

Les Cahiers sont rédigés par l'EDEM, l'équipe Droits européens et migrations, constituée à l'UCL au sein du CeDIE. Chaque mois, ils se proposent de présenter quelques arrêts récents d'une juridiction nationale ou européenne dans ses domaines d'études, à savoir la mise en œuvre du droit européen de l'asile et de l'immigration en droit belge. Les Cahiers contiennent des commentaires en français et en anglais. Si vous n'êtes pas abonné aux Cahiers, vous pouvez le faire en adressant un mail à cedie@uclouvain.be.

These Commentaries are written by the European Rights and Migration team (EDEM), which is part of the UCL. Each month, they present recent judgments from national or European courts in the field of the implementation of European asylum and immigration law in Belgian law. The Commentaries are written in French and/or English. If you wish to subscribe, please send an email to cedie@uclouvain.be.

L'équipe du projet ARC LIMA de l'UCLouvain a le plaisir de vous annoncer le lancement de son **nouveau site web** ! Le projet LIMA UCLouvain est porté par une équipe pluridisciplinaire rassemblant juristes (EDEM), démographes (DEMO) et sociologues (CIRFASE). Il a pour objectif d'examiner la corrélation existante entre, d'une part, les cadres juridiques belge et européen et, d'autre part, l'autonomie (*agency* en anglais) des ressortissants de pays tiers. Il s'agit donc d'étudier dans quelle mesure les trajectoires migratoires de ces personnes, que ce soit sur le plan professionnel ou familial, sont impactées par le cadre normatif existant et la manière dont celui-ci permet aux migrants de mener leur vie et de faire des choix en fonction de leurs aspirations.

Sommaire

1. C.C.E., 24 avril 2019, n° 220 190 – Établir l'homosexualité dans la procédure d'asile : « as far as possible... ». *Hélène Gribomont*..... 3

Asile – Maroc – (ancien) MENA – orientation sexuelle – violences familiales – reconnaissance.

Le Conseil du contentieux des étrangers reconnaît le statut de réfugié à un ressortissant marocain, à peine majeur, alléguant son homosexualité à la base de sa demande de protection d'asile. Il s'oppose à la motivation du Commissariat général aux réfugiés et aux apatrides qui a considéré que les déclarations du requérant manquaient de vécu personnel et étaient peu circonstanciées et superficielles, et que son homosexualité était, par conséquent, non fondée. Au contraire, il estime que le récit du requérant était spontané, consistant, détaillé et empreint de sentiments de vécu. Par cette décision, et le raisonnement tenu, le Conseil met en lumière toute la difficulté attenante aux demandes d'asile fondées sur l'orientation sexuelle, tant pour le demandeur à qui il incombe de

CeDIE – Centre Charles de Visscher
pour le droit international et européen
EDEM – Equipe droits européens et migrations
Place Montesquieu, 2
1348 Louvain-la-Neuve
Belgique
cedie@uclouvain.be

Contact :

Jean-Yves Carlier [jean-yves.carlier@uclouvain.be]
Jean-Baptiste Farcy [jean-baptiste.farcy@uclouvain.be]
Christine Flamand [christine.flamand@uclouvain.be]
Eleonora Frasca [eleonora.frasca@uclouvain.be]
Hélène Gribomont [helene.gribomont@uclouvain.be]
Luc Leboeuf [luc.leboeuf@uclouvain.be]
Matthieu Lys [matthieu.lys@uclouvain.be]
Trésor Maheshe Musole [musole.maheshe@uclouvain.be]
Emmanuelle Néraudau [eneraudau@gmail.com]
Matthias Petel [matthias.petel@uclouvain.be]
Géraldine Renaudière [geraldine.renaudiere@uclouvain.be]
Sylvie Sarolea [sylvie.sarolea@uclouvain.be]
Alice Sinon [alice.sinon@uclouvain.be]
Lilian Tsourdi [evangelia.tsourdi@uclouvain.be]



Les Cahiers de l'EDEM ont vu le jour dans le cadre du projet de recherche fonds européen pour les réfugiés – UCL.

« prouver », que pour le décideur qui doit prendre une décision en lien avec la sphère la plus intime de l'être humain.

2. Comité de recours du Burundi, 24 janvier 2018, la requérante Y contre la Commission consultative pour les étrangers et les réfugiés, décision n° 333-17C01013. Pamphile Mpabansi.....13

Convention de Genève (1951) – Convention de l'OUA (1969) – Loi burundaise sur l'asile – Reconnaissance du statut de réfugié d'une demande individuelle d'asile suivant la Convention de l'OUA – prise en compte de la maîtrise de la géographie de sa région d'origine dans la détermination du statut de réfugié.

Le Comité de recours (deuxième et dernière instance en matière d'asile au Burundi) se prononce sur le refus de la Commission Consultative pour les étrangers et les réfugiés (première instance d'asile) de reconnaître le statut de réfugié à la requérante au motif qu'elle ne maîtrise pas la géographie de la ville de Goma alors qu'elle affirme avoir vécu dans cette ville pendant plus de 4 ans. Pourtant, l'oubli de l'une ou l'autre localité de sa région d'origine ne fait pas partie des causes d'exclusion au statut de réfugié. Plusieurs facteurs peuvent être liés à cet oubli dont le traumatisme ou autres problèmes psychologiques. C'est ainsi qu'il y a plusieurs moyens d'amener le demandeur d'asile à se rappeler de la géographie de sa région d'origine comme l'a fait le Comité de recours (CR) pour le cas en l'espèce. Qui plus est, comme dans sa région d'origine il y a l'insécurité causée par les groupes rebelles et que sa famille était plus particulièrement visée, la requérante était en droit d'être protégée suivant l'article 5, alinéa 3, de la loi n° 1/32 du 13 novembre 2008 sur l'asile et la protection des réfugiés au Burundi qui reprend la Convention de l'OUA en son article 1^{er} §2. Le CR lui a donc reconnu le statut de réfugié étant donné qu'elle ne peut pas retourner dans son pays d'origine suite à l'insécurité qui prévaut dans sa région natale.

3. Supreme Court of the United States, February 27 2018, Jennings v. Rodriguez, 15-1204. Jack R. Mangala18

Immigration and Nationality Act - Mandatory and prolonged detention - Sections 1225 (b), 1226 (a), and 1226 (c) of Title 8 of the U.S. Code – No right to periodic bond hearings during the course of their detention.

In Jennings v. Rodriguez, the United States Supreme reversed a lower court decision holding that some classes of detained immigrants have the right to regular bond hearings during their prolonged detention. In a 5-3 decision, the Court ruled that the Ninth Circuit had incorrectly used the canon of constitutional avoidance to read a six-month limit into sections of the Immigration and Nationality Act (INA) that allow for detention without the possibility of bond. The Court remanded the case to the Ninth Circuit so that it could consider the petitioners' constitutional arguments in the first instance, more specifically the claim that a prolonged detention without bond hearings is a violation of their rights under the Fifth and Eight Amendments of the U.S. constitution. This case has broad implications for U.S. immigration detention policy. Unless the courts uphold detainees' due process rights, detained immigrants will continue to be unjustifiably locked up for years by Immigration and Customs Enforcement (ICE).

1. C.C.E., 24 AVRIL 2019, N° 220 190

Établir l'homosexualité dans la procédure d'asile : « as far as possible... »

Hélène Gribomont

A. Arrêt

Le **requérant** est un jeune homme de nationalité marocaine. Il introduit une demande d'asile en mai 2016. A la base de celle-ci, il invoque l'agression par son père à cause de son homosexualité et la crainte de subir d'autres actes de persécution, pour ce même motif, en cas de retour au Maroc.

Le requérant expose que vers l'âge de douze/treize ans, son comportement a commencé à changer : au niveau vestimentaire (style « très élégant et soigné », « envie de se faire beau », épilation des sourcils), de ses rapports avec les filles de son entourage et de ses loisirs (il préférait le volley au foot). Ces changements auraient généré des insultes de la part des garçons de son école ainsi que de son oncle. Il explique avoir ainsi compris qu'il était homosexuel. Il en aurait acquis la certitude en consultant des sites Internet relatant des besoins et des droits des homosexuels et en interrogeant son voisin homosexuel.

