

Actualités Droits-Libertés du 18 février 2013



CREDOF – Revue des Droits de l’Homme

Centre de Recherches et d’Études sur les Droits Fondamentaux
Université Paris Ouest Nanterre La Défense

DROIT D’ASILE (Convention de Genève et directive 2004/83/CE) : Le Conseil d’Etat aux prises avec les mutilations génitales féminines

*par Guillaume Cholet**

Par trois arrêts d’Assemblée rendus le 21 décembre 2012, le Conseil d’État est venu mettre un terme à la jurisprudence déployée depuis 2009 par la Cour nationale du droit d’asile en matière de protection des jeunes filles nées en France et menacées d’excision en cas de retour dans leur pays d’origine. Bien que le statut de réfugié leur soit à nouveau reconnu, la haute juridiction administrative en restreint drastiquement les conditions d’octroi et exclut leurs parents de toute protection internationale sauf cas exceptionnels. Cette solution s’avère contestable au regard du droit de l’Union européenne, pourtant invoqué, et des garanties constitutionnelles.

Lire le texte intégral sur [le site de la Revue des Droits de l’Homme](#)

Le Conseil d’État, réuni en Assemblée le 21 décembre 2012, a statué sur la protection qu’il conviendrait d’accorder aux jeunes filles nées en France et menacées d’excision en cas de retour dans leur pays d’origine ainsi qu’à leurs parents. Certes, après de longues années d’asile au rabais (la protection subsidiaire) accordé sous condition par la Cour nationale du droit d’asile (CNDA), la haute juridiction administrative tranche dans le vif en reconnaissant enfin dans l’arrêt [Mlle F.](#) que **ces jeunes filles constituent, dans certaines circonstances, un « groupe social » au sens des stipulations de l’article 1er, A, 2 de la convention de Genève** comme le préconise depuis plusieurs années le [Haut commissariat aux réfugiés des Nations-Unies](#) (UNHCR, [Note d’orientation sur les demandes d’asile relatives aux mutilations génitales féminines](#), mai 2009) et en raison d’une **redéfinition jurisprudentielle de cette notion au regard des exigences de la directive « qualification » 2004/83 CE du Conseil du 29 avril 2004**. Après avoir posé le principe selon lequel « l’appartenance à un tel groupe est un fait social objectif qui ne dépend pas de la manifestation par ses membres, ou, s’ils ne sont pas en mesure de le faire, par leurs proches, de leur appartenance à ce groupe » ([Mlle F.](#), cons. 2 et 5), le Conseil d’État censure donc la solution dégagée par la CNDA (qui a succédé à la Commission de recours des réfugiés – CRR) en 2009 qui exigeait que le membre d’un « groupe social » ait **manifesté son refus** de la pratique des mutilations sexuelles (CNDA, Sections réunies, 12 mars 2009, n° 639908, [Mme. Irène Adama K.](#) ; CNDA, Section réunies, 12 mars 2009, n° 639907, [Mme. Mariam D. épouse K.](#) – considérée par la CNDA comme des « [Grandes \[sic\] décisions du Conseil d’Etat et de la CNDA](#) », 2009, p.11).

Toutefois pour admettre cette solution le Conseil d’État a introduit **trois limitations majeures** qui en réduisent considérablement la portée et surtout qui risquent de plonger ces jeunes filles, et leurs parents, dans un abyme de complexités administratives. En effet, **d’une part** lors de leur demande d’asile, il est nécessaire de « *fournir l’ensemble des éléments circonstanciés, notamment familiaux, géographiques, sociologiques, relatifs aux risques [que la fillette] encourt personnellement* » ([Mlle F.](#), cons 4). **D’autre part**, s’appuyant sur les dispositions de l’article L.713-3 du CESEDA, le Conseil d’État réserve la possibilité à l’OFPRA ou à la CNDA de refuser le statut de réfugié dès lors qu’il serait établi que « *l’intéressée peut avoir accès à une protection sur une partie du territoire de son pays d’origine, à laquelle [elle] est en mesure, en toute sûreté, d’accéder afin de s’y établir et d’y mener une vie familiale normale* » ([Mlle F.](#), cons 3). Est ainsi validée la notion fort contestable, et contestée, d’**asile interne** modulé ici avec le droit de mener une vie familiale normale. Et, **enfin, last but not**

