

Maya Hertig Randall

La nouvelle loi sur l'asile à l'épreuve des droits de l'homme

La Communication Jean Patrick Iya c. Suisse du Comité contre la torture du 16 novembre 2007

Im Entscheid Jean Patrick Iya vs. Switzerland (CAT/C/39/D/299/2006) vom 26. November 2007 hat der UNO-Ausschuss gegen Folter die Ausweisung eines Asylbewerbers gestützt auf einen Nichteintretensentscheid wegen Papierlosigkeit als Verstoss gegen die Folterkonvention vom 10. Dezember 1984 qualifiziert. Der Ausschuss beanstandet, dass die Schweizer Behörden das Gesuch lediglich aus prozessualen Gründen abgewiesen haben, anstatt es einer materiellen Prüfung zu unterziehen – dies unter altem Asylrecht (AsylG 1998). Der vorliegende Beitrag analysiert die Auswirkungen des Entscheides Jean Patrick Iya unter dem Blickwinkel des revidierten Asylgesetzes (AsylG 2005) und kommt zum Schluss, dass die vom Ausschuss geäusserten Bedenken am Asylverfahren weiterhin relevant sind.

Rechtsgebiete(e): Ausländer- und Asylrecht

Zitiervorschlag: Maya Hertig Randall, La nouvelle loi sur l'asile à l'épreuve des droits de l'homme, in: Jusletter 28. April 2008

Table des matières

1. Introduction
2. La protection contre les mesures d'éloignement sous la Convention contre la torture
 - 2.1 Aspects de fond
 - 2.2 Aspects procéduraux
3. La Communication Jean Patrick Iya c. Suisse
 - 3.1 Les faits
 - 3.2 Les observations du Comité contre la torture
4. Implications pour la loi sur l'asile révisée
 - 4.1 Remarques liminaires
 - 4.2 La non-entrée en matière en raison de la non-remise de papiers
 - 4.2.1 Critique générale
 - 4.2.2 Comparaison entre l'ancienne et la nouvelle teneur du motif de non-entrée en matière
 - 4.2.3 L'interprétation des clauses de sauvegarde
 - 4.2.3.1 L'existence de motifs excusables
 - 4.2.3.2 Etablissement de la qualité de réfugié et nécessité d'autres mesures d'instruction
 - 4.2.4 Effectivité du contrôle des demandes d'asile déposées par les particuliers sans papiers d'identité ?
5. Conclusion

1. Introduction

[Rz 1] Au niveau international, deux mécanismes de protection peuvent venir au secours d'un étranger menacé d'être renvoyé par les autorités suisses dans un Etat où il court le risque d'être soumis à la torture. Après l'épuisement des voies de recours internes, un particulier qui fait face à des mesures d'éloignement exécutoires peut saisir soit la Cour européenne des droits de l'homme à Strasbourg, soit le Comité contre la torture. Celui-ci veille au respect de la Convention contre la torture et autres peines ou traitements cruels, inhumains ou dégradants du 10 décembre 1984 (CAT).¹ Alors que la première option est plus connue en Suisse, Jean Patrick Iya, requérant d'asile frappé d'une décision de non-entrée en matière (NEM) pour non-remise de papiers, a choisi la seconde voie, avec succès.² Le Comité contre la torture a

constaté que le refoulement du Congolais serait incompatible avec les obligations qui s'imposent à la Suisse en vertu de la Convention.³ Les observations du Comité confirment que les voix critiques contre le durcissement du droit d'asile ne sont pas sans fondement.⁴ Suite à un débat politique dominé par la rhétorique d'abus, le peuple a approuvé en date du 24 septembre 2006 la révision de la loi sur l'asile du 26 juin 1998 (LAsi 1998)⁵ proposée par le Conseil fédéral deux ans auparavant. Les dispositions révisées, qui ont été adoptées le 16 décembre 2005 (LAsi 2005),⁶ entrées en vigueur le 1^{er} janvier 2007, renforcent le risque déjà inhérent à l'ancienne loi⁷ que des particuliers soient privés de la protection que leur confère le droit international public.

[Rz 2] A l'aune de ces développements récents, la présente contribution poursuit un double but : d'une part familiariser les lecteurs avec la protection contre les mesures d'éloignement découlant de la CAT (ci-dessous 2), et d'autre part examiner les modifications récentes de la loi sur l'asile à la lumière du droit international, et en particulier de la CAT (ci-dessous 4). La Communication *Jean Patrick Iya c. Suisse* du 16 no-

c. Suisse, Comm. no. 13/1993, 27.4.1994, qui constitue la toute première communication individuelle accueillie par le Comité pour violation de l'art. 3 CAT ; *Ismail Alan c. Suisse*, Comm. No. 21/1995, 31.1.1995 ; *Seid Morteza Aemei c. Suisse*, Comm. No. 34/1995, 9.5.1997 ; *V.L. c. Suisse*, Comm. no. 262/2005, 22.1.2007.

³ La CAT, qui compte actuellement 145 Etats parties, a été ratifiée par la Suisse le 6 octobre 1986. Elle est entrée en vigueur le 26 juin 1987. La Suisse a signé le 25 juin 2004 le Protocole facultatif se rapportant à la Convention contre la torture et autres peines ou traitements cruels, inhumains ou dégradants, adopté par l'Assemblée générale des Nations Unies le 18 décembre 2002.

⁴ Pour des voix critiques émanant du cercle académique, cf. WALTER KÄLIN, *Bemerkungen zum Antrag des Bundesrates vom 25. August 2004 zum Nichteintretensgrund der fehlenden Reisepapiere, zu Händen des EDA*, vom 14. November 2004, ASYL no. 2/3, 2005, p. 12 ss ; id., *Rechtsfragen im Zusammenhang mit den Vorschlägen des BFF für «zusätzliche Massnahmen im Rahmen der Teilrevision des Asylgesetzes»*, Gutachten zuhanden UNHCR vom 26.7.2004, ASYL no. 4, 2004, p. 3 ss ; JÖRG PAUL MÜLLER, *Gutachten vom 7. März 2005 betreffend den Beschluss der Staatspolitischen Kommission des Ständerates vom 13. Januar 2005 (Teilrevision Asylgesetz) über Einschränkungen der Nothilfe*, erstellt im Auftrag der Schweizerischen Flüchtlingshilfe, ASYL no. 2/3, 2005, p. 3 ss. Pour une critique de la part des organisations et organes internationaux, cf. Rapport de M. ALVARO GIL-ROBLES, Commissaire aux droits de l'homme, sur sa visite en Suisse, 29 novembre – 2 décembre 2004 à l'attention du Comité des Ministres et de l'Assemblée parlementaire du 8 juin 2005 (CommDH(2005)7) ; UNHCR VERBINDUNGSBÜRO FÜR DIE SCHWEIZ UND LICHTENSTEIN, *Stellungnahme zur Teilrevision des Asylgesetzes in der von der Bundesversammlung der Schweizerischen Eidgenossenschaft am 16. Dezember 2005 verabschiedeten und durch Referendum vom 24. September 2006 bestätigten Fassung*, Mai 2007.

⁵ RS 142.31.

⁶ RO 2006 p. 4745.

⁷ Pour une critique du motif de non-entrée en matière sous la LAsi 1998, cf. WALTER KÄLIN, *Nichteintreten auf Asylgesuche bei fehlenden Ausweispapieren oder illegalem Aufenthalt*, Gutachten zu Artikel 31 bzw. Artikel 31 a Asylgesetz dem UNHCR erstattet ; ASYL no. 2/1998, p. 27 ss.

