

Observations

Droit européen de l'asile et homosexualité

Luc Leboeuf*

Doctorant à l'U.C.L. - Chercheur E.D.E.M. (www.uclouvain.be/edem)

INTRODUCTION

La Convention de Genève impose aux Etats de reconnaître une protection au « réfugié », défini comme l'individu qui éprouve une crainte fondée de subir la persécution dans son pays d'origine en raison de cinq motifs énumérés limitativement (race, religion, nationalité, appartenance à un certain groupe social et opinions politiques)¹. Parmi les réfugiés figurent de nombreuses personnes L.G.B.T.² comme le rappelle le récent renforcement par l'Ouganda des sanctions pénales encourues pour homosexualité³.

Dans l'arrêt *X, Y. et Z.*, la Cour de justice examine trois obstacles juridiques auxquels les homosexuels sont confrontés lorsqu'ils sollicitent la reconnaissance de la qualité de réfugié. Elle en lève deux d'entre eux. Le premier obstacle concerne l'exigence d'un « motif de persécution ». En conformité avec le texte de la directive qualification, la Cour de justice considère que les homosexuels forment un groupe social et peuvent donc prétendre au statut de réfugié en tant qu'homosexuels (I). Le second obstacle concerne la « crainte fondée » de persécution.

Dans la droite ligne de sa jurisprudence antérieure, la Cour de justice confirme qu'un homosexuel démontre une crainte fondée de persécution même si dissimuler son orientation sexuelle, ou l'exprimer avec réserve, lui permettrait d'échapper à ses persécuteurs (II). Le troisième obstacle concerne le seuil de gravité des mauvais traitements craints pour que ces derniers puissent être qualifiés de « persécution ». La Cour de justice juge que la pénalisation de l'homosexualité ne correspond à une persécution que si les sanctions consacrées par la loi sont effectivement mises en œuvre (III).

I L'HOMOSEXUALITÉ CONSTITUE UN MOTIF DE PERSÉCUTION

Dans *X, Y. et Z.*, la Cour de justice admet que les homosexuels forment un groupe social, consacrant en droit européen de l'asile une interprétation évolutive de la Convention de Genève qui a permis de reconnaître le statut de réfugié aux individus victimes de persécutions fondées sur le genre (A). Cette consécration du « groupe social des homosexuels » reflète le texte de la directive qualification (B) et correspond à la pratique des Etats membres, dont la Belgique (C).

A. En droit des réfugiés. L'interprétation évolutive du motif « groupe social » pour protéger contre les persécutions liées au genre

La Convention de Genève, profondément ancrée dans les réalités historiques qui prévalaient lors de sa conclusion au sortir

* L'auteur remercie Jean-Yves Carlier, professeur à l'U.C.L., à l'U.L.G. et avocat, pour ses commentaires sur une version antérieure. Toute erreur est de la seule responsabilité de l'auteur.

1 Art. 1, A, §2, de la Convention relative au statut des réfugiés, Genève, 28 juillet 1951 (entrée en vigueur : 22 avril 1954), *U.N.T.S.*, vol. 189, p. 137.

2 Pour « Lesbian, gay, bisexual, transgender and intersex ».

3 Amnesty International, « Ouganda. Le président Yoweri Museveni promulgue la loi contre l'homosexualité », Communiqué de presse, 24 février 2014, accessible sur : www.amnesty.be. L'homosexualité est pénalisée dans 86 pays (D. OTTOSSON, *State-sponsored homophobia. A world survey of laws prohibiting same sex activity between consenting adults*, 2008, accessible sur : www.ilga.org).

de la Seconde Guerre mondiale, ne mentionne pas explicitement l'homosexualité, ni même le sexe, en tant que motif de persécution susceptible d'engendrer la reconnaissance de la qualité de réfugié. Le motif de persécution « appartenance à un certain groupe social », à la signification plus indéterminée que les motifs de persécution « race », « religion », « nationalité » et « opinions politiques », a cependant permis d'étendre le droit des réfugiés aux persécutions liées au genre.

Les travaux préparatoires de la Convention de Genève demeurent muets sur la signification du motif « appartenance à un certain groupe social »⁴. Tout au plus le contexte des négociations permet-il de supposer que les rédacteurs avaient à l'esprit la bourgeoisie capitaliste persécutée par les régimes communistes, sans qu'ils n'expriment le souhait de limiter le « groupe social » à cette unique hypothèse⁵. Une lecture parallèle de la Convention de Genève et de l'interdiction des discriminations consacrée par l'article 2 de la Déclaration universelle des droits de l'homme, auquel le préambule de la Convention de Genève se réfère, tend à indiquer que le motif de persécution « appartenance à un certain groupe social » revêt un rôle similaire au motif de discrimination « toute autre situation »⁶. Il apporterait de la souplesse au texte juridique, lui permettant d'évoluer en fonction des réalités sociales. Cependant, le choix des termes « groupe social » au lieu de « toute autre situation » implique que, s'il est ouvert et susceptible d'évolutions, le motif « groupe social » ne comprend pas l'ensemble des motifs pour lesquels un individu peut être persécuté.

Le Haut-Commissariat pour les réfugiés des Nations-Unis (ci-après le « H.C.R. »), dont les travaux doctrinaux revêtent une autorité morale particulière en raison de son rôle de

surveillance de la bonne application de la Convention de Genève par les Etats⁷, s'est attelé à fournir une définition plus précise du « groupe social ». Dans ses principes directeurs, le H.C.R. définit le « groupe social » comme « un groupe de personnes qui partagent une caractéristique commune autre que le risque d'être persécutées, ou qui sont perçues comme un groupe par la société. Cette caractéristique sera souvent innée, immuable, ou par ailleurs fondamentale pour l'identité, la conscience ou l'exercice des droits humains »⁸. Forment donc un groupe social un ensemble d'individus qui partagent une caractéristique commune dont ils ne peuvent se défaire car elle est immuable (par ex. le sexe) ou essentielle pour leur identité (par ex. la croyance religieuse) ou qui sont perçus comme formant un groupe distinct au sein de la société du pays d'origine (par ex. la caste).

Cette définition du groupe social en examinant le demandeur d'un point de vue interne (revêt-il une caractéristique commune immuable ou essentielle ?) et d'un point de vue externe (appartient-il à un groupe défini comme tel par la société du pays d'origine ?) a permis une interprétation évolutive de la Convention de Genève concomitamment au développement du droit international relatif à la lutte contre les discriminations fondées sur le genre. Ainsi, dès les années 80, le comité exécutif du H.C.R. se fonde sur la Convention sur l'élimination de toutes les formes de discrimination à l'égard des femmes⁹ pour enjoindre aux Etats de reconnaître le statut de réfugié aux femmes victimes de persécution en tant que membres du « groupe social des femmes »¹⁰. Par la suite, la prise de conscience que le droit international interdit également les discriminations fondées sur l'orientation sexuelle et l'identité de genre a engendré une extension du groupe social fondé sur le « sexe » à celui fondé sur le « genre »¹¹. Contrai-

4 T. ALEINIKOFF, « Caractéristiques protégées et perceptions sociales : analyse de la signification de l'expression 'appartenance à un certain groupe social' », in E. FELLER, V. TÜRK et F. NICHOLSON, *La protection des réfugiés en droit international*, Bruxelles, Larcier, 2008, p. 307 ; J. HATHAWAY et M. FOSTER, « Membership of a Particular Social Group », *I.J.R.L.*, 2003, p. 479.