leat, le Conseil d'Etat **exclut que les parents puissent dorénavant obtenir toute forme de protection internationale** – asile ou protection subsidiaire – **en France en l'absence de craintes sérieuses, personnelles et directes** (*OFPPRA c/ Mme B. C.*, n° 332607, cons. 4). Ainsi, la mère d'une fillette reconnue réfugiée et qui a refusé l'excision pour son enfant ne peut être regardée, pour l'Assemblée du Conseil d'Etat, « *comme relevant d'un groupe social et susceptible à ce titre d'être personnellement exposée à des persécutions au sens des stipulations du 2 du A de l'article 1er de la convention de Genève* » (*Mme F.*, cons. 3). En adoptant cette solution **le Conseil d'État produit un nouvelle catégorie de « limbos »** – ces fameux étrangers n'ayant pas de droit au séjour mais qui ne peuvent en tout état de cause pas faire l'objet d'une mesure d'éloignement à destination de leur pays d'origine, compte tenu des liens de parenté avec l'enfant reconnu réfugiée statuaire.

Les trois arrêts d'Assemblée du 21 décembre 2012 à l'égard des jeunes filles menacées d'excision en cas de retour dans leur pays d'origine **s'inscrivent dans l'application des exigences européennes** s'agissant de la définition de la notion de « *groupe social* » mais les limitations introduites dans le même temps contribue en réalité **à affaiblir les garanties constitutionnelles accordées** (1°). Et ce d'autant plus que contrairement à l'état de droit antérieur à ces décisions **aucune protection internationale n'est plus reconnue à leurs parents** dans la mesure où le Conseil d'Etat a esquivé la question de l'application « ascendante » du principe d'unité familiale (2°).

1°/- La protection des jeunes filles menacées de mutilations génitales féminines : une harmonisation européenne affaiblissant la protection constitutionnelle

Dans ses arrêts du 21 décembre 2012 l'Assemblée du Conseil d'État, se référant au droit de l'Union, en particulier à [la directive « qualification » 2004/83 CE du Conseil du 29 avril 2004](#), reconnaît l'appartenance des jeunes filles menacées de mutilations génitales féminines en cas de retour dans leur pays d'origine à un « *groupe social* » au sens de l'article 1-A-2 de la Convention de Genève (A). Mais pour admettre cette solution, il pose des critères d'appréciation du risque de persécution encouru par les intéressées particulièrement restrictifs affaiblissant d'autant la portée des décisions rendues la (B).

A- La reconnaissance de leur appartenance à un certain groupe social : une mise en conformité au droit de l'Union

Dans le passé, les mutilations génitales féminines avaient déjà été considérées en France comme **des persécutions** au sens de la Convention de Genève depuis une décision de la Commission de Recours des Réfugié (CRR) du 17 juillet 1991 dans l'affaire *Aminata Diop* (CRR, 17 juillet 1991, [Mlle Diop Aminata](#), n°164078). La reconnaissance du statut de réfugié était alors soumise à **la triple condition** que l'intéressée n'ait **pas déjà subi de mutilations sexuelles**, qu'elle ait été **personnellement exposée au risque de l'être**, et que **les pouvoirs publics aient refusé toute protection** en encourageant ou simplement tolérant de telles pratiques. En 2001, cette protection fut étendue aux parents qui entendaient soustraire leur enfant à cette pratique (CRR, SR, 7 décembre 2001, *M. et Mme Sissoko*, n°361050 et n°373077). Toutefois, en 2009, la CNDA – qui succéda à la CRR – a estimé que **l'appartenance à ce groupe social ne pouvait s'établir qu'à condition de prouver la volonté des intéressées de se soustraire à l'excision**. La Cour décida que, dans les pays de forte prévalence de la pratique de l'excision, seules : « *les personnes qui ont manifesté leur opposition à cette pratique pour elles-mêmes, ou refusé d'y soumettre leurs enfants mineurs (...) peuvent être regardées comme pouvant craindre avec raison des persécutions du fait de leur appartenance à un certain groupe social au sens des stipulations de l'article 1er, A, 2 de la convention de Genève, lorsqu'elles ne sont pas en mesure d'être protégées par les autorités publiques de leur pays* ». La seule protection subsidiaire leur était accordée ainsi qu'à leurs parents à la condition qu'aucun d'eux ne disposent d'autres moyens légaux de se maintenir sur le territoire national (CNDA, Sections réunies, 12 mars 2009, n°639908, [Mme Irène Adama K.](#) ; CNDA, Section réunies, 12 mars 2009, n°639907, [Mme Mariam F. épouse K.](#)). Cette condition devait être regardée comme satisfaite,

lorsque les enfants avaient dû fuir avec leurs parents le pays dans lequel ils étaient nés.

