aux tests mentionnés plus haut. Mais elle a cherché certainement aussi à prévenir le développement de méthodes qui pourraient emporter des violations similaires des droits fondamentaux³². La CJUE a prohibé également les méthodes d'examen fondées sur des films et des photographies, mettant en scène les demandeurs d'asile au travers de comportements sexuels³³. Ici encore, la Cour de Luxembourg a semblé soucieuse de combattre les conceptions simplistes et stéréotypées de l'orientation sexuelle.
- 20 Par ailleurs, la CJUE a fait un pas de plus en faveur d'une analyse individualisée de la demande d'asile, à travers l'interdiction du rejet pour motif de déclaration tardive de l'orientation sexuelle du défendeur³⁴. En effet, il était fréquent que les demandeurs qui ne manifestaient pas immédiatement leur homosexualité vissent leur demande d'asile rejetée car les autorités analysaient le retard de cette déclaration de façon à jeter le discrédit sur la demande. Depuis 2014, la CJUE a contraint les autorités à davantage examiner le rapport que chaque demandeur entretient avec son intimité en fonction notamment de son âge, de sa culture, des persécutions vécues³⁵.
- 21 Enfin, la CJUE a consacré l'interdiction de rejeter une demande d'asile en raison de réponses « incorrectes » à un questionnaire. Même si ces questionnaires ne sont pas contraires à la directive 2011/95/UE, ils ne peuvent suffire à établir la crédibilité des allégations des demandeurs³⁶. De ce fait, la CJUE a poussé les autorités à davantage tenir compte des situations personnelles des demandeurs³⁷. L'arrêt *F contre Bevándorlási és*

Állampolgársági Hivatal marque également une étape de ce processus par l'interdiction des tests projectifs de personnalité.

B/ – La méthode nouvellement proscrite : les tests projectifs de personnalité

- 22 Comme la CJUE ne propose pas sa propre définition de l'orientation sexuelle, il convient de mobiliser les principes de Jogjakarta qui précisent l'application des normes internationales en matière de droits de l'homme et relatives à l'orientation sexuelle et à l'identité de genre³⁸. Ces principes précisent que l'orientation sexuelle est « *la capacité de chacun à ressentir une profonde attirance émotionnelle, affective et sexuelle envers des individus du sexe opposé, de même sexe ou de plus d'un sexe, et d'entretenir des relations intimes et sexuelles avec ces individus* »³⁹. Cependant, lors des demandes d'asile, nombre d'éléments en lien avec l'idée de genre se mêlent à la question de l'orientation sexuelle. L'identité de genre est définie comme « *l'expérience intime et sexuelle du sexe faite par chacun, qu'elle corresponde ou non au sexe assigné à la naissance, y compris une conscience personnelle du corps (...) et d'autres expressions du sexe, y compris l'habillement, le discours et les manières de se conduire* »⁴⁰. Comme l'explique Marion Tissier-Raffin, « *les personnes homosexuelles refusent de se conformer aux rôles sociaux ou culturels prédéfinis ou aux comportements attribués à leur sexe biologique* »⁴¹. En effet, l'orientation sexuelle ne se limite pas à un comportement sexuel, elle participe à la façon dont un individu se définit lui-même et par rapport aux autres, que ce soit dans son intimité mais également dans sa façon de se conduire en société. Il ne saurait exister de comportements types en fonction de telle ou telle orientation sexuelle car celle-ci est étroitement liée aux différents aspects de l'identité d'un individu. Ce sujet complexe a donc justifié dès le 12 septembre 2003 que la Cour européenne des droits de l'homme consacre un rattachement à la protection du droit à la vie privée dans l'arrêt *Van Kück*⁴². Les expériences de l'orientation sexuelle sont si intimes et si diverses qu'elles ne peuvent et surtout ne doivent pas être appréhendées de façon simpliste et stéréotypée. En outre, la CJUE a rappelé dans les affaires jointes *A, B & C c/ Staatssecretaris van Veiligheid en* du 2 décembre 2014 l'impératif de respecter les articles 1 et 7 de la charte des droits fondamentaux de l'Union européenne consacrés respectivement au respect de la dignité humaine et de la vie privée et familiale. Cette nécessité est de nouveau précisée par la Cour de Luxembourg dans l'arrêt *F contre Bevándorlási és Állampolgársági Hivatal*. Concernant les demandes d'asile au titre des persécutions à raison de l'orientation sexuelle, il apparaît alors que les dispositions des directives 2011/95/UE et 2013/32/UE doivent être interprétées à la lumière des articles 1 et 7 de la Charte⁴³.
- 23 Dans la décision *F contre Bevándorlási és Állampolgársági Hivatal*, la CJUE poursuit en ce sens en déclarant contraire à l'article 7 de la charte les tests projectifs de personnalité⁴⁴. Sur une question aussi intime que l'orientation sexuelle, de tels tests visant à déterminer l'homosexualité effective d'une personne sont nécessairement intrusifs. Par ailleurs, on ne peut négliger les doutes sérieux quant à la fiabilité de ces tests. Même si ce n'est pas ici le principal, il est vrai que les tests projectifs de personnalité sont fortement controversés au sein de la communauté scientifique⁴⁵. Il s'agit donc, selon la CJUE, de limiter l'importance accordée aux conclusions des rapports d'expertise fondés sur ces tests. C'est d'autant plus le cas que le demandeur d'asile sait pertinemment que l'issue de sa demande dépend du résultat de cette évaluation. Il subit une pression qui pourra le conduire dans certains à entrer dans le moule afin de convaincre au mieux ses