5 G. GOODWIN-GILL et J. MCADAM, *The Refugee in International Law*, 3rd ed., Oxford, OUP, 2007, p. 74 ; J.-Y. CARLIER, *Droit d'asile et des réfugiés. De la protection aux droits*, Recueil des cours de l'Académie de droit international de La Haye, tome 332, Leiden, Martinus Nijhoff, 2008, p. 209.

6 Art. 2 de la Déclaration universelle des droits de l'homme, New York, 10 décembre 1948 : « chacun peut se prévaloir de tous les droits et de toutes les libertés proclamés dans la présente Déclaration, sans distinction aucune, notamment de race, de couleur, de sexe, de langue, de religion, d'opinion politique ou de tout autre opinion, d'origine nationale ou sociale, de fortune, de naissance ou de toute autre situation » (notre emphase). Cette définition a été reprise par l'article 26 du Pacte international relatif aux droits civils et politiques, New York, 16 décembre 1966 (entrée en vigueur : 23 mars 1976).

7 Art. 35 de la Convention de Genève.

8 H.C.R., « '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 », *Principes directeurs sur la protection internationale* n°2, 2008, §11.

9 Convention sur l'élimination de toutes les formes de discrimination à l'égard des femmes, New York, 18 décembre 1979 (entrée en vigueur : 3 septembre 1981).

10 C. LEWIS, *UNHCR and International Refugee Law. From Treaties to Innovation*, Routledge, Londres, 2012, p. 117 ; Comité exécutif du H.C.R., « Les femmes réfugiées et la protection internationale », *Conclusion n°39(XXXVI)*, 1985, point k). Voy. la Conclusion n°64 pour une référence explicite à la Convention sur l'élimination de toutes les formes de discriminations à l'égard des femmes (Comité exécutif du H.C.R., « Les femmes réfugiées et la protection internationale », *Conclusion n°64 (XLI)*, 1990, préambule).

11 Les principes de Jogjakarta, établis par un panel d'experts internationaux afin de permettre une « compréhension cohérente de l'ensemble

rement au « sexe », donné biologique, le « genre » englobe la construction sociale de la différence des sexes¹². Plus large, il comprend l'identité de genre et l'orientation sexuelle.

Aujourd'hui, les principes directeurs du H.C.R. considèrent que « le sexe peut, de façon appropriée, figurer dans la catégorie du groupe social [...] De la même façon, cette définition comprend les homosexuel(le)s, les transsexuel(le)s ou les travesti(e)s »¹³. La notion de « persécution fondée sur le genre » comprend donc tant les persécutions dirigées à l'égard des femmes que celles à l'égard des L.G.B.T.I.¹⁴

B. En droit européen. L'interprétation étroite du « groupe social » ne nuit pas à la protection contre les persécutions liées à l'orientation sexuelle

La directive qualification ne consacre qu'en partie la définition que donne le H.C.R. du « groupe social ». L'article 10, §1^{er}, d), de la directive qualification considère que, pour composer un groupe social, des individus doivent non seulement partager « 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 » (caractéristique commune immuable ou essentielle), mais ils doivent également constituer un groupe avec « son identité propre dans le pays en question parce qu'il

est perçu comme étant différent par la société environnante » (perception sociale)¹⁵. Les deux approches ne sont pas appliquées alternativement, comme le préconise le H.C.R., mais cumulativement. Certains auteurs y voient une menace pour l'interprétation évolutive du droit des réfugiés¹⁶.

Dans *X., Y. et Z.*, la Cour de justice rassure quant aux conséquences de cette définition étroite du groupe social pour les demandeurs d'asile homosexuels. Après avoir constaté que « l'orientation sexuelle d'une personne constitue une caractéristique à ce point essentielle pour son identité qu'il ne devrait pas être exigé qu'elle y renonce »¹⁷, premièrement, et que « l'existence d'une législation pénale [...] qui vise spécifiquement les personnes homosexuelles, permet de constater que ces personnes constituent un groupe à part qui est perçu par la société environnante comme étant différent »¹⁸, deuxièmement, la Cour de justice confirme que les homosexuels persécutés en raison de leur homosexualité forment un groupe social.

Ce faisant, la Cour de justice applique le texte de la directive qualification, lequel précise : « En fonction des conditions qui prévalent dans le pays d'origine, un groupe social spécifique peut être un groupe dont les membres ont pour caractéristique commune une orientation sexuelle »¹⁹. Elle interprète également la version antérieure de la directive qualification, sur laquelle portaient les questions préjudicielles, en suivant l'esprit de la refonte, entrée en vigueur lorsqu'elle rend son arrêt. Dans la refonte, le législateur européen insiste sur la prise en compte des persécutions liées au genre en précisant

du régime de droit international en matière de droits humains et de son application aux questions liées à l'orientation sexuelle et à l'identité de genre », illustrent cette prise de conscience (Préambule des Principes sur l'application de la législation internationale des droits humains en matière d'orientation sexuelle et d'identité de genre, Jogjakarta, 26 mars 2007). Pour une présentation de ces principes par ceux qui ont participé à leur élaboration, voy. M. O'FLAHERTY et J. FISHER, « Human Rights Law : Contextualising the Yogyakarta Principles », *H.R.L.R.*, 2008, pp. 207-248.

12 Selon le H.C.R., « Le genre fait référence aux relations entre les femmes et les hommes basées sur des identités, des statuts, des rôles et des responsabilités qui sont définis ou construits socialement ou culturellement, et qui sont attribués aux hommes et aux femmes » (H.C.R., « 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 », *Principes directeurs sur la protection internationale* n°1, 2008, §3). Voy. aussi S. JANSSENS, « Proposition de définition de la notion de 'groupe social' : entre état des lieux et perspectives d'évolution », *R.D.E.*, 2010, p. 309.

13 H.C.R., « La persécution liée au genre ... », *op. cit.*, §30.

14 H.C.R., « 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 son Protocole de 1967 relatifs au Statut des réfugiés », *Principes directeurs sur la protection internationale* n°9, 2012, §46 ; Principe de Jogjakarta n°23.