En revanche, la Cour devait considérer que **les jeunes filles nées en France**, ne pouvant, « *compte tenu de leur jeune âge, manifester leur opposition à la pratique de l'excision* » se prévaloir de l'appartenance à ce groupe social, et **se trouvaient donc exclues du champ d'application de la Convention de Genève**. La Cour qualifia toutefois l'**excision de « traitement inhumain et dégradant » au sens de l'article L. 713-1 du CESEDA**. Ainsi, les jeunes filles déboutées de leur demande d'asile pouvaient se voir accorder la protection subsidiaire à la condition qu'elles établissent **la réalité du risque auxquelles elles se trouvaient exposées d'y être soumises**. Cette circonstance devait cependant être appréciée par la Cour non seulement au regard de la situation dans leur pays d'origine, mais également au regard du risque qu'elles encouraient d'y être renvoyées. Ainsi, si l'un des parents en charge de l'enfant disposait d'un titre de séjour sur le territoire français, toute protection devait leur être refusée. L'interprétation retenue des dispositions relatives au droit d'asile et de la protection subsidiaire devait permettre à la CNDA d'endiguer l'afflux des demandes de protection en restreignant les conditions d'octroi. Elle permettait en outre de renforcer les contrôles à l'égard des parents. En effet, l'article L. 712-3 du CESEDA dispose que : « *le bénéficiaire de la protection subsidiaire est accordé pour une période d'un an renouvelable. Le renouvellement peut être refusé à chaque échéance lorsque les circonstances ayant justifié l'octroi de la protection ont cessé d'exister ou ont connu un changement suffisamment profond pour que celle-ci ne soit plus requise (...)* ».

En pratique, les fillettes placées sous la protection de l'OFPRA sont soumises à **un examen médical annuel dans un cadre juridique assez flou**. Si une mutilation génitale est constatée (ce qui n'est arrivé qu'une seule fois depuis que l'Office pratique ces contrôles médicaux extra-légaux), l'OFPRA pourrait leur retirer le bénéfice de la protection subsidiaire. L'OFPRA entend ainsi assurer la protection effective des enfants en s'assurant qu'elles ne sont pas victimes d'excision et qu'elles ne le deviennent pas une fois la protection accordée (voir courrier du 3 décembre 2012 de Mme Agnès Fontana, secrétaire générale de l'OFPRA, adressé à la CFDA). Ce dispositif est ainsi conçu comme **un avertissement à l'intention des parents**, et répond à un climat de suspicion à leur égard. Les conséquences de cette stratégie sont cependant redoutables pour les jeunes filles dont la protection est pourtant recherchée. Outre le fait qu'elles doivent supporter l'obligation d'examen médicaux annuels, elles encourent le risque d'être privées de protection subsidiaire dans le cas où elles auraient subi une excision, ouvrant la voie d'un possible retour dans leur pays d'origine (v. CFDA, « [De la protection à la suspicion : l'exigence annuelle du certificat de non-excision](#) », octobre 2012). Qu'une jeune fille puisse être envoyée dans un pays qu'elle ignore, où les souffrances physiques et psychologiques qu'elle endurerait du fait de ses mutilations génitales ont *a fortiori* peu de chance d'être prises en charge du fait d'un contexte social favorable à l'excision ne constitue donc pas un traitement inhumain ou dégradant au regard de la CNDA. Alors que la France condamne pénalement l'excision (article 222-7 à 222-10 du Code pénal), le maintien de leur protection permettrait pourtant de requérir la protection des autorités, d'obtenir réparation du préjudice qu'elles ont subi, et de recevoir l'accompagnement psychologique, social et médical dont elles auraient besoin.

Ce sont ces décisions de la CNDA du 12 mars 2009 qui firent l'objet de pourvois en cassation auprès du Conseil d'État. Parallèlement, dans une autre affaire, l'OFPRA se pourvut en cassation contre la décision du 16 juillet 2009 par laquelle la CNDA avait, d'une part, annulé la décision du 21 mai 2007 du directeur général de l'OFPRA rejetant une demande d'admission au statut de réfugié, et d'autre part, accordé à l'intéressée le bénéfice de la protection subsidiaire. Deux des décisions de la CNDA sont censurées pour **erreur de droit** d'une part parce qu'elles refusaient à ces jeunes filles risquant l'excision le statut de réfugié comme appartenant **objectivement à un « groupe social »** (*Mlle F. représentée par Mme F.*) et d'autre part comme ayant admis une mère au bénéfice de la protection subsidiaire en raison du risque de mutilation sexuelle pesant sur sa fille et de sa volonté de l'y soustraire « *sans rechercher si elle pouvait craindre sérieusement d'être exposée directement et personnellement, en cas de retour dans son pays d'origine, à un traitement justifiant l'octroi de la protection subsidiaire* » (*OFPRA c/ Mme B C*, cons.4). En revanche la décision d'exclure du statut de réfugié la mère d'une jeune-fille menacée d'excision en cas de retour dans son pays d'origine est validée. Le Conseil d'État estime en effet que la seule circonstance que l'intéressée refuse que son