¹ RS 0.105 (CAT = Convention Against Torture). Pour une comparaison entre la protection contre les mesures d'éloignement découlant de la CAT et celle garantie par la CEDH et d'autres instruments internationaux, cf. HÉLÈNE LAMBERT, *Protection against Refoulement from Europe : Human Rights Law Comes to the Rescue*, ICQL 1999, p. 515-544 ; WALTER SÜNTINGER, *The Principle of Non-Refoulement : Looking Rather to Geneva than to Strasbourg ?*, *Austrian Journal of Public and International Law* 1995, p. 203-225 ; DAVID WEISSBRODT, ISABEL HORTREITER, *The Principle of Non-Refoulement : Art. 3 of the Convention and the Committee against Torture and Other Cruel, Inhuman or Degrading Treatment or Punishment in Comparison with the Non-Refoulement Provisions of Other International Human Rights Treaties*, *Buffalo Human Rights Law Review* 1999, p. 1-73. Pour une analyse de la jurisprudence du Comité portant spécifiquement sur le refoulement de requérants d'asile, cf. BRIAN GORLICK, *The Convention and the Committee Against Torture : A Complementary Protection Regime for Refugees*, *International Journal of Refugee Law* 1999, p. 479-495 ; JAN DOERFEL, *The Convention Against Torture and the Protection of Refugees*, *Refugee Survey Quarterly* no. 2, 2005, p. 83-97.

² Comm. no. 299/2006 ; pour un résumé et un commentaire, cf. RUEDI ILLES, ASYL no. 1/2008 ; pour d'autres communications qui ont abouti à un constat de violation de l'art. 3 CAT par la Suisse, voir *Balabou Mutombo*

vembre 2007⁸ servira de point de départ à nos réflexions (ci-dessous 3).

2. La protection contre les mesures d'éloignement sous la Convention contre la torture

[Rz 3] Deux options se présentent, nous l'avons déjà relevé, à un étranger souhaitant contester au niveau international une décision de renvoi prise par les autorités suisses. Tant la Convention européenne des droits de l'homme (CEDH) que la CAT soumettent la recevabilité d'une requête, respectivement d'une communication⁹ à la condition que la même affaire ne soit pas pendante ou n'ait pas été tranchée par une autre instance internationale.¹⁰ Il s'ensuit que ces deux options sont alternatives et non cumulatives. Ceci implique pour les particuliers de devoir choisir entre les deux mécanismes de protection. Pour cette raison, il est utile de relever leurs principales différences et analogies, tant au niveau du fond (ci-dessous 2.1) que d'un point de vue procédural (ci-dessous 2.2).

2.1 Aspects de fond

[Rz 4] La CAT contient, à la différence de la CEDH, une disposition spécifique sur les mesures d'éloignement.¹¹ Son art. 3 al. 1 proscrit aux Etats parties d'expulser, de refouler ou d'extrader « une personne vers un autre Etat où il y a des motifs sérieux de croire qu'elle risque d'être soumise à la torture. » Le même principe a été déduit par la Cour européenne des droits de l'homme de l'art. 3 CEDH,¹² qui contient une garantie générale d'interdiction de la torture et des traitements inhumains et dégradants. Du libellé des deux dispositions ressort une autre différence entre la CEDH et la CAT : la deuxième convention limite l'interdiction des mesures d'éloignement aux risques de mauvais traitements les plus graves, à la torture,¹³ à l'exclusion des traitements inhumains

et dégradants. La portée de cette différence est toutefois quelque peu réduite par l'évaluation *prospective* qu'implique un jugement sur l'admissibilité d'une mesure d'éloignement. L'organe de contrôle est en effet appelé à déterminer si la personne sera exposée à *l'avenir* à un risque de torture ou à d'autres mauvais traitements.¹⁴ A la différence d'une évaluation *rétrospective*, visant à déterminer si des mauvais traitements infligés à un particulier atteignent le seuil de gravité nécessaire pour être qualifiés de torture, une telle démarche est spéculative et ne permet en général que difficilement d'opérer de fines distinctions entre la torture et les traitements inhumains ou dégradants. Il n'est donc guère étonnant qu'on ne trouve dans la jurisprudence du Comité que peu de communications qui portent sur la définition de la torture.¹⁵

[Rz 5] La CEDH accorde également une protection plus extensive lorsque les mauvais traitements sont imputables à des personnes privées. En effet, l'art. 1 CAT définit la torture comme des actions ou omissions provenant d'un « agent de la fonction publique ou toute autre personne agissant à titre officiel ». ¹⁶ Bien que le Comité contre la torture ait relativisé la distinction reposant sur le caractère public ou privé des actes de torture,¹⁷ sa jurisprudence, peu audacieuse,¹⁸ est plus restrictive que celle de Strasbourg. Lorsque le risque de torture ou de traitements inhumains ou dégradants est établi, la Cour européenne des droits de l'homme considère en effet la mesure d'éloignement non conforme à l'art. 3 CEDH, indépendamment de la question de savoir si les actes sont infligés par des personnes remplissant une tâche étatique ou agissant à titre privé.¹⁹

de gravité des souffrances physiques ou mentales particulièrement élevé) et subjectif (motif répréhensible poursuivi par le tortionnaire, comme l'extraction d'aveux ou d'informations, la punition ou l'intimidation de la victime).

¹⁴ CHETAIL (note 11), p. 77.

¹⁵ Ibid.

¹⁶ La notion de torture au sens de l'art. 1 CAT englobe donc des actes provenant d'acteurs privés si l'Etat y a acquiescé et n'a pas pris des mesures pour les prévenir ou pour y mettre fin (cf. Comm. 161/00, *Dzemajl et consorts c. Yougoslavie*, 21.11.2000). Par contre, si l'Etat, malgré des efforts entrepris, n'arrive pas à empêcher des actes de torture de la part de groupements privés, l'art. 3 CAT est inapplicable (cf. Comm. 130 et 131/1999, *V.X.N. et H.N. c. Suède*, 2.9.2000, concernant le renvoi d'un requérant alléguant qu'il risquait d'être torturé au Pérou par Le Sentier Lumineux, un groupement terroriste dont il était membre).

¹⁷ Cf. Comm. 120/1998, *Elmi c. Australie*, 25.5.1999. Dans cette affaire, le Comité a estimé que des actes de torture provenant d'un groupe de miliciens somaliens n'étaient pas exclus du champ d'application de l'art. 3 CAT. En effet, en raison de l'implosion du gouvernement central en Somalie, les diverses factions opposées exerçaient, selon le Comité, de facto des fonctions quasi étatiques.

¹⁸ Pour une critique, cf. CHETAIL (note 11), p. 82 s.

¹⁹ Cf. *H.L.R. c. France*, no. 24573/94, 29.4.1997, Rec. 1997-III (Grande Chambre).

⁸ Cf. note 2.

⁹ Pour mettre en exergue la nature non judiciaire de la procédure devant les comités qui surveillent l'application des conventions onusiennes des droits de l'homme (cf. infra 2.2). Ceux-ci ne reçoivent pas des requêtes mais des communications et rendent des observations (« views ») au lieu de jugements.

¹⁰ Art. 35 par. 2 let. b CEDH et 22 par. 5 let a CAT.

¹¹ Pour une analyse et un aperçu des aspects procéduraux relatifs à la saisine du Comité ainsi que de la jurisprudence portant sur l'art. 3 CAT, cf. VINCENT CHETAIL, *Le Comité des Nations Unies contre la torture et l'éloignement des étrangers : dix ans de jurisprudence (1994-2004)*, RSDIE 2006 p. 63-104.

¹² Voir le célèbre arrêt *Soering c. Royaume-Uni*, no. 14038/88, 07.07.1989, Série A no. 161, et, pour les requérants d'asile déboutés, *Cruz Varas et autres c. Suède*, no. 15576/89, 20.3.1991, Série A no. 101.