15 Art. 10, §1^{er}, d), de la Directive 2004/83/CE du Conseil du 29 avril 2004 concernant les normes minimales relatives aux conditions que doivent remplir les ressortissants des pays tiers ou les apatrides pour pouvoir prétendre au statut de réfugié ou les personnes qui, pour d'autres raisons, ont besoin d'une protection internationale, et relatives au contenu de ces statuts, *J.O.* n° L 304, 30 septembre 2004, p. 2. Cette directive, objet de la question préjudicielle, est aujourd'hui abrogée et remplacée par une version refondue (Directive 2011/95/UE, *J.O.*, n° L 337, 20 décembre 2011, p. 9). La version refondue ne modifie pas la définition du groupe social telle que citée ici.

16 Voy. par ex. C. LANTERO, *Le droit des réfugiés. Entre droits de l'homme et gestion de l'immigration*, Bruxelles, Bruylant, 2011. Ce point de vue est également partagé par certaines O.N.G. (voy. European Council on Refugees and Exiles, *Comments on the European Commission Proposal to recast the Qualification Directive*, mars 2010, p. 11). La proposition de directive qualification établie par la Commission européenne se contentait quant à elle de l'établissement d'une caractéristique commune inaliénable ou essentielle (Proposition COM (2001) 510fin, art. 12).

17 C.J.U.E., 7 novembre 2013, *X., Y. et Z.*, aff. jointes C-199/12 à C-201/12, non encore publié au *Rec.*, §46.

18 *Ibidem*, §48.

19 Art. 10, §1^{er}, d), de la refonte 2011/95/UE.

qu'« il convient de prendre dûment en considération les aspects liés au genre, y compris l'identité de genre, aux fins de la reconnaissance de l'appartenance à un certain groupe social ou de l'identification d'une caractéristique d'un tel groupe » et en mentionnant les « actes dirigés contre des personnes en raison de leur *genre* »²⁰ en lieu et place des « actes dirigés contre des personnes en raison de leur *sexe* »²¹ parmi la liste exemplative des persécutions.

La définition étroite du groupe social telle que consacrée par la directive qualification, qui exige le cumul d'une caractéristique commune immuable ou essentielle avec la perception sociale que les individus revêtant cette caractéristique forment un groupe distinct du reste de la société du pays d'origine, ne s'oppose donc pas à la prise en compte de l'homosexualité en tant que facteur constitutif d'un groupe social.

C. En droit belge. L'interprétation large du « groupe social »

En Belgique, les instances de l'asile reconnaissent depuis longtemps le groupe social des homosexuels²². De manière générale, la jurisprudence belge se montre assez encline à reconnaître l'existence d'un groupe social. Par l'article 48/3, §4, d), de la loi du 15 décembre 1980²³, le législateur belge a en effet usé de la possibilité offerte par la directive qualification d'user de standards de protection plus élevés que ceux qu'elle consacre pour définir le groupe social en suivant l'approche alternative recommandée par le H.C.R.²⁴.

20 Art. 9, §2, f), de la refonte 2011/95/UE (notre emphase).

21 Art. 9, §2, f), de la directive 2004/83/CE (notre emphase).

22 S. BODART, *La protection internationale des réfugiés en Belgique*, Bruxelles, Bruylant, 2008, p. 205 ; D. VANHEULE, *Vluchtelingen. Een overzicht*, Gand, Mys & Breesch, 1998, p. 45, n°101.

23 Art. 48/3, §1^{er}, d), de la loi du 15 décembre 1980 sur l'accès au territoire, le séjour, l'établissement et l'éloignement des étrangers, *M.B.*, 31 décembre 1980 : « Un groupe doit être considéré comme un certain groupe social lorsque, *entre autres* : - ses membres partagent une caractéristique innée ou des racines communes qui ne peuvent être modifiées, ou encore une caractéristique ou 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 une identité propre dans le pays en question parce qu'il est perçu comme étant différent par la société environnante » (notre emphase).

24 Art. 3 de la refonte 2011/95/UE : « Les États membres peuvent adopter ou maintenir des normes plus favorables pour décider quelles sont les personnes qui remplissent les conditions d'octroi du statut de réfugié ou de personne pouvant bénéficier de la protection subsidiaire, et pour déterminer le contenu de la protection internationale, dans la mesure où ces normes sont compatibles avec la présente directive ». Comme l'a écrit Cathryn Costello, des mesures plus protectrices ne peuvent pas être pas en soi incompatibles avec la directive

Comme le note Jean-Yves Carlier, l'approche alternative a l'avantage d'opérer une distinction claire entre la cause (le motif de persécution) et l'effet (la crainte fondée de subir la persécution)²⁵. Un individu peut appartenir à un groupe social sans pour autant craindre de ce fait la persécution, et inversement. Il s'agit de questions distinctes. Or, déterminer si le groupe social est perçu comme tel par la société du pays d'origine revient souvent à se demander si les membres de ce groupe subissent des persécutions. Le raisonnement de la Cour de justice, qui déduit de la pénalisation de l'homosexualité l'existence d'une perception des homosexuels comme constituant un groupe distinct du reste de la société, illustre ce risque de confusion entre le motif de persécution, la cause, et la crainte fondée de persécution, l'effet.

L'arrêt *X., Y. et Z.* démontre cependant que la définition étroite du groupe social ne revêt pas d'incidence concrète en ce qui concerne les homosexuels provenant de pays où l'homosexualité est pénalisée. Il semble en aller de même en ce qui concerne les homosexuels victimes de persécution dans un pays où l'homosexualité n'est pas pénalisée. Dans un arrêt du 16 avril 2014, la Cour nationale du droit d'asile française admet l'existence du groupe social des homosexuels au Congo quand bien même l'homosexualité n'y est pas pénalisée²⁶. Elle reconnaît la qualité de réfugié à la requérante homosexuelle victime de persécutions privées, soulignant par la même occasion que les dispositions du Code pénal congolais relatives aux outrages publics et aux bonnes mœurs sont parfois utilisées pour sanctionner les homosexuels.

Si la définition étroite du groupe social ne paraît pas présenter de danger de restriction de la protection de Genève en ce qui concerne les homosexuels, ce danger existe dans d'autres domaines. Il est illustré par les jurisprudences belges, qui appliquent l'approche alternative recommandée par le H.C.R., et françaises, qui appliquent l'approche cumulative consacrée par la directive qualification²⁷, relatives aux victimes de persé-

qualification puisque son objectif consiste à établir des standards de protection minimaux (C. COSTELLO, « The European asylum procedures directive in legal context », *U.N.H.C.R. Research Paper n°134*, 2006, p. 18).