enfant soit excisée ne suffit pas à établir « *qu'elle pourrait, du fait de son opposition aux mutilations sexuelles auxquelles sa fille serait exposée si elle retournerait avec elle [dans leur pays] être regardée comme relevant d'un groupe social et susceptible à ce titre d'être **personnellement** exposée à des persécutions au sens des stipulations du 2 du A de l'article 1er de la convention de Genève* » (*Mme F.*, cons. 3). Ainsi, curieusement les filles craignant l'excision constituent objectivement un « *groupe social* » mais les mères – ou les pères – qui les protègent de cette mutilation et subissent les pressions et l'opprobre sociale n'en constituent pas un.

Pour parvenir à cette solution, le **Conseil d'État empreinte directement au droit de l'Union européenne** en se référant à l'article 10-1 d) de la [directive « qualification » 2004/83 CE du Conseil du 29 avril 2004](#) pour en tirer la définition du « *groupe social* » comme étant « *constitué de personnes partageant un caractère inné, une histoire commune ou une caractéristique essentielle à leur identité et à leur conscience, auxquels il ne peut leur être demandé de renoncer, ou un identité propre perçue comme étant différente par la société environnante ou par les institutions* ». L'Assemblée en déduit que : « *l'appartenance à un tel groupe est un **fait social objectif** qui ne dépend pas de la manifestation par ses membres, ou, s'ils ne sont pas en mesure de le faire, par leur proches, de leur appartenance à ce groupe* » (*Mlle F. représentée par Mme F.*, cons. 2). Cette définition permet au Conseil d'État, s'agissant des jeunes filles menacées d'excision, de retenir une qualification plus large de leur appartenance à un « *groupe social* » : « *dans une population dans laquelle les mutilations sexuelles féminines sont couramment pratiquées au point de constituer une norme sociale, les enfants et les adolescentes non mutilés constituent de ce fait un **groupe social*** ». Ainsi la **situation de l'enfant dont il est demandé la protection est clairement dissociée de celle de ses parents**. Le fait que l'enfant soit née en France, ou que ses parents s'y maintiennent de façon régulière est regardé comme parfaitement indifférent au risque qu'elle encourrait à être renvoyée dans son pays d'origine. **Le Conseil d'Etat se conforme ainsi à l'analyse développée par l'UNHCR**. Lorsqu'il invite les autorités statuant sur ces demandes d'asile à « *faire une analyse objective du risque auquel l'enfant est exposé, même si l'enfant n'exprime aucune crainte. [Le HCR estime que] lorsque les parents ou les tuteurs expriment une crainte au nom de l'enfant, on présumera que la crainte de persécution existe* » (UNHCR, [Note d'orientation sur les demandes d'asile relatives aux mutilations génitales féminines](#), mai 2009).

Cependant, la seule appartenance à un groupe social menacé de persécution n'est pas jugée suffisante. Le Conseil d'Etat apporte en effet plusieurs limitations réduisant d'autant la portée de ses décisions.

B- Les conditions restrictives d'octroi du statut de réfugié : un affaiblissement de la portée des décisions rendues

Le Conseil d'État oppose **deux conditions restrictives** à la reconnaissance du statut de réfugié qui réduisent considérablement la portée de ses décisions. **En premier lieu**, s'agissant de l'établissement d'un risque personnel, dans la décision n° 332491, l'Assemblée estime qu' « *il appartient (...) à une personne qui sollicite l'admission au statut de réfugié en se prévalant de son appartenance à un groupe social de fournir l'ensemble des éléments circonstanciés, notamment familiaux, géographiques, sociologiques, relatifs aux **risques qu'elle encourt personnellement*** ». Saisie d'une question préjudicielle portant sur l'interprétation de la notion « *d'acte de persécution* » au sens de l'article 9, paragraphe 1, sous a) de la directive 2004/83, la Cour de Luxembourg a déjà jugé que : « *(...) les autorités compétentes doivent vérifier, au regard de la **situation personnelle** de l'intéressé, si celui-ci, en raison de l'exercice de cette liberté dans son pays d'origine, court un **risque réel** (...)* » (CJUE, 5 septembre 2012, [Bundesrepublik Deutschland c/ Y. et Z.](#), aff. jointes C-71/11 et C-99/11 – [ADL du 11 septembre 2012](#)). Toutefois, si cet arrêt précise l'étendue du contrôle opéré par le juge à l'égard des persécutions du fait de la religion, la CJUE n'a pas encore eu à se prononcer en matière de mutilations génitales féminines. La jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme peut néanmoins apporter quelques indications à cet égard. Certes, le juge strasbourgeois ne se fonde pas sur la Convention de Genève pour apprécier le risque d'excision allégué. **Cependant la directive 2004/83/CE se réfère explicitement à la Convention européenne des droits de l'homme**