À l'âge de quinze ans, le requérant allègue avoir fréquenté des boîtes de nuit, consommé de l'alcool, rencontré des hommes et eu des rapports sexuels avec ceux-ci. En janvier 2015, lors de vacances en Espagne, il raconte avoir passé environ trois semaines avec des amis homosexuels et avoir passé du bon temps avec eux en toute amitié.

Quelques jours après son retour, le père du requérant aurait changé de comportement à son égard, après avoir découvert une photo sur son compte Facebook présentant le requérant torse nu dans une boîte gay en Espagne. Il l'aurait alors frappé à deux reprises, la seconde fois avec son oncle. Il aurait déclaré que le requérant n'était plus son fils et son oncle aurait dit, devant la sœur du requérant, qu'ils allaient le tuer en raison de son orientation sexuelle. Parallèlement, le père du requérant – marié à deux femmes – aurait cessé d'entretenir la mère du requérant.

A la suite de ces événements, le requérant quitte le Maroc pour la Belgique, grâce à un visa Schengen et à une autorisation parentale de quitter le Maroc, étant encore mineur.

Le **Commissariat général aux réfugiés et aux apatrides** (CGRA) refuse de reconnaître le statut de réfugié au requérant. Il se positionne *d'abord* sur la capacité du requérant à s'exprimer. Premièrement, si lors de l'introduction de la demande d'asile le requérant était mineur, lors de l'audition, il était majeur et soutenu par le service d'aide psychologique du centre de santé mentale Ulysse et une association de défense des droits des personnes LGBT. Deuxièmement, ce n'est pas la première fois que le requérant se trouve dans un pays étranger. Troisièmement, il a été scolarisé au Maroc jusqu'en sixième année (équivalent à la cinquième année secondaire en Belgique). Partant, au vu de ce profil, le CGRA attend du requérant qu'il puisse étayer à suffisance les éléments constitutifs de son récit de manière personnelle.

Ensuite, le CGRA se déclare non convaincu que le requérant soit homosexuel et que ce soit la raison de sa fuite. S'il reconnaît qu'il n'est pas évident de prouver objectivement son orientation sexuelle,

il estime que le récit du requérant manque de vécu personnel et n'est ni circonstancié, ni précis, ni spontané.

L'analyse des déclarations du requérant peut se résumer comme suit, en trois points.

- Le CGRA prend d'abord position sur les déclarations du requérant relatives à la découverte de son homosexualité. Il considère que tous les éléments énumérés par le requérant comme les différentes manifestations de son orientation sexuelle sont le simple reflet de stéréotypes communément exposés dans la société (notamment sur le caractère efféminé des gays) et ne démontrent nullement le chemin personnel l'ayant amené à comprendre qu'il était attiré par les garçons. Il ajoute qu'à aucun moment le requérant n'a exprimé son ressenti lorsqu'il était en contact avec des garçons par qui il était attiré. Et conclut qu'aucune corrélation claire ne saurait dès lors être établie entre les divers éléments exposés et le quelconque signe de l'homosexualité.
- Ensuite, le CGRA analyse les déclarations du requérant concernant sa compréhension de ce qu'est l'homosexualité, les droits des homosexuels, par quelles étapes il faut passer, etc. Il estime qu'imaginer que l'on peut trouver des réponses à ces questions sur Google et s'en satisfaire au bout de quelques jours est invraisemblable et peu réaliste.
- Lors de l'audition du requérant, le CGRA l'a également interrogé sur les relations affectives qu'il a entretenues au Maroc et en Belgique. Il considère que les déclarations du requérant à cet égard manquent de sentiment de vécu. Quant à une relation en particulier, avec un garçon en Belgique, le CGRA juge que la description de cette relation reflète de manière lacunaire l'origine du sentiment amoureux éprouvé par le requérant. Il précise que, dans les déclarations du requérant, rien ne reflète de manière concrète l'état d'esprit dans lequel il est en présence dudit garçon ni quel sentiment l'anime, et qu'il reste dans l'énumération d'éléments matériels, peu circonstanciés et superficiels.

Le CGRA s'étonne également du délai qui sépare le retour d'Espagne et le départ pour la Belgique du requérant, et de celui qui sépare son arrivée en Belgique de l'introduction de sa demande d'asile. Il considère non crédibles les explications du requérant sur ce point.

Par conséquent, le CGRA considère que le requérant n'est pas parvenu à établir la crédibilité de son homosexualité et de la crainte qui en découlerait. Les documents versés au dossier se révèlent insuffisants pour pallier les lacunes répertoriées. La carte d'identité et le passeport attestent de l'identité et de la nationalité du requérant qui sont des éléments non remis en cause. L'attestation de suivi psychologique révèle des difficultés qu'il rencontre au quotidien. Et, dans la mesure où son homosexualité n'est pas établie, les articles de presse dépeignant le traitement d'homosexuels au Maroc ne sauraient être pertinents. Partant, il refuse d'octroyer le statut de réfugié – et la protection subsidiaire – au requérant.

Le **Conseil du contentieux des étrangers** (CCE), saisi d'un recours contre la décision négative du CGRA, estime qu'il ne peut se rallier aux motifs exposés par ce dernier.

A titre préalable, le Conseil souligne que le jeune âge du mineur et sa minorité lors de l'introduction de la demande de protection incitent à faire preuve d'une particulière prudence dans l'appréciation de ses déclarations.

Le Conseil analyse les déclarations du requérant, eu égard à leur crédibilité et – *de facto* – à l'établissement des éléments principaux de sa crainte de persécution, en trois points et désapprouve ainsi l'analyse du CGRA.

- Le Conseil se prononce d'abord sur la crédibilité de l'homosexualité du requérant (pts 4.2.1.4.3.1 à 4.2.1.4.3.3). Il établit que la découverte de l'homosexualité est un « processus complexe difficile à expliquer même pour les adultes » et qu'il existe « une diversité d'expériences possibles ». En l'espèce, il considère que le requérant a été consistant quant à la prise de conscience de ses différences d'attitude et de comportement par rapport à d'autres garçons de son âge et du rejet violent qu'il subissait de la part de ceux-ci. Le Conseil ajoute que le requérant a fait part de ses difficultés à vivre sa différence et de la peur qui découle du fait que ni la société ni sa famille n'acceptaient l'homosexualité. Il estime naturel, pour un adolescent, de se tourner vers Internet pour connaître et comprendre, d'autant plus dans une société où l'homosexualité est taboue, réprimée et vue comme intolérable. Par conséquent, le Conseil observe qu'en considérant que « le requérant avait été vague, général et n'avait pas laissé transparaître d'impression de vécu dans ses déclarations relatives à la découverte de son orientation sexuelle » et qu'il « aurait bravé sa peur de la société marocaine avec aisance », le CGRA « a procédé à une lecture parcellaire des déclarations du requérant concernant son ressenti face à son orientation sexuelle, la prise de conscience de son homosexualité et l'acceptation de celle-ci ». Il conclut que les propos du requérant établissent son orientation sexuelle.
- Le Conseil se penche ensuite sur la crédibilité des relations du requérant avec des partenaires masculins (pt 4.2.1.4.4). Il estime que les déclarations du requérant à ce sujet sont « consistantes et détaillées ». Il souligne en outre que ces dires font clairement apparaître que le requérant était très perturbé à l'idée d'aborder les nuits qu'il passait avec des hommes devant l'officier du CGRA, parce qu'il n'était pas fier de certaines choses et parce qu'il s'agit d'un sujet très intime, mais qu'il « a malgré tout fourni des précisions à cet égard et qu'il a même complété ses déclarations à ce sujet à la fin de l'audition ». Contrairement au CGRA, le Conseil estime aussi que « les déclarations du requérant à propos de son petit ami en Belgique et de leur relation sont consistantes, détaillées et empreintes de sentiments de vécu ». Il considère que le CGRA a procédé à « une analyse erronée des déclarations du requérant lorsqu'il estime qu'il n'a énuméré que des éléments matériels et superficiels à ce sujet ». Au vu de ces éléments, le Conseil juge que les relations du requérant avec des partenaires masculins au Maroc et en Belgique sont établies.
- Enfin, le Conseil fait l'analyse de la crédibilité des problèmes connus au Maroc par le requérant en raison de son homosexualité (pt 4.2.1.5). Il prend acte de l'environnement légal répressif et du climat social extrêmement hostile à l'égard des homosexuels au Maroc, documentés par les éléments versés au dossier. Il considère que ce constat « doit conduire à adopter une très grande prudence dans l'examen des demandes de protection internationale basées sur l'orientation sexuelle établie d'un demandeur originaire du Maroc, le bénéfice du doute devant être accordé largement et une attention toute particulière devant être portée sur les conséquences d'un éventuel retour dans le pays d'origine ». Le Conseil considère que les violences subies par le requérant, infligées par son père et son oncle, ainsi que les menaces de mort proférées par ce dernier, sont

consistantes. Il souligne que l'agent du CGRA « n'a pas posé de questions au requérant afin d'appréhender ces événements ». Il estime dès lors qu'au vu des déclarations spontanées du requérant, ces violences peuvent être tenues pour établies.