examineurs. Il faut donc douter de la fiabilité des tests projectifs tant d'une manière générale que dans le contexte de l'appréciation d'une demande d'asile. Par ailleurs, dans un tel contexte de l'examen des demandes d'asile, il n'est en aucune façon imaginable de concevoir que le consentement donné à des tests projectifs de personnalité puisse réellement être libre.

- 24 Ainsi, la CJUE consacre l'interdiction de pratiquer de tels tests car ils constituent une atteinte aux droits du demandeur, dont l'utilité est discutée, dont la nécessité est absente, dont la proportionnalité fait défaut, étant de surcroît entendu que le demandeur n'a pas réellement pu consentir à s'y soumettre. Si le droit à la vie privée peut supporter qu'il lui soit porté atteinte, celle-ci doit être proportionnée à la recherche d'un objectif d'intérêt général reconnu par l'Union européenne⁴⁶. En l'espèce, la CJUE conclut fermement que ce n'est pas le cas⁴⁷. Elle consacre donc en droit de l'Union européenne le principe 18 des principes de Jogjakarta qui s'oppose à la réalisation de tests contraints sur les personnes en raison de leur orientation sexuelle.
- 25 Cependant, la CJUE va plus loin. Elle estime en effet que les tests réalisés ne permettraient pas aux autorités hongroises de mener à bien leur mission. Mais que doivent apprécier les autorités nationales ? Quelles sont les méthodes que les autorités peuvent utiliser ?

C/ – Les examens réalisables par les autorités : vers un changement de perspective ?

- 26 Les autorités nationales chargées d'examiner le bien-fondé des demandes d'asile déposées au titre des persécutions à raison de l'orientation sexuelle se retrouvent ainsi contraintes dans cette dynamique d'accroissement de la protection de la vie privée du demandeur. La question qui se pose est donc celle de la détermination des moyens par lesquels les autorités peuvent apprécier la crédibilité de telles demandes. Certes, les questionnaires relatifs à la vie privée des demandeurs restent une possibilité offerte aux autorités qui ne peut cependant suffire à déterminer la décision de rejet des demandes d'asile. De plus, ces questionnaires ne peuvent démontrer à eux seuls l'orientation sexuelle d'une personne car la CJUE s'oppose à une conception stéréotypée de l'homosexualité. En effet, l'orientation sexuelle est un sujet profondément intime et subjectif, à tel point qu'il n'est pas possible qu'une série de réponses puissent objectivement la révéler. Ces questionnaires peuvent tout au plus orienter l'examen de la demande d'asile.
- 27 En ce sens, la Cour de Luxembourg reprend à son compte les éléments avancés par la France et les Pays-Bas à l'occasion de leur intervention : « *le recours à un expert peut, notamment, permettre de recueillir des informations plus complètes sur la situation des personnes partageant une certaine orientation sexuelle dans le pays tiers dont est originaire le demandeur* »⁴⁸. Ce n'est pas le recours à l'expert comme mode preuve qui attire l'attention du lecteur. Il s'agit somme toute d'un procédé relativement classique mentionné par l'article 10 de la directive 2011/95/UE. Ce qui est important ici est le fait que la CJUE tourne son regard vers le pays d'origine du demandeur. En effet, plutôt que de poser la question de l'orientation sexuelle réelle du demandeur, elle pose celle de l'existence de persécutions effectives ou potentielles au sein de la société que tente de fuir le demandeur d'asile. Si ces persécutions peuvent avoir été subies par le demandeur, le simple fait de les redouter peut justifier l'obtention de la protection internationale. Cette conception peut paraître largement bénéficière au demandeur, cependant, dans l'arrêt, *X, Y, & Z. contre Minister voor Immigratie en Asiel* du 7 novembre 2013, la CJUE se prononce plus précisément sur la