¹³ La CAT définit la torture à son art. 1. Selon cette définition, la torture constitue un traitement inhumain qualifié d'un point de vue objectif (seuil

2.2 Aspects procéduraux

[Rz 6] Des différences entre la CEDH et la CAT existent également en ce qui concerne le mécanisme de contrôle. Alors que la compétence de la Cour de Strasbourg de statuer sur des requêtes individuelles, prévue à l'art. 34 CEDH, est obligatoire, celle du Comité contre la torture est facultative et dépend d'une déclaration d'acceptation de chaque Etat contractant (art. 22 CAT).²⁰ De plus, seule la procédure devant la Cour européenne des droits de l'homme est de nature judiciaire : elle aboutit à un jugement, revêtu de l'autorité de la chose jugée et d'un caractère obligatoire. Par contre, la procédure devant le Comité contre la torture, comme celle devant les autres organes de contrôle établis par les conventions onusiennes de protection des droits de l'homme, est quasi judiciaire. Elle aboutit non à des jugements mais à des observations qui ne sont juridiquement pas contraignantes. Elles bénéficient toutefois d'une grande autorité morale, à laquelle les autorités suisses ne manquent pas de se plier.²¹

²⁰ Contrairement à la CEDH, aucune des conventions onusiennes de protection des droits de l'homme ne prévoit une compétence obligatoire des organes de contrôle. La Suisse a jusqu'à présent accepté le mécanisme de requête individuelle institué par la Convention contre la discrimination raciale du 21 décembre 1965 (CERD ; cf. RO 2005 p. 87) et s'est déclarée prête à souscrire au droit de communication individuelle prévu dans la Convention contre la discrimination des femmes du 18 septembre 1979 (CEDAW ; cf. FF 2006 p. 9253). Par contre, la Suisse n'a pour l'heure pas ratifié le premier Protocole facultatif se rapportant au Pacte relatif aux droits civils et politiques du 16 décembre 1966 (Pacte ONU II) prévoyant un droit de communication individuelle. Bien que le Pacte ONU II contienne, à l'instar de la CEDH, une disposition interdisant la torture et les traitements inhumains et dégradants (art. 7 Pacte), l'impossibilité pour les particuliers de saisir le Comité des droits de l'homme limite la portée pratique de ce droit. En sus du contrôle sur requête individuelle (art. 22 CAT) ou étatique (art. 21 CAT), la CAT prévoit, à l'instar des autres conventions universelles des droits de l'homme, aussi un mécanisme gracieux de contrôle, celui sur rapport. Les Etats qui ont ratifié le Protocole facultatif du 18 décembre 2002 (cf. note 3) s'engagent à accepter des visites de la part des experts indépendants dans les lieux de détentions sur leur territoire. Ce mécanisme de contrôle, qui a une fonction essentiellement préventive, est prévu au niveau régional dans la Convention européenne pour la prévention de la torture et des peines ou traitements cruels, inhumains ou dégradants de 1987 (CPT), qui a servi comme modèle au Protocole facultatif à la CAT. Pour la Convention européenne, cf. ANTONIO CASSESE, *The European Committee for the Prevention of Torture and inhuman or degrading treatment or punishment (CPT)*, in Antonio Cassese (éd), *La lutte internationale contre la torture*, Baden-Baden, Nomos Verlagsgesellschaft, 1991, p. 135-152 ; EMMANUEL DECAUX, *La Convention européenne pour la prévention de la torture et des peines ou traitements inhumains ou dégradants*, AFDI 1988, p. 618-634 ; JEAN-DANIEL VIGNY, *La Convention européenne de 1987 pour la prévention de la torture et des peines ou traitements inhumains ou dégradants*, ASDI 1987, p. 62-78.

²¹ Voir cependant le message sur la validité de l'initiative populaire « Pour des naturalisations démocratiques », dans lequel le Conseil fédéral se prononce sur le risque d'une violation de la Convention internationale sur l'élimination de toutes les formes de discrimination raciale et décrit la compétence du Comité contre la discrimination raciale comme la faculté d'adresser un « blâme (...) à la Suisse » (FF 2006 p. 8488 ; voir à ce sujet MICHEL HOTTELLIER, Art. 8 CEDH. Droit de connaître son ascendance ; révision d'un arrêt du Tribunal fédéral (art. 122 LTF). Commentaire, PJA no.

[Rz 7] Concernant les conditions de recevabilité des requêtes, la CEDH et la CAT présentent d'importantes analogies.²² Elles incluent notamment l'épuisement des voies de recours internes, la nature non anonyme et non abusive de la requête, l'absence de litispendance ou d'un examen achevé par une autre instance internationale, et, pour la CEDH, le respect d'un délai de six mois à partir de la date de la décision interne définitive.²³ Ni les requêtes adressées à la Cour européenne des droits de l'homme, ni les communications dont le Comité contre la torture est saisi n'ont un effet suspensif. Pour éviter l'exécution de la mesure d'éloignement avant que la Cour européenne des droits de l'homme ou le Comité contre la torture n'aient statué, le requérant doit donc demander des mesures provisoires.²⁴ Les deux organes de contrôle soumettent l'octroi des mesures provisoires à la condition que le requérant démontre le risque d'un dommage irréparable. Ceci implique, dans le cas des mesures d'éloignement, le danger de subir des actes de torture.²⁵ Des éléments factuels doivent étayer le risque de mauvais traitements. La preuve est particulièrement difficile à apporter sous l'angle de la CEDH,²⁶ un facteur qui peut influencer le choix du mécanisme de protection en faveur du Comité contre la torture. La procédure sous la CAT offre également un autre avantage non négligeable, celui de la plus grande célérité. Alors que la Cour européenne des droits de l'homme ne statue que rarement en moins de cinq ans, le Comité contre la torture rend ses observations en moyenne dans un délai allant de deux à trois ans.²⁷

[Rz 8] L'effet d'une constatation de violation de l'art. 3 CEDH ou de l'art. 3 CAT se limite à l'inadmissibilité de refouler le requérant sans toutefois garantir à un réfugié un droit à l'asile. A part cette limitation, qui vaut pour les deux

2/2008, p. 228-237, p. 234.

²² Voir art. 35 CEDH et art. 22 para. 2 et 5 CAT.

²³ Art. 35 para. 1 CEDH).

²⁴ La Cour européenne des droits de l'homme peut décider des mesures provisoires en vertu de l'art. 39 du règlement de la Cour, le Comité contre la torture sur la base de l'art. 108 para. 1 de son règlement intérieur. Dans les deux cas, les mesures provisoires sont obligatoires. Selon la jurisprudence de Strasbourg, le non-respect des mesures provisoires porte atteinte au droit de recours individuel consacré par l'art. 34 CEDH (cf. ACEDH, *Mamatkoulou et Askarov c. Turquie*, no. 46827/99 et 46951/99, 4.2.2005, Rec. 2005-I, para. 99 ss. (Grande Chambre)). Dans le même ordre d'idée, le Comité contre la torture met l'accent sur l'obligation des Etats de coopérer avec lui de bonne foi et de ne pas priver la procédure devant le Comité de toute signification pratique (cf. CHETAIL (note 11)), p. 73, se référant à Comm. 99/1997, *T.P.S. c. Canada*, 4.9.2000 ; l'arrêt *Mamatkoulou et Askarov c. Turquie*, précité, contient aux paragraphes 40 ss. un aperçu de la jurisprudence en matière de mesures provisoires rendue par les autres organes de contrôle, y compris celle du Comité contre la torture.

²⁵ Il convient de préciser que des traitements inhumains et dégradants sont également visés par la CEDH, mais non par la CAT (cf. ci-dessus, 2.1).

²⁶ Cf. LAMBERT (note 1), p. 531.