pour établir la définition et la portée de certaines de ses notions. En outre, l'article 52 paragraphe 3 de la Charte des droits fondamentaux prévoit que quand la Charte contient des droits correspondant à des droits garantis par la CEDH « *leur sens et leur portée so[nt] les mêmes que ceux que leur confère ladite convention (...)* ». Dès lors que la pratique des mutilations sexuelles féminines peut être qualifiée de « *traitement inhumain ou dégradant* » au sens de l'article 4 de la Charte, **le sens et la portée de cette disposition ne pourront pas être moins protecteurs que ceux conférés par la Cour EDH à l'article 3 de la CEDH.** Or, la Cour de Strasbourg qualifie l'excision de mauvais traitement contraire à l'article 3 (Cour EDH, 17 mai 2011, [Izevbekhai et autres c. Irlande](#), n°43408/08, §73 : « *it is not dispute that subjecting a child or adult to femal genital mutilations would amount to ill-treatment contrary to Article 3 of the Convention* »). Elle entend toutefois **apprécier le risque réel** (« *the real risk* ») encouru par les requérantes.

En second lieu, le Conseil d'Etat introduit la **notion d'asile interne** en s'appuyant sur les dispositions de l'article L. 713-3 du CESEDA pour réserver la possibilité de refuser le statut de réfugié dès lors qu'il serait établi que « *l'intéressé peut avoir accès à une protection sur une partie du territoire de son pays d'origine, à laquelle il est en mesure, en toute sûreté, d'accéder afin de s'y établir et d'y mener une vie familiale normale* » ([Mlle F. représentée par Mme F.](#), cons. 3). Cette possibilité a été admise dans le même arrêt de la Cour de Strasbourg. Cette option est appréciée en fonction de critères objectifs et subjectifs tenant à l'effectivité des protections apportées par les autorités étatiques, et les organisations non gouvernementales, et de l'aptitude que présenteraient les intéressés à en bénéficier. Ainsi la Cour apprécie-t-elle le niveau d'éducation des requérantes, leurs soutiens familiaux, et leurs ressources financières (Cour EDH, 17 mai 2011, [Izevbekhai et autres c. Irlande](#), préc., §75 : « *[the] successful re-location, including taking the fullest advantage of the support and protection mechanisms available in Negeria, depended to a large extent on favourable personal circumstances including levels of education, family support and financial ressources* »). **L'article 8 de la directive 2004/83/CE prévoit également cette faculté pour les États membres de refuser le statut de réfugié s'ils estiment que le demandeur pourrait bénéficier d'une protection à l'intérieur de leur pays d'origine.** Bien que la Cour de justice de l'Union européenne n'ait pas encore eu l'occasion d'en préciser la portée, les critères d'appréciation définis par cet article, s'inscrivent dans la lignée du contrôle opéré par la Cour européenne des droits de l'homme : son paragraphe 2 dispose en effet que les États membres doivent tenir compte « *des conditions générales dans cette partie du pays et de la situation personnelle du demandeur* ».

En droit interne, la possibilité d'opposer à une demande d'asile l'existence d'une solution de protection à l'intérieur du pays d'origine est prévue à l'article L. 713-3 du CESEDA. Le législateur a néanmoins entendu en restreindre le champ d'application en prévoyant **des critères d'appréciation supplémentaires.** Pour établir la possibilité d'une solution de protection à l'intérieur du pays d'origine, l'OFPRA doit non seulement tenir compte des conditions générales prévalant dans cette partie du territoire et de la situation personnelle du demandeur, mais également « *de l'auteur de la persécution* ». Le Conseil constitutionnel a jugé cette disposition conforme à la Constitution sous réserve que l'OFPRA, sous le contrôle de la CNDA s'assure que l'intéressé puisse, « *en toute sûreté, accéder à une partie substantielle de son pays d'origine, s'y établir et y mener une existence normale* » en tenant compte de **l'auteur des persécutions** « *selon qu'elles relèvent ou non des autorités de l'État* » (Décision n°2003-485 DC du 4 décembre 2003, [Loi modifiant la loi n° 52-893 du 25 juillet 1952 relative au droit d'asile](#), cons. 17.).

