Giuseppe Aufiero

Asile – Extradition
De la coordination à l'unification

Faculté de droit de l'Université de Neuchâtel

M. Pascal Mahon, Professeur à l'Université de Neuchâtel, directeur de thèse
Mme Cesla Amarelle, Professeur à l'Université de Neuchâtel, rapporteur interne
M. Luzius Mader, Directeur suppléant de l'Office fédéral de la justice, rapporteur externe

Date de la soutenance : 23 mai 2017

UNIVERSITÉ DE NEUCHÂTEL

FACULTÉ DE DROIT
Av. du 1er Mars 26
2000 Neuchâtel
+41 (0)32 718 12 00
secretariat.droit@unine.ch

IMPRIMATUR POUR LA THESE

ASILE – EXTRADITION : DE LA COORDINATION À L'UNIFICATION

Giuseppe AUFIERO

UNIVERSITE DE NEUCHATEL

FACULTE DE DROIT

La Faculté de droit de l'Université de Neuchâtel,
sur le rapport des membres du jury

Mme Evelyne Clerc (président)
M. Pascal Mahon (directeur de thèse)
Mme Cesla Amarelle (rapporteur interne)
M. Luzius Mader (Professeur à l'Institut de hautes études en administration publique (IDHEAP) et Directeur suppléant à l'Office fédéral de la justice, Berne, rapporteur externe)

autorise l'impression de la présente thèse.

Neuchâtel, le 23 mai 2017

Evelyne Clerc
Doyen de la Faculté de droit

Résumé:

L'auteur aborde dans sa thèse les problèmes particuliers engendrés par le traitement en parallèle des demandes d'asile et d'extradition par des autorités distinctes et examine des solutions pour les résoudre. Lorsqu'un individu fait valoir dans le cadre des procédures d'asile et d'extradition parallèles qu'il est victime d'une persécution dans l'Etat requérant son extradition, deux autorités, et notamment le Secrétariat d'Etat aux migrations (SEM) et l'Office fédéral de la justice (OFJ), examinent de *lege lata* les risques de persécution et la protection dont peut bénéficier l'individu en cas d'extradition. Il arrive que ces autorités parviennent à des conclusions divergentes et rendent ainsi des décisions contradictoires, avec d'un côté la reconnaissance du statut de réfugié et de l'autre l'octroi de l'extradition. En outre, la vérification des allégations de l'individu nécessite des mesures d'instruction qui rallongent la durée des procédures et par voie de conséquemce la durée des détentions extraditionnelles. Pour y remédier, la Suisse a adopté le 1er octobre 2010 la Loi fédérale sur la coordination entre la procédure d'asile et la procédure d'extradition (Loi de coordination), entrée en vigueur le 1er avril 2011. Afin d'identifier les causes des décisions contradictoires et les effets de la loi sur la pratique des autorités, l'auteur a procédé à l'analyse de plusieurs dossiers asile-extradition qui lui a permis d'aboutir au constat de l'échec au moins partiel de la Loi de coordination. De l'avis de l'auteur, aussi longtemps que des autorités distinctes examinent les mêmes questions, des appréciations divergentes et des décisions contradictoires sont inévitables. Une seule autorité de première instance doit donc traiter les cas asile-extradition. Pour pouvoir instaurer une telle autorité, deux conditions doivent selon l'auteur être remplies : les droits de l'asile et de l'extradition doivent avoir un but en commun et les autorités concernées doivent disposer d'un pouvoir d'examen et de moyens d'instruction identiques. Au terme d'une étude de droit comparé et d'analyses comparées des droits de l'asile et de l'extradition, l'auteur est parvenu aux conclusions qu'il est possible de confier à une seule autorité de première instance la compétence d'examiner les risques encourus par un individu en cas d'extradition ; que les droits de l'extradition et de l'asile poursuivent le but commun de protéger un individu d'une persécution ; qu'ils offrent des protections complémentaires et que les juges de l'asile et de l'extradition disposent de pouvoirs d'examen similaires. Sur la base de ces constats, l'auteur propose plusieurs solutions pour éviter des décisions contradictoires. Il propose d'abord d'uniformiser certaines règles de procédure et de mettre à disposition des autorités concernées des ressources identiques. Il suggère ensuite de confier la compétence pour statuer sur les demandes d'asile et d'extradition soit à une autorité existante, soit à une nouvelle autorité. Pour le premier cas de figure, l'auteur propose de suspendre la procédure d'asile au profit de la procédure d'extradition en confiant toutes les compétences à l'OFJ respectivement au Tribunal pénal fédéral. Pour le second cas de figure, l'auteur suggère de confier à une cour mixte du Tribunal administratif fédéral la compétence de statuer comme autorité de première instance et de recours commune. Enfin, l'auteur propose d'unifier les procédures en donnant la compétence pour décider en matière d'asile et d'extradition au Secrétariat général du Département fédéral de justice et police. De l'aveu même de l'auteur, les solutions visant à concentrer les procédures voire même à les unfier au sein d'une autorité de première instance commune se heurtent à plusieurs obstacles. Comme alternatives, il explore plusieurs pistes pour améliorer la coordination entre les autorités concernées afin d'éviter des décisions contradictoires et d'accélérer les procédures.

Abstract:

In his thesis, the author addresses the particular problems which arise when requests for asylum and extradition are processed in parallel by different authorities, and examines approaches to resolving them. When an individual claims in the context of parallel asylum and extradition proceedings that they are a victim of persecution in the state requesting their extradition, two authorities – specifically the State Secretariat for Migration (SEM) and the Federal Office of Justice (FOJ) – review *de lege lata* the risks of persecution, and the protection which the individual would be afforded were they to be extradited. In some cases, these authorities reach diverging conclusions and thus issue contradictory decisions, one recognising the individual's refugee status, the other ordering their extradition. In addition, investigations are required to verify the individual's allegations, which extends proceedings and thus also the time for which the individual is detained pending extradition. To remedy this problem, on 1 October 2010 Switzerland passed the Federal Act on the Coordination of Extradition and Asylum Proceedings (the Coordination Act), which entered into force on 1 April 2011. To identify the reasons for contradictory asylum and extradition decisions, and the way in which the law has affected the authorities' day-to-day practices, the author analyses a number of asylum/extradition cases. These lead him to conclude that the Coordination Act has, at least in some respects, failed. In the author's view, for as long as different authorities examine the same questions, diverging interpretations and contradictory decisions are inevitable. Asylum/extradition cases should therefore be handled by a single authority of first instance. The author believes that two conditions must be met for such an authority to be established: the laws on asylum and extradition must pursue a common aim, and the authorities concerned must have exactly the same powers of examination and resources for investigation. Following a comparative law study, as well as a comparative analysis of the laws governing asylum and extradition, the author concludes that; a) it is possible for the power to examine the risks that an individual would face in the event of their extradition to be concentrated with a single authority of first instance; b) the laws governing extradition and asylum pursue the common aim of protecting an individual from persecution; and c) these laws offer complementary protection, and those issuing asylum and extradition rulings have similar powers of examination. Drawing on these findings, the author then goes on to propose a number of ways to avoid contradictory decisions. He begins with a proposal to harmonise certain rules of procedure and to furnish the authorities concerned with exactly the same resources. He then suggests entrusting the power to rule on asylum and extradition requests to a single authority, be it existing or new. Where the first point is concerned, the author proposes suspending asylum proceedings in favour of extradition proceedings, with all powers resting with the FOJ and the Federal Criminal Court. In the second case, the author suggests giving a mixed Division of the Federal Administrative Court the power to rule as the authority of first instance and general appeal. Finally, the author proposes unifying procedures and placing the power to decide both asylum and extradition matters with the General Secretariat of the Federal Department of Justice and Police. The author admits that there are a number of obstacles to consolidating procedures, or indeed unifying them within a single joint authority of first instance. As alternatives, he thus explores a number of avenues that would improve coordination between the authorities concerned to avoid contradictory decisions, and expedite proceedings.

Mots-clés :

Appréciation des faits; asile ; Asylum Retrieval Information System ; Comité contre la torture ; Convention européenne des droits de l'homme ; Convention de 1951 sur les réfugiés ; comparaison ; concentration ; concertation ; coordination ; Cour européenne des droits de l'homme ; crédibilité ; décisions contradictoires ; délit politique ; Département fédéral de justice et police ; devoir de collaboration ; droits de l'homme ; droit d'être entendu ; garanties ; Loi fédérale sur l'entraide internationale du 20 mars 1981 ; établissement des faits ; étude de droit comparé ; extradition ; Haut ; Commissariat des Nations Unies pour les réfugiés ; interdiction de la torture et des peines ou traitements cruel, inhumains ou dégradants ; *ius cogens* ; Loi fédérale sur l'asile du 26 juin 1998 ; Loi fédérale sur la coordination entre la procédure d'asile et la procédure d'extradition du 1er octobre 2010 ; motifs de refus de l'extradition ; Office fédéral de la justice ; ordre public international ; persécution ; pouvoir d'examen ; standard de preuve ; principe de non-discrimination ; principe de non-refoulement ; procédure d'asile ; procédure d'extradition ; requérant d'asile ; réfugié ; Secrétariat d'Etat aux migrations ; Tribunal fédéral ; Tribunal pénal fédéral ; unification ; Tribunal administratif fédéral ; vraisemblance.

Keywords :

Assessment of the facts ; asylum ; Asylum Retrieval Information System ; Committee against Torture ; European Convention on Human Rights ; The 1951 Refugee Convention ; comparison ; concentration ; dialogue ; coordination ; European Court of Human Rights ; credibility ; conflicting decisions ; political offence ; Federal Department of Justice and Police ; Duty for cooperation ; human rights ; right to be heard ; assurances ; Federal Act of 20 March 1981 on International Mutual Assistance in Criminal Matters ; fact-finding ; comparative law study ; extradition ; United Nations High Commissioner for Refugees ; prohibition of torture or cruel, inhuman or degrading treatment or punishment. ; *ius cogens* ; Asylum Act of 26 June 1998 ; Federal Act of 1 October 2010 on the Coordination of Asylum and Extradition Proceedings ; extradition's grounds for refusal ; Federal office of justice ; international public Policy ; persecution ; power of review ; standard of proof ; principle of non-discrimination ; principle of non-refoulement ; asylum proceedings ; extradition proceedings ; asylum seeker ; refugee ; State Secretariat for Migration ; Federal Supreme Court ; Federal Criminal Court ; unification ; Federal Administrative Court ; likelihood.