notion de persécution⁴⁹. Il apparaît, à la lecture de cet arrêt, que plusieurs conditions doivent être réunies pour que les autorités nationales puissent constater l'existence de persécutions. En effet, la Cour de Luxembourg exige que l'homosexualité soit pénalisée et sanctionnée avec gravité et sévérité, de plus les autorités nationales doivent effectivement inculper et poursuivre les individus en raison de leur orientation sexuelle. Il convient de préciser que la position de la Cour de Luxembourg est ici extrêmement contestable, tout le moins, à deux titres. D'abord, parce que la CJUE demande que les persécutions soient orchestrées par l'État lui-même, ce qui n'est absolument pas indispensable à l'exercice de violences systématisées par des personnes privées contre les individus du fait de leur orientation sexuelle. Ensuite, parce que la CJUE exige que la législation pénale en question soit effectivement appliquée, ce qui apparaît totalement déconnecté de la réalité des faits car les menaces d'application peuvent en elles-mêmes servir de moyen pression, de chantage ou encore, légitimer les violences mises en œuvre par des personnes privées⁵⁰. Ainsi, la Cour de Luxembourg restreint considérablement l'accès à la protection internationale par l'élaboration de prérequis parfaitement inadaptés à la réalité pratique des violences perpétrées contre les personnes du fait de leur orientation sexuelle.

- 28 Cela étant, la CJUE explique dans l'arrêt *F contre Bevándorlási és Állampolgársági Hivatal*, que le demandeur peut avoir accès à la protection internationale dans la mesure où il appartient à un groupe social persécuté. Mais cette protection peut également lui être octroyée s'il est perçu comme appartenant à ce groupe social par les auteurs des persécutions. Peu importe l'orientation sexuelle réelle du demandeur, l'important est qu'il soit perçu comme homosexuel au regard des constructions sociales propres à la société de son pays d'origine. Il ne s'agit donc pas nécessairement de faire la démonstration objective de telle ou telle orientation sexuelle, mais de prouver qu'il existe un risque réel de persécution en cas de retour dans le pays d'origine du demandeur⁵¹. C'est ainsi une analyse sociologique objective et non une détermination psychologique subjective qui doit être conduite par les autorités nationales.
- 29 Ainsi, comme l'explique Marion Tisser Raffin, « *c'est toute son identité personnelle, sexuelle et de genre, qu'il faut explorer pour apprécier si celle-ci s'oppose aux conceptions et rôles sociaux attribués à son sexe dans un pays* »⁵². Le rôle des autorités lors de l'examen de demande d'asile liée à l'orientation sexuelle doit être d'identifier les perceptions sociales partagées par la société d'origine qui engendrent des persécutions afin d'établir si le demandeur correspond ou non à la représentation de l'orientation sexuelle en vigueur dans la société considérée. En ce sens, cet arrêt marque une étape importante de l'évolution du droit de l'Union européenne en matière de protection internationale. Néanmoins, nous resterons réservés quant à l'évolution réelle de la démarche d'appréciation des demandes d'asile par les autorités nationales.

*

- 30 L'arrêt *F contre Bevándorlási és Állampolgársági Hivatal* rendu par la CJUE le 25 janvier 2018 laisse ses lecteurs dans un étrange sentiment de perplexité.
- 31 Certes, il s'agit bel et bien d'une victoire pour la protection des droits des personnes homosexuelles qui demandent asile. La CJUE a su reconnaître avec force et clarté que les tests projectifs constituent des modes d'examen de la crédibilité de la demande trop intrusifs pour être proportionnés. La protection de la vie privée doit primer sur une quête

de vérité qui ne s'interroge pas sur les bons éléments. Par ailleurs la CJUE a pu rappeler la nécessaire individualisation de l'appréciation de l'orientation sexuelle qui touche au domaine de ce que l'humain a de plus intime et de plus subjectif. En ce sens, il s'agit d'une victoire contre les diverses conceptions stéréotypées de l'homosexualité encore bien présentes dans nombre d'esprits.