La décision n°332491 du Conseil d'État ne retranscrit que partiellement les conditions prévues par le Conseil constitutionnel pour l'interprétation de l'article L. 713-3 du CESEDA. Aucune mention n'est faite de l'appréciation de l'auteur des persécutions, ou de la notion de « *partie substantielle* » du pays d'origine. Si les critères retenus pour établir la possibilité d'asile interne semblent conformes aux exigences européennes, celles-ci ne constituent qu'un standard minimal de protection et n'interdisent pas aux États de prévoir des dispositions plus favorables aux demandeurs d'asile. Dès lors **une question prioritaire de constitutionnalité pourrait être posée**, portant sur le conformisme de l'article L. 713-3 du CESEDA aux droits et libertés garantis par la Constitution au regard notamment l'article 2 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789 (droit à la sûreté). Bien que cette disposition ait déjà été contrôlée par le Conseil constitutionnel (Décision n°2003-485

DC, *préc.*), ne peut-on pas considérer l'interprétation donnée par le Conseil d'État comme constitutif d'un changement de circonstances de droit de nature à remettre en cause la constitutionnalité des dispositions contestées (Décision n°2011-120 QPC du 8 avril 2011, *Ismaël A.*, cons. 9 – [ADL du 9 mai 2011](#)) ? Cette procédure pourrait être engagée à l'occasion de l'examen d'une demande d'asile. En cas de refus d'octroi du statut de réfugié sur le fondement de l'article L. 713-3 du CESEDA suivi d'une obligation de quitter le territoire français, cette question pourrait être soulevée devant le juge administratif à l'occasion de la contestation de l'OQTF ou devant le juge des libertés et de la détention en cas de placement en rétention, comme cela a été fait dans l'affaire *Ismaël A.*

Mais cette restriction de l'asile interne n'est pas la plus inquiétante. En effet, dans la mesure où la question de **la protection internationale accordée aux fillettes est nécessairement liée à celle de leurs parents**, le droit français doit prévoir une possibilité légale pour eux de demeurer en France. Sinon, la protection accordée aux enfants deviendrait *de facto* une pure façade, sans aucune effectivité. Or, si le rapporteur public, Edouard Crépey a brièvement évoqué cette question dans ses conclusions – pour écarter toute application ascendante du principe d'unité de famille –, l'Assemblée a pris soin d'esquiver la question.

2°/- Le rejet de toute protection internationale pour les parents et l'esquive de la question de l'application ascendante du principe d'unité de famille

Les décisions rendues le 21 décembre 2012 écartent la possibilité d'accorder une protection internationale aux parents des fillettes reconnues réfugiées en l'absence de craintes réelles, personnelles (**A**). Leur droit au séjour devra être assuré sur un autre fondement juridique notamment une application ascendante du principe d'unité de famille (**B**).

A- Les parents d'enfants menacés de mutilations génitales féminines privés de toute protection internationale

Dans ses décisions de 2009, la CNDA estimait que dès lors que des fillettes étaient placées « *sous la protection juridique et administrative de l'OFPR au titre des dispositions de l'article L 712-1 b) du [CESEDA] [...] la mise en oeuvre effective de cette protection impos[ait] que l'enfant ne soit pas séparé de sa mère; qu'en l'absence de dispositions législatives octroyant de plein droit un titre de séjour à la mère de l'enfant mineur bénéficiaire de la protection subsidiaire, la même protection doit être étendue à cette dernière, sauf si sa présence constitue une menace pour l'ordre public* » (CNDA, Section réunies, 12 mars 2009, n°639907, *Mme. Mariam D. épouse K.*). Or non seulement le Conseil d'Etat n'a pas accordé le statut de réfugié à Mme F, la mère de la fillette (*Mme F.*). Mais elle a aussi censuré la décision accordant le bénéfice de la protection subsidiaire à une mère d'une autre fillette en estimant que la Cour nationale aurait dû « *rechercher si [elle] pouvait craindre sérieusement d'être exposée directement et personnellement, en cas de retour dans son pays d'origine, à un traitement justifiant l'octroi de la protection subsidiaire* » (*OFPR c/ Mme B. C.*, n° 332607, cons. 4). En refusant de leur accorder le statut de réfugié, le Conseil d'État retient non seulement une appréciation très restrictive de la notion de « groupe social » persécuté, mais il limite la portée du principe d'unité de famille. **Aucune extension de la protection de l'enfant à ses parents n'est envisagée**. Ainsi privés, sauf cas exceptionnels, de toute protection internationale les parents des fillettes admises au statut de réfugiée vont être placés en situation irrégulière. En adoptant cette solution **le Conseil d'Etat produit un nouvelle catégorie de « ni – ni »** (« ni expulsable - ni droit au séjour »).