Etat des recherches : la doctrine, la jurisprudence et les divers documents officiels et provenant d'internet ont été pris en compte jusqu'au 16 septembre 2016.

Table des matières

Abréviations et acronymes		1
Introduction générale		11
Partie I	**Problématique et solutions de *lege lata***	18
Introduction à la première partie		19
Chapitre 1	**Problématique**	19
1.1	Procédures d'asile et d'extradition simultanément pendantes	20
1.2	Demandes d'extradition à l'encontre d'une personne au bénéfice d'une protection	21
1.3	Autres problèmes en matière asile-extradition	22
Chapitre 2	**Solutions législatives et pratique suisses en matière asile-extradition**	22
2.1	Procédures d'asile et d'extradition pendantes simultanément	22
2.2	Procédures d'asile et d'extradition non pendantes simultanément	24
Chapitre 3	**Loi fédérale sur la coordination entre la procédure d'asile et la procédure d'extradition: analyse critique**	26
3.1	Remarques liminaires	26
3.2	Genèse de la Loi	27
3.2.1	Rapport explicatif	27
3.2.2	Rapport sur les résultats de l'audition	29
3.2.3	Message du Conseil fédéral et phase parlementaire	33
3.2.4	Commentaires sur le projet de Loi fédérale sur la coordination entre la procédure d'asile et la procédure d'extradition	34
3.3	Etude de cas	37
3.3.1	Analyse de dossiers asile-extradition	39
a)	Affaire A.: décisions *a priori* contradictoires	39
b)	Affaire B.: décisions *a priori* contradictoires	42
c)	Affaire C.: problématique de l'étendue de la protection	42
d)	Affaire D.: problématique de la durée des procédures	44
e)	Affaire E.: exemple de bonnes pratiques	45
f)	Affaire F.: autre exemple de bonnes pratiques	45
g)	Affaire G.: protection complémentaire du droit de l'extradition	47
h)	Affaire H.: absence de coordination et refus de la suspension de la procédure d'extradition	48
i)	Affaire I.: protection complémentaire du droit de l'extradition	49
j)	Affaire J.: violation du principe de célérité	50
k)	Affaire K.: non-respect du principe de célérité	51
l)	Affaire L.: recours au Tribunal fédéral en l'absence de décisions contradictoires et suspension de la procédure d'extradition	51
m)	Affaire M.: pouvoir d'examen élargi du juge de l'extradition	52
n)	Affaire N.: décisions contradictoires	53
o)	Affaire O.: non-suspension de la procédure d'extradition	57
p)	Affaire P.: suspension de la procédure d'asile et recours au Tribunal	

		fédéral contre des décisions non contradictoires	58
	q)	Affaire Q.: recours au Tribunal fédéral en l'absence de décisions contradictoires	59
	r)	Affaire R.: protection complémentaire du droit de l'extradition	60
	s)	Affaire S.: recours au Tribunal fédéral en l'absence de décisions contradictoires	60
	t)	Affaire T.: fuite de la personne concernée	61
	u)	Affaire U.: extradition nonobstant la protection subsidiaire à l'étranger	61
	v)	Affaire V.: décisions contradictoires	62
3.3.2		Analyse de dossiers extradition	64
	a)	Affaire W.: pouvoir d'examen élargi du juge de l'extradition	64
	b)	Affaire X.: pouvoir d'examen élargi du juge de l'extradition	65
3.4		Loi fédérale sur la coordination entre la procédure d'asile et la procédure d'extradition du 1er octobre 2010: une occasion manquée ?	66
3.5		Autres critiques et solutions formulées dans la doctrine suisse	69
Chapitre 4		**Position du Haut Commissariat des Nations Unies pour les réfugiés en matière asile-extradition**	69
4.1		Mandat et rôle du Haut Commissariat des Nations Unies pour les réfugiés	69
4.2		Considérations du Haut Commissariat des Nations Unies pour les réfugiés au sujet des rapports asile-extradition	72
Chapitre 5		**Solutions dans d'autres Etats**	76
5.1		Remarques liminaires	76
5.2		Résultats du questionnaire du Comité d'experts sur le fonctionnement des conventions européennes sur la coopération dans le domaine pénal	77
5.3		Résultats et solutions issus de la recherche dirigée par Caroline Laly-Chevalier et Vincent Chetail	78
5.4		Etude comparée	79
5.4.1		Allemagne : procédures parallèles et primauté théorique de la décision d'extradition	80
5.4.2		Autriche : procédures parallèles et primauté théorique de la décision d'extradition	86
5.4.3		Italie : procédures parallèles et primauté de la décision d'asile	92
5.4.4		France : procédures parallèles et primauté de la décision d'asile	95
5.4.5.		Royaume-Uni: priorité à la procédure d'asile et autorité de première instance commune	96
5.4.6		Canada : suspension de la procédure d'asile	99
5.4.7		Etats-Unis : procédures parallèles	105
Conclusions à la première partie			109

Partie II **Notions et définitions : réfugié extraditionnel** 113

Introduction à la deuxième partie 114

Chapitre 6 **Notion et définition de réfugié** 115

Chapitre 7 **Notion et définition de la persécution** 119

7.1 Absence de définition universelle et notion de «sérieux préjudices» du droit suisse 119
7.2 Eléments de la définition de la persécution 125
7.2.1 Intensité de la persécution et préjudices sérieux 125
7.2.2 Absence de protection adéquate: théorie de la protection 129
a) Acteurs de la persécution 130
aa) Caractère étatique de la persécution 130
ab) Caractère quasi étatique de la persécution 130
ac) Caractère non étatique de la persécution 131
b) Acteurs de la protection 131
c) Degré et type de protection 131
7.2.3 Caractère ciblé de la persécution 132
a) En général 132
b) Persécution de groupe ou collective 133
c) Persécution réfléchie et persécution par effet-réflexe 134
d) Guerre et situations analogues 135
7.2.4 Motifs de persécution 135
a) Race 135
b) Religion 136
c) Nationalité 137
d) Groupe social 137
e) Opinions politiques 140
f) Réalité et cumul des motifs de persécution 140
7.2.5 Crainte fondée de persécution 141
a) Moment de la persécution 141
aa) Persécution actuelle 141
ab) Persécution passée 142
ac) Persécution future (crainte fondée) 143
b) Motifs survenus après la fuite 145
c) Octroi de l'asile après disparition du risque de persécution 146
7.2.6 Absence de possibilité de refuge interne 147
7.3 Poursuite, norme ou sanction légitime ou illégitime ? 148
7.4 Répression des déserteurs et des réfractaires 150

Chapitre 8 **Notions et définitions de l'asile, du requérant d'asile et de la demande d'asile** 150

8.1 Asile 150
8.2 Requérant d'asile et demande d'asile 152

Chapitre 9 Notion et définition de l'extradition 153

9.1 Vers une définition au sens large de l'extradition 153
9.2 Extradition au sens étroit 155
9.2.1 Procédure 157
9.2.2 Acte de remise (extradition proprement dite) 158
9.2.3 Formes et distinctions 158
9.3 Motifs de refus de l'extradition 159
9.3.1 Motifs traditionnels de refus de l'extradition 159
9.3.2 Motifs de refus du droit suisse: généralités 162
9.3.3 Motifs de refus obligatoires du droit suisse 165
a) Affaire pénale (art. 1er al. 3 EIMP) 165
b) Procédure à l'étranger (art. 2 EIMP) 166
ba) Défauts de la procédure dans l'Etat requérant (art. 2 let. a EIMP) 167
bb) Clause de non-discrimination (art. 2 let. b et c EIMP) 168
bc) Autres défauts graves (art. 2 let. d EIMP) 169
c) Nature de l'infraction (art. 3 EIMP) 169
ca) Nature politique (art. 3 al. 1 et 2 EIMP) 170
cb) Nature militaire ou caractère analogue (art. 3 al. 1 EIMP) 170
cc) Nature fiscale, monétaire, commerciale ou économique (art. 3 al. 3 EIMP) 171
d) Cas de peu d'importance (art. 4 EIMP) 172
e) Extinction de l'action (art. 5 EIMP) 173
f) Nationalité suisse (art. 25 al. 1 Cst et 7 EIMP) 173
g) Innocence (alibi; art. 47 al. 1 let. b et 53 EIMP) 174
h) Jugement par défaut (art. 37 al. 2 EIMP) 175
i) Tribunal d'exception (art. 38 al. 1 let. c EIMP et réserve de la Suisse à l'art. 1er CEExtr) 175
j) Traitement portant atteinte à l'intégrité corporelle (art. 37 al. 3 EIMP et déclaration de la Suisse à l'art. 11 CEExtr) 176
k) Peine de mort (art. 37 al. 3 EIMP) 176
l) Respect de la vie privée et motifs humanitaires (art. 8 CEDH) 176
9.3.4 Motifs de refus facultatifs du droit suisse 179
a) Juridiction suisse (art. 35 al. 1 let. b et 36 al. 1 EIMP) 179
b) Réinsertion sociale (art. 37 al. 1 EIMP) 179
c) Souveraineté, sûreté, ordre public et autres intérêts essentiels de la Suisse (art. 1a EIMP) 179
d) Guerres et situation analogues 180
9.3.5 Rapports entre les différents motifs de refus 181
9.3.6 Portée des motifs de refus de droit suisse en présence d'un traité 182
9.4 Essai de définition au sens large de l'extradition 189

Chapitre 10 Convergences et divergences des notions et définitions 190

10.1 Persécution ou poursuite légitime: point d'articulation 190
10.2 Principe de non-discrimination: point de frictions 191
10.3 Asile et extradition: fonction de protection 195
10.4 Définition du réfugié en droit de l'extradition 196