25 J.-Y. CARLIER, *op. cit.*, p. 214, n°121.

26 C.N.D.A. (France), 16 avril 2014, n°13034442. Merci à Emmanuelle Neraudau, chercheuse à l'U.C.L. et avocate, pour la transmission de cet arrêt. Sur l'évolution de la jurisprudence française en faveur d'une interprétation du groupe social qui prend en considération l'homosexualité en tant que motif de persécution, voy. V. FRAISSINIER-AMIOT, « Les homosexuels étrangers et le droit d'asile en France : un octroi en demi-teinte », *R.F.D.A.*, 2011, p. 291.

27 La législation française renvoie à la Convention de Genève qui, à défaut d'indications contraires, s'interprète conformément à la directive

cutions en raison de leur appartenance aux forces de sécurité d'un Etat. Dans l'arrêt A. du 14 juin 2010, le Conseil d'Etat de France considère que la police afghane ne constitue pas un groupe social faute de reposer sur une caractéristique commune immuable ou essentielle²⁸. Le demandeur peut démissionner et sa profession n'est pas essentielle pour son identité. A l'inverse, dans l'arrêt n°55142 du 28 janvier 2011, le Conseil du contentieux des étrangers de Belgique (ci-après le « C.C.E. ») rappelle qu'une armée peut constituer un groupe social²⁹. Alors que la juridiction française considère que les individus membres des forces de sécurité ne constituent pas un groupe social faute de caractéristique commune immuable ou essentielle, la juridiction belge admet l'existence d'un tel groupe lorsque les forces de sécurité sont perçues comme un groupe distinct de la société du pays d'origine.

II LA DISSIMULATION DE L'HOMOSEXUALITÉ N'ANNIHILE PAS LA CRAINTE DE PERSÉCUTION

Si le droit des réfugiés ne mentionne nullement la discrétion du demandeur comme un élément susceptible d'affecter sa crainte de subir un acte de persécution, différents Etats rejettent parfois les demandes d'asile introduites par des homosexuels au motif qu'ils pourraient échapper à la persécution en dissimulant leur homosexualité ou en l'exprimant avec réserve (A). Dans l'arrêt X., Y. et Z., la Cour de justice s'oppose clairement à cette pratique des Etats en condamnant toute exigence de discrétion (B). Elle renforce ainsi l'évolution à l'œuvre au sein de la jurisprudence du C.C.E. (C).

qualification (art. L-711-1 du Code français de l'entrée et du séjour des étrangers et du droit d'asile « CESEDA », établi par l'Ordonnance n° 2004-1248 du 24 novembre, *J.O.R.F.* n°274, 25 novembre 2004, p. 19924).

28 C.E. (France), 14 juin 2010, M. A., n°323669.

29 C.C.E., 28 janvier 2011, n°55142, §4.10. : « la notion de 'groupe social' peut, dans son sens le plus classique, s'appliquer à l'armée, comme étant une catégorie sociale clairement distincte du reste de la société, chargée d'une fonction spécifique et quasiment exclusive, possédant ses règles et son mode de vie propres et conférant à ses membres un statut social particulier dont les manifestations les plus visibles sont le port de l'uniforme et l'encasernement ». Cette jurisprudence est héritée de la Commission permanente de recours des réfugiés (C.P.R.R., 15 mars 2002, n°01/1019/F1369).

A. En droit des réfugiés. Le silence de la Convention de Genève

La Convention de Genève ne mentionne aucune exigence de discrétion. Elle ne requiert nullement du demandeur concerné par un des motifs de persécution qu'il dissimule ce motif ou l'exprime avec réserve. La circonstance que de nombreux homosexuels dissimulent leur orientation sexuelle dans leur pays d'origine a cependant mené certains Etats à considérer que ces derniers peuvent échapper à la persécution en continuant à dissimuler leur homosexualité ou en l'exprimant avec réserve, et échouent dès lors à établir une crainte fondée de persécution. En Europe, l'étude comparative *Fleeing Homophobia* a relevé ce raisonnement dans certaines décisions rendues dans quinze Etats membres de l'Union européenne, parmi lesquels la Belgique³⁰.

Dans ses principes directeurs, le H.C.R. condamne cette construction juridique. Il considère que « le fait qu'un demandeur puisse être capable d'éviter les persécutions en dissimulant son orientation sexuelle ou son identité de genre ou en étant 'discret' à ce sujet, ou qu'il ait agi ainsi dans le passé, n'est pas une raison valable pour lui refuser le statut de réfugié »³¹. Les Etats ne peuvent pas contourner la Convention de Genève en requérant d'un demandeur qu'il se cache pour échapper à la persécution.

Pour affirmer cela, le H.C.R. se fonde notamment sur l'arrêt *HJ et HT* de la Cour suprême du Royaume-Uni. Dans cette affaire les juges britanniques avaient rejeté l'exigence de discrétion tout en admettant son application lorsque le demandeur dissimule son homosexualité par choix personnel ou en raison de pressions culturelles ou religieuses³². Selon la Cour suprême du Royaume-Uni, l'administration peut rejeter la demande d'asile introduite par un homosexuel qui, dans

30 S. JANSEN et T. SPIJKERBOER, *Fleeing Homophobia. Asylum claims related to sexual orientation and gender identity in Europe*, 2011, p. 34 ; C.C.E., 31 mars 2010, n° 41185, §3.2.5.2. (Iran) : « De algemene 'de facto-tolerantie' houdt echter in dat, zolang de homoseksuelen hun seksualiteit als een privé-aangelegenheid beleven, het weinig waarschijnlijk is dat de Iraanse overheden belangstelling voor de betrokken persoon zullen tonen ». Voy. aussi un exemple de décision du C.G.R.A. appliquant l'exigence de discrétion dans l'arrêt C.C.E. n°68 553 du 17 octobre 2011 (Togo) relevé par Vluchtelingenwerk Vlaanderen, *Ho-lebi's op de vlucht. Een analyse van de beslissingen door de asielinstanties*, 2013, p. 33. Dans cette même étude, Vluchtelingenwerk Vlaanderen reprend les déclarations du C.G.R.A. selon lesquelles il n'applique plus aujourd'hui l'exigence de discrétion (*ibidem*, p. 34).

31 H.C.R., « Demandes de statut de réfugié fondées sur l'orientation sexuelle et/ou l'identité de genre ... », *op. cit.*, §31.

32 C.S. (Royaume-Uni), 7 juillet 2010, *HJ et HT*, opinion majoritaire du Lord Hope, §35.

son pays d'origine, dissimule son homosexualité pour autant que les motivations derrière cette dissimulation ne soient pas liées à une crainte fondée de persécution.

Cette jurisprudence a suscité diverses critiques. Certains auteurs soulignent qu'identifier les motivations personnelles du demandeur à l'origine de la dissimulation de son homosexualité est une entreprise particulièrement hasardeuse, *a fortiori* lorsque la révélation de cette homosexualité engendrera la persécution³³. En pareil cas, en effet, comment distinguer le demandeur qui dissimule son homosexualité par convenance personnelle de celui qui la dissimule par peur de subir des persécutions ? D'autres auteurs reprochent à la Cour suprême du Royaume-Uni d'avoir insuffisamment envisagé les souffrances qui peuvent résulter de la peur constante du demandeur de subir des persécutions si son homosexualité en venait à être révélée³⁴.