En effet, **aucune considération n'est faite de la situation des intéressés au regard de leur droit de séjour en France**. La directive 2004/83/CE limite la notion de « *membre de la famille* » **aux seuls conjoints et enfants** du bénéficiaire du statut de réfugié et dans la mesure où **cette famille fut fondée dans le pays d'origine** (Directive 2004/83/CE *op. cit.* article 2 e) – ce qui semble critiquable au regard de l'article 8 de la CEDH et des principes régissant la Convention de Genève. De même, en

droit interne, les dispositions relatives au droit de séjour de la famille des personnes admises au statut de réfugié (article L. 324-11 8e CESEDA) ou bénéficiant d'une protection subsidiaire (article L. 313-13 CESEDA) sont limitées à leur seuls conjoints et enfants. L'[article L.314-11 8° du CESEDA](#) ne prévoit la délivrance d'une carte de séjour (la carte de résident) aux « *ascendants directs au premier degré* » de l'étranger ayant obtenu le statut de réfugié que si l'enfant est « *un mineur **non accompagné*** ». Ainsi, pour l'heure, la législation française n'aménage pour les parents de ces fillettes aucun droit au séjour.

Dans cette circonstance, si l'OFPRA venait retirer toute protection internationale aux parents d'enfants pourtant admis au statut de réfugié en raison du risque d'excision encouru, il reviendrait aux préfetures, sous le contrôle du juge administratif, de tirer les conséquences de ces décisions en accordant un droit de séjour aux parents d'enfants protégés sur le fondement de l'article 8 de la Convention européenne des droits de l'homme bien qu'aucune disposition du CESEDA ne le permette explicitement. **Il ne pourra donc pas s'agir d'une reconnaissance de plein droit mais d'une pure construction prudentielle.** La Cour administrative d'appel de Marseille a d'ailleurs consacré cette solution dès 1999 en jugeant que si une personne ne peut bénéficier de l'application du principe d'unité de famille, elle peut invoquer la violation de son droit à mener une vie familiale normale à l'encontre du refus de titre de séjour qui lui est opposé (CAA Marseille, 19 avril 1999, *Annang*, n°97MA02401 ; CAA Versailles, 2ème ch., 4 octobre 2007, n°06VE01483).

La situation singulière des familles confrontées à la problématique de l'excision au regard de la directive 2004/83/CE aurait pu faire l'objet d'une question préjudicielle. En effet, l'article 2 h) de la directive semble contraire à l'article 7 de la Charte des droits fondamentaux garantissant le respect de la vie privée et familiale, à l'article 24 § 2 et 3 de cette même Charte concernant les droits de l'enfant, et par renvoi de l'article 52 § 3, à l'article 8 de la CEDH lorsqu'il ne mentionne que les parents d'enfants mineurs bénéficiaires du statut de réfugié dans sa définition de la notion de « *membres de la famille* ».

Il semble difficile de prétendre que la juste application du droit de l'Union à l'égard des parents d'enfants protégés par le statut de réfugié relève de l'évidence. Toute chose égale par ailleurs, **la Cour de justice de l'Union européenne a pu consacrer un principe d'unité de famille « ascendant » dans l'affaire *Zambrano* du 8 mars 2011** au bénéfice d'enfants ayant la nationalité d'un Etat membre – et donc la qualité de citoyen de l'UE – mais dont les parents étaient des ressortissants de pays tiers en séjour irrégulier (CJUE, 8 mars 2011, *Zambrano*, Aff. C-34/09 – [ADL du 11 mars 2011](#)). La question se pose dès lors de la portée de la jurisprudence *Zambrano* : les principes qu'elle énonce peuvent-ils être appliqués par analogie à la situation d'enfants réfugiés ? Et quelle serait la portée de l'obligation de consacrer un droit de séjour et de travail aux ressortissants d'États tiers pour assurer l'effectivité du statut de réfugié ? Le droit au séjour doit-il être reconnu de plein droit ? Une telle question préjudicielle pourrait dès lors être posée devant le juge administratif en cas de refus de délivrance d'un titre de séjour pour les parents d'enfants protégés.

Le Conseil d'État aurait toutefois pu régler de manière prétorienne cette situation, en tirant les conséquences de sa propre jurisprudence.