Conclusions à la deuxième partie 197

Partie III	**Principes en droits des réfugiés, de l'asile et de l'extradition: Protections à géométrie variable**	199
Introduction à la troisième partie		200
Chapitre 11	**Principe de non-extradition pour délits politiques**	201
11.1	Notion de délit politique	201
11.1.1	Délit politique absolu	203
11.1.2	Délit politique relatif	204
11.1.3	Délit politique connexe	205
11.1.4	Evolution et champ d'application du concept de délit politique en droit de l'extradition	206
11.2	Principe de non-extradition pour délits politiques en droit de l'extradition	207
11.3	Nature du principe de non-extradition pour délits politiques	208
11.4	Principe de non-extradition pour délits politiques en droit des droits de l'homme	209
11.5	Principe de non-extradition pour délits politiques en droits des réfugiés et de l'asile	210
Chapitre 12	**Principe de non-discrimination**	210
12.1	Notion de «non-discrimination»	210
12.2	Principe de non-discrimination en droit des droits de l'homme	212
12.3	Nature du principe de non-discrimination	215
12.4	Principe de non-discrimination en droits des réfugiés et de l'asile	217
12.5	Principe de non-discrimination en droit de l'extradition	218
Chapitre 13	**Principe de l'interdiction de la torture et des peines ou Traitements cruels, inhumains ou dégradants**	222
13.1	Généralités	222
13.2	Notions de torture et de peines ou traitements cruels, inhumains dégradants	223
13.2.1	Torture	224
13.2.2	Peines ou traitements cruels, inhumains ou dégradants	225
13.3	Principe de l'interdiction de la torture et des peines ou traitements cruels, inhumains ou dégradants en droit des droits de l'homme	227
13.4	Nature du principe de l'interdiction de la torture et des peines ou traitements cruels, inhumains ou dégradants	230
13.5	Principe de l'interdiction de la torture et des peines ou traitements cruels, inhumains ou dégradants en droit des réfugiés et de l'asile	233
13.6	Principe de l'interdiction de la torture et des peines ou traitements cruels, inhumains ou dégradants en droit de l'extradition	234
Chapitre 14	**Principe de non-refoulement**	236
14.1	Généralités	236
14.2	Notion de refoulement	237
14.3	Définition du principe de non-refoulement	238
14.4	Nature et portée du principe de non-refoulement	239
14.5	Principe de non-refoulement en droits des réfugiés et de l'asile	243

14.6 Principe de non-refoulement en droit des droits de l'homme 250
14.7 Principe de non-refoulement en droit de l'extradition 255

Chapitre 15 Autres principes en droit des réfugiés et de l'asile et en droit de l'extradition 258

15.1 Principe de la bonne foi ou de confiance 258
15.2 Principe de la spécialité 261
15.3 Principe *«inclusion before exclusion»* 263

Conclusions à la troisième partie 263

Partie IV Procédures d'asile et d'extradition: parallélismes et convergences 266

Introduction à la quatrième partie 267

Chapitre 16 Procédure d'asile 267

16.1 Généralités 267
16.2 Sources de la procédure d'asile 269
16.3 Nature de la procédure d'asile 272
16.4 Procédure d'asile et procédure de renvoi 272
16.4.1 Début, fin de la procédure d'asile et fin de l'asile 272
16.4.2 Procédure de renvoi, admission provisoire et protection provisoire 273
16.5 Procédure d'asile normale ou ordinaire 274
16.5.1 Phase non contentieuse 274
a) Phase préparatoire et entretien de conseil 274
b) Etablissement des faits et examen matériel de la demande d'asile 276
c) Décisions au terme de la procédure ordinaire 278
ca) Reconnaissance de la qualité de réfugié et octroi de l'asile 278
cb) Reconnaissance de la qualité de réfugié sans octroi de l'asile 278
cc) Exclusion de la qualité de réfugié 280
cd) Rejet de la demande d'asile et décision de renvoi 280
ce) Décision de non-entrée en matière avec ou sans admission provisoire 280
cf) Classement 281
16.5.2 Phase contentieuse 282
a) Recours cantonal 282
b) Recours au Tribunal administratif fédéral et au Tribunal fédéral 282
c) Requête à la Cour européenne des droits de l'homme et communication au Comité des Nations Unies contre la torture 284
16.6 Procédure à l'aéroport 284
16.6.1 Phase non contentieuse 285
a) Détermination de la compétence (procédure Dublin) et établissement des faits 285
b) Autorisation (immédiate) d'entrée en Suisse 286
c) Refus (provisoire) d'entrée en Suisse et assignation d'un lieu de séjour 287
d) Décisions dans le cadre de la procédure à l'aéroport 289
16.6.2 Phase contentieuse 289
a) Recours au Tribunal administratif fédéral et au Tribunal fédéral 289
b) Requête à la Cour européenne des droits de l'homme et communication au Comité des Nations Unies contre la torture 290

16.7		Procédure accélérée: décisions de non-entrée en matière	290
16.7.1		Phase non contentieuse	290
	a)	Incompétence en vertu des accords d'association à Dublin	291
	b)	Non-entrée en matière en l'absence de risque de persécution à l'étranger	291
	c)	Absence de fondement de la demande d'asile	292
16.7.2		Phase contentieuse	292
	a)	Recours au Tribunal administratif fédéral et au Tribunal fédéral	292
	b)	Requête à la Cour européenne des droits de l'homme et communication au Comité des Nations Unies contre la torture	293
16.8		Procédure accélérée en phase de test	294
16.9		Autres décisions en matière d'asile	295
16.9.1		Second asile	295
16.9.2		Asile accordé aux familles et à des groupes de réfugiés	296
16.9.3		Révocation et extinction de l'asile	297
16.9.4		Fins de la protection provisoire et de l'admission provisoire	298
Chapitre 17		**Procédure d'extradition**	299
17.1		Sources de la procédure d'extradition	299
17.2		Nature de la procédure d'extradition	302
17.3		Début et fin de la procédure d'extradition	303
17.4		Recherche en vue d'arrestation et d'extradition	305
17.5		Examen de la demande de recherche et d'arrestation	307
17.6		Arrestation de la personne poursuivie	309
17.6.1		Phase non contentieuse	309
	a)	Ordonnance provisoire d'arrestation et audition	309
	b)	Consentement à l'extradition (extradition simplifiée)	309
	c)	Opposition à l'extradition	310
	d)	Mandat d'arrêt en vue d'extradition	310
17.6.2		Phase contentieuse	312
	a)	Recours au Tribunal pénal fédéral et au Tribunal fédéral contre le consentement à l'extradition	312
	b)	Recours au Tribunal pénal fédéral et au Tribunal fédéral contre la détention	312
	c)	Requête à la Cour européenne des droits de l'homme	313
17.7		Procédure d'extradition proprement dite	313
17.7.1		Phase non contentieuse	313
	a)	Dépôt et examen de la demande d'extradition	313
	b)	Audition et décision d'extradition	314
	c)	Types de décision	315
	d)	Communication des décisions et ses destinataires	317
17.7.2		Phase contentieuse	319
17.8		Exécution et suspension de l'extradition	320
Chapitre 18		**Extradition moyennant garanties (art. 80p EIMP)**	322
18.1		Généralités	322
18.2		Objet des garanties	326
18.3		Demande et vérification des garanties	328
18.4		Droit d'être entendu	331
18.5		Voies de recours	331
18.6		Examen dans la procédure d'asile des garanties données dans	

	la procédure d'extradition	332
18.7	Pratique de la Cour européenne des droits de l'homme en matière de garanties	334
18.8	Pratique du Comité des Nations Unies contre la torture en matière de garanties	336
18.9	Comparaison entre les pratiques la Cour européenne des droits de l'homme, le Comité des Nations Unies contre la torture et la Suisse	337
18.10	Critiques formulées à l'encontre de l'usage des garanties	338
Chapitre 19	**Coordination asile-extradition**	341
Chapitre 20	**Analyse comparée des procédures d'asile et d'extradition**	347
Conclusions à la quatrième partie		349
Partie V	**Etablissement et appréciation des faits en matière d'asile et d'extradition**	350
Introduction à la cinquième partie		351
Chapitre 21	**Pouvoirs d'examen**	351
21.1	Pouvoirs d'examen en procédure d'asile	351
21.1.1	Remarques liminaires	351
21.1.2	Pouvoir d'examen du Secrétariat d'Etat aux migrations	352
21.1.3	Pouvoir d'examen du Tribunal administratif fédéral	357
21.1.4	Pouvoir d'examen du Tribunal fédéral	359
21.2	Pouvoir d'examen en procédure d'extradition	361
21.2.1	Généralités	361
21.2.2	Pouvoirs d'examen au stade de la réception de la demande de recherche et d'arrestation	362
a)	Pouvoir d'examen de l'Office fédéral de la justice	362
b)	Pouvoirs d'examen du Tribunal pénal fédéral et du Tribunal fédéral	364
21.2.3	Pouvoirs d'examen au stade de l'arrestation	364
a)	En cas de consentement à l'extradition	364
aa)	Pouvoir d'examen de l'Office fédéral de la justice	364
ab)	Pouvoirs d'examen du Tribunal pénal fédéral et du Tribunal fédéral	367
b)	Pouvoirs d'examen en cas d'opposition à l'extradition	368
ba)	Pouvoir d'examen de l'Office fédéral de la justice	368
bb)	Pouvoir d'examen du Tribunal pénal fédéral	371
bc)	Pouvoir d'examen du Tribunal fédéral	373
21.2.4	Pouvoirs d'examen au stade du dépôt de la demande d'extradition et de la décision d'extradition	374
a)	Pouvoir d'examen de l'Office fédéral de la justice	374
b)	Pouvoir d'examen du Tribunal pénal fédéral en tant qu'autorité de première instance (art. 55 al. 2 EIMP)	378
c)	Pouvoir d'examen du Tribunal pénal fédéral en tant qu'autorité de recours	379
d)	Pouvoir d'examen du Tribunal fédéral	382
da)	En cas de recours contre l'arrêt du Tribunal pénal fédéral	382
db)	En cas de procédures d'asile et d'extradition pendantes simultanément	385