S'agissant du délai écoulé entre le retour du requérant en Espagne et sa fuite du Maroc, le Conseil souligne que le déroulement des faits, tels que décrits par le requérant, « peut tout à fait correspondre à une période de deux mois » et constate qu'« il a clairement détaillé la dégradation progressive de ses relations avec son père et son oncle » (pt 4.2.1.4.5). Quant au délai entre l'arrivée du requérant en Belgique (octobre 2015) et l'introduction de sa demande d'asile (18 mai 2015), le CCE constate qu'il s'est présenté à l'Office des étrangers le 14 janvier 2016, et à plusieurs reprises ensuite, mais n'a finalement pu introduire sa demande que le 18 mai 2016. Partant, le Conseil estime malvenu de reprocher un manque d'empressement au requérant (pt 4.2.1.4.2).

Après avoir opéré l'analyse des déclarations du requérant, le Conseil qualifie les maltraitances subies par celui-ci comme étant des persécutions liées au genre (article 48/3, § 2, al. 2, a) et f), de la loi du 15 décembre 1980) et les rattache au motif de l'appartenance à un certain groupe social (article 48/3, § 4, d), de la loi du 15 décembre 1980), à savoir le groupe social des homosexuels au Maroc (pt 4.2.1.8).

Le Conseil conclut qu'au vu du contexte légal et sociétal prévalant au Maroc à l'encontre des homosexuels, le requérant n'a pas eu accès à une protection adéquate de la part de ses autorités nationales (article 48/5, § 2, de la loi du 15 décembre 1980) à l'encontre des agissements des membres de sa famille (pt 4.2.1.9).

Par conséquent, le Conseil reconnaît la qualité de réfugié au requérant.

B. Éclairage

Dans la décision commentée, le CCE se positionne en contradiction avec la quasi-totalité des motivations du CGRA. Il en va ainsi d'une illustration extrêmement claire de la subjectivité qui peut caractériser la prise de décision dans une demande de protection fondée sur l'homosexualité du demandeur, en fonction de la compréhension et de l'appréhension des déclarations de ce dernier.

Les paragraphes suivants proposent une réflexion autour de l'identification de l'homosexualité dans les demandes de protection internationale fondées sur l'orientation sexuelle.

Lorsqu'un demandeur d'asile invoque son homosexualité comme fondement de sa crainte de persécution, le cœur de l'examen par les autorités compétentes repose sur l'établissement de son orientation sexuelle. Cet état de fait mène inévitablement à l'évaluation de la crédibilité de l'orientation sexuelle, et *de facto* des déclarations du demandeur. Dans le présent commentaire, nous ne revenons pas sur la – trop large – place faite à la crédibilité des déclarations et des demandeurs eux-mêmes dans le processus de détermination du statut de réfugié. Nous renvoyons sur ce point à d'autres [commentaires de nos Cahiers](#).

Nous prenons acte que, dans les demandes d'asile fondées sur l'orientation sexuelle, les déclarations du demandeur constituent dans bien des cas les seules preuves à disposition des décideurs. Les preuves matérielles produites par un **contrôle médical** sont écartées par le HCR et la Cour de justice

(1). Restent ainsi les déclarations du demandeur. L'audition par l'officier de protection est d'autant plus cruciale. Les **questions** que ce dernier pose au demandeur sont déterminantes (2).

1. Contrôle médical

Le **HCR**, dans les [principes directeurs n° 9 sur les demandes de statut de réfugié fondés sur l'orientation sexuelle et/ou l'identité de genre](#) (2012), soutient qu'il ne faut jamais exiger du demandeur qu'il apporte des preuves photographiques ou documentaires d'actes intimes et qu'il serait inapproprié d'attendre d'un couple qu'il soit physiquement démonstratif (pt 64). Il ajoute que le contrôle médical de l'orientation sexuelle d'un demandeur est une violation des droits fondamentaux de la personne humaine et ne doit pas être utilisé (pt 65).

Par deux fois, la **Cour de justice de l'Union européenne** (CJUE) a été saisie de questions préjudicielles portant sur les modalités d'évaluation de l'orientation sexuelle d'un demandeur d'asile. Premièrement, dans la décision [A., B. et C.](#) (2014), la Cour précise que la seule affirmation de son orientation sexuelle par le demandeur – l'auto-identification – ne suffit pas à tenir celle-ci pour établie. De plus, elle fixe quatre limites à l'évaluation de l'orientation sexuelle par les autorités nationales : l'orientation sexuelle ne peut être remise en cause au seul motif que le demandeur échoue à répondre aux questions fondées sur des stéréotypes, comme la connaissance des associations de défense des intérêts homosexuels ; les autorités compétentes ne peuvent pas interroger le demandeur sur des détails des pratiques sexuelles ; les autorités compétentes ne peuvent pas accepter – ni exiger – l'accomplissement d'actes homosexuels, la soumission à d'éventuels tests ou la production de preuves telles que des enregistrements vidéo d'actes intimes ; l'orientation sexuelle peut être estimée non crédible pour la seule raison qu'elle n'a été invoquée qu'à un stade tardif de la procédure. Deuxièmement, à l'occasion de la décision [F.](#) (2018), la Cour établit que les autorités compétentes ne peuvent pas recourir à la réalisation et à l'utilisation, en vue d'apprécier la réalité de l'orientation sexuelle alléguée, d'une expertise psychologique ayant pour objet, sur la base de tests projectifs de la personnalité¹, de fournir une image de l'orientation sexuelle.

On ne retrouve, dans la jurisprudence du **CCE**, de référence ni à des tests physiques (accomplissement d'actes homosexuels) tels que ceux de l'arrêt [A., B. et C.](#) ni à des tests projectifs de la personnalité tels que ceux de l'arrêt [F.](#)

2. Questions posées lors de l'audition

Les contrôles médicaux étant écartés, les autorités compétentes n'ont d'autres preuves que les déclarations du demandeur. Se posent alors les questions de la direction à donner à l'audition au

¹ En l'espèce, il s'agissait d'un examen exploratoire, d'un examen de la personnalité, du « test du dessin d'une personne sous la pluie » et des tests de Rorschach et de Szondi.

travers des questions posées, d'une part, et de l'analyse qui est faite des réponses données, d'autre part.

Le **HCR**, dans les principes directeurs n° 9 susmentionnés, met l'accent sur l'interrogation du demandeur quant à son **vécu personnel**. Il estime que les questions relatives aux perceptions, aux sentiments et aux expériences personnelles du demandeur en matière de différence, de stigmatisation et de honte sont plus aptes à permettre l'identification d'une personne LGBTI que les questions sur les pratiques sexuelles (pt 62). Pour ce faire, le HCR propose une liste de neuf domaines dans lesquels des questions – ouvertes – peuvent conduire à la détermination de la situation de LGBTI du demandeur et apporter plus de rigueur dans l'instruction : l'auto-identification, l'enfance, la réalisation de soi (*coming out*), l'identité de genre, la non-conformité, les relations familiales, les relations romantiques et sexuelles, la relation avec la communauté LGBTI et la religion (pt 63).

Dans les décisions relatives au traitement des demandes d'asile fondées sur l'orientation sexuelle, la **CJUE** ne s'est pas prononcée sur la manière dont l'orientation sexuelle peut être évaluée, tenue par les termes des questions préjudicielles.