B- La nécessité d'une application ascendante du principe d'unité de famille

Le principe d'unité de famille commande que toute mesure nécessaire soit prise pour protéger la famille des réfugiés. Il compte parmi les principes généraux du droit des réfugiés, qualifié de « *naturel et fondamental* » par les rédacteurs de la Convention de Genève et consacré en son article 12 : « *les droits précédemment acquis par le réfugié et découlant du statut personnel, et notamment ceux qui résultent du mariage, seront respectés par tout État contractant (...)* » ([Acte final de la conférence de Plénipotentiaires des Nations Unies sur le Statut des Réfugiés et des Apatrides](#) tenue à Genève en 1951 en vue de l'élaboration d'une Convention régissant le statut juridique des réfugiés installé par la résolution 429 (v) du 14 décembre 1950 de l'Assemblée générale des Nations Unies. Recommandation B adoptée à l'unanimité - « Principe de l'unité de la famille »). Ce principe a été

consacré au bénéfice du conjoint et des enfants par le Conseil d'Etat sous la forme d'un « *principe général du droit applicable aux réfugiés, résultant notamment des stipulations de la Convention de Genève* » (CE, 2 décembre 1994, [Mme Agyepong](#), n° 112842 ; CE, 21 mai 1997, [Gomez Botero](#), n° 159999). Ainsi le Conseil d'État a-t-il pu faire preuve d'une plus grande liberté d'interprétation des dispositions de la Convention de Genève en reconnaissant en 2004, **la possibilité pour un « ascendant incapable, dépendant matériellement et moralement d'un réfugié » d'obtenir de ce fait le statut de réfugié** (CE 28 juillet 2004, [Mme T. épouse M.](#), n°229053). Seuls les « *principes généraux du droit applicable aux réfugiés* » furent invoqués pour dépasser la difficulté que représente la formulation restrictive des dispositions du CESEDA à cet égard. Cette solution fit d'ailleurs l'objet d'une disposition facultative de la directive 2004/83/CE, en l'article 23 § 5.

Rien n'empêchait donc l'Assemblée d'étendre ce principe général de droit au bénéfice des parents d'enfants reconnus réfugiés. La logique est en effet la même : protéger l'unité de la famille du réfugié. L'UNHCR a en ce sens souligné la possibilité de reconnaître aux parents d'enfants menacés de mutilations génitales **le bénéfice à titre dérivé du statut de réfugié octroyé à leurs enfants**, ou à titre principal lorsqu'ils en font la demande : « *de la même façon qu'une enfant peut bénéficier, à titre dérivé, du statut de réfugié octroyé à ses parents, les parents peuvent, mutadis mutandis, bénéficier à titre dérivé du statut de réfugié octroyé à leur enfant (...). Le parent peut néanmoins être considéré comme le requérant principal lorsqu'il ou elle a une demande fondée en son propre nom* » (UNHCR, [Note d'orientation...](#), préc.. p. 7).

A défaut de consécration jurisprudentielle, une solution pourrait venir du législateur. En effet, la [directive 2011/95 UE du 13 décembre 2011](#) dont la transposition doit intervenir avant le 21 décembre 2013, réforme les dispositions de la directive 2004/83/CE. Elle élargit **en son article 2 j) la notion de « membre de la famille » aux « père et mère du bénéficiaire d'une protection internationale ou tout autre adulte qui en est responsable de par le droit ou la pratique en vigueur dans l'État membre concerné, lorsque le bénéficiaire est mineur et non marié** ». L'application « ascendante » du principe d'unité de famille trouve ici une nouvelle consécration textuelle. Toutefois, cette acception est restreinte aux seules familles déjà fondées dans le pays d'origine. Le doute subsiste quant à la protection qu'il reviendra au législateur de réserver aux familles d'enfants nés en France après l'exil de leurs parents. Si l'engagement devait être pris de leur assurer la pleine effectivité du droit d'asile, l'OFPRA sous la direction de Pascal Brice, nouvellement nommé, pourrait dès à présent décider de leur accorder le statut de réfugié.

CE, Ass., 21 décembre 2012, [Mlle E. F.](#), n°332492 (admission fillette au statut de réfugié) ; [Mme F.](#), n°332491 (exclusion de la mère du statut de réfugié) ; [OFPRA c/ Mme B C](#), n° 332607 (exclusion d'une mère de la protection subsidiaire) – [Questions posées et Références documentaires](#)

Pour citer ce document :

Guillaume Cholet, « [Droit d'asile : Le Conseil d'Etat aux prises avec les mutilations génitales féminines](#) » [PDF] in [Lettre « Actualités Droits-Libertés » du CREDOF](#), 18 février 2013.

* Guillaume Cholet est doctorant en droit public (Université de Lille 2 – Université de Lille 2 – Centre de recherches Droits et perspectives du droit ERDP).

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