B. En droit européen. Le rejet absolu de l'exigence de discrétion

Dans le précédent arrêt *Y. et Z.*, la Cour de justice a considéré qu'il ne peut être exigé des requérants, demandeurs d'asile pakistanais de confession ahmadiste, qu'ils s'abstiennent d'exprimer publiquement leur croyance religieuse pour échapper à la persécution³⁵. Selon la Cour, puisque l'article 4 de la directive qualification relatif à l'évaluation des faits et des circonstances à l'origine d'une demande de protection internationale ne mentionne aucune exigence de discrétion, cette dernière ne peut pas être appliquée : « le fait qu'il [le demandeur] pourrait éviter le risque [de persécution] en renonçant à certains actes religieux n'est, en principe, pas pertinent »³⁶. Dans son opinion, l'Avocat-général considérait également qu'imposer aux demandeurs de s'abstenir de célébrer publiquement leur culte relève d'un « pari risqué » incompatible avec l'évaluation « vigilante et prudente » des demandes de protection internationales requise par la jurisprudence antérieure de la Cour de justice³⁷.

33 J. WESSELS, « *HJ (Iran) and HT (Cameroon)* - Reflections on a new test for sexuality-based asylum claims in Britain », *I.J.R.L.*, 2013, p. 831.

34 J. HATHAWAY et J. POBJOY, « *Queer cases make bad law* », *N.Y.U. Journal of International Law and Politics*, 2012, pp. 315-389.

35 C.J.U.E., 5 septembre 2012, *Y. et Z.*, aff. C-71/11 et C-99/11, non encore publié au *Rec.* Pour en savoir plus, voy. L. LEBOEUF et L. TSOURDI, « *Towards a re-definition of persecution? Assessing the potential impact of Y. and Z.* », *H.R.L.R.*, 2013, pp. 402-415.

36 *Ibidem*, §79.

37 Opinion de l'Avocat général Yves Bot présentée le 18 avril 2012 dans C.J.U.E., *Y. et Z.*, *op. cit.*, §105. Voy. C.J.U.E., 2 mars 2010, *Aydin Salahadin Abdulla et al.*, aff. jointes C-175/08, C-176/08, C-178/08 et C-179/08, *Rec.*, 2010, p. I-01493, §90 : « Cette appréciation de l'importance du risque doit, dans tous les cas, être effectuée avec

L'arrêt *X., Y. et Z.* poursuit le même raisonnement. Selon la Cour, faute de mention d'exigence de discrétion dans le texte de la directive qualification, les États membres ne peuvent pas l'imposer : « le fait qu'il [le demandeur] pourrait éviter le risque [de persécution] en faisant preuve d'une réserve plus grande qu'une personne hétérosexuelle dans l'expression de son orientation sexuelle n'est, à cet égard, pas à prendre en compte »³⁸. Afin d'écarter toute ambiguïté, la Cour précise que le demandeur doit pouvoir poser tous les actes ou expressions qui pourraient révéler son homosexualité sans qu'il n'en résulte l'infliction de persécutions³⁹. L'homosexualité ne doit pas se cantonner à la sphère privée, mais peut être manifestée sans réserve dans la sphère publique.

Cette position de rejet absolu de l'exigence de discrétion permet à la Cour de justice d'échapper aux critiques adressées à l'arrêt *HJ et HT* de la Cour suprême du Royaume-Uni. Contrairement à la juridiction britannique, la Cour de justice considère que la circonstance que le demandeur dissimule son homosexualité ne revêt aucune importance. Peu importe qu'il s'agisse d'un choix librement consenti, contraint par des pressions sociales ou contraint par la persécution, la dissimulation de l'homosexualité doit disparaître des éléments à prendre en considération dans l'analyse de la crainte fondée de persécution. Ainsi que le souligne l'Avocat général dans ses conclusions, exiger du demandeur qu'il dissimule son homosexualité afin d'échapper à la persécution est un raisonnement « pervers » qui revient à exiger qu'il soit l'acteur de sa propre persécution⁴⁰.

C. En droit belge. L'évolution de la jurisprudence du C.C.E.

Dans l'arrêt n°1169 rendu à trois juges le 13 août 2007, le C.C.E. refuse l'application de l'exigence de discrétion. En l'espèce, le C.C.E. reproche au Commissariat général aux réfugiés et aux apatrides (ci-après le « C.G.R.A. ») d'opérer une distinction entre la persécution motivée par l'homosexualité de la victime, qui justifierait la reconnaissance de la qualité de réfugié, et les sanctions pour transgression de la morale publique, qui ne justifieraient pas une telle reconnaissance. Selon le C.C.E., une telle distinction ne peut pas être appliquée parce qu'elle revient à exiger du demandeur qu'il renonce à l'extériorisation de son homosexualité⁴¹.

vigilance et prudence, dès lors que sont en cause des questions d'intégrité de la personne humaine et de libertés individuelles, questions qui relèvent des *valeurs fondamentales de l'Union* » (notre emphase).

38 C.J.U.E., *X., Y. et Z.*, *op. cit.*, §75.

39 *Ibidem*, §69. La seule exception concerne les « actes réputés délictueux » par la législation des États membres (art. 10, §1^{er}, d), de la directive qualification).

40 Opinion de l'Avocat général Eleanor Sharpston présentée le 11 juillet 2013 dans C.J.U.E., *X., Y. et Z.*, *op. cit.*, §64.

41 C.C.E. (trois juges), 13 août 2007, n°1169, §4.4.

Par l'arrêt n°103 722 du 29 mai 2013, également rendu à trois juges, le C.C.E. précise sa jurisprudence. Il affirme dans un premier temps que « l'orientation sexuelle constitue une caractéristique fondamentale de l'identité humaine et [...] il ne saurait être exigé d'une personne qu'elle l'abandonne ou la dissimule »⁴², avant de considérer que « s'il résulte que cette attitude [de discrétion] traduit un trait de caractère propre à l'intéressé ou procède d'un choix assumé pour s'accommoder des convenances, voire répondre à des pressions sociales ou familiales, ces seules pressions n'étant pas équivalentes à des persécutions au sens de la Convention de Genève, sa demande ne pourra pas être accueillie »⁴³. Le C.C.E., qui se réfère à la jurisprudence *HJ et HT*, semble donc prêt à admettre l'exigence de discrétion pour autant que le demandeur ait choisi de dissimuler son homosexualité soit librement, soit pour échapper à des pressions sociales ou familiales insuffisamment graves pour constituer des persécutions.