²⁷ Dans l'affaire *Jean Patrick Iya*, le Comité a pris 17 mois pour statuer.

conventions,²⁸ la CEDH est plus avantageuse que la CAT au niveau de l'exécution. En effet, contrairement aux jugements de Strasbourg, la constatation d'une violation de la CAT ne constitue pas un motif de révision au sens de l'art. 122 LTF,²⁹ ce qui rend la mise en oeuvre des observations plus complexe. Dans l'affaire *Jean Patrick Iya*, que nous exposerons plus en détails dans la section suivante, les autorités suisses ont donné suite aux observations du Comité en mettant le requérant au bénéfice d'une admission provisoire. Une demande de révision, qui permettrait de revenir sur la décision de non-entrée en matière pour aboutir à un examen du fond de la demande d'asile, est en ce moment pendante devant le Tribunal administratif fédéral (TAF).³⁰

3. La Communication Jean Patrick Iya c. Suisse

3.1 Les faits

[Rz 9] Le requérant, un ressortissant de la République démocratique du Congo, dépose une demande d'asile en Suisse le 29 juin 2004. A l'appui de sa requête, il fait valoir qu'il a été persécuté, tant sous le régime de Mobutu que sous celui de Kabila, en raison de ses activités déployées en sa qualité de journaliste, membre d'un parti d'opposition (Union for Democracy and Social Progress (UDPS)) et activiste d'une ONG, consistant à recruter des militants, à organiser des manifestations et à critiquer les violations des droits de l'homme dans son pays. Il étaye ses allégations en indiquant qu'il a été détenu et maltraité à plusieurs reprises. Après avoir réussi à s'évader de prison en soudoyant deux gardiens, Jean-Patrick Iya est entré en Suisse en transitant par le Nigéria et l'Italie, muni d'un faux passeport nigérian.

[Rz 10] Par décision du 9 août 2004, l'Office fédéral des réfugiés (ODR, nouvellement Office fédéral des migrations, ODM) prononce une décision de non-entrée en matière pour

non-remise de papiers. Ce motif de NEM, prévu à l'art. 32 al. 2 let. a LAsi, a été introduit dans la loi par arrêté fédéral urgent du 24 juin 1998.³¹ Il s'applique dès le 1^{er} juillet 1998, date de l'entrée en vigueur de la révision partielle du droit d'asile. L'ODM souligne que Jean Patrick Iya a omis de remettre des papiers d'identité dans le délai légal de 48 heures depuis le dépôt de sa demande, sans motif excusable. Il estime à cet égard que les explications fournies par le requérant ne sont pas crédibles. Celui-ci a fait valoir que les autorités congolaises avaient confisqué sa carte d'identité pendant la période de sa détention. L'Office considère également que les allégations de Jean Patrick Iya au sujet de sa persécution sont vagues et ne reposent pas sur des faits concrets.

[Rz 11] La Commission de recours en matière d'asile (CRA), qui a été remplacée le 1^{er} janvier 2007 par le TAF, rejette le recours du requérant par arrêt du 19 août 2004. Elle estime également que les allégations de Jean Patrick Iya ne sont pas crédibles et refuse de tenir compte des documents (un certificat attestant qu'il est célibataire et un diplôme universitaire) entre-temps remis par le requérant, pour le motif que leur soumission est tardive.

[Rz 12] Cinq jours après le rejet de son recours, Jean Patrick Iya saisit la CRA d'une demande de révision accompagnée d'autres documents qui fournissent des indices sur son identité, notamment un certificat confirmant qu'il était un membre de l'UDPS. La CRA rejette la demande pour le motif que le requérant n'a pas fourni d'explications suffisantes justifiant la nature tardive de la soumission. Une deuxième demande de révision a été déclarée irrecevable le 4 janvier 2006 en raison du non-paiement du montant de CHF 600.- demandé à titre d'avance de frais. La CRA n'a pas accédé à la demande de Jean Patrick Iya de payer la somme due par des versements périodiques.³²

[Rz 13] Ayant épuisé toutes les voies de droit à sa disposition en droit suisse, Jean Patrick Iya soumet une communication au Comité contre la torture, qui statue le 16 novembre 2007.

3.2 Les observations du Comité contre la torture

[Rz 14] Le Comité contre la torture est appelé à trancher la

²⁸ Voir la Comm. *Aemei* (note 2), para. 11, dans laquelle le Comité contre la torture relève que ses observations ont un caractère déclaratoire et n'ont pas d'effets sur la décision des autorités nationales sur l'octroi de l'asile, ce qui ne délie toutefois pas l'Etat défendeur de trouver les moyens appropriés pour se conformer à l'art. 3 CAT. Comme le relève GORLICK (note 1), p. 487, il paraît donc logique que les observations du Comité sont des éléments pertinents dont les autorités nationales doivent tenir compte lorsqu'elles décident du statut du requérant. La jurisprudence de Strasbourg va dans le même sens (cf. LAMBERT (note 1), p. 519).

²⁹ RS 173.110. Pour une critique de la portée trop étroite de l'art. 122 LTF, cf. HOTTELLIER (note 21), p. 234. Comme le recours au Tribunal fédéral est exclu en matière d'asile, l'art. 122 LTF s'applique par analogie au TAF en vertu de l'art. 45 LTAf (RS 173.32).

³⁰ Ces renseignements ont été obtenus du mandataire de Jean Patrick Iya. Selon la jurisprudence de l'ancienne Commission de recours en matière d'asile, l'admission d'une communication par le Comité contre la torture ne constitue pourtant pas un motif de révision au sens de l'art. 66 al. 1 let. b PA (JICRA no. 18/1998).

³¹ Pour une analyse, voir CLAUDIA COTTING-SCHALCH, Les procédures urgentes prévues par la loi du 26 juin 1998 sur l'asile (LAsi), ASYL no. 2/2001, p. 3-6 ; un aperçu se trouve dans JÜRIG SCHERTENLEIB : Die neuen Nichteintretensgründe, in ASYL no. 3/1999, p. 3 ss.

³² Selon la pratique du TAF (et avant lui celle de la CRA), une avance de frais est demandée lorsque le recours paraît dénué de chances de succès. L'obligation d'avancer des frais pour les procédures d'asile fut abolie en 1990 et réintroduite quatre ans plus tard. (Cf. Walter Stöckli, Asyl, in : Uebersax/Münch/Geiser/Arnold (éd), Handbücher für die Anwaltspraxis vol. VIII : Ausländerrecht, Bâle/Genève/Munich 2002, p. 370 no. 8.148). Elle subsiste sous la LAsi 2005 et découle des dispositions générales de la procédure administrative (art. 63 al. 4 et 65 al. 1 de loi fédérale sur la procédure administrative, RS 172.021).

question de savoir si le renvoi du requérant en République démocratique du Congo est contraire à l'art. 3 CAT parce qu'il existe des motifs sérieux de croire qu'il serait soumis à la torture dans le pays de destination. Rappelant sa jurisprudence constante, le Comité relève qu'il doit décider de ce point en tenant compte de toutes les circonstances du cas d'espèce, y compris les violations systématiques, graves, massives et flagrantes des droits de l'homme dans l'Etat de destination (art. 3 par. 2 CAT). Ce dernier critère à lui seul n'est toutefois pas suffisant. Le requérant doit établir qu'il court un risque *personnel* d'être soumis à la torture. La situation générale dans le pays de destination ne fournit à cet égard qu'un indice parmi d'autres. Concernant le niveau de preuve requis, le Comité rappelle que la notion de motifs sérieux implique plus que de simples supputations ou soupçons sans qu'il soit nécessaire de démontrer une haute probabilité d'être soumis à la torture.³³

[Rz 15] Appliquant ces principes au cas d'espèce, le Comité indique que le requérant a relaté une version cohérente des faits et a fourni des moyens de preuve à leur appui. Plus spécifiquement, le Comité relève que la torture et les mauvais traitements des détenus sont encore répandus en République démocratique du Congo. Qui plus est, les activités politiques du requérant, ainsi que le fait qu'il a été détenu à plusieurs reprises et qu'il est recherché dans le pays de destination, constituent des indices suffisants pour conclure qu'il court un risque personnel d'être torturé en cas de refoulement.