- 32 Néanmoins, cet arrêt rappelle, avec tout autant de fermeté, le devoir de l'État d'examiner les déclarations des demandeurs d'asile. Si cet impératif se justifie, il n'en demeure pas moins que son interprétation par les autorités chargées de l'exécuter tend à faire perdre de vue la mission principale de la protection internationale.
- 33 Plutôt que de questionner l'orientation sexuelle des demandeurs d'asile, peut-être faudrait-il davantage s'interroger sur la réalité des persécutions qui règnent dans leur pays d'origine. Peut-être faudrait-il que les autorités cessent de chercher à démontrer que les déclarations des demandeurs ne sont pas crédibles et concentrent leurs efforts sur une meilleure compréhension des violences qui ont justifié leur départ. Il s'ensuivrait une meilleure application du droit lui-même et donc une meilleure réalisation de ses finalités. Toutefois, il ne semble pas que ce renversement de perspective se produise dans un contexte de méfiance et de suspicion exacerbées où la « forteresse Europe » consolide davantage ses murs chaque jour.

*

CJUE, Troisième Chambre, F contre Bevándorlási és Állampolgársági Hivatal, C-473/16, 21 janvier 2018

*

Les Lettres « Actualités Droits-Libertés » (ADL) du CREDOF (pour s'y abonner) sont accessibles sur le site de la Revue des Droits de l'Homme (RevDH) - Contact

NOTES

1. International Lesbian, Gay, Bisexual, Trans and Intersex Association, Aengus CAROLL et Lucas Ramon MENDOS, « State-Sponsored Homophobia 2017 : A world survey of sexual orientation laws: criminalisation, protection and recognition », Genève, 2017, p. 4.
2. *Idem*, p. 42.
3. Sana SBOUAI, « Homosexualité : en Tunisie, le procès du " test de la honte " », *Le Nouvel Obs*, 23 septembre 2015.
4. Sabine JANSEN, Thomas SPIJKERBOER, « Fleeing Homophobia : Asylum Claims Related to Sexual Orientation and Gender Identity in Europe », Amsterdam, 2011, p. 16.
5. CJUE, Troisième Chambre, F contre Bevándorlási és Állampolgársági Hivatal, C-473/16, 21 janvier 2018, §26.

6. 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, article 10.
7. Convention de Genève du 28 juillet 1951, relative au statut des réfugiés, article premier.
8. CJUE, Troisième Chambre, *F contre Bevándorlási és Állampolgársági Hivatal*, C-473/16, 21 janvier 2018, §9.
9. *Idem*, §11.
10. CJUE, Quatrième Chambre, X., Y., & Z. contre *Minister voor Immigratie en Asiel*, Affaires jointes C-199/12, C-200/12, C-201/12, 7 novembre 2013.
11. CJUE, Troisième Chambre, *F contre Bevándorlási és Állampolgársági Hivatal*, C-473/16, 21 janvier 2018, §11.
12. Marie-Laure BASILIEN-GAINCHE, Caroline LANTERO, « Statut de réfugié et appartenance à un groupe social : Une victoire à la Pyrrhus pour les personnes homosexuelles », in *Lettre « Actualités Droits-Libertés » du CREDOF*, 13 novembre 2013, p 1.
13. Marion Tissier-Raffin, « L'orientation sexuelle comme motif de persécution doit être appréciée dans la dignité », *La Revue des droits de l'homme* [En ligne], Actualités Droits-Libertés, mis en ligne le 15 janvier 2015.
14. UNHCR, « Principes Directeurs sur la protection internationale n° 9 : Demandes de statut de réfugié fondées sur l'orientation sexuelle et/ou l'identité de genre dans le contexte de l'article 1A (2) de la Convention de 1951 et/ou de son protocole de 1967 relatifs au statut des réfugiés », HCR/GIP/12/09, 23 octobre 2012, §4 & 63.
15. *Idem*, §64.
16. Directive 2013/95/UE du Parlement européen et du Conseil du 26 juin 2013 relative à des procédures communes pour l'octroi et le retrait de la protection internationale.
17. Convention de Genève du 28 juillet 1951, relative au statut des réfugiés entrée en vigueur le 22 avril 1954.
18. CJUE, Troisième Chambre, *F contre Bevándorlási és Állampolgársági Hivatal*, C-473/16, 21 janvier 2018, §10.
19. CJUE, Première Chambre, M.M. c/ *Minister for Justice, Equality and Law Reform*, Affaire C-277/11, du 22 novembre 2012, §64.
20. CJUE, Troisième Chambre, *F contre Bevándorlási és Állampolgársági Hivatal*, C-473/16, 21 janvier 2018, §10.
21. Marion Tissier-Raffin, « L'orientation sexuelle comme motif de persécution doit être appréciée dans la dignité », *loc. cit.*
22. CJUE, Troisième Chambre, *F contre Bevándorlási és Állampolgársági Hivatal*, C-473/16, 21 janvier 2018, §10.
23. *Idem*, §68.
24. *Ibidem*.
25. *Idem*, §65.
26. Marion Tissier-Raffin, « L'orientation sexuelle comme motif de persécution doit être appréciée dans la dignité », *loc. cit.*
27. Colin YEO s'est exprimé dans la presse anglaise : Diane TAYLOR, Mark TOWNSEND, « *Gayasylum Seeker face 'Humiliation'* », *The Observer*, 8 février 2014.
28. UNHCR, « UNHCR's Comments on the Practice of Phallometry in the Czech Republic to Determine the Credibility of Asylum Claims Based on Persecution due to Sexual Orientation », UNHCR, Avril 2011.