Concilier cette jurisprudence avec le rejet absolu de l'exigence de discrétion prononcé par l'arrêt *X, Y. et Z.* n'est selon nous possible qu'en distinguant à l'avenir la cause (le motif de persécution) de l'effet (la crainte fondée de persécution). L'effet doit s'évaluer en tenant compte de la cause, et non en usant de l'exigence de discrétion pour obtenir une disparition factice de la cause. Lorsque le demandeur est homosexuel, il doit être reconnu réfugié si son homosexualité engendre une crainte fondée persécution sans qu'il soit envisageable de faire artificiellement abstraction de son homosexualité en exigeant qu'il la dissimule. Pour autant, la cause ne justifie pas en soi la reconnaissance de la qualité de réfugié. Il se peut que l'homosexualité du demandeur (la cause) engendre des actes insuffisamment graves pour constituer des persécutions (l'effet), par exemple la réprobation sociale.

En d'autres termes, plutôt que d'admettre l'exigence de discrétion pour le demandeur qui dissimule son homosexualité afin d'échapper à la réprobation sociale, le C.C.E. devrait selon nous considérer que la discrétion ne peut jamais être exigée mais que, si la révélation de l'homosexualité a pour seule conséquence la réprobation sociale, la qualité de réfugié ne doit pas être reconnue. Ce faisant, aucun homosexuel risquant la persécution si son homosexualité venait à être découverte ne sera victime d'un pari hasardeux sur sa capacité à dissimuler son homosexualité, ce que condamne la Cour de justice dans *X, Y. et Z.* Cette position est confortée si on la rapproche d'un autre motif de persécution, l'opinion politique. Exigerait-on d'un demandeur que, pour quelque motif que ce soit, il n'ait jamais tenté de cacher ses opinions aux fins d'entrer dans le champ d'application matériel de la

convention de Genève ? Autre chose sera de savoir si ces opinions politiques, cachées ou non, risquent de conduire à des actes qui peuvent être qualifiés de persécutions.

III LA LÉGISLATION PÉNALISANT L'HOMOSEXUALITÉ NE CONSTITUE UN ACTE DE PERSÉCUTION QUE SI ELLE EST EFFECTIVEMENT APPLIQUÉE

Le droit international des droits de l'homme prohibe la pénalisation de l'homosexualité. Pour autant, toute violation d'un droit de l'homme ne constitue pas une persécution. La reconnaissance du statut de réfugié suppose que cette violation atteigne un degré de gravité suffisant (A). En droit européen de l'asile, le seuil de gravité de la persécution est fixé en référence à la violation d'un droit consacré comme indérogeable par la Convention européenne des droits de l'homme (ci-après « C.E.D.H. »). Selon la Cour de justice, seule l'infliction des sanctions pénales prévues par la loi atteint ce seuil de gravité (B). Cette position correspond à celle du C.C.E., qui ajoute que l'homosexuel persécuté par des personnes privées ne peut pas obtenir la protection des autorités de son pays d'origine (C).

A. En droit international. La législation pénalisant l'homosexualité viole le droit à la vie privée et familiale

Dans *Toonen c. Australie*, le Comité des droits de l'homme des Nations-Unies considère que la pénalisation des relations homosexuelles entre adultes consentants viole en soi le droit à la vie privée et familiale. En l'espèce, bien que la législation de la Tasmanie pénalisant l'homosexualité n'était plus appliquée, le Comité des droits de l'homme la considère comme une ingérence disproportionnée dans le droit à la vie privée et familiale du requérant⁴⁴. De même, dans *Dudgeon c. Royaume-Uni*, la Cour européenne des droits de l'homme (ci-après la « Cour eur. D.H. ») juge que la législation d'Irlande du Nord pénalisant l'homosexualité viole l'article 8 C.E.D.H. quand bien même elle n'est pas systématiquement mise en œuvre⁴⁵.

44 Comité D.H., 31 mars 1994, *Toonen c. Australie*, com. n°488/1992, §8.6.

45 Cour eur. D.H., 22 octobre 1981, *Dudgeon c. Royaume-Uni*, req. n°7525/76, §41. Voy. aussi Cour eur. D.H., 26 octobre 1988, *Norris c. Irlande*, req. n°10581/83, § ; Cour eur. D.H., 22 avril 1993, *Modinos*

42 C.C.E. (trois juges), 29 mai 2013, n°103 722, §6.8.3.7.

43 *Ibidem*, §6.8.3.8.

Cependant, dans *F. c. Royaume-Uni*, la Cour eur. D.H. déclare irrecevable la requête introduite par un homosexuel à l'encontre de son expulsion vers l'Iran au motif que les autorités iraniennes n'appliquent pas activement la législation pénalisant l'homosexualité⁴⁶. Rappelant qu'« il ne peut pas être exigé que l'Etat partie qui expulse ne renvoie un étranger que vers un pays où l'ensemble des droits et libertés protégés par la Convention sont complètement et effectivement respectés »⁴⁷, la Cour eur. D.H. considère que la C.E.D.H. ne s'oppose pas au renvoi d'un homosexuel vers un pays où l'homosexualité est pénalisée en violation du droit à la vie privée et familiale, pour autant que les sanctions prévues par la loi ne soient pas mises en œuvre. Il en va autrement lorsque le profil individuel du requérant implique que les sanctions prévues par la loi risquent d'être appliquées dans son cas particulier, ce que F. ne parvient pas à démontrer⁴⁸. Dans *Uttam Mondal c. Suède*, le Comité contre la torture adopte une approche similaire au sujet d'un requérant homosexuel bangladais. Au vu de son profil d'opposant politique appartenant à la minorité hindoue, visé par une *fatwa* et torturé par le passé, le requérant risque de se voir appliquer les sanctions prévues par la législation bangladaise pour homosexualité et ne peut donc être renvoyé vers son pays d'origine quand bien même cette législation n'est généralement pas appliquée⁴⁹.

Si une législation pénalisant l'homosexualité viole en soi le droit à la vie privée et familiale, seule l'infliction de ces sanctions pénales atteint un degré de gravité suffisant pour constituer une persécution. La législation pénalisant l'homosexualité doit donc être systématiquement mise en œuvre, ou risquer d'être appliquée en raison du profil individuel du demandeur, pour justifier la reconnaissance de la qualité de réfugié.