Il ressort d'une certaine jurisprudence du **CCE** que la crédibilité de l'orientation sexuelle doit être évaluée en interrogeant le demandeur sur son expérience personnelle, comme l'indique le HCR. Par exemple, concernant un demandeur d'asile nigérian, le Conseil juge que « s'agissant de sa prise de conscience et de son homosexualité, son vécu et son ressenti par rapport à celle-ci, [il] ne rejoint pas l'analyse faite par [le CGRA] et estime au contraire que les déclarations du requérant permettent d'appréhender le cheminement l'ayant amené à prendre conscience de son orientation sexuelle. En effet, le Conseil relève que le requérant fait état d'une prise de conscience progressive de son orientation sexuelle et que, à cet égard, il a non seulement détaillé ses premières impressions lorsqu'il était jeune et le fait qu'il se sentirait différent parce que, contrairement à ses amis, il n'était pas attiré par les filles. Il a également invoqué les questions qu'il se posait et la peur ressentie d'être découvert, ainsi que sa dissimulation pour éviter d'éveiller des soupçons auprès des membres de sa famille » (25 janvier 2017, n° 181 247, pt 4.7. Voy. aussi 10 octobre 2013, n° 111 674).

On retrouve cette ligne de conduite, par exemple, dans les [directives n° 9 relatives aux procédures portant sur l'orientation sexuelle, l'identité de genre et l'expression de genre](#), publiées en mai 2017 par la [Commission de l'immigration et du statut de réfugié](#), autorité chargée de l'asile au **Canada**. Ces lignes directrices s'organisent autour de trois points principaux : utiliser un langage approprié (qui tienne compte du genre auquel le demandeur s'identifie et exempt de connotations négatives) ; comprendre les difficultés auxquelles se heurte le demandeur pour établir son orientation sexuelle (tenir compte de ses culture, religion, classe sociale, éducation et antécédents familiaux) ; éviter les stéréotypes au moment d'établir les faits (comme penser que les minorités sexuelles ont une apparence ou des manières féminisées ou masculinisées).

Orienter les questions posées lors de l'audition aux demandeurs qui allèguent leur orientation sexuelle comme fondement de leur demande de protection vers leur vécu, et de manière générale sur les neuf thèmes indiqués par le HCR, est adéquat et respectueux des droits fondamentaux des intéressés. L'arrêt commenté nous amène néanmoins à envisager les **risques** pouvant découler de ce

type de questions. Sans remettre totalement en cause cette méthode et sans prétendre non plus être en mesure d'en proposer une autre, nous identifions trois ordres de risque.

Premièrement, de telles questions pourraient être de nature à violer la vie privée, l'intimité, de l'intéressé. Le CCE a tenu ce raisonnement dans une décision, s'agissant d'un « enceinteur » sénégalais (24 janvier 2017, n° 181 171), commentée dans les Cahiers d'avril 2017. En l'espèce, le requérant invoquait une crainte de persécution liée à l'avortement illégal pratiqué sur une jeune fille avec qui il avait entretenu une relation extra-conjugale, à la suite duquel celle-ci était décédée. Il déclarait craindre la famille de la jeune fille, notamment son marabout appartenant à une grande confrérie ainsi que les autorités auprès desquelles une plainte avait été déposée à son encontre. Le CGRA avait considéré peu crédible, d'une part, que le requérant et la jeune fille aient pris le risque d'avoir des rapports sexuels non protégés alors qu'ils ne voulaient pas avoir d'enfants et, d'autre part, qu'ils n'aient jamais évoqué que celle-ci prenne la pilule ni parlé des risques d'avoir des relations intimes non protégées, d'autant plus qu'ils étaient tous deux pharmaciens. Le CCE déclare être « particulièrement outré par l'incongruité et le manque de pertinence des motifs de la décision » Il est d'avis que de tels arguments relèvent d'une « appréciation subjective, déplacée et particulièrement sévère » et « qu'il y a lieu de sanctionner un tel raisonnement qui constitue une atteinte disproportionnée à la vie intime des demandeurs d'asile » (pts 3.6 et 3.7). Le CCE a annulé la décision du CGRA et lui a renvoyé l'affaire. Ce raisonnement est à ce jour isolé. Mais la question de la violation de la vie intime des demandeurs d'asile homosexuels mérite d'être posée. Avec des questions telles que celles en cause sur le vécu personnel du demandeur, la frontière est mince entre ce qui relève de la vie privée, dans le sens de « intime », et les éléments qui doivent être apportés pour prouver le caractère fondé de la crainte de persécution.

Deuxièmement, en admettant que les questions évoquées ci-dessus soient posées, il nous semble qu'un risque est lié au traitement des réponses données. La différence de position, en l'espèce, entre le CGRA et le CCE, à partir des mêmes déclarations, en est une illustration. Alors que le CGRA a considéré que les déclarations du requérant manquaient de vécu personnel et étaient peu circonstanciées et superficielles, le CCE a estimé que le récit du requérant était spontané, consistant, détaillé et empreint de sentiments de vécu. À la seule lecture des motivations du CGRA, reprises dans la décision du CCE, il nous semble pouvoir supposer que le CGRA a posé des questions orientées vers le vécu personnel du requérant. C'est, dans une certaine mesure, positif. Ce qui l'est moins, c'est l'appréhension qui en est faite. À une question à propos du premier garçon par qui il a été attiré, le requérant a répondu : « il était beau, musclé, il avait un sourire différent. Ses yeux étaient attirants, on avait toujours envie de le regarder dans les yeux, voilà ». Interrogé sur son petit ami en Belgique, il a dit : « Physiquement tout me plait en lui, par rapport à sa personnalité, il est doux et gentil, il me comprend, me fait confiance, [...] : il voudrait que je sois bien ». Comment traiter de telles réponses, de manière « objective » alors que les questions sont elles-mêmes éminemment « subjectives » puisqu'en lien avec des sentiments, des ressentis et des émotions ? La compréhension et l'interprétation de telles réponses dépendent de l'image que chacun a de l'homosexualité.

Troisièmement, des questions comme celles en cause risquent d'instaurer une norme stéréotypée de l'homosexualité. Autrement dit, l'homosexualité est conceptualisée. Et ce, même si l'objectif qui sous-tend ce type de questions est clairement établi en sens contraire. Au sein des officiers de protection, voire des juges, la sexualité peut être perçue comme une chose fixe et prête à être

découverte². Elle serait ainsi un élément immuable, sans ambiguïté, sans fluidité et clairement délimité. Il y aurait des personnes fondamentales homosexuelles et d'autres fondamentalement hétérosexuelles³. Ce cadrage de l'homosexualité, liant identité fixe et pratique, appelé *substitutive model*, serait en partie le fruit du mouvement américain pour les droits des personnes LGBTI⁴. Leur rhétorique aurait rendu inconcevable un *additive model*, c'est-à-dire une indépendance entre les actes et l'identité, et aurait contribué à ignorer la variété des significations sociales de ceux-ci⁵. Ces éléments peuvent rappeler le « personnage de l'homosexuel » de Michel Foucault⁶. Par la prolifération des discours sur la sexualité, le besoin de classification et l'alliance entre savoir et sexualité, l'homosexuel serait, au 19^{ème} siècle, devenu un personnage, c'est-à-dire « un passé, une histoire et une enfance, un caractère, une forme de vie ; une morphologie aussi »⁷. Poursuivant la réflexion, Deborah A. Morgan estime que nous aurions tendance à faire de cette vision de l'homosexualité un élément universel, présent dans chaque vécu de personnes homosexuelles. Cela empêcherait dès lors de concevoir tout récit ou parcours identitaire sortant de la norme. Cette identité, considérée comme innée, induit l'idée que seule une partie clairement limitée des humains pourraient éprouver des sentiments homosexuels. Il s'agit d'un certain essentialisme. Le droit ne serait pas étranger à cette vision essentialiste de l'homosexualité. En cadrant l'homosexualité comme un « certain groupe social », il induit l'idée d'une identité innée et immuable⁸.

3. Conclusion

Ces réflexions n'ont – malheureusement ? – pas le mérite d'ajouter de la rigueur dans le traitement des demandes d'asile fondées sur l'orientation sexuelle. Elles posent tout au moins quelques limites à la méthode actuelle, basée sur les thématiques implantées par le HCR.

A terme, il nous semble que l'une des thématiques à investiguer davantage est celle de l'**auto-identification**. Il doit s'agir d'un véritable point de départ, voire d'un commencement de preuve. Se faisant, l'examen – inévitable – de la crédibilité pourrait porter plus sur les faits à l'origine de la fuite de l'intéressé et ses éventuelles persécutions passées que sur le bien-fondé de son homosexualité. En effet, en devant établir son homosexualité, le demandeur d'asile se voit contraint de réaliser ce

² L. BERG et J. MILLBANK, « Constructing the Personal Narratives of Lesbian, Gay and Bisexual Asylum Claimants », *Journal of Refugee Studies*, 2009, vol. 22, n° 2, pp. 207-208.