[Rz 16] Par cette conclusion, le Comité s'écarte des arguments avancés par les autorités suisses. Celles-ci ont affirmé qu'elles avaient examiné le fond de la demande d'asile mais qu'elles avaient des doutes concernant la crédibilité des arguments du requérant et l'authenticité des documents produits par lui. Il relève à ce sujet que les autorités suisses n'ont jamais examiné le fond de l'affaire mais se sont bornées à rejeter la demande d'asile, le recours et les demandes de révision subséquentes du requérant pour des raisons procédurales, en particulier pour le non-respect du délai de 48 heures imparti par la législation suisse aux requérants d'asile pour produire des documents d'identité.

4. Implications pour la loi sur l'asile révisée

4.1 Remarques liminaires

[Rz 17] L'affaire *Jean Patrick Iya* illustre les multiples obstacles procéduraux auxquels sont confrontés les demandeurs d'asile en Suisse : une pratique très restrictive (du TAF, et avant lui, de la CRA) en ce qui concerne l'assistance judiciaire

gratuite,³⁴ l'élargissement continu des motifs de non-entrée en matière, et des délais de recours extrêmement courts : un requérant d'asile dispose d'un délai de cinq jours ouvrables pour contester une décision de non-entrée en matière,³⁵ ce qui ne paraît guère compatible avec la garantie d'une protection effective découlant de l'art. 13 CEDH et 29 aCst.³⁶ Des garanties procédurales, qui assurent le caractère équitable de la procédure d'asile, sont pourtant indispensables au respect des garanties de fond découlant de la Convention de Genève relative au statut des réfugiés³⁷ et des traités des droits de l'homme. Dans les observations qui suivent, nous nous limiterons à examiner le problème qui a été au coeur des observations du Comité, celui de la non-entrée en matière en raison de la non-remise de papiers (ci-dessous, 4.2).

4.2 La non-entrée en matière en raison de la non-remise de papiers

[Rz 18] Dans ses observations, le Comité contre la torture a accordé beaucoup d'importance au fait que la demande d'asile de Jean Patrick Iya n'a jamais été examinée quant au fond :

«The Committee takes note of the entry into force of the Swiss Federal Act on 31 December 2005 [recte : 1^{er} janvier 2007] amending the 1998 Asylum Act, art. 38 [recte : art. 32 al. 2 let. a] of which established the 48-[hour] deadline requirement for immigration authorities to consider the merits of an asylum request. The State party contends that, since that date, national authorities have thoroughly examined the complainant's request in substance. However, the Committee observes that both the ODR and the CRA rejected the complainant's request on the basis of his failure to submit identity documents within the initial deadline and that his two requests to reopen the procedures were rejected by the CRA also on procedural grounds. All these decisions were adopted prior to the entry into force of the new Federal Act except for the last CRA decision of 4 January 2006, which rejected the complainant's application on the basis of his failure to pay judicial fees. Therefo-

³³ Voir à ce sujet l'Observation générale no 1 sur l'application de l'art. 3 dans le contexte de l'art. 22 de la Convention, adoptée par le Comité le 21 novembre 1997.

³⁴ Pour une critique, cf. SUSANNE BOLZ, *Wie EU-kompatibel ist das Schweizer Asylrecht?*, Asyl no. 1/ 2005, p. 8-13, p. 10 s ; Commissaire aux droits de l'homme (note 4), para. 49 ss.

³⁵ Art. 108 al. 1 LAAsi.

³⁶ La CRA a néanmoins estimé que la brièveté du délai de recours était compatible avec le droit constitutionnel et conventionnel (JICRA no. 25/2004), ce qui a été confirmé par le TAF (ATAF 2007/7, *X (Ouganda) c. ODM* du 11.7.2007 cons. 7.3.) Pour une critique, voir ALEXANDER BECK, *Juristische Balanceakt auf einer verunglückten Norm. Anmerkungen zum Nichteintretenstatbestand wegen Papierlosigkeit nach dem Urteil des Bundesverwaltungsgerichts vom 11. Juli 2007*, ASYL no. 1/2008, p. 3-11, p. 11 ; Commissaire aux droits de l'homme (note 4), para. 49 ss.

³⁷ RS 0.142.30.

re, the Committee considers *that his case was never examined on the merits by national authorities.* »³⁸

[Rz 19] Malgré les inexactitudes contenues dans le passage cité au sujet de la législation suisse, le message du Comité contre la torture est clair : une procédure qui ne permet pas un examen rigoureux du fond des requêtes risque de priver des personnes courant un danger effectif d'être soumises à la torture de la protection que leur confère la CAT. Le Comité indique pourtant que la demande d'asile de Jean Patrick Iya a été traitée sous l'empire de la LAsi 1998. Sa référence à l'entrée en vigueur des modifications législatives adoptées en 2005 pourrait être comprise dans le sens que son constat est limité à l'ancienne loi pour le motif que la nouvelle loi permet un examen matériel.³⁹ Ceci soulève la question de savoir si le Comité aurait décidé différemment dans l'hypothèse où les autorités suisses auraient traité la demande d'asile du requérant selon la LAsi 2005. En d'autres termes, l'appréciation critique du Comité, est-elle limitée à la loi sur l'asile 1998 ou garde-t-elle toute sa pertinence après l'entrée en vigueur de la révision partielle de 2005 ? Pour trancher cette question (ci-dessous 4.2.4), nous relèverons les différences entre l'ancienne et la nouvelle loi sur l'asile (ci-dessous 4.2.2) et nous pencherons par la suite sur l'application et l'interprétation de la nouvelle disposition sur la non-entrée en matière pour non-remise de papiers (ci-dessous 4.2.3). Avant de procéder à cette analyse, une critique générale s'impose pour mettre en évidence la nature problématique du motif de non-entrée en matière pour défaut de papiers (ci-dessous 4.2.1).

4.2.1 Critique générale

[Rz 20] Dans le but de décourager des demandes abusives et d'opérer un tri entre les « vrais » et les « faux » réfugiés, la loi sur l'asile établit la présomption que toute personne qui ne soumet pas des papiers d'identité dans le délai de 48 heures tombe dans la deuxième catégorie, englobant actuellement presque deux tiers des demandeurs d'asile.⁴⁰ Ce mécanisme introduit dans le droit d'asile suisse en 1998 n'a pas manqué de susciter des critiques.⁴¹ L'idée selon laquelle toute personne effectivement poursuivie est capable de produire des papiers d'identité est excessivement formaliste et simpliste.

³⁸ Comm. 299/2006, para. 6.5, souligné par l'auteur.

³⁹ ILLES (note 2), p. 30.

⁴⁰ Selon les données de l'Office fédéral de la justice, 35.3% des requérants d'asile ont remis des papiers pendant les huit premiers mois de l'année 2007, par rapport à 24.7% en 2006. Cette augmentation démontre, selon l'Office fédéral de la justice, l'efficacité du durcissement de la loi sur l'asile (cf. www.ejpd.admin.ch/ejpd/de/home/dokumentation/mi/2007/2007-10-242.html, état au 28.3.2008).

⁴¹ Cf. KÄLIN, ASYL no. 4/2004 (cf. note 4) p. 5 ; MINH SON NGUYEN, Vos papiers SVP !, ASYL no. 2/2006, p. 26-27 ; BECK (note 36), p. 8 ; voir aussi le rapport du Commissaire aux droits de l'homme (note 4), para. 42 ss. et la critique de l'UNHCR, « L'UNHCR exprime son inquiétude concernant la révision proposée du droit d'asile suisse » du 27 juillet 2004. Les considérations qui suivent reposent en grande partie sur ces sources.