21.3		Pouvoir d'examen de la Cour européenne des droits de l'homme	385
21.4		Pouvoir d'examen du Comité des Nations Unies contre la torture	391
Chapitre 22		**Droit d'être entendu**	395
22.1		Généralités	395
22.2		Droit d'être entendu en matière d'asile	396
22.2.1		Bases légales et bénéficiaire du droit d'être entendu	396
22.2.2		Droits procéduraux dérivés du droit d'être entendu	397
	a)	Droit d'être informé	397
	b)	Droit de s'exprimer	397
	ba)	Audition sommaire	397
	bb)	Audition sur les motifs d'asile	399
	bc)	Audition complémentaire	400
	c)	Droit de consulter le dossier	400
	d)	Droit de participer et de faire administrer des preuves	403
	e)	Droit de s'exprimer au sujet du résultat de l'administration des preuves	404
	f)	Droits à une décision motivée et à l'indication des voies et des délais de recours	404
22.3		Droit d'être entendu en matière d'extradition	406
22.3.1		Bases légales et bénéficiaire du droit d'être entendu	406
22.3.2		Droits procéduraux dérivés du droit d'être entendu	406
	a)	Droit d'être informé	406
	aa)	Avant l'arrestation	407
	ab)	Au stade de l'arrestation	407
	ac)	Au stade du dépôt de la demande d'extradition	409
	ad)	En cas de rejet de la demande de recherche ou d'extradition sans procédure	409
	b)	Droit de s'exprimer	410
	ba)	Avant et au stade de l'arrestation	410
	bb)	Au stade du dépôt de la demande d'extradition	410
	c)	Droit de consulter le dossier	411
	d)	Droits de participer, de faire administrer et de s'exprimer sur le résultat de l'administration des preuves	414
	e)	Droits à une décision motivée et à l'indication des voies de recours	415
22.4		Droit d'être entendu en phase de recours	416
Chapitre 23		**Devoir de collaboration**	416
23.1		Généralités	416
23.2		Devoir de collaboration en procédure d'asile	418
23.2.1		Bases légales	418
23.2.2		Portée du devoir de collaboration	419
	a)	Obligation d'exposer ses motifs d'asile lors de l'audition	419
	b)	Obligation de désigner de façon complète les moyens de preuve et de les fournir	419
23.2.3		Violation du devoir de collaboration	420
23.3		Devoir de collaboration en procédure d'extradition	423
23.3.1		Bases légales	423
23.3.2		Devoir de collaboration dans la jurisprudence en matière d'extradition	423
23.3.3		Devoir de collaboration basé sur l'art. 65a EIMP ?	425

23.3.4		Portée du devoir de collaboration	426
	a)	Avant le dépôt de la demande d'extradition	426
	b)	Au stade du dépôt de la demande d'extradition	427
23.3.5		Devoir de collaboration de l'Etat requérant	430
23.3.6		Violation du devoir de collaboration	430
23.4		Devoir de collaboration devant la Cour européenne des droits de l'homme et le Comité des Nations Unies contre la torture	431
23.4.1		Devoir de collaboration de l'individu	431
23.4.2		Devoir de collaboration de l'Etat défendeur	432
Chapitre 24		**Preuve et vraisemblance**	433
24.1		Preuve et vraisemblance en procédure d'asile	433
24.1.1		Bases légales	433
24.1.2		Preuve de la qualité de réfugié	433
	a)	Moyens de preuve dans la procédure d'asile	435
	aa)	Pièces antérieures au dépôt de la demande d'asile	435
	ab)	Documents	435
	ac)	Expertises	436
	ad)	Déclarations des parties	437
	b)	Administration et appréciation des preuves	438
	c)	Délais pour la fourniture des moyens de preuve	438
24.1.3		Vraisemblance de la qualité de réfugié	439
	a)	Notion de vraisemblance	439
	b)	Critères de la vraisemblance	440
	ba)	Allégations insuffisamment fondées sur des points essentiels	441
	bb)	Contradictions sur des points essentiels	442
	bc)	Allégations tardives et allégations non reprises	442
	bd)	Allégations contraires à la réalité	443
	be)	Moyens de preuve faux ou falsifiés	444
	bf)	Manque de crédibilité du requérant au vu de son comportement pendant la procédure	444
	c)	Difficultés spécifiques en matière de vraisemblance	445
24.2		Preuve et vraisemblance en procédure d'extradition	446
24.2.1		Généralités	446
24.2.2		Preuve	447
	a)	Principe et exceptions	447
	b)	Délais pour le dépôt des moyens de preuve	448
	c)	Administration et appréciation des preuves	448
24.2.3		Vraisemblance	448
	a)	Absence de base légale	448
	b)	Vraisemblance dans la jurisprudence en matière d'extradition	449
24.2.4		Admissibilité de la preuve et de la vraisemblance	449
24.3		Preuve et vraisemblance devant la Cour européenne des droits de l'homme	451
24.4		Preuve et vraisemblance devant le Comité des Nations Unies contre la torture	453
Chapitre 25		**Etablissement et appréciation des faits: prépondérance des convergences**	455
25.1		Pouvoir d'examen	455
25.2		Droit d'être entendu	457

25.3	Devoir de collaboration	457
25.4	Preuve et vraisemblance	458
Conclusions à la cinquième partie		458
Partie VI	**Solutions de *lege ferenda*, discussions et conclusions générales**	461
Introduction à la sixième partie		462
Chapitre 26	**Synthèse en vue de l'élaboration des solutions**	463
26.1	Risques encourus en cas de refoulement	463
26.2	Définitions et protections du réfugié	464
26.3	Sources juridiques et autorités communes	465
26.4	Convergences et divergences des procédures d'asile et d'extradition	465
26.5	Conclusions en vue d'une ébauche de solutions	467
Chapitre 27	**Notions de coordination et d'unification**	468
Chapitre 28	**Solutions**	474
28.1	Coordination optimisée	474
28.1.1	Coordination formelle et matérielle anticipée	475
a)	Coordination formelle anticipée: concertation et suspension des procédures	475
b)	Coordination matérielle anticipée	478
ba)	Adaptation de l'article 2 lettre c EIMP aux articles 3 paragraphe 2 CEExtr et 7 LAsi	479
bb)	Réglementation dans l'EIMP en matière de devoir de collaboration et de preuves	479
bc)	Accès pour le juge de l'extradition à la banque de données Artis	480
bd)	Adoption de critères d'analyse du risque et de la crédibilité de l'individu	481
c)	Unité ou collaborateur(s) spécialisé(s)	487
28.1.2	Concentration matérielle: autorité de première instance commune	490
28.2	Unification des procédures: «Modèle britannique»	495
Chapitre 29	**Discussions**	497
Chapitre 30	**Conclusions générales**	498
Bibliographie		500
Messages du Conseil fédéral		524
Table des jurisprudences citées		526
Arrêts du Tribunal fédéral		526
Arrêts du Tribunal fédéral publiés aux ATF		526
Arrêts du Tribunal fédéral publiés sur le site du Tribunal fédéral		528

Arrêts non publiés du Tribunal fédéral 530
Arrêts du Tribunal pénal fédéral 533

Arrêts du Tribunal pénal fédéral publiés aux TPF 533
Arrêts du Tribunal pénal fédéral publiés sur le site du Tribunal pénal fédéral 533

Arrêts du Tribunal administratif fédéral 536

Arrêts du Tribunal administratif fédéral publiés aux ATAF 536
Arrêts du Tribunal administratif fédéral publiés sur le site du Tribunal Administratif fédéral 536

Arrêts de l'ancienne Commission de recours en matière d'asile (JICRA) 537

Jurisprudence des autorités administratives de la Confédération (JAAC) 538

Arrêts de la Cour européenne des droits de l'homme 539

Décisions du Comité des Nations Unies contre la torture 541

Décisions du Comité des droits de l'homme 542

Décisions d'autres instances internationales 543

Arrêts de juridictions nationales étrangères 543
Allemagne 543
Autriche 543
Canada 543
France 543
Royaume-Uni 543
Etats-Unis 543

Divers documents internet 544

Abréviations et acronymes

Accord de 1980	Accord européen sur le transfert de la responsabilité à l'égard des réfugiés du 16 octobre 1980 (RS.0.142.305)
AF	Assemblée fédérale
AELE	Association européenne de libre-échange
AI	Amnesty international
AII	arrêté introductif d'instance (Canada)
AITOCA 2004	Asylum and Immigration (Treatment of Claimants, etc.) Act 2004 (Royaume-Uni)
al.	alinéa
ARHG	Bundesgesetz vom 4. Dezember 1979 über die Auslieferung und die Rechtshilfe in Strafsachen (Auslieferungs- und Rechtshilfegesetz) (Autriche)
art.	article
Artis	Asylum Retrieval Information System (Suisse)
AsylG 2005	Bundesgesetz über die Gewährung von Asyl (Asylgesetz 2005) (Autriche)
AsylVfG	Asylverfahrensgesetz vom 26. Juni 1992 (Allemagne)
ATAF	Arrêt du Tribunal administratif fédéral
ATF	Arrêt du Tribunal fédéral
ATPF	Arrêt du Tribunal pénal fédéral
AVG	Allgemeines Verwaltungsverfahrensgesetz 1991 (Autriche)
AVL	Asylum virtual library (Etats-Unis)
BAMF	Bundesamt für Migration und Flüchtlinge (Allemagne)
BBC	British Broadcasting Corporation
BCIA 2009	Borders Citizenship and Immigration Act 2009 (Royaume-Uni)
BCN	Bureau central national Interpol
BFA	Bundesamt für Fremdenwesen und Asyl (Autriche)
BFA-G	Bundesgesetz über die Einrichtung und Organisation des Bundesamtes für Fremdenwesen und Asyl (BFA-Einrichtungsgesetz) (Autriche)
BFA-G-DV	Verordnung der Bundesministerin für Inneres zur Durchführung des BFA-Einrichtungsgesetzes (BFA-G - Durchführungsverordnung - BFA-G-DV) (Autriche)