³ Mémoire de G. ALBESSART (Master en sciences politiques, finalité politiques européennes), rendu et défendu en juin 2017 à l'Université de Liège. Extraits choisis et résumé réalisé pour l'Observatoire du sida et des sexualités, novembre 2018 : <http://observatoire-sidasexualites.be/lasile-lie-a-lorientation-sexuelle-les-acteurs-de-la-procedure-belge-reproduisent-ils-une-norme-stereotypee-de-lhomosexualite/>

Les idées formulées dans le présent commentaire reproduisent dans leur intégralité les extraits susmentionnés.

⁴ D. A. MORGAN, « Not gay enough for the government: Racial and sexual stereotypes in sexual orientation asylum cases », *Law & Sexuality: Rev. Lesbian, Gay, Bisexual & Transgender Legal Issues*, 2006, vol. 15, p. 153.

⁵ L. MIDDELKOOP, « Normativity and credibility of sexual orientation in asylum decision making », in *Vrije Universiteit Amsterdam (VU University Amsterdam), Fleeing Homophobia, Asylum Claims Related to Sexual Orientation and Gender Identity in Europe*, septembre 2011, p. 156.

⁶ <http://observatoire-sidasexualites.be/lasile-lie-a-lorientation-sexuelle-les-acteurs-de-la-procedure-belge-reproduisent-ils-une-norme-stereotypee-de-lhomosexualite/>

⁷ M. FOUCAULT, *La volonté de savoir*, Paris, Gallimard, 1976, p. 5

⁸ <http://observatoire-sidasexualites.be/lasile-lie-a-lorientation-sexuelle-les-acteurs-de-la-procedure-belge-reproduisent-ils-une-norme-stereotypee-de-lhomosexualite/>

que de nombreux scientifiques n'ont jamais pu réellement faire, c'est-à-dire prouver une orientation sexuelle⁹.

Cette considération vaut d'autant plus lorsqu'il s'agit d'un mineur ou d'un très jeune majeur, comme en l'espèce. Dans ce cas, ainsi que le prescrivent le HCR ([Guide des procédures et critères à appliquer pour déterminer le statut de réfugié au regard de la Convention de 1951 et du Protocole de 1967 relatifs au statut des réfugiés](#), Genève, 1979, § 214) et le CCE (p.e. [19 février 2015, n° 138 876, pt 5.4](#)), le bénéfice du doute doit être accordé plus largement. Ces derniers établissent également que l'examen de la demande de protection d'un mineur qui n'a pas atteint un degré de maturité suffisant pour que l'on puisse établir le bien-fondé de ses craintes de la même façon que chez un adulte impose d'accorder plus d'importance à certains facteurs objectifs, à son environnement de vie direct. Par exemple, en l'espèce, le CGRA aurait dû accorder une plus grande attention au fait que le père du requérant avait deux épouses et au fait qu'il n'avait été à l'école que jusqu'en cinquième secondaire. Cela traduit en effet un contexte de vie plutôt traditionnel, dans lequel l'homosexualité peut être inconcevable.

C. Pour aller plus loin

Lire l'arrêt : [C.C.E., 24 avril 2019, n° 220 190](#)

Doctrines :

- [BERG L. & MILLBANK J., « Constructing the Personal Narratives of Lesbian, Gay and Bisexual Asylum Claimants », *Journal of Refugee Studies*, 2009, vol. 22, n° 2, pp. 195-223 ;](#)
- [FOUCAULT M., *La volonté de savoir*, Paris, Gallimard, 1976 ;](#)
- [GARTNER J.-L., « \(In\)credibly Queer: Sexuality-based Asylum in the European Union », *Transatlantic Perspectives on Diplomacy and Diversity*, 2015, New York: Humanity in Action Press, pp. 39-66.](#)
- [GRIBOMONT H., « Risque d'excision d'une mineure d'âge : bénéfice du doute et éléments objectifs », *Newsletter EDEM*, mars 2015 ;](#)
- [GRIBOMONT H., « Le raisonnement du CGRA, constitue une atteinte disproportionnée à la vie intime du requérant », *Newsletter EDEM*, avril 2017 ;](#)
- [GRIBOMONT H., « évaluation de l'homosexualité d'un demandeur d'asile : deuxième pas luxembourgeois », *Cahiers de l'EDEM*, février 2018 ;](#)
- [LEBOEUF L., « Les limites à respecter dans l'évaluation de l'orientation sexuelle d'un demandeur d'asile », *Newsletter EDEM*, janvier 2015 ;](#)
- [MIDDELKOOP L., « Normativity and credibility of sexual orientation in asylum decision making », in *Fleeing homophobia: sexual orientation, gender identity and asylum*, Abingdon, Oxon, Routledge, p. 156 ;](#)

⁹ J. L. GARTNER, « (In)credibly Queer: Sexuality-based Asylum in the European Union », *Transatlantic Perspectives on Diplomacy and Diversity*, 2015, New York: Humanity in Action Press, pp. 39-66.

- MORGAN D. A., « Not gay enough for the government: Racial and sexual stereotypes in sexual orientation asylum cases », *Law & Sexuality: Rev. Lesbian, Gay, Bisexual & Transgender Legal Issues*, 2006, vol. 15, pp. 135-161 ;

Pour citer cette note : H. GRIBOMONT, « Établir l'homosexualité dans la procédure d'asile: "as far as possible..." », *Cahiers de l'EDEM*, mai 2019.

2. COMITE DE RECOURS DU BURUNDI, 24 JANVIER 2018, LA REQUÉRANTE Y CONTRE LA COMMISSION CONSULTATIVE POUR LES ÉTRANGERS ET LES RÉFUGIÉS, DECISION N° 333-17C01013.

Pamphile Mpabansi

A. Décision

La requérante est une congolaise originaire de Majengo/Goma Nord Kivu. Elle est veuve et a 4 enfants. Elle est âgée de 37 ans. Elle déclare avoir quitté son pays d'origine suite aux menaces qui étaient exercées à l'endroit de sa famille par les maï-maï.

En effet, comme le déclare la requérante, leur domicile a été attaqué par ces rebelles en date du 4 novembre 2017. Ces derniers ont tué son mari, puis ils sont partis. En date du 7 novembre 2017, ces rebelles sont revenus et elle les a entendus en train de discuter. Elle a eu peur et a opté pour prendre la fuite avec ses enfants.

La requérante est arrivée au Burundi en date du 28 novembre 2017. Elle a été enregistrée en date du 29 novembre 2017. Son premier entretien de détermination du statut de réfugié a eu lieu le 30 novembre 2017. La demande de la requérante a été rejetée par les membres de la Commission consultative pour les étrangers et les réfugiés (CCER) en date du 4 décembre 2017 au motif qu'elle ne maîtrise pas la géographie de la ville de Goma, sa ville d'origine, alors qu'elle affirme avoir vécu dans cette ville pendant plus de 4 ans. La CCER a rejeté sa demande sur base de l'article 7 de la loi n° 1/32 du 13 novembre 2008 sur l'asile et la protection des réfugiés qui stipule que l'asile est refusé si elle est manifestement infondée au sens des articles 8 à 10. Or, l'article 10, alinéa 1^{er}, de cette même loi précise qu'une demande repose sur une fraude délibérée et constitue un recours abusif aux procédures d'asile si le demandeur a trompé les autorités sur son identité ou maintient une fausse identité lors de son audition.

Elle a été notifiée de cette décision en date du 7 décembre 2017. L'entretien de recours a eu lieu le 20 décembre 2017.

Comme objet de recours, la requérante demande que le CR puisse réétudier sa demande car elle a besoin d'une protection internationale.

Etant donné que la requérante n'avait aucune pièce d'identité, le CR a alors procédé aux tests de langue et de géographie et s'est rendu compte que la requérante est réellement de nationalité congolaise.