Elle ne tient pas compte de la réalité beaucoup plus complexe à laquelle les requérants d'asile sont confrontés. Par conséquent, la sanction de non-entrée en matière risque de frapper même des personnes effectivement poursuivies. Des papiers peuvent par exemple être perdus pendant la fuite ou sont souvent retenus par les passeurs, ceci dans le but de mettre les réfugiés sous pression pour qu'ils s'acquittent des montants réclamés en récompense du service de passage. De plus, certaines structures étatiques ne sont tout simplement pas disposées ou capables d'émettre des papiers d'identité à leurs ressortissants.

[Rz 21] L'affaire *Jean Patrick Iya* souligne encore un autre obstacle auquel se heurtent les réfugiés : la tendance des autorités persécutantes de confisquer, dans les lieux de détentions, les papiers d'identité de leurs opposants. Cette stratégie permet d'anéantir juridiquement l'existence de la personne poursuivie et de rendre plus difficile la fuite. En d'autres termes, les personnes effectivement poursuivies n'ont souvent pas d'autre moyen de se soustraire à l'emprise de leurs persécuteurs que celui utilisé par Jean Patrick Iya, consistant à sortir de leur pays et d'entrer dans l'Etat de destination de façon illégale, munies de faux papiers. La Convention de Genève relative au statut des réfugiés tient compte de cette réalité en interdisant aux Etats d'infliger des sanctions aux réfugiés entrés illégalement sur leur territoire.⁴²

[Rz 22] La pratique des autorités suisses n'ignore pas non plus qu'un réfugié effectivement poursuivi ne peut pas toujours quitter son pays de façon légale, muni d'une pièce d'identité. En effet, la présentation d'un document d'identité officiel peut constituer un argument parmi d'autres permettant de remettre en question la crédibilité des allégations du demandeur d'asile. Dans la communication *Zubair Elahi c. Suisse*,⁴³ par exemple, le Comité contre la torture a suivi l'argumentation du gouvernement suisse selon laquelle la version des faits relatés par le requérant était peu plausible. Celui-ci avait indiqué qu'il avait pu quitter le Pakistan grâce à un passeport obtenu auparavant. Aux yeux des autorités suisses et du Comité, il était improbable que les autorités pakistanaïses aient délivré un document d'identité et laissé sortir une personne effectivement persécutée et recherchée par la police dans le pays de provenance.⁴⁴

[Rz 23] L'attitude des autorités suisses face aux papiers d'identité crée donc une situation paradoxale, ce qui n'a pas échappé au TAF.⁴⁵ Il relève à juste titre que la remise de papiers d'identité est une condition pour l'entrée en matière sur la demande d'asile, mais constitue, lors de l'examen du fond de la requête, un facteur affaiblissant la crédibilité du de-

⁴² Art. 31 al. 1 de la Convention de Genève.

⁴³ Comm. 222/2002, 20.5.2005.

⁴⁴ Ibid., para. 6.6.

⁴⁵ ATAF 2007/7 (note 36), cons. 5.2.

mandeur d'asile.⁴⁶ Comme la présomption selon laquelle un requérant démuné de papiers est un faux réfugié, la conclusion selon laquelle une personne détenant un document de voyage valable n'est pas effectivement poursuivie ne reflète que très imparfaitement la réalité. L'histoire de Stanley Van Than, qui fut relatée par la presse suisse au début de cette année,⁴⁷ est illustrative de ce propos. La demande d'asile du Birman a été rejetée précisément pour le motif qu'il a pu quitter le Myanmar de façon légale, ce qui rend invraisemblable sa persécution. Suite à son refoulement en Birmanie, Stanley Van Than a été torturé. L'admission subséquente du Birman en Suisse, bien qu'en soi positive, ne pourra pas remédier à ses souffrances.

[Rz 24] Force est de constater qu'une application rigide de critères formels s'accommode mal avec la réalité complexe à laquelle font face les réfugiés. Seul un examen effectif, qui tient compte de toutes les particularités d'un cas concret, permet de minimiser les erreurs. La LAsi n'est pas entièrement insensible à cette réalité. Elle prévoit, en effet, des motifs permettant de renverser la présomption découlant de la non-remise de papiers. Ces motifs ou clauses dits de sauvegarde sont d'autant plus importants que le TAF, statuant sur recours, vérifie uniquement si les conditions de non-entrée en matière sont réunies, et ne tranche pas la question de savoir s'il convient d'octroyer le statut de réfugié au demandeur d'asile.⁴⁸ Comme l'affaire Jean Patrick Iya l'a démontré, la soumission tardive des documents d'identité ne justifie pas en soi la cassation d'une décision de non-entrée en matière par l'autorité de recours.⁴⁹ Tout au plus peut-elle constituer un élément permettant de démontrer que l'ODM a nié à tort l'existence d'un motif de sauvegarde.

[Rz 25] Par rapport à la LAsi 1998, la révision de 2005 rend les clauses de sauvegarde plus strictes, tout en posant des conditions plus rigoureuses relatives à la qualité de papiers admissibles pour attester de l'identité du demandeur d'asile. Une comparaison entre le libellé de l'art. 32 LAsi, tel qu'il a été introduit en 1998, et la teneur de la même disposition suite à la révision de 2006, le montrera plus en détail.

⁴⁶ La jurisprudence du TAF illustre bien ce paradoxe : statuant sur recours contre une décision de NEM pour non-remise de papiers, le tribunal relève que l'intention du recourant de prendre contact avec l'ambassade de son pays d'origine à Berne est difficilement compatible avec sa crainte alléguée de persécution (D-647/2008, A (Nigéria) c. ODM du 18.2.2008, p. 7 s).

⁴⁷ Cf. Le Temps du 10.2.2008.

⁴⁸ ATAF 2007/8 (D-688/2007, X (Nigeria) c. ODM, 11.7.2007) cons. 2.1. Le TAF y relève que la qualité de réfugié fait également l'objet de la procédure. Cette affirmation est correcte dans la mesure où la qualité de réfugié est pertinente pour déterminer si l'autorité de première instance a refusé à juste titre de mettre le recourant au bénéfice de la deuxième clause de sauvegarde (art. 32 al. 3 let. b LAsi), qui porte sur la qualité de réfugié. Comme il sera démontré plus en détail, l'autorité de première instance et le TAF se limitent dans ce contexte à un examen *sommaire* (ci-dessous, 4.2.3.2 et 4.2.4).

⁴⁹ La CRA a relevé ce point dans JICRA no. 16/1999, cons. 5.

4.2.2 Comparaison entre l'ancienne et la nouvelle teneur du motif de non-entrée en matière

[Rz 26] Selon l'art. 32 LAsi, dans sa version révisée, un demandeur d'asile est frappé d'une décision de non-entrée en matière s'il « ne remet pas aux autorités, dans un délai de 48 heures après le dépôt de sa demande d'asile, ses documents de voyage ou ses pièces d'identité » (al. 2 let. a), à moins que l'on ne se trouve dans un des trois cas de figures prévus à l'alinéa 3 de cette disposition, à savoir que

- le requérant rend vraisemblable qu'il n'a pas pu remettre les papiers dans le délai prévu pour des motifs excusables (let. a) ou que
- sa « qualité de réfugié est établie au terme de l'audition, conformément aux art. 3 et 7 » (let. b) ou que
- « d'autres mesures d'instruction pour établir la qualité de réfugié ou pour constater l'existence d'un empêchement à l'exécution du renvoi » s'avèrent nécessaires au cours de l'audition (motif non prévu par la LAsi de 1998).