BFA-VG	Bundesgesetz, mit dem die allgemeinen Bestimmungen über das Verfahren vor dem Bundesamt für Fremdenwesen und Asyl zur Gewährung von internationalem Schutz, Erteilung von Aufenthaltstiteln aus berücksichtigungswürdigen Gründen, Abschiebung, Duldung und zur Erlassung von aufenthaltsbeendenden Massnahmen sowie zur Ausstellung von österreichischen Dokumenten für Fremde geregelt werden (BFA-Verfahrensgesetz) (Autriche)
BFA-VG-DV	Verordnung der Bundesministerin für Inneres zur Durchführung des BFA-Verfahrensgesetzes (BFA-VG - Durchführungsverordnung - BFA-VG-DV) (Autriche)
BIA	Board of immigration appeals (Etats-Unis)
BMI	Bundesminister für Inneres (Autriche)
BMJ	Bundesministerium der Justiz (Allemagne)
BO	Bulletin officiel
BO E	Bulletin officiel du Conseil des Etats
BO N	Bulletin officiel du Conseil national
BVerfG	Bundesverfassungsgericht (Allemagne)
BVerfGE	Bundesverfassungsgerichtsentscheid (Allemagne)
BVerwG	Bundesverwaltungsgericht (Allemagne et Autriche)
Art. 15a B-VG	Vereinbarung zwischen dem Bund und den Ländern gemäss Art. 15a B-VG über gemeinsame Massnahmen zur vorübergehenden Grundversorgung für hilfs- und schutzbedürftige Fremde (Asylwerber, Asylberechtigte, Vertriebene und andere aus rechtlichen oder faktischen Gründen nicht abschiebbare Menschen) in Österreich (Grundversorgungsvereinbarung) (Autriche)
BVwGG	Bundesverwaltungsgerichtsgesetz - Verwaltungsgerichtsbarkeit-Novelle 2012 (Autriche)
CAAS	Convention d'application du 19 juin 1990 de l'Accord de Schengen du 14 juin 1985 entre les gouvernements des Etats de l'Union économique Benelux, de la République fédérale d'Allemagne et de la République française relatif à la suppression graduelle des contrôles aux frontières communes (Journal officiel de l'UE n° L 239 du 22 septembre 2000)
CAT	Comité des Nations Unies contre la torture (Committee against torture, Comité contre la torture)

CC	Code civil suisse du 10 décembre 1907 (RS 210)
CDPC	Comité européen pour les problèmes criminels
CEDH	Convention européenne du 4 novembre 1950 de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales (RS 0.101)
CEExtr	Convention européenne d'extradition du 13 décembre 1957 (RS 0.353.1)
CEP	Centre d'enregistrement et de procédure
CERD	Comité pour l'élimination de la discrimination raciale
CERT	Convention européenne du 27 janvier 1977 pour la répression du terrorisme (RS 0.353.3)
CESEDA	Code de l'entrée et du séjour des étrangers et du droit de l'asile (France)
CF	Conseil fédéral
cf.	confer
CFR	Code of Federal Regulations (Etats-Unis)
ch.	chiffre
chap.	chapitre
Charte ONU	Charte des Nations Unies du 26 juin 1945 (RS 0.120)
Charte UE	Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne du 18 décembre 2000
CICR	Comité International de la Croix Rouge
CIJ	Cour internationale de justice
CIJ-CH	Section suisse de la Commission internationale des juristes
CJUE	Cour de justice de l'Union européenne
CNDA	Cour nationale du droit d'asile (France)
COI	Country of origin information (Suisse)
COIRS USCIS	Country of origin information research section (Etats-Unis)
COIS	Country of origin information service (Royaume-Uni)
consid.	considérant
Convention de 1951	Convention du 28 juillet 1951 relative au statut des réfugiés (RS 0.142.3)
Convention de 1984	Convention du 10 décembre 1984 contre la torture et autres peines ou traitements cruels, inhumains ou dégradants (RS 0.105)
CourEDH	Cour européenne des droits de l'homme (Cour européenne)
Cour interaméricaine	Cour interaméricaine des droits de l'homme
CP	Code pénal suisse du 21 décembre 1937 (RS 311.0)

CPC	Code de procédure civile du 19 décembre 2008 (RS 272)
CPI	Cour pénale internationale
CPP	Code de procédure pénale suisse du 5 octobre 2007 (RS 312.0)
CPP-fr	Code de procédure pénale français du 2 mars 1959
CPP-it	Code de procédure pénale italien du 22 septembre 1988
CRA	Commission de recours en matière d'asile
CREDO	Initiative «Building Credibility» project
CSDH	Centre suisse de compétence pour les droits humains
Cst.	Constitution fédérale de la Confédération suisse du 18 avril 1999 (RS 101)
CV	Convention de Vienne du 23 mai 1969 sur le droit des traités (Convention de Vienne, RS 0.111)
D-A-CH	Réseau de coopération entre l'Allemagne, l'Autriche et la Suisse en relation avec les informations sur les Etats de provenance
DDPS	Département fédéral de la défense, de la protection de la population et des sports
Décision SIS II	Décision 2007/533/JAI du Conseil du 12 juin 2007 sur l'établissement, le fonctionnement et l'utilisation du système d'information Schengen de deuxième génération (SIS II) (Journal officiel de l'Union européenne L 205/63 du 7 août 2007)
DFAE	Département fédéral des affaires étrangères
DFJP	Département fédéral de justice et police
D-L	Décret-Loi (Italie)
Dlgs	Décret législatif (Italie)
DOJ/OIA	Department of state, Office of international affairs (Etats-Unis)
DOS/L	Department of state, Office of legal advisors (Etats-Unis)
DPA	Loi fédérale du 22 mars 1974 sur le droit pénal administratif (RS 313.0)
D.P.R.	Décret du Président de la République (Italie)
DQ	Directive 2011/95/UE du Parlement européen et du Conseil du 13 décembre 2011 concernant les normes relatives aux conditions que doivent remplir les ressortissants des pays tiers ou les apatrides pour pouvoir bénéficier d'une protection internationale, à un statut uniforme pour les réfugiés ou les

	personnes pouvant bénéficier de la protection (Directive 2011/95/UE, Nouvelle Directive Qualification)
DUDH	Déclaration universelle des droits de l'homme des Nations Unies du 10 décembre 1948
EA 2003	An Act to make provision about extradition (Extradition Act 2003, 2003 c. 41) (Royaume-Uni)
ecoi.net	European Country of Origin Information Network
éd.	éditeur
éds	éditeurs
EIMP	Loi fédérale du 20 mars 1981 sur l'entraide internationale en matière pénale (RS 351.1)
Einzelrichter	Einzelrichter des Landesgerichts (Autriche)
ERAR	Examen des risques avant renvoi (Canada)
EuGRZ	Europäische GRUNDRECHTE-Zeitschrift
FARRA	Foreign Affairs Reform and Restructuring Act of 1998 (Etats-Unis)
FDL	Forensics document laboratory (Etats-Unis)
FDNS	Office of fraud detection and national security (Etats-Unis)
FJS	Fiches juridiques suisses
GC	Grande chambre de la Cour européenne des droits de l'homme
GG	Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland vom 23. Mai 1949 (Grundgesetz) (Allemagne)
GVG-B 2005	Bundesgesetz, mit dem die Grundversorgung von Asylwerbern im Zulassungsverfahren und bestimmten anderen Fremden geregelt wird (Grundversorgungsgesetz-Bund 2005) (Autriche)
HCDH	Haut Commissariat des Nations Unies aux droits de l'homme
HCR	Haut Commissariat des Nations Unies pour les réfugiés (HCNUR, Haut Commissariat)
Hrsg.	Herausgegeber
HRW	Human rights watch
IA 1971	Immigration Act 1971 (Royaume-Uni)
IA 2014	Immigration Act 2014 (Royaume-Uni)
IAA 1999	Immigration and Asylum Act 1999 (Royaume-Uni)
IARLJ	International Association of Refugee Law Judges/Association internationale des juges en droit des réfugiés
IDI	Institut de droit international

IIRAIRA	Illegal immigration reform and immigrant responsabilty Act (Etats-Unis)
INA	Immigration and nationality Act (Etats-Unis)
Interpol	Organisation internationale de police criminelle – O.I.P.C. - Interpol
IPSG	Secrétariat général d'Interpol
IRG	Gesetz über die internationale Rechtshilfe in Strafsachen vom 23. Dezember 1982 (Allemagne)
ISDC	Institut suisse de droit comparé
IZAM	Informationszentrum Asyl und Migration
JAAC	Jurisprudence des autorités administratives de la Confédération
JICRA	Jurisprudence et informations de la commission suisse de recours en matière d'asile
LAsi	Loi fédérale du 26 juin 1998 sur l'asile (RS 142.31)
LCPI	Loi fédérale du 22 juin 2001 sur la coopération avec la Cour pénale internationale (RS 351.6)
LE	Loi sur l'extradition L.C. 1999, ch. 18 du 17 juin 1999 (Canada)
LEIS	Loi fédérale sur l'échange d'informations Schengen du 12 juin 2009 (RS 362.2)
let.	lettre
LEtr	Loi fédérale du 16 décembre 2005 sur les étrangers (RS 142.20)
LG	Landesgericht (Allemagne et Autriche)
LINGUA	Unité scientifique du Secrétariat d'Etat aux migrations chargée des analyses de provenance
LIPR	Loi sur l'immigration et la protection des réfugiés L.C. 2001, ch. 27 du 1er novembre 2001 (Canada)
LOAP	Loi fédérale du 19 mars 2010 sur l'organisation des autorités pénales de la Confédération (Loi sur l'organisation des autorités pénales, RS 173.71)
LOGA	Loi fédérale du 21 mars 1997 sur l'organisation du gouvernement et de l'administration (RS 172.010)
Loi de coordination	Loi fédérale sur la coordination entre la procédure d'asile et la procédure d'extradition du 1er octobre 2010 (RO 2011 925)
LPD	Loi fédérale du 19 juin 1992 sur la protection des données (RS 235.1)
LSIP	Loi fédérale sur les systèmes d'information de police de la Confédération (RS 361)

LStup	Loi fédérale sur les stupéfiants et les substances psychotropes du 3 octobre 1951 (Loi sur les stupéfiants, RS 812.121)
LTAF	Loi fédérale du 17 juin 2005 sur le Tribunal administratif fédéral (RS 173.32)
LTF	Loi fédérale du 17 juin 2005 sur le Tribunal fédéral (RS 173.110)
LTrans	Loi fédérale du 17 décembre 2004 sur le principe de la transparence dans l'administration (Loi sur la transparence, RS 152.3)
LUsC	Loi fédérale du 20 mars 2008 sur l'usage de la contrainte et de mesures policières dans les domaines relevant de la compétence de la Confédération (Loi sur l'usage de la contrainte, RS 364)
MAE	Mandat d'arrêt européen
MCI	Ministre de la citoyenneté et de l'immigration (Canada)
MILA	Section analyses sur la migration et les pays du Secrétariat d'Etat aux migrations
MILo	Migrations-InfoLogistik (Allemagne)
NEM	Non-entrée en matière
NIAA 2002	Nationality, Immigration and Asylum Act 2002 (Royaume-Uni)
no	numéro
NOID	Notice of intent to deny (Etats-Unis)
nos	numéros
not.	notamment
OA 1	Ordonnance 1 du 11 août 1999 sur l'asile relative à la procédure (RS 142.311)
OA 2	Ordonnance 2 du 11 août 1999 sur l'asile relative au financement (RS 142.312)
OA 3	Ordonnance 3 du 11 août 1999 sur l'asile relative au traitement de données personnelles (RS 142.314)
OASA	Ordonnance du 24 octobre 2007 relative à l'admission, au séjour et à l'exercice d'une activité lucrative (RS 142.201)
OCDE	Organisation de coopération et de développement économiques
ODM	Office fédéral des migrations
ODR	Office fédéral des réfugiés
ODV	Ordonnance du 27 octobre 2004 sur l'établissement de documents de voyage pour étrangers (RS 143.5)