29. CJUE, Grande Chambre, Affaires jointes C-148/13, C-149/13 & C-149/13, 2 décembre 2014, §64.
30. Marion Tissier-Raffin, « L'orientation sexuelle comme motif de persécution doit être appréciée dans la dignité », *loc. cit.*
31. CJUE, Grande Chambre, Affaires jointes C-148/13, C-149/13 & C-149/13, 2 décembre 2014, §64.
32. Marion Tissier-Raffin, « L'orientation sexuelle comme motif de persécution doit être appréciée dans la dignité », *loc. cit.*
33. CJUE, Grande Chambre, Affaires jointes C-148/13, C-149/13 & C-149/13, 2 décembre 2014, §64.
34. *Idem*, §69-71.
35. Marion Tissier-Raffin, « L'orientation sexuelle comme motif de persécution doit être appréciée dans la dignité », *loc. cit.*
36. CJUE, Grande Chambre, Affaires jointes C-148/13, C-149/13 & C-149/13, 2 décembre 2014, §62.
37. Marion Tissier-Raffin, « L'orientation sexuelle comme motif de persécution doit être appréciée dans la dignité », *loc. cit.*
38. Les principes de Jogjakarta, *Principes sur l'application de la législation internationale des droits humains en matière d'orientation sexuelle et d'identité de genre*, mars 2007.
39. *Idem*, p. 6.
40. *Ibidem*.
41. Marion Tissier-Raffin, « L'orientation sexuelle comme motif de persécution doit être appréciée dans la dignité », *loc. cit.*
42. CEDH, 3ème Sect, Van Kück c/ Allemagne, n° 35968/97, 12 septembre 2003.
43. CJUE, Troisième Chambre, *F contre Bevándorlási és Állampolgársági Hivatal*, C-473/16, 21 janvier 2018, §35.
44. *Idem*, §72.
45. Scott O. Lilienfeld, « What's Wrong with This Picture ? », *Scientific American*, avril 2005.
46. CJUE, Troisième Chambre, *F contre Bevándorlási és Állampolgársági Hivatal*, C-473/16, 21 janvier 2018, §55.
47. *Idem*, §72.
48. *Idem*, §38.
49. Marie-Laure BASILIEN-GAINCHE, Caroline LANTERO, « Statut de réfugié et appartenance à un groupe social : Une victoire à la Pyrrhus pour les personnes homosexuelles », *op. cit.*, pp 4-5.
50. *Idem*, p 5.
51. CJUE, Troisième Chambre, *F contre Bevándorlási és Állampolgársági Hivatal*, C-473/16, 21 janvier 2018, § 31-32.
52. Marion Tissier-Raffin, « L'orientation sexuelle comme motif de persécution doit être appréciée dans la dignité », *loc. cit.*

ABSTRACTS

C'est grâce à l'impulsion du tribunal administratif et du travail hongrois que la Cour de justice de l'Union européenne a été amenée, le 25 janvier 2018, à se prononcer sur la question de l'examen de la demande de protection internationale du fait de persécutions au motif de l'orientation sexuelle du demandeur. Si de nombreuses affaires ont déjà été rendues en la matière, cette affaire se distingue par l'attention particulière accordée par la Cour aux tests projectifs qui permettent, dans une certaine mesure, d'évaluer la personnalité du sujet à travers ses réactions à des images ou des photographies. En effet, la Cour estime que le recours à ces tests constitue une atteinte disproportionnée et non consentie au droit à la vie privée du demandeur d'asile. Ainsi, la Cour interdit aux autorités nationales l'emploi de tels tests. Cela constitue en soi une avancée qui mérite d'être saluée. Cependant, la Cour ne manque pas de rappeler que les autorités nationales peuvent interroger la crédibilité des allégations du demandeur quant à son orientation sexuelle. En cela, la décision de la Cour reste pour le moins contestable.

AUTHOR

ALEXANDRE BONGIOVANNI

Étudiant en Master 2 de droit international public à l'Université Jean Moulin - Lyon III