Sur le fond de la demande, le CR constate que cette demande doit être analysée sur base de l'article 5, alinéa 3, de la loi sur l'asile au Burundi qui stipule qu'un réfugié est une personne qui, du fait d'une agression, d'une occupation extérieure, d'une domination étrangère ou d'un évènement troublant l'ordre public dans une partie ou dans la totalité de son pays d'origine, est obligée de quitter sa résidence habituelle pour chercher refuge dans un autre endroit à l'extérieur de son pays d'origine ou du pays dont elle a la nationalité.

Quant aux conditions pour être reconnu comme réfugié, le CR constate que réellement la requérante est une congolaise, vu que les tests de langage et de géographie ont été concluants. Elle est alors en

dehors de son pays d'origine. Quant aux raisons de sa fuite, la requérante évoque les menaces exercées à l'endroit de sa famille par les maï-maï. Les informations sur le pays d'origine dont dispose l'Office national de protection des réfugiés et apatrides (ONPRA) montrent que réellement cette région était frappée par une insécurité au cours de la période alléguée par la requérante. C'est pour cette raison qu'elle ne veut pas retourner dans son pays d'origine suite à une situation d'insécurité qui prévaut dans sa localité d'origine.

Le CR conclut que tous les critères sont réunis pour reconnaître à la requérante le statut de réfugié sur base de l'article 5, alinéa 3, de la loi n° 1/32 du 13 novembre 2008 sur l'asile et la protection des réfugiés au Burundi.

B. Éclairage

Le raisonnement du CR soulève deux observations, l'une relative à la reconnaissance du statut de réfugié suivant la Convention de l'OUA en dehors de l'afflux massif, et l'autre se rapportant à la maîtrise de la géographie de sa région d'origine par le demandeur d'asile.

Concernant la reconnaissance du statut de réfugié suivant la Convention de l'OUA, l'article 1^{er} §2 de cette convention stipule qu'un réfugié est une personne qui, du fait d'une agression, d'une occupation extérieure, d'une domination étrangère ou d'un évènement troublant l'ordre public dans une partie ou dans la totalité de son pays d'origine, est obligée de quitter sa résidence habituelle pour chercher refuge dans un autre endroit à l'extérieur de son pays d'origine ou du pays dont elle a la nationalité (la même disposition a été reprise à l'article 5, alinéa 3, de la loi burundaise sur l'asile).

Le droit d'asile burundais se réfère donc à la fois à la Convention de Genève et à la Convention de l'OUA quant à la détermination du statut de réfugié. Cela va de soi dans la mesure où certains pays africains font face à des troubles internes qui provoquent souvent des déplacements de population soit à l'intérieur de ces mêmes pays, soit à l'étranger. En l'espèce, il faut souligner que plusieurs groupes armés dont les maï-maï et autres pullulent à l'est du Congo¹. Les actions de ces groupes rebelles entraînent souvent des déplacements forcés des populations qui se sentent menacées. De ce fait, certaines personnes en provenance de la RDC traversent la frontière avec le Burundi pour chercher refuge. Les instances burundaises d'asile sont donc souvent appelées à interpréter la Convention de l'OUA relativement à l'octroi de l'asile que ce soit pour les demandes individuelles ou pour les demandes collectives en cas d'afflux massif. Le législateur burundais a par ailleurs incorporé l'article 1^{er} §2 de cette Convention dans la loi burundaise sur l'asile en son article 5, alinéa 3.

Comme le souligne Jean-Yves Carlier, même si l'on peut penser que la deuxième définition du réfugié inscrite dans la Convention de l'OUA viserait une protection de groupe, cela ne ressort nullement du contenu intrinsèque de chaque définition, mais des réalités de procédure. Une protection n'est pas en soi collective, elle le devient par nécessité parce qu'il n'est pas possible, en présence de flux importants, de procéder à un examen individuel du cas de chacun².

¹ M. BELAID, *Les mobilisations armées à l'est de la République démocratique du Congo : dynamiques sociales d'une pratique ordinaire. Critique internationale*, 2019, n° 1, p. 31-49 ; G. MATHÉ, *Sécurité, gouvernance rebelle et formation de l'État au Kivu, République Démocratique du Congo (2004-2013)*, 2018. Thèse de doctorat. Université de Lausanne, Faculté des sciences sociales et politiques.

² J.-Y. CARLIER, *Droit d'asile et des réfugiés – De la protection aux droits*, La Haye, R.C.A.D.I., Martinus Nijhoff Publishers, 2008, p. 265.

Quant à François Crépeau, il ajoute qu'aux sources de cette Convention de l'OUA se trouvent, entre autres, le désir de dépasser la limitation géo-chronologique de la Convention de 1951, rendue cependant caduque par le protocole de 1967, mais aussi la volonté de traduire la tradition africaine de l'asile en élargissant les critères matériels de la définition du réfugié³.

Rien donc d'étonnant que le CR reconnaisse le statut de réfugié à un demandeur d'asile qui fuit les troubles internes dans sa région d'origine. Comme la requérante ne remplissait pas l'un des cinq critères de la Convention de Genève pour être protégée, la dernière instance d'asile au Burundi (le Comité de recours) s'est alors référée à la Convention de l'OUA (article 5, alinéa 3, de la loi burundaise sur l'asile) pour lui accorder la protection en qualité de réfugié.

Le paragraphe 2 de la définition de réfugié de la Convention de l'OUA permet donc de couvrir les victimes d'une catastrophe naturelle, d'une guerre ou de troubles politiques internes. La Convention de l'OUA reconnaît ainsi la profonde unité dans le malheur de tous ceux qui fuient un désastre, quelles qu'en soient les causes, humaines ou naturelles⁴.

Au sujet de la maîtrise de la région d'origine par le demandeur d'asile, le CR procède aux tests de langage et de géographie pour s'assurer si réellement la requérante se trouve en dehors de son pays d'origine. En effet, comme la RDC et le Burundi sont deux pays frontaliers, il arrive des cas où certains burundais (mais ce sont des cas isolés) déposent une demande d'asile à l'ONPRA en disant qu'ils sont congolais. C'est pour cette raison que ces tests de langage et de géographie sont faits. Si les instances d'asile observent que réellement la personne qui demande l'asile ne maîtrise pas sa langue maternelle (pour le cas de la RDC, c'est la langue de la tribu dont la personne fait partie) ainsi que la géographie de la région dont elle prétend être originaire, l'asile lui est refusé. Cela va de soi car pour être réfugié, on doit se trouver en dehors de son pays d'origine et il faut prouver cela surtout si le requérant n'a pas de pièce d'identité.

Mais, comme l'oubli de l'une ou l'autre localité de sa région d'origine ne fait pas partie des causes de refus du statut de réfugié, il revient à l'instance d'asile d'user de tous les moyens pour ramener le demandeur d'asile à se rappeler de certains détails comme l'a fait le CR. En effet, comme le soulignent les lignes directrices du HCR, « en elles-mêmes, des déclarations inexactes ne constituent pas une raison pour refuser le statut de réfugié et l'examineur a la responsabilité d'évaluer de telles déclarations à la lumière des diverses circonstances du cas »⁵. Par ailleurs, il peut arriver qu'« une personne qui, par expérience, a appris à craindre les autorités de son propre pays peut continuer à éprouver de la défiance à l'égard de toute autre autorité. Elle peut donc craindre de parler librement et d'exposer pleinement et complètement tous les éléments de sa situation »⁶. Pour le cas sous analyse, la requérante évoque qu'elle est traumatisée par ce qui lui est arrivée et qu'elle souffre au niveau des genoux (elle est obligée de rester dans la position assise). D'après elle, ces deux raisons justifient la faible maîtrise de la géographie de sa région d'origine.

³ F. CRÉPEAU, *Droit d'asile – De l'hospitalité aux contrôles migratoires*, Bruylant, 1995, p.93

⁴ *Idem*, p. 94.

⁵ HCR, *Guide des procédures et critères à appliquer pour déterminer le statut de réfugié au regard de la Convention de 1951 et du Protocole de 1967 relatifs au statut des réfugiés*, §199

⁶ *Idem*, §198.