OEIMP	Ordonnance du 24 février 1982 sur l'entraide internationale en matière pénale (RS 351.11)
OERE	Ordonnance du 11 août 1999 sur l'exécution du renvoi et de l'expulsion d'étrangers (RS 142.281)
OFJ	Office fédéral de la justice
OFP	Office fédéral de la police
OFPRA	Office français de protection des réfugiés et des apatrides (France)
OIE	Ordonnance du 24 octobre 2007 sur l'intégration des étrangers (RS 142.205)
OLG	Oberlandesgericht (Allemagne)
ONG	Organisation non gouvernementale
ONU	Organisation des Nations Unies
ONUDC	Office des Nations Unies contre la drogue et le crime
Ordonnance Interpol	Ordonnance du 1er décembre 1986 concernant le bureau central national Interpol (RS 351.21)
Ordonnance N-SIS	Ordonnance du 8 mars 2013 sur la partie nationale du Système d'information Schengen (N-SIS) et sur le bureau SIRENE (RS 362.0)
OSAR	Organisation suisse d'aide aux réfugiés = Schweizerische Flüchtlingshilfe (SFH)
OSCE	Organisation pour la sécurité et la coopération en Europe
OTest	Ordonnance du 4 septembre 2013 sur la réalisation de phases de test relatives aux mesures d'accélération dans le domaine de l'asile (Ordonnance sur les phases de test, RS 142.318.1)
OVG	Oberverwaltungsgericht (Allemagne)
p.	page
PA	Loi fédérale du 20 décembre 1968 sur la procédure administrative (RS 172.021)
Pacte ONU I	Pacte international relatif aux droits économiques, sociaux et culturels du 16 décembre 1966 (RS 0.103.1)
Pacte ONU II	Pacte international relatif aux droits civils et politiques du 16 décembre 1966 (RS 0.103.2)
PAGIRUS	Système informatisé de gestion de personnes, de dossiers et d'affaires de l'Office fédéral de la justice
par.	paragraphe

PCF	Loi fédérale du 4 décembre 1947 de procédure civile fédérale (RS 273)
PC-OC	Comité d'experts sur le fonctionnement des conventions européennes sur la coopération dans le domaine pénal
p. ex.	par exemple
PJA	Pratique juridique actuelle
PJF	Police judiciaire fédérale
PKK	Partiya Karkerên Kurdistan - Parti des travailleurs du Kurdistan
pp.	pages
Protocole de 1967	Protocole du 31 janvier 1967 relatif au statut des réfugiés (RS 0.142.301)
Règlement d'Interpol	Règlement d'Interpol sur le traitement des données
Règlement de la CourEDH	Règlement de la Cour européenne des droits de l'homme du 1er septembre 2012
Règlement Dublin III	Règlement (UE) no 604/2013 du Parlement européen et du Conseil du 26 juin 2013 établissant les critères et mécanismes de détermination de l'Etat membre responsable de l'examen d'une demande de protection internationale introduite dans l'un des Etats membres par un ressortissant de pays tiers ou un apatride (refonte).
R.G.D.I.P	Revue générale de droit international public
RIC	Resource information center (Etats-Unis)
RIPOL	Système de recherches informatisées de police
RPS	Revue pénale suisse
RTAF	Règlement du Tribunal administratif fédéral du 17 avril 2008 (RS 173.320.1)
RTDH	Revue trimestrielle des droits de l'homme
SAP	Service d'analyse et de prévention
SEM	Secrétariat d'Etat aux migrations
SFH	Schweizerische Flüchtlingshilfe = Organisation suisse d'aide aux réfugiés (OSAR)
SIRENE	Supplementary Information REquest at the National Entry
SIS	Système d'information Schengen
SOCA	Serious organised crime agency (Royaume-Uni)
SRC	Service de renseignement de la Confédération
ss	suivants

SYMIC	Système d'information centrale sur la migration (Suisse)
TAF	Tribunal administratif fédéral
TExAUS	Traité d'extradition du 29 juillet 1988 entre la Suisse et l'Australie (RS 0.353.915.8)
TExCAN	Traité d'extradition du 7 octobre 1993 entre la Suisse et le Canada (RS 0.353.923.2)
TExUS	Traité d'extradition du 14 novembre 1990 entre la Confédération suisse et les Etats-Unis d'Amérique (RS 0.353.933.6)
TF	Tribunal fédéral
TPF	Tribunal pénal fédéral
TPI	Tribunal pénal international
TPIR	Tribunal pénal international pour le Rwanda
TPIY	Tribunal pénal international pour l'ex-Yougoslavie
UDC	Union démocratique du centre
UE	Union européenne
USCIS	U.S. citizenship and immigration services (Etats-Unis)
VG	Verwaltungsgericht (Allemagne)
VGH	Verwaltungsgerichtshof (Allemagne)
vol.	volume
VwGH	Verwaltungsgerichtshof (Autriche)
VwGVG	Bundesgesetz über das Verfahren der Verwaltungsgerichte StF - Verwaltungsgerichtsverfahrensgesetz – VwGVG (Autriche)

Introduction générale

Historiquement et juridiquement, l'asile et l'extradition ont toujours entretenu des liens étroits en tant que l'asile tire ses origines du refus d'extrader des activistes politiques et dans ce sens il constituait un «asile politique»[1]. Mais les rapports entre ces deux domaines juridiques ont aussi été pour ainsi dire conflictuels: l'asile a de tout temps été utilisé par l'Eglise, un souverain ou un Etat pour soustraire un individu à ses poursuivants que ce soit pour des motifs politiques ou humanitaires[2].

Etymologiquement, le terme asile vient du «latin *asylum* [et] du grec *asulon* (...) [qui signifie un l]ieu inviolable (...) où se réfugie une personne poursuivie». Le mot extradition est composé des termes latins *ex* (hors de) et *tradere* (livrer) et traduit l'action de livrer[3] hors d'un lieu. A la session de Bath de 1950, l'Institut de droit international (IDI) définissait à l'article 1er de ses résolutions l'asile comme «la protection qu'un Etat accorde sur son territoire ou dans un autre endroit relevant de certains de ses organes à un individu qui est venu la rechercher»[4]. Sur son site internet, l'Office fédéral de la justice (OFJ) définit l'extradition comme «[l]a remise par la contrainte d'une personne recherchée à l'Etat requérant par l'Etat requis à des fins de poursuite pénale ou d'exécution d'une peine»[5].

L'asile et l'extradition poursuivraient donc des objectifs différents: «alors que l'extradition doit permettre d'éviter l'impunité que peut constituer, dans la répression de la criminalité à l'échelle internationale, le refuge sur un territoire étranger, l'asile entend précisément ménager ce refuge sur un territoire étranger, en protégeant un individu hors des frontières de son pays d'origine; en cela l'asile — et l'immunité qu'il implique —, représente un obstacle à la coopération judiciaire internationale»[6]. L'asile et l'extradition mettent également en conflit les intérêts de différents acteurs: l'individu, un Etat requis d'une extradition et un Etat requérant l'extradition[7].

Ainsi, à première vue, tout oppose l'asile à l'extradition. On ne peut qu'adhérer à cette opinion si l'on s'arrête aux sens étymologiques et juridiques des termes «asile» et «extradition». Mais une analyse plus approfondie permet de constater que ces deux domaines juridiques ne s'excluent pas totalement[8] et tendent à se compléter en poursuivant un objectif commun.

Le droit des réfugiés et de l'asile ne fait pas en soi obstacle à une procédure pénale ou à l'exécution d'une peine ni n'exempte de manière générale un réfugié ou un requérant d'asile d'une extradition. En effet, la Convention du 28 juillet 1951 relative au statut des réfugiés (Convention de 1951)[9] et son protocole du 31 janvier 1967 (Protocole de

[1] VENA, p. 3.
[2] P. ex. l'engagement verbal (connu sous l'expression «doctrine Mitterrand») pris en 1985 par l'ancien Président français de ne pas extrader les anciens activistes et terroristes d'extrême gauche ayant rompu avec leurs engagements lors des années de plomb, l'octroi de l'asile à Assange par l'Equateur, de l'asile temporaire à Snowden par la Russie ou de l'asile à Cesare Battisti par le Brésil.
[3] Nouveau Petit Robert 2008; Larousse, dictionnaire étymologique et historique du français, 1994.
[4] Institut de droit international, http://www.justitiaetpace.org/idiF/resolutionsF/1950_bath_01_fr.pdf (lien vérifié le 8.12.2015).
[5] https://www.bj.admin.ch/bj/fr/home/sicherheit/rechtshilfe/strafsachen/auslieferung.html (lien vérifié le 8.12.2015).
[6] SIRINELLI, p. 611.
[7] LALY-CHEVALIER/CHETAIL, Note de synthèse, p. 3.
[8] Cf. KAPFERER no 2, p. 1.
[9] RS 0.142.3.

1967)[10] ne protègent pas les requérants d'asile ou les réfugiés impliqués dans une conduite criminelle de la poursuite en raison de leurs actes. A l'inverse, les découvertes faites dans la procédure d'extradition peuvent avoir une portée sur la reconnaissance de la qualité de réfugié ou l'octroi de la protection à un requérant d'asile. En effet, une demande d'extradition peut fournir la preuve des allégations du requérant d'asile et amener à la reconnaissance de sa qualité de réfugié. Mais la demande d'extradition peut aussi déclencher des motifs d'exclusion de la qualité de réfugié selon l'article 1(F) de la Convention de 1951[11], conduire à la révocation de cette qualité ou à la révocation de l'asile avec ou sans retrait de la qualité de réfugié en application de l'article 63 de la Loi fédérale du 26 juin 1998 sur l'asile (LAsi)[12]. L'extradition d'un individu reconnu comme réfugié dans un autre Etat peut aussi être justifiée exceptionnellement s'il tombe manifestement sous le coup de l'article 1(F) de la Convention de 1951 et qu'il ne remplit donc pas les exigences de la définition de réfugié[13]. En outre, l'évolution des définitions de crimes en droit international est pertinente tant pour l'extradition que pour l'exclusion de la qualité de réfugié au sens de l'article 1(F) lettre a de la Convention de 1951. Enfin, l'établissement en droit international de l'obligation d'extrader ou de punir (*aut dedere aut judicare*) pour certains crimes couverts par l'article 1(F) de la Convention de 1951 a un impact sur les conséquences de l'exclusion de la qualité de réfugié et donc sur l'application des exigences de proportionnalité dans les procédures d'exclusion de cette qualité ou d'octroi de l'asile[14].