[Rz 27] La nouvelle teneur de l'art. 32 diverge de celle de la LAsi 1998 à plusieurs égards.⁵⁰ Premièrement, l'ancienne loi ne limitait pas les documents admissibles aux *papiers d'identité* ou *documents de voyages* mais admettait aussi la remise d'autres documents aptes à prouver l'identité du demandeur d'asile, comme le permis de conduire, le certificat de naissance ou les documents que Jean Patrick Iya a remis aux autorités suisses au cours de la procédure. Le TAF a entériné le caractère restrictif du nouvel art. 32 al. 1 let. a LAsi. Il a jugé que cette disposition permet aux autorités de prendre uniquement en compte des documents *destinés* à prouver l'identité du détenteur, comme les cartes d'identité et les passeports.⁵¹ Des documents établis dans un autre but, tel qu'un permis de conduire ou un certificat d'études, ne remplissent pas cette condition. Par cette interprétation restrictive de la notion de « papiers d'identité ou documents de voyage », le caractère schématique et formel de la présomption de non-remise de papiers a été renforcé, ce qui est regrettable. En effet, en conjonction avec d'autres éléments de preuve, même des documents qui poursuivent un autre but que l'identification de leur titulaire peuvent dissiper des doutes sur l'identité du demandeur d'asile, ceci surtout dans le cas où plusieurs documents sont remis aux autorités d'asile.

[Rz 28] Deuxièmement, la LAsi 1998 permettait plus

⁵⁰ Pour une analyse, voir KÄLIN, ASYL no.4/2004 (note 4).

⁵¹ ATAF 2007/7 (note 36), cons. 5.1 ss. Le TAF a motivé cette interprétation restrictive par la volonté du législateur de durcir la LAsi dans le but de permettre d'une part l'identification exempte de doute du demandeur d'asile et, d'autre part, l'exécution du renvoi en cas de rejet de la demande d'asile, ce qui nécessite des papiers d'identité officiels. Concernant le deuxième argument, il sied de relever que l'intérêt à l'exécution du renvoi ne permet en aucun cas à l'Etat de relativiser l'interdiction de non-refoulement.

facilement de renverser la présomption découlant de la non soumission de papiers d'identité. Elle n'exigeait pas que la *qualité de réfugié soit établie* mais se contentait « *d'indices de persécution qui ne sont pas manifestement sans fondement.* »⁵² Face au caractère formel de la présomption de non-remise de papiers, les motifs de sauvegarde prennent toute leur importance. Ce sont eux qui permettent d'atténuer le schématisme inhérent à la nouvelle loi et qui déterminent si la demande d'asile est soumise à un examen effectif. Il est donc nécessaire de se pencher sur l'application et l'interprétation des trois clauses de sauvegarde prévues par la LAsi 2005 (ci-dessous 4.2.3) pour déterminer dans quelle mesure la nouvelle loi permet un examen du fond, comme l'exigent les observations du Comité contre la torture dans l'affaire *Jean Patrick Iya* (ci-dessous 4.2.4).

4.2.3 L'interprétation des clauses de sauvegarde

4.2.3.1 L'existence de motifs excusables

[Rz 29] Parmi les trois clauses de sauvegarde prévues au troisième alinéa de l'art. 32 LAsi, la première (motifs excusables pour l'absence de papiers) n'est que rarement admise. Selon une étude de l'Organisation suisse des réfugiés,⁵³ l'ODM a tendance à écarter les justifications avancées par les demandeurs d'asile comme des explications stéréotypées, car elles sont invoquées par un grand nombre de réfugiés. Parmi ces excuses considérées peu crédibles tombent par exemple la confiscation des documents d'identité par les passeurs, ou par les autorités de l'Etat persécutant. Rappelons à cet effet que Jean Patrick Iya a invoqué cette dernière justification sans succès. Une interprétation conforme au droit international de cette clause de sauvegarde exigerait une application moins stricte. En particulier, la remise tardive de documents (même autres qu'une pièce d'identité officielle) devrait être prise en compte comme un élément démontrant la bonne foi et la volonté de collaboration du demandeur d'asile. Une telle interprétation tiendrait compte de la réalité alors que le délai de 48 heures est dans beaucoup de cas simplement trop court pour permettre au demandeur d'asile de se faire envoyer des documents par ses proches.

4.2.3.2 Etablissement de la qualité de réfugié et nécessité d'autres mesures d'instruction

[Rz 30] Face à la difficulté de rendre vraisemblable que la non-remise de papiers est excusable, le deuxième motif de sauvegarde a une plus grande portée pratique. Tel était du moins le cas sous l'empire de la LAsi 1998. La CRA a en effet relevé que la procédure de NEM n'était pas destinée à un examen du fond de la demande d'asile. Elle en a tiré la conclusion que l'existence « *d'indices de persécution qui ne sont*

pas manifestement sans fondement » devait être admise de façon large. Dans cet esprit, la CRA a relevé d'une part que le degré de preuve devait être sensiblement réduit par rapport à l'exigence de la vraisemblance (définie par l'art. 7 al. 2 LAsi comme la haute probabilité) qui est requise pour déterminer la qualité de réfugié. Seuls dans les cas où un examen *prima facie* démontrait l'absence *manifeste* d'indices de persécution, une décision de NEM était justifiée.⁵⁴ D'autre part, la CRA a indiqué que l'existence d'indices de persécution était une notion plus large que celle des préjudices sérieux au sens de l'art. 3 LAsi qui justifient l'octroi de la qualité de réfugié.⁵⁵ Elle englobe tout préjudice sérieux émanant directement ou indirectement de l'être humain⁵⁶ notamment les obstacles à l'exécution du renvoi,⁵⁷ comme les situations de guerre, de guerre civile et de violence généralisée, et en particulier les mauvais traitements visés par les art. 3 CEDH et 3 CAT.

[Rz 31] Alors qu'il existe des arrêts qui annulent une décision de NEM en admettant l'existence d'indices de persécution,⁵⁸ l'affaire Jean Patrick Iya n'est visiblement pas tombée dans cette catégorie. Ceci montre que même une interprétation généreuse de la deuxième clause de sauvegarde ne permet pas toujours d'aboutir à des applications conformes au droit international. A la lumière de ce constat, il est d'autant plus insatisfaisant que la révision de 2005 avait pour but de « *corriger* » l'interprétation jugée trop libérale de l'art. 32 al. 3 let. b LAsi. En effet, la nouvelle loi permet de renverser la présomption découlant de la non-remise de papiers uniquement dans les cas où la *qualité de réfugié est établie*.

[Rz 32] Comme la doctrine l'a relevé,⁵⁹ cette nouvelle formulation est une entorse à la systématique de la loi, puisqu'elle prévoit au stade de l'examen de l'entrée en matière un examen du fond de l'affaire. En effet, l'établissement de la qualité de réfugié, qui est examinée pendant la procédure d'asile ordinaire, justifie en général l'octroi de l'asile et non la simple entrée en matière sur le fond de la requête. Dans un arrêt de principe du 11 juillet 2007,⁶⁰ le TAF a tenté de concilier la volonté du législateur avec une interprétation conforme au droit international. Il a estimé d'une part qu'un examen du fond au niveau de l'entrée en matière était inhabituel mais que le législateur avait visiblement eu l'intention de concevoir la procédure de NEM comme une procédure sommaire qui traitait également des aspects de fond. D'autre part, la nature sommaire de la procédure et la brièveté des délais, tant au

⁵² Art. 32 al. 2 let. a de la LAsi du 26 juin 1998.

⁵³ SUSANNE BOLZ, Nichteintreten wegen Papierlosigkeit, Die Anwendung von Art. 32 Abs. 2 Bst. A AsylG durch das Bundesamt für Migration, Juli 2007.

⁵⁴ Cf. JICRA no. 22/2004.

⁵⁵ JICRA no. 17/1999, cons. 4a ; no. 18/2003, cons. 4a ss.

⁵⁶ Cette exigence exclut par exemple les catastrophes naturelles ou les faits inhérents à la personne du requérant, comme son âge ou son état de santé (JICRA no. 18/2003, cons. 4 d ss).