D'après Jacinthe Mazzocchetti, le fait d'avoir vécu des situations traumatiques a une influence considérable sur les subjectivités, sur le psychisme des personnes, et donc sur la possibilité même de mettre des mots sur ce que l'on a vécu, et donc souvent, l'énonciation des choses difficiles, traumatiques, se fait par bribes de manière peu cohérente. La même auteure poursuit en disant que la mémoire, les souvenirs, sont quelque chose de vivant ou d'extrêmement subjectif qui sont reliés aussi aux émotions, aux cadres, aux moments de vie. Raconter quelque chose aujourd'hui, ou le raconter dans dix ans, ce n'est plus la même chose parce qu'on s'est transformé et donc les souvenirs aussi se sont transformés. Et donc, pouvoir raconter des choses de manière extrêmement précise, chronologique, est extrêmement difficile. C'est quelque chose qui doit être préparé, tout comme se souvenir des noms, des dates, des lieux, etc⁷.

C'est donc normal qu'un demandeur d'asile puisse oublier l'une ou l'autre localité de sa région d'origine, plusieurs facteurs entrent en jeu. Lui refuser alors le droit d'asile parce qu'il n'a pas cité tous les noms des villes de sa région d'origine sans analyser au fond les raisons de sa fuite pour voir si son récit est crédible comme l'a fait la CCER, c'est mettre en danger la vie d'une personne en l'exposant au risque d'expulsion.

Cette décision traduit l'importance de la Convention de l'OUA dans le contexte africain où ce n'est pas seulement la persécution du fait de la race, de la religion, de la nationalité, de l'appartenance à un certain groupe social et des opinions politiques qui conduit à l'asile. Des troubles internes peuvent conduire une personne à quitter son pays pour aller demander l'asile ailleurs.

Bref, la proclamation des droits ne comble pas le besoin d'humanité qui accompagne le chemin de l'exilé. Mais la reconnaissance effective de droits et l'existence de procédures destinées à les garantir sont de nature à rendre au réfugié sa dignité, lui rappelant que l'humanité est capable du meilleur après le pire⁸.

C. Pour aller plus loin

Doctrine :

- BELAID M., *Les mobilisations armées à l'est de la République démocratique du Congo : dynamiques sociales d'une pratique ordinaire. Critique internationale*, 2019, n° 1, p. 31-49 ;
- CARLIER J.-Y., *Droit d'asile et des réfugiés – De la protection aux droits*, La Haye, R.C.A.D.I., Martinus Nijhoff Publishers, 2008 ;
- CRÉPEAU F., *Droit d'asile-De l'hospitalité aux contrôles migratoires*, Bruylant, 1995 ;
- MATHÉ G., *Sécurité, gouvernance rebelle et formation de l'État au Kivu, République Démocratique du Congo (2004–2013)*, 2018. Thèse de doctorat. Université de Lausanne, Faculté des sciences sociales et politiques ;

⁷ J. MAZZOCCHETTI, *Critique de la narration dans la procédure d'asile*, cours en ligne, Regards croisés sur les migrations, module 1, *trajectoires migratoires : des récits*, p.21. www.edx.org/course/regards-croises-sur-les-migrations.

⁸ J.-Y. CARLIER, *op.cit.*, p. 340.

- MAZZOCCHETTI J., *Critique de la narration dans la procédure d'asile*, cours en ligne, Regards croisés sur les migrations, module 1, *trajectoires migratoires : des récits*, p.21. www.edx.org/course/regards-croises-sur-les-migrations.

Pour citer cette note : P. MPABANSI, « Comité de recours du Burundi, 24 janvier 2018, la requérante Y contre la Commission consultative pour les étrangers et les réfugiés, décision n° 333-17C01013 », *Cahiers de l'EDEM*, mai 2019.

3. SUPREME COURT OF THE UNITED STATES, FEBRUARY 27 2018, *JENNINGS V. RODRIGUEZ*, 15-1204

Jack R. Mangala

A. Background of the case and holding

Alejandro Rodriguez, a Mexican citizen, was a year old when he arrived in the United States with his family. He became a lawful permanent resident in 1987. In 2004, he was detained by Immigration and Customs Enforcement (ICE) after being convicted for “joyriding” in a stolen vehicle in 1998 and possession of a controlled substance in 2003. An immigration judge issued a final order of removal in July 2004. Rodriguez went on to spend three years in immigration detention as he appealed the order, first to the Board of Immigration Appeals (BIA), and then to the Ninth Circuit. As his immigration appeals continued, Rodriguez filed a habeas petition in the District Court for the Central District of California in May 2007, seeking a bond hearing on whether his continued detention (over three years at that time) was justified. The case was consolidated with another and, together, petitioners moved for class certification. The district court certified a class of noncitizens who had been detained for longer than six months pending removal proceedings, were not held under a national security statute, and had not been afforded a bond hearing in that time. The class was divided into four subclasses, one for each statutory provision under which class members were held.

It must be noted that four provisions of the [Immigration and Nationality Act](#) (INA) allow for the detention of noncitizens without the possibility of bond in various situations. The first provision, 8 U.S.C. section 1225 (b), applies to individuals arriving at the border who are seeking admission into the United States. Asylum seekers who establish a credible fear of persecution “shall be detained for further consideration of the application.”¹ All others seeking admission who are “not clearly and beyond a doubt entitled to be admitted...shall be detained” for removal proceedings.² Under the second provision, 8 U.S.C. section 1226 (c), “[t]he Attorney General shall take into custody any [noncitizen] present in the United States who has been convicted of certain enumerated crimes.”³ These individuals may be released “only if the Attorney General decides” it is necessary for witness-protection purposes.⁴ The third provision, section 1226 (a) allows for the detention and arrest of any other individual in removal proceedings. Pending removal, the Attorney General “may release the [noncitizen] on bond of at least \$ 1,500.”⁵ Those denied bond may remain detained until their proceedings end. The fourth provision, 8 U.S.C. section 1231 (a), stipulates that individuals who have been ordered removed “shall” be detained for up to ninety days while the government effectuates their removal.⁶ All of the *Rodriguez* class members challenged the legality of their prolonged detention, pursuant to the above provisions, without the possibility of bond hearings.

The district court granted summary judgment in favor of the detained class members and entered a [permanent injunction](#), ordering the government to provide bond hearings to detainees after six

¹ 8 U.S.C. § 1225 (b)(1)(B)(ii) (2012).

² 8 U.S.C. § 1225 (b)(2)(A).

³ *Id.* § 1226(c)(1).

⁴ *Id.* § 1226(c)(2).

⁵ *Id.* § 1226(a).

⁶ *Id.* § 1231(a)(1)(2).

months of detention. The order also required that bond hearings occur automatically and that the burden of proving “by clear and convincing evidence that a detainee is a flight risk or a danger to the community” falls to the government.⁷ With respect to three out of the four classes, the [Ninth Circuit](#) affirmed the district court order.⁸ Relying on the canon of constitutional avoidance, the Ninth Circuit constructed the relevant statutory provisions as imposing an implicit six-month time limit on detention without a bond hearing.⁹ The Ninth Circuit reasoned that construing the statute to allow prolonged detention without bond would raise serious constitutional concerns, and therefore adopted an interpretation which granted detainees a statutory right to bond hearings. The Government appealed, and the Supreme Court granted certiorari to review the injunction and habeas claims in 2016. On February 27, 2018, the Supreme Court reversed the Ninth Court. In a 5-3 vote, the court held that Sections 1225 (b), 1226 (a), and 1226 (c) of Title 8 of the U.S. Code do not give detained aliens the right to periodic bond hearings during the course of their detention, and that the Ninth Circuit misplaced the canon of constitutional avoidance in holding otherwise.

Before expanding on the court opinion, it is worth noting that [Jennings v. Rodriguez](#) followed two Supreme Court cases decided at the dawn of the new millennium, and which offer contrasting approaches to the review of decisions of the U.S. government to detain immigrants. In 2001, in [Zadvydas v. Davis](#), the Supreme Court interpreted an immigration statute to require judicial review of a detention decision because “to permit [] indefinite detention of an alien would cause a serious constitutional problem.” Two years later, in [Demore v. Kim](#), the court would invoke the “plenary power” doctrine—something exceptional to immigration law and inconsistent with modern constitutional law—to immunize from review a provision of the immigration statute requiring detention of immigrants awaiting removal based on a crime. In affirming the Circuit Court in [Rodriguez](#), the Ninth Circuit relied on [Zadvydas v. Davis](#) and the six-month limitation that the Supreme Court read into the statute governing post-removal-period detention, as long as on its own line of cases limiting excessively long immigration detention.