Le droit des réfugiés et de l'asile et le droit de l'extradition poursuivent l'objectif de protéger une personne d'une poursuite discriminatoire. En outre, d'éventuelles lacunes de protection du droit des réfugiés et de l'asile respectivement du droit de l'extradition peuvent être comblées par le droit (international) des droits de l'homme.

Le droit des réfugiés et de l'asile protège les requérants d'asile et les réfugiés qui font l'objet de persécutions pour les motifs énoncés dans la Convention de 1951 et ce notamment au moyen du principe de non-refoulement ancré à l'article 33 paragraphe 1 de la Convention de 1951. Selon cette disposition, «aucun des Etats Contractants n'expulsera ou ne refoulera, de quelque manière que ce soit, un réfugié sur les frontières des territoires où sa vie ou sa liberté serait menacée en raison de sa race, de sa religion, de sa nationalité, de son appartenance à un certain groupe social ou de ses opinions politiques». Le principe de non-refoulement de l'article 33 paragraphe 1 de la Convention de 1951 vise également l'extradition. En tant qu'Etat requis, la Suisse ne peut dès lors extrader un demandeur d'asile, un réfugié et une personne au bénéfice de l'asile en violation de cette disposition. Le droit de l'extradition va donc intégrer la protection contre le refoulement du droit des réfugiés.

[10] RS 0.142.301.
[11] HATHAWAY/FOSTER, p. 243.
[12] RS 142.31.
[13] KAPFERER no 213, p. 74, et no 316, p. 103.
[14] Cf. HCR (2003) no 8, p. 4, et no 15, p. 5.

La Convention de 1951 prévoit toutefois des motifs d'exclusion de la qualité de réfugié (art. 1[F] de la Convention de 1951) ainsi que des exceptions au principe de non-refoulement (art. 33 par. 2 de la Convention de 1951). Selon l'article 1(F) de la Convention de 1951, «[l]es dispositions de cette Convention ne seront pas applicables aux personnes dont on aura des raisons sérieuses de penser: a) qu'elles ont commis un crime contre la paix, un crime de guerre ou un crime contre l'humanité, au sens des instruments internationaux élaborés pour prévoir des dispositions relatives à ces crimes; b) qu'elles ont commis un crime grave de droit commun en dehors du pays d'accueil avant d'y être admises comme réfugiés; c) qu'elles se sont rendues coupables d'agissements contraires aux buts et aux principes des Nations Unies». En vertu de l'article 33 paragraphe 2 de la Convention de 1951, le bénéfice du principe de non-refoulement ne peut «être invoqué par un réfugié qu'il y aura des raisons sérieuses de considérer comme un danger pour la sécurité du pays où il se trouve ou qui, ayant été l'objet d'une condamnation définitive pour un crime ou un délit particulièrement grave, constitue une menace pour la communauté dudit pays». Le fait que le requérant d'asile soit exclu du statut de réfugié ou que le réfugié ne bénéficie plus de la protection contre le refoulement de la Convention de 1951 ne signifie pas qu'il n'ait pas besoin d'une protection. Il pourra ainsi obtenir à certaines conditions une protection contre son refoulement sur la base du droit de l'extradition et du droit (international) des droits de l'homme.

Le droit de l'extradition est un corps de règles qui a été pensé et élaboré pour encadrer la remise d'un individu de l'Etat de refuge à l'Etat poursuivant. En effet, l'extradition ne peut avoir lieu à n'importe quelles conditions. En principe, un individu qui fait l'objet d'une poursuite pénale ou qui a été condamné dans un Etat ne peut être renvoyé sur le territoire de cet Etat en violation ou en détournement des règles fixées dans le droit de l'extradition[15]. L'extradition est en effet refusée si la personne fait l'objet d'une poursuite pour un délit politique, d'une poursuite discriminatoire ou si elle risque une aggravation de sa situation en cas d'extradition pour des motifs discriminatoires au sens des articles 3 et 2 lettres b et c de la Loi fédérale du 20 mars 1981 sur l'entraide internationale en matière pénale (EIMP)[16]. Le requérant d'asile exclu du statut de réfugié ou le réfugié qui est privé de la protection contre le refoulement offerte par la Convention de 1951 ne sera donc pas *de facto* extradé. Il bénéficiera en effet d'une protection en droit de l'extradition indépendamment de sa conduite dans l'Etat de refuge, de sa dangerosité ou de la légitimité ou non de la poursuite pour délit politique. Enfin, même si du point de vue du droit de l'asile les autorités compétentes peuvent renvoyer la personne vers un Etat où elle fait l'objet d'une poursuite pénale ou d'une condamnation, le droit de l'extradition peut s'y opposer si ce renvoi équivaut à une extradition déguisée.

Les droits des réfugiés, de l'asile et de l'extradition tendent donc à se compléter pour assurer une protection à la personne. En outre, lorsque le juge de l'asile ou le juge de l'extradition décide de renvoyer respectivement d'extrader une personne vers son Etat d'origine, le refoulement ne peut avoir lieu au mépris du droit (international) des droits de l'homme.

[15] Cf. ROUGET, p. 169, et DECOCQ, p. 412.
[16] RS 351.1.

Le droit des réfugiés et de l'asile et le droit de l'extradition sont aussi régis par des normes et des principes communs. Il s'agit notamment de la Charte des Nations Unies du 26 juin 1945 (Charte ONU) [17], de la Déclaration universelle des droits de l'homme des Nations Unies du 10 décembre 1948 (DUDH)[18], du Pacte international relatif aux droits civils et politiques du 16 décembre 1966 (Pacte ONU II[19]), de la Convention du 10 décembre 1984 contre la torture et autres peines ou traitements cruels, inhumains ou dégradants (Convention de 1984[20]) ou de la Convention européenne du 4 novembre 1950 de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales (CEDH[21]) ainsi que du principe de non-refoulement [22], du principe de non-discrimination [23] ou du principe de l'interdiction de la torture et de toutes peines ou traitements cruels, inhumains ou dégradants[24]. Il s'ensuit que d'éventuelles lacunes de protection des droits des réfugiés, de l'asile et de l'extradition pourront être comblées par le droit (international) des droits de l'homme, notamment si le renvoi risque de violer l'article 3 CEDH ou l'article 3 de la Convention de 1984.

Dès lors, si l'on se place non plus du point de vue de l'asile mais du point de vue du principe de non-refoulement, on doit constater que le droit des réfugiés et de l'asile et celui de l'extradition poursuivent un but commun: éviter de renvoyer directement ou indirectement une personne sur le territoire d'un Etat où elle risque d'être victime d'une persécution pour des motifs discriminatoires. Mais le principe de non-refoulement n'a pas seulement pour fonction de s'opposer à un renvoi. Il s'agit également d'un droit accordé à titre provisoire à l'individu d'entrer et de demeurer sur un territoire avant même que le statut du réfugié ne soit officiellement examiné: «l'obligation de non-refoulement prend effet dès lors qu'un individu se présentant comme un réfugié passe sous la juridiction d'un [E]tat partie à la Convention de 1951 et continue de s'appliquer tant que l'on n'a pas établi de manière équitable que l'intéressé n'est pas un réfugié»[25]. De même en droit de l'extradition, aussi longtemps que le juge de l'extradition n'aura pas examiné la demande d'extradition et en particulier le risque encouru par la personne d'être victime d'un traitement discriminatoire ou d'une atteinte à son intégrité, cette dernière bénéficiera en quelque sorte du droit de demeurer provisoirement en Suisse et donc d'un certain asile. En effet, le principe de souveraineté va empêcher l'Etat poursuivant de pénétrer sur le territoire suisse pour se saisir de la personne. Lorsque le juge de l'extradition refuse l'extradition aux motifs que la personne est victime d'une poursuite discriminatoire, elle remplira *a priori* les conditions pour la reconnaissance de la qualité de réfugié. Tant qu'elle pourra demeurer sur le territoire suisse elle

[17] RS 0.120.
[18] http://www.un.org/fr/universal-declaration-human-rights/ (lien vérifié le 15.3.2016).
[19] RS 0.103.2.
[20] RS 0.105.
[21] RS 0.101.
[22] Cf. art. 33 par. 1 de la Convention de 1951, art. 7 Pacte ONU II et art. 3 de la Convention de 1984. En outre, la Cour européenne des droits de l'homme (CourEDH) a déduit ce principe de l'art. 3 CEDH. En droit interne ce principe est réservé à l'art. 25 de la Constitution fédérale de la Confédération suisse du 18.4.1999 (Cst., RS 101). En droit de l'extradition le principe de non-refoulement est notamment énoncé de manière implicite dans les conventions multilatérales et bilatérales traitant de l'extradition auxquelles est partie la Suisse sous la forme de motifs de refus de l'extradition ainsi qu'en droit interne aux art. 2, 3 et 37 al. 3 EIMP.
[23] Cf. art. 55 let. c Charte ONU; not. art. 2 par. 1 et 14 DUDH; art. 2 par. 1 en relation avec l'art. 1er par. 1 de la Convention de 1984; art. 14 CEDH; art. 21 de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne du 18.12.2000 (Charte UE, http://www.europarl.europa.eu/charter/pdf/text_fr.pdf (lien vérifié le 15.3.2016); art. 8 al. 2 Cst.; art. 3 par. 2 Convention européenne d'extradition du 13.12.1957 (CEExtr, RS 0.353.1); et art. 2 let. b et c EIMP.
[24] Cf. art. 7 Pacte ONU II, Convention de 1984, art. 3 CEDH, art. 4 de la Charte UE, art. 10 al. 3 et 25 al. 3 Cst. et art. 2 et 37 EIMP.
[25] HATHAWAY, p. 230.

bénéficiera d'une forme d'asile. Pour désigner les situations où l'extradition est refusée en cas de risque notamment de poursuite discriminatoire ou de violation de l'article 3 CEDH, le droit autrichien utilise le terme d'«asile extraditionnel» (Auslieferungsasyl)[26]. Sirinelli parle d'asile de fait[27]. En outre, l'article 16a chiffre 1 de la Constitution allemande (Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland vom 23. Mai 1949, Grundgesetz, GG) prévoit que la personne qui est poursuivie politiquement bénéficie de l'asile, peu importe que ce constat ait été fait dans le cadre d'une procédure d'asile ou d'extradition.