Dans ses principes directeurs, cependant, le H.C.R. appelle les Etats à la prudence lorsqu'ils évaluent la demande introduite par un homosexuel qui provient d'un pays où l'homosexualité est pénalisée : « Même si elles sont irrégulièrement, rarement, voire jamais appliquées, les lois criminelles interdisant les relations entre personnes du même sexe pourraient aboutir à une

situation intolérable pour une personne LGBTI atteignant un niveau de persécution »⁵⁰. Le H.C.R. rappelle que de telles lois peuvent renforcer le climat d'homophobie, et encourager la persécution de la part d'acteurs privés⁵¹. Même si elle n'est pas systématiquement appliquée, la législation pénalisant l'homosexualité joue donc un rôle dans l'examen du risque de subir des persécutions. En démontrant le degré élevé d'homophobie de la société du pays d'origine, elle permet de présumer que les homosexuels subissent de nombreuses discriminations qui, cumulées, atteignent un degré de gravité suffisant pour constituer des persécutions. Elle démontre en outre que l'homosexuel victime de persécutions de la part d'acteurs privés ne peut pas obtenir la protection des autorités de son pays d'origine.

B. En droit européen. La législation pénalisant l'homosexualité ne constitue une persécution que si elle est effectivement mise en œuvre

L'article 9, §1^{er}, de la directive qualification définit la persécution comme un acte, ou une accumulation d'actes, « suffisamment grave[s] du fait de [leur] nature ou de [leur] caractère répété pour constituer une violation grave des droits fondamentaux de l'homme, en particulier des droits auxquels aucune dérogation n'est possible en vertu de l'article 15, paragraphe 2, de la [C.E.D.H.] »⁵². La violation d'un droit indérogeable est le seuil de gravité qu'un acte, pris isolément ou compte tenu de son effet cumulé avec d'autres actes, doit atteindre pour pouvoir être qualifié de persécution. Une violation d'un droit de l'homme ne peut être qualifiée de persécution que si elle atteint l'individu de manière équivalente à la violation d'un droit indérogeable⁵³.

Dans *X., Y. et Z.*, la Cour de justice considère que « la seule existence d'une législation pénalisant des actes homosexuels ne saurait être considérée comme un acte affectant le demandeur d'une manière si significative qu'il atteigne le niveau de gravité qui est nécessaire pour considérer que cette pénalisation constitue une persécution »⁵⁴. Une législation pénalisant l'homosexualité ne constitue pas en soi une persécution faute d'atteindre un degré de gravité suffisant. Par contre, l'application de la sanction prévue par la législation, à savoir en l'espèce une peine d'emprisonnement, est suffisamment grave pour constituer une persécution⁵⁵.

c. Chypre, req. n° 15070/89, §23.

46 Cour eur. D.H. (irr.), 22 juin 2004, *F. c. Royaume-Uni*, req. n°17341/03, §1 : « The Court observes however that the materials examined by the domestic authorities and submitted by the applicant do not disclose a situation of active prosecution by the authorities of adults involved in consensual and private homosexual relationships. »

47 *Ibidem*, §3 : « It cannot be required that an expelling Contracting State only return an alien to a country which is in full and effective enforcement of all the rights and freedoms set out in the Convention » (notre traduction).

48 *Ibidem*, §1.

49 Comité C.T., 7 juillet 2011, *Uttam Mondal c. Suède*, com. n° 338/2008, §7.7.

50 H.C.R., « Demandes fondées sur l'orientation sexuelle et/ou l'identité de genre... », *op. cit.*, §27.

51 *Ibidem*, §27.

52 Art. 9, §1^{er}, de la directive qualification refondue 2011/95/UE.

53 C.J.U.E., *Y. et Z.*, *op. cit.*, §61.

54 C.J.U.E., *X., Y. et Z.*, *op. cit.*, §55.

55 *Ibidem*, §56.

La Cour rappelle cependant que, conformément à l'article 4 de la directive qualification, l'évaluation du risque de subir la persécution se réalise en tenant compte des « lois et règlements du pays d'origine *et* de la manière dont ils sont appliqués »⁵⁶. Si une législation pénalisant l'homosexualité ne constitue pas une persécution lorsqu'elle n'est pas appliquée, elle joue un rôle dans l'évaluation du risque de subir d'autres persécutions que l'application de la loi. Citons par exemple une accumulation de discriminations atteignant un degré de gravité suffisant pour constituer une persécution, ou encore des mauvais traitements émanant d'acteurs privés. Ici aussi, le rapprochement avec la persécution pour motif d'opinions politiques est éclairant. En soi, une législation réduisant la liberté de la presse ne permettra pas la reconnaissance de la qualité de réfugié à tout journaliste mais accroît le risque de persécution pour ce motif.

C. En droit belge. Même non mise en œuvre, la législation pénalisant l'homosexualité revêt une incidence sur l'examen de la demande d'asile

Par une jurisprudence constante, le C.C.E. considère que la pénalisation de l'homosexualité ne constitue pas en soi une persécution. Dans les affaires relatives aux homosexuels burundais, par exemple, le C.C.E. considère que puisque la législation pénalisant l'homosexualité ne fait pas l'objet d'une application systématique, un homosexuel burundais ne peut pas fonder sa crainte de persécution sur la seule base de l'existence de cette législation⁵⁷. Par contre, si la législation est systématiquement appliquée, le C.C.E. reconnaît la qualité de réfugié à tout homosexuel en considérant qu'il existe une « persécution de groupe » à leur encontre. C'est par exemple actuellement le cas en ce qui concerne le Cameroun⁵⁸. La jurisprudence du C.C.E. correspond sur ce point à celle de la Cour de justice.

Dans l'arrêt n°103 722 rendu à trois juges le 29 mai 2013, le C.C.E. rappelle que, même si elle n'est pas systématiquement appliquée, la législation pénalisant l'homosexualité revêt une incidence sur l'examen de la demande d'asile. L'existence d'une telle législation, même non mise en œuvre, démontre que le demandeur victime de persécutions privées ne peut pas bénéficier de la protection de ses autorités : « une personne homosexuelle, victime de mauvais traitements homophobes perpétrés par la population, ne peut raisonnablement pas compter sur la protection de ses autorités »⁵⁹. Elle peut en outre être

un indice du caractère homophobe de la société du pays d'origine du demandeur, où toute personne homosexuelle subit des discriminations qui, par leur effet cumulé, atteignent un seuil de gravité suffisant pour être qualifiées de persécutions.

De cette jurisprudence du C.C.E. se dégage un test à trois niveaux pour évaluer les demandes d'asile introduites par des homosexuels originaires d'un pays où l'homosexualité est pénalisée. Le premier niveau consiste à évaluer si la législation est effectivement mise en œuvre. En pareil cas, la qualité de réfugié doit être reconnue. Dans le cas contraire, il faudra passer au second niveau de l'analyse qui consiste à vérifier si, dans le cas particulier du demandeur, la législation pénalisant l'homosexualité sera appliquée par exemple parce qu'il milite en faveur des droits des L.G.B.T.I. Si ce n'est pas le cas, le troisième niveau consiste à vérifier si le demandeur craint ou non d'autres persécutions que l'application de la loi. Ces persécutions peuvent être tant générales, c'est-à-dire infligées à tout homosexuel, que personnelles, c'est-à-dire infligées au demandeur en raison de son profil individuel. L'existence d'une législation pénalisant l'homosexualité démontre alors le degré d'homophobie de la société environnante, dispensant le demandeur d'établir qu'il ne peut pas bénéficier de la protection des autorités de son pays d'origine en cas de persécution privée et le faisant bénéficier d'une présomption selon laquelle il subit un ensemble de discriminations qui, cumulées, atteignent un degré de gravité suffisant pour constituer une persécution.