B. The Court’s opinion

Writing for a 5-3 Court, Justice Alito held the Ninth Circuit incorrectly applied the canon of constitutional avoidance.¹⁰ Using a textual approach to interpreting the immigration statute, the majority found that nothing in the statute supports the imposition of a periodic bond hearings as mandated by the court of appeals. The Court held that, because the statute was clear, the Ninth Circuit had misplaced the doctrine of constitutional avoidance. Alito emphasized that “a court relying on that canon...must interpret the statute, not rewrite it.”¹¹

In Part II of the opinion, not joined by Justices Thomas and Gorsuch, a plurality of the Court found that 8 U.S.C. Sections 1252 (b)(9) and 1226 (c) did not preclude the Court from exercising jurisdiction

⁷ [Rodriguez III](#), 804. F.3d at 1071; see also [Singh v. Holder](#), 638 F.3d 1196, 1206 (9th Cir. 2011).

⁸ [Rodriguez III](#), 804. F.3d at 1090. However, the Ninth Circuit ruled that the fourth subclass, comprised of individuals held under § 1231 (a) was improperly certified. *Id.* at 1074, 1085-86

⁹ The canon of constitutional avoidance calls on the Court to avoid deciding constitutional questions if the statute could be interpreted to foreclose those questions.

¹⁰ The court was split along ideological lines with the five conservative justices in the majority. Justice Kagan recused herself after the second round of arguments upon discovering that she had authorized the filing of a pleading in the case while serving as Solicitor General.

¹¹ [Rodriguez](#), 138 S. Ct at 843.

over the case. The plurality suggested that Section 1252 only applied to individual removal orders. Because the detention is not part of the U.S. government's discretionary authority, Section 1226 (e), which limits review of discretionary judgments, does not apply. Ultimately, the Court found the Ninth Circuit's interpretations of three provisions at issue to be "implausible."¹² In Part IV, the plurality challenged Justice Breyer's dissent for "ignoring the statutory language" and dismissed his reading and interpretation of the statute as "implausible."¹³ In the final Part of the opinion, and because the lower courts had decided the case on statutory grounds, the Court remanded the case to the Ninth Circuit so that it could consider the petitioners' constitutional arguments in the first instance.

Justice Thomas, joined by Gorsuch, concurred in all but the jurisdictional part of Alito's opinion. He read the statute as preventing judicial review "except in a petition for review from a final removal order or in other circumstances not present here."¹⁴ He therefore concluded that, because Rodriguez was not appealing a final order of removal, no court has jurisdiction over the case. While Justice Thomas would have dismissed the case for lack of jurisdiction, he concurred with the majority on its merits.

Justice Breyer, joined by Justices Ginsburg and Sotomayor, dissented. He asserted that the majority's reading of the statute would "at the very least...raise 'grave doubts' about the statute's constitutionality."¹⁵ To Justice Breyer, it was clear that individuals held on American soil would receive Fifth Amendment due process protections, including the prohibition on arbitrary detention. After a thorough review of the Court's detention jurisprudence, Justice Breyer concluded that it "generally has not held that bail proceedings are unnecessary. Indeed, it almost has suggested the contrary."¹⁶ Having established that reading the statute to allow indefinite periods of detention with no access to bond hearings would raise a constitutional question, the dissent found reason enough to invoke the avoidance canon. "It is neither technical nor unusually difficult to read the words of these statutes as consistent with this basic right [to be free from arbitrary detention],"¹⁷ Justice Breyer concluded. "I would find it far more difficult, indeed, I would find it alarming, to believe that Congress wrote these statutory words in order to put thousands of individuals at risk of lengthy confinement...all without hope of bail."¹⁸

C. Discussion

The Supreme Court's decision in *Jennings* raises three serious concerns in regard to the basic human rights of noncitizens and U.S. immigration detention practices, especially in light of the hard line policy being pursued by the Trump administration. First, the decision fails to protect the fundamental due process rights afforded to all under the Constitution—citizens and noncitizens alike. It is difficult to reconcile it with the Fifth and Eighth Amendments, under the terms of which noncitizens enjoy the same basic due process rights and protection against excessive bail as do U.S. citizens. There is no citizenship requirement under the language of the Fifth Amendment, and the courts have

¹² *Rodriguez*, 138 S. Ct at 842.

¹³ *Id.* at 848.

¹⁴ *Id.* at 853. Justice Thomas, concurring in part and concurring in the judgment.

¹⁵ *Id.* at 861.

¹⁶ *Id.* at 866.

¹⁷ *Rodriguez*, 138 S. Ct at 876.

¹⁸ *Id.*

constructed it as extending to “all persons within the United States, whether their presence is lawful, unlawful, temporary, or permanent.”¹⁹ As noted by the dissent in *Jennings*, the prohibition of “excessive bail” under the Eight Amendment logically applies to situations where bail is denied entirely without a hearing.²⁰

Second, there appears to be no legitimate reason to deny a simple bail hearing to noncitizens. Even if we concede, as the *Jennings* Court noted, that the mention of any bail hearings is absent from the statutory text, it is a stretch to infer that the Congress’ intent was to authorize prolonged detention. The section governing detention of asylum seekers, for instance, provides that noncitizens “shall be detained,” but it does not explicitly require that they be detained without bail. This reading is consistent with the fact that people detained under criminal law and other forms of civil commitment have the right to periodic hearings to justify their continued detention. Immigration detention is substantively similar to other forms of detention. The justification for a pretrial detention in criminal law generally rests on the reason that the defendant poses a flight risk or a danger to the community. The vast majority of immigrants subject to prolonged detention under the provisions of the INA at issue in *Jennings* did not commit any crime. And, for those who did, there is no evidence that they represented a flight risk or a danger to the community.²¹

Finally, by explicitly authorizing indefinite detention, *Jennings* will certainly worsen the problems already existing in the immigration detention system. Where the courts may have had some discretion to grant bail hearings before, *Jennings* now explicitly calls for mandatory detention without the opportunity for bail under the statutory provisions at issue. While before *Jennings*, the circuit courts were divided on whether the Constitution requires a bond hearing after six months, or whether the reasonableness of detention should be decided on a case-by-case basis, the courts will now uphold mandatory detention without bail in many immigration cases. The net result will be the worsening of an already unsustainable immigration detention situation with significant financial, psychological and human cost to the detained individuals and the government. At present, the federal government detains almost 360,000 immigrants a year. The number of detained immigrants on any given day has increased from 5,000 in 1994 to more than 39,000 in 2017.²²

In some respects, the Supreme Court’s decision in *Jennings v. Rodriguez* takes us back to the drawing board. After sparing among themselves over two terms, the justices remanded the case to the Ninth Circuit to decide a key constitutional question—whether indefinite detention of noncitizens without a bond hearing as authorized by the immigration statute is constitutional. Let us hope that the Ninth Court would, on remand, find that the statutory provisions at issue do, in fact, provide noncitizens with a constitutional right to periodic bail hearings. Such a decision would do justice to the basic procedural rights afforded to all persons within the United States, regardless of their citizenship status. It would also help to alleviate the worsening problem of prolonged immigration detention that sees many noncitizens locked up for years in flagrant violation of their basic human rights and denial of the values we hold dear as a democratic society.

¹⁹ *Zadvydas v. Davis*, 533 U.S. 678, 679.

²⁰ *Rodriguez*, 138 S. Ct at 862.

²¹ *Rodriguez*, 138 S. Ct at 864-865.

²² See Paoletti S., “*Jennings v. Rodriguez* in an era of mass incarceration of non-citizens”, *The Regulatory Review*, July 23, 2018.

D. Suggested reading

To read the case: [Jennings v. Rodriguez, 138 U.S. 830 \(2018\)](#)

Case Law

[Zadvydas v. Davis, 533 U.S. 678 \(2001\)](#)

[Demore v. Kim, 538 U.S. 510 \(2003\)](#)

Doctrine

-LUTZ K., "The implications of Jennings v. Rodriguez on immigration detention policy," *Minnesota Law Review*, vol. 103, 2019.

-Jennings v. Rodriguez, *Harvard Law Review*, vol. 132: 417, 2018.

To cite this contribution: J. R. MANGALA, "Immigration and Nationality Act. Mandatory and prolonged detention. Sections 1225 (b), 1226 (a), and 1226 (c) of Title 8 of the U.S. Code do not give detained aliens the right to periodic bond hearings during the course of their detention", *Cahiers EDEM*, May 2019.