Dans les faits, le droit de l'extradition poursuit donc deux objectifs, celui de satisfaire à la justice pénale mais aussi de protéger un individu qui risque de subir une injustice ou une oppression: «Laws governing extradition seek to reconcile two objectives that are of concern that recognize the rule of law. One objective is to give effect to the principle that, in the ordinary way, persons in one state who are credibly accused of committing serious crimes triable in another state should be surrendered to that other state to answer for their alleged misdeeds. The second objective is to protect those whose surrender is sought against such surrender in circumstances where they would suffer injustice or oppression. States ordinarily seek to provide safeguards against the surrender of those within their borders in such circumstances»[28].

Lorsque les autorités compétentes sont saisies d'une demande d'asile respectivement d'une demande d'extradition elles vont examiner si la personne concernée est victime ou risque d'être victime d'un traitement discriminatoire. Le juge de l'asile doit ainsi examiner si le demandeur d'asile est un réfugié au sens de l'article 1(A) de la Convention de 1951 respectivement de l'article 3 LAsi[29]. De son côté, le juge de l'extradition doit examiner si le principe de non-discrimination ancré à l'article 2 lettres b et c EIMP fait obstacle à une extradition. Lorsque les procédures d'asile et d'extradition sont pendantes simultanément chaque autorité va donc examiner dans sa procédure les mêmes questions.

Malgré cet objectif commun et l'identité des questions examinées dans chacune des procédures — mais peut-être aussi en raison de ce point commun et de l'identité des questions examinées — l'histoire récente en Suisse a été émaillée d'affaires plus ou moins médiatiques concernant des demandeurs d'asile visés par des demandes d'extradition où des décisions contradictoires avaient été prises par les autorités concernées. Ce problème de décisions contradictoires n'est du reste pas spécifique à la Suisse comme nous le verrons dans le cadre de l'étude de droit comparé (cf. chap. 5).

Selon l'Office fédéral de la justice, ces décisions contradictoires seraient en particulier dues aux objectifs différents poursuivis par ces deux domaines juridiques, au déroulement en parallèle des deux procédures et à l'existence d'autorités différentes élucidant chacune dans son optique les mêmes questions[30]. Or, étant donné que le juge de l'extradition et le juge de l'asile examinent les mêmes questions et en principe aussi

[26] Notion que l'on trouve à l'art. 19 de la Loi fédérale autrichienne sur l'extradition et l'entraide (Bundesgesetz vom 4.12.1979 über die Auslieferung und die Rechtshilfe in Strafsachen; Auslieferungs- und Rechtshilfegesetz, ARHG).
[27] SIRINELLI, p. 613.
[28] NICHOLLS/MONTGOMERY/KNOWLES/DOOBAY/SUMMERS no 1.02, p. 3.
[29] RS 142.31.
[30] OFJ (juin 2009), p. 5.

les mêmes faits, l'existence d'objectifs différents et de procédures parallèles n'expliquerait donc pas tout.

Certes, comme l'a souligné l'Office fédéral de la justice, les cas où le problème des décisions contradictoires se pose ou pourrait se poser sont relativement peu fréquents (l'Office fédéral de la justice avait estimé qu'il s'agit par année d'une dizaine de cas dont trois environ, soit à peine deux pour-cent de l'ensemble des demandes d'extradition adressées à la Suisse, qui posent d'épineuses questions)[31]. Il n'en reste pas moins que non seulement les conséquences qu'ils peuvent avoir sont parfois pénibles voire choquantes[32], mais ils renvoient surtout à la question plus générale et non moins délicate de la manière dont on établit le risque qu'encourt un individu d'être victime d'une poursuite discriminatoire.

Pour notamment éviter ces décisions contradictoires, la Suisse a adopté le 1er octobre 2010 la Loi fédérale sur la coordination entre la procédure d'asile et la procédure d'extradition (Loi de coordination)[33] qui est entrée en vigueur le 1er avril 2011. Cette loi a institué le Tribunal fédéral (TF) comme dernière instance de recours commune lorsque les procédures d'asile et d'extradition sont pendantes simultanément avec pour fonction de remédier au problème des décisions contradictoires. A ce jour cette loi n'a pas apporté tous les fruits escomptés, comme nous le verrons au chapitre 3. Dans d'autres Etats, les solutions adoptées diffèrent souvent de la solution suisse sans pouvoir non plus résoudre entièrement ce problème.

Le premier objectif de ce travail vise donc à identifier les causes de ces décisions contradictoires notamment au moyen d'une analyse de cas (cf. ch. 3.3) et d'une étude de droit comparé (cf. chap. 5).

Même avec l'adoption de la Loi de coordination, le problème des décisions contradictoires n'a pas été résolu. Cela n'est d'ailleurs pas étonnant, car aussi longtemps que les procédures se dérouleront en parallèle et que des autorités différentes continueront à statuer sur les mêmes questions, on peut légitimement s'attendre à ce que des décisions contradictoires soient encore rendues. Il s'agira donc d'examiner si d'autres solutions sont envisageables comme par exemple l'unification de ces procédures déjà au stade des autorités de première instance.

La solution de l'unification des procédures au niveau des autorités de première instance nécessite tout d'abord la remise en question de certaines idées préconçues.

La première idée préconçue consiste à dire que tout oppose le droit de l'asile au droit de l'extradition vu que le droit de l'asile serait un «droit de protection» et le droit de l'extradition «un droit de refoulement». Cette conception ne correspond pas à la réalité. A cette première idée préconçue s'en ajoute une autre. Celle qui prétend ou veut que le droit de l'asile prime le droit de l'extradition. Cette seconde idée est en quelque sorte le corollaire de la première. Dans la pratique, elle se traduit par la supériorité donnée au

[31] OFJ (juin 2009), p. 4. Cf. aussi SIRINELLI, p. 617.
[32] OFJ (juin 2009), p. 4.
[33] RO 2011 925.

pouvoir d'examen du juge de l'asile sur celui du juge de l'extradition[34] ainsi qu'à la primauté accordée à la décision en matière d'asile sur la décision d'extradition (cf. art. 59 LAsi).

On peut légitimement se demander sur quoi se base cette prétendue prééminence du droit des réfugiés et de l'asile et si elle se justifie vraiment. En effet, selon Bassiouni, ni le droit conventionnel, ni le droit coutumier n'ont fixé d'ordre de priorités entre ces deux domaines du droit[35].

Pour déterminer si cette primauté se justifie encore et surtout si l'unification des procédures est envisageable, il sera procédé à l'analyse de principes régissant ces deux domaines juridiques ainsi que des procédures d'asile et d'extradition.

La présent travail est divisé en six parties. La première partie est consacrée à la problématique asile-extradition et aux solutions de *lege lata* proposées par le droit suisse, par le Haut Commissariat des Nations Unies pour les réfugiés (HCR), par nos pays voisins (Allemagne, Autriche, Italie et France) ainsi que par trois Etats de la *Common Law* (Royaume-Uni, Canada et Etats-Unis). La seconde partie est consacrée aux définitions des notions de «réfugié», de «persécution», d'«asile» et d'«extradition». Elle vise, notamment à travers la présentation des motifs de refus de l'extradition, à mettre en évidence les points de convergences entre les domaines de l'asile et de l'extradition. Une définition élargie de la notion d'extradition ainsi qu'une définition du réfugié en droit de l'extradition seront proposées. La troisième partie de ce travail portera sur l'analyse en droit des réfugiés et de l'asile, en droit de l'extradition et en droit (international) des droits de l'homme des principes de non-extradition pour délits politiques, de non-discrimination, de l'interdiction de la torture et des peines ou traitements cruels, inhumains ou dégradants, de non-refoulement, de la bonne foi, de la spécialité et du principe «inclusion before exclusion». Le but de cette analyse est d'examiner la protection offerte par ces principes en droit des réfugiés et de l'asile et en droit de l'extradition. Les quatrième et cinquième parties ont pour objectif de mettre en évidence les similitudes et les différences entre les procédures d'asile et d'extradition dans la perspective d'examiner la possibilité de les unifier. Alors que la quatrième partie sera consacrée à une présentation générale des deux procédures, la cinquième partie sera quant à elle consacrée à une analyse du pouvoir d'examen des autorités compétentes en matière d'asile et d'extradition, du droit d'être entendu, du devoir de collaboration de la personne concernée et des notions de preuves et de vraisemblance dans les deux procédures. Enfin, la sixième partie portera sur les solutions de *lege ferenda*.

[34] ATAF 2014/29 (E-6021/2012) consid. 4.1.
[35] BASSIOUNI (2014), p. 180: «Extradition and asylum have become competing international duties that have not been resolved or reconcilied through an international convention or the development of a customary hierarchy of priorities».

Partie I

Problématique
et
solutions *de lege lata*

Introduction à la première partie

Les problèmes qui peuvent découler de l'existence de demandes d'asile et d'extradition pendantes simultanément ou du dépôt de demandes d'extradition à l'égard de réfugiés ou de personnes au bénéfice d'une protection ne sont pas propres à la Suisse. Ces problèmes revêtent différents aspects et concernent en substance la protection dont bénéficie une personne en Suisse et à l'étranger contre son extradition respectivement son arrestation (chap. 1er). Les réponses apportées par le législateur suisse sont contenues dans diverses lois (chap. 2). La Loi fédérale sur la coordination entre la procédure d'asile et la procédure d'extradition du 1er octobre 2010, qui est censée éviter les décisions contradictoires lorsque les procédures d'asile et d'extradition sont pendantes simultanément, n'est à ce jour pas encore parvenue à y remédier. Ce constat a rendu nécessaire une analyse des commentaires et des