⁵⁷ 44 al. 2 LAsi, 83 al. 2 à 4 LSEE (Rs. 142.20).

⁵⁸ Cf. JICRA no. 19/2003 ; JICRA no. 20/2003 ; no. 22/2004 ; JICRA no. 34/2004.

⁵⁹ Cf. STÖCKLI (note 32), p. 362, no. 8.116.

⁶⁰ ATAF 2007/8 (note 48).

niveau de la prise de décision⁶¹ qu'au niveau du recours,⁶² ne permettaient pas de procéder à un examen suffisant de la qualité de réfugié. Pour sortir de cette impasse, le TAF a interprété la deuxième clause de sauvegarde en conjonction avec la troisième, selon laquelle il est entré en matière lorsque d'autres mesures d'instructions s'avèrent nécessaires pour établir la qualité de réfugié ou pour déterminer s'il existe un motif d'empêchement à l'exécution du renvoi. Selon le TAF, la non-entrée en matière se justifie dans tous les cas où un examen *sommaire* aboutit à la conclusion que l'absence de la qualité de réfugié ou de motifs d'empêchement à l'exécution du renvoi est *manifeste*. Cet examen ne permet pas seulement d'écarter les demandes reposant sur des allégations qui n'ont manifestement aucune pertinence pour l'établissement de la qualité de réfugié. La non-entrée en matière est également justifiée lorsque l'autorité de première instance estime que les explications du demandeur d'asile (bien que pertinentes) sont manifestement invraisemblables.⁶³ La faculté de statuer sur la vraisemblance de la qualité de réfugié confère à l'autorité une marge d'appréciation pouvant conduire à des décisions erronées.⁶⁴ A la lumière de cette jurisprudence, il convient d'examiner la pertinence des observations du Comité contre la torture dans l'affaire Jean Patrick Iya pour la nouvelle loi sur l'asile.

4.2.4 Effectivité du contrôle des demandes d'asile déposées par les particuliers sans papiers d'identité ?

[Rz 33] L'arrêt du TAF du 11 juillet 2007 souligne que, de par sa nature, la procédure de NEM ne permet qu'un examen *sommaire* du fond. Elle n'est pas conçue pour établir la qualité de réfugié conformément aux exigences découlant du droit international. Cette affirmation est valable tant pour l'ancienne que pour la nouvelle loi sur l'asile.⁶⁵ Rappelons à cet égard que le TAF, statuant sur recours, ne vérifie que si l'autorité de première instance a pris la décision de NEM conformément à la loi. Même dans les cas où le demandeur d'asile a réussi à fournir des pièces d'identité après l'expiration du délai légal de 48 heures, a pu dissiper des doutes concernant sa vraie identité en produisant d'autres documents que des pièces d'identité officielles, ou n'a su rendre crédible sa persécution que pendant la procédure de recours, un examen du fond de

la demande d'asile n'est plus possible.⁶⁶ A l'instar de Jean Patrick Iya, un demandeur d'asile frappé d'une décision de NEM en application de la LAsi 2005 pourrait donc faire valoir que les autorités n'ont jamais soumis le fond de sa requête à un examen sérieux. Une application très généreuse des clauses de sauvegarde peut atténuer le formalisme de la présomption selon laquelle les demandes d'asile émanant de personnes démunies de papiers sont abusives et méritent la sanction de la NEM. Elle peut également réduire le risque d'autres désaveux de la part du Comité contre la torture ou de la Cour européenne des droits de l'homme.

[Rz 34] En effet, les observations du Comité dans l'affaire *Jean Patrick Iya* reflètent la conviction que seul un examen sérieux du fond permet de minimiser les erreurs et de garantir le respect des droits de l'homme. La jurisprudence de Strasbourg met aussi en exergue le lien étroit entre les garanties de fond et les aspects de procédure. Dans l'arrêt *Jabari c. Turquie*,⁶⁷ elle a constaté que l'application systématique et automatique d'un délai très court (qui était en l'espèce de 5 jours) pour déposer une demande d'asile ne saurait avoir pour conséquence de priver la requérante de tout examen sérieux du fond de sa demande.⁶⁸ Concernant le droit à un recours effectif, il implique, pour la Cour, non seulement un contrôle de la légalité de la décision mais encore un examen indépendant et rigoureux de l'existence de motifs sérieux de croire qu'il existe un risque réel de torture ou de traitements inhumains ou dégradants.⁶⁹ Sur cette base, elle a admis la requête pour violation des art. 3 et 13 CEDH.

5. Conclusion

[Rz 35] Une protection effective des droits de l'homme s'accommode mal d'une application rigide et automatique de présomptions. Elle exige un examen sérieux au cas par cas. Cette conclusion découle tant de la communication *Jean Patrick Iya* du Comité contre la torture que de la jurisprudence de Strasbourg. La jurisprudence du TAF (et avant lui, celle de la CRA) a tenté d'assouplir le formalisme draconien du motif de non-entrée en matière pour non-remise de papiers en limitant sa portée aux cas où un examen *sommaire* révèle que l'absence de la qualité de réfugié ou de l'empêchement à l'exécution du renvoi est manifeste. Il est toutefois douteux que ces aménagements soient suffisants pour assurer la compatibilité du droit d'asile avec les garanties découlant des droits de l'homme. En effet, la présomption de l'art. 32 al. 2 let. a LAsi est plus qu'un simple mécanisme juridique. Elle ne manque pas d'influer les autorités d'asile par l'idée simpliste qui la sous-tend : celle que l'intention abusive des

⁶¹ Selon l'art. 37 al. 1 LAsi, l'autorité de première instance dispose en principe d'un délai de 10 jours pour statuer.

⁶² L'art. 109 al. 1 LAsi prévoit que le TAF statue en règle générale dans un délai de six semaines sur les décisions prises en vertu de l'art. 32 LAsi.

⁶³ ATAF 2007/8 cons. 5.6.4. Cf. Beck (note 36), p. 6 et 10.

⁶⁴ La procédure de NEM soustrait plus de demandes à un examen rigoureux du fond que le comité exécutif du HCR juge conforme à la Convention de Genève. Selon le comité exécutif, une procédure sommaire devrait se limiter à écarter des demandes fondées sur des allégations qui n'ont aucune pertinence pour la qualité de réfugié (cf. Beck (note 36), p. 10).

⁶⁵ Dans ce sens aussi ILLES (note 2).

⁶⁶ Kälén, ASYL no. 2/3, 2005 (note 4).

⁶⁷ ACEDH, *Jabari c. Turquie*, no. 40035/98, 11.7.2000, 11.07.2000, Rec. 2004-VIII.

⁶⁸ Ibid. para. 40.

⁶⁹ Ibid. para. 50.

demandeurs d'asile qui ne remettent pas de papiers d'identité dans le délai de 48 heures est la règle. Comme l'affaire *Jean Patrick Iya* l'a montré, cette vision des requérants d'asile démunis de papiers incite à considérer leurs explications comme invraisemblables et à leur refuser le bénéfice d'une clause de sauvegarde. Seul un changement de perspective, qui entraînerait l'abolition du motif de NEM en raison de la non-remise de papiers, permettrait d'assurer que des personnes effectivement poursuivies ne soient privées des garanties que leur confère le droit international.

Maya Hertig Randall est professeure ordinaire de droit constitutionnel à l'Université de Genève, avocate, LL.M. (Cambridge). Nous tenons à vivement remercier Tristan Zimmermann et Roswitha Petry, assistants à la faculté de droit de l'Université de Genève, pour leurs corrections stylistiques et grammaticales. Nos remerciements vont aussi à Me Guido Ehrler pour les renseignements plus détaillés qu'il nous a fournis au sujet de l'affaire Jean Patrick Iya.

* * *