CONCLUSION. LE RÔLE CAPITAL DES C.O.I.

Liée par les questions préjudicielles posées, la Cour de justice ne solutionne pas dans *X, Y. et Z.* toutes les difficultés relatives à l'application du droit européen de l'asile aux demandeurs d'asile homosexuels. En particulier, la question de l'évaluation de la crédibilité de l'homosexualité du demandeur n'a pas été abordée par la Cour⁶⁰. La question préjudi-

56 *Ibidem*, §58 ; art. 4, §3, a), de la refonte 2011/95/UE (notre emphase).

57 C.C.E., 13 juin 2013, n°104 914, §4.9.6 ; C.C.E., 26 mai 2011, n°62165. Voy. dans le même sens : C.C.E., 4 juin 2013, n°104 167, §5.9.3. (Guinée) et C.C.E., 17 octobre 2011, n°68553 (Togo).

58 C.C.E., 16 avril 2013, n°100 966, §4.13 ; C.C.E., 30 mai 2013, n°103 963, §5.13. ; C.C.E., 28 juin 2013, n°106 042, §5.7.

59 C.C.E. (trois juges), 29 mai 2013, n°103 722, §6.3.4 (Sénégal). Dans

le même sens, voy. C.C.E. (trois juges), 23 février 2011, n°56585, §7.10. (Sénégal). Dans cet arrêt antérieur, le C.C.E. se montrait moins affirmatif en considérant que la pénalisation de l'homosexualité constitue un « indice sérieux » de l'absence de protection. Voy. aussi C.C.E., 23 décembre 2013, n°116 371, §6.5. (Mauritanie) ; C.C.E., 18 juin 2013, n°105 201, §4.12 (Côte d'Ivoire) ; C.C.E., 20 septembre 2012, n°87839, §3.15 (Kenya).

60 Sur la question de l'évaluation de la crédibilité de l'homosexualité du demandeur, voy. la jurisprudence du C.C.E. selon laquelle cette

cielle adressée par le Conseil d'Etat des Pays-Bas, qui souhaite connaître les limites qu'impose le droit à l'intégrité physique et à la vie privée et familiale à l'examen de crédibilité de l'homosexualité, devrait permettre à la Cour d'apporter quelques précisions à ce sujet⁶¹.

L'arrêt *X., Y. et Z.* pose les bases d'un droit européen de l'asile qui protège les homosexuels victimes de persécution. La Cour de justice confirme, sans surprise au regard du texte de la directive qualification, que les homosexuels forment un « groupe social » et peuvent donc prétendre au statut de réfugié s'ils démontrent une crainte fondée de persécution. Elle met également les demandeurs d'asile homosexuels sur un pied d'égalité avec les demandeurs d'asile qui invoquent d'autres motifs de persécution en considérant que, tout comme il ne peut pas être requis d'un demandeur qu'il renonce à exprimer publiquement ses opinions politiques ou convictions religieuses, il ne peut pas lui être demandé de dissimuler son orientation sexuelle ni de l'exprimer avec réserve.

Par contre, ce que regrettent divers commentateurs⁶², la Cour n'estime pas que la pénalisation de l'homosexualité constitue en soi une persécution mais requiert que les sanctions prévues par la loi soient effectivement appliquées. Cela ne surprend pas

évaluation se réalise en interrogeant le demandeur sur ses expériences personnelles (C.C.E., 10 octobre 2013, n°111 674 ; C.C.E., 19 novembre 2013, n°113 956).

61 Aff. C-148/13, C-149/13 et C-150/13. Les tests phallométriques imposés jusqu'il y a peu par les autorités tchèques aux demandeurs d'asile qui se prétendent homosexuels ont par exemple suscité les condamnations de diverses O.N.G. (sur ces tests voy. Agence européenne des droits fondamentaux, *Homophobie, transphobie et discrimination fondée sur l'orientation sexuelle et l'identité de genre dans les États membres de l'Union européenne, Rapport de synthèse*, 2011, p. 36).

62 Voy. en particulier S. CHELVAN, « A missed opportunity or a new dawn ? », *European Law Blog*, 13 novembre 2013, accessible sur : <http://europeanlawblog.eu/>.

au regard du texte de la directive qualification, lequel exige un acte d'une gravité équivalente à la violation d'un droit consacré comme indérogeable par la C.E.D.H. : quand bien même une législation pénalisant l'homosexualité viole le droit à la vie privée et familiale indépendamment de sa mise en œuvre, seule l'infliction de ces sanctions pénales est susceptible d'atteindre un seuil de gravité suffisant pour être considérée comme une persécution⁶³. Cependant, la Cour admet que la pénalisation de l'homosexualité joue un rôle en ce qui concerne l'évaluation du risque de subir la persécution. Comme le démontre la jurisprudence du C.C.E., la pénalisation de l'homosexualité indique qu'aucune protection des autorités ne peut être attendue face à la persécution émanant d'acteurs privés et démontre le climat particulièrement homophobe du pays d'origine.

En pratique, pour évaluer le risque de subir la persécution, les Etats auront donc besoin de disposer d'informations détaillées non seulement sur le cadre législatif du pays d'origine mais également sur son application concrète. Ce rôle capital conféré indirectement par la Cour aux informations sur le pays d'origine, « C.O.I. »⁶⁴ en jargon européen, renforce les attentes à l'encontre du Bureau européen d'appui en matière d'asile créé par le règlement 439/2010 afin, notamment, de collecter des « informations utiles, fiables, exactes et actualisées sur les pays d'origine des demandeurs d'une protection internationale »⁶⁵. Il pose également la question de l'étendue du contrôle judiciaire sur les rapports contenant les « C.O.I. »⁶⁶.

63 Dans le même sens, voy. J.-Y. CARLIER, « Droit européen des migrations. Chronique de jurisprudence », *J.D.E.*, 2014, §11 (à paraître).

64 Pour « Country of Origin Information ».

65 Art. 4, a), du Règlement (UE) n°439/2010 du Parlement européen et du Conseil du 19 mai 2010 portant création d'un Bureau européen d'appui en matière d'asile, *J.O.* n° L 132, 29 mai 2010, p. 11.

66 Voy. C.C.E., 5 septembre 2013, n°109 122, §3.6., où le C.C.E. privilégie les informations émanant du H.C.R. à celles, antérieures, du Bureau européen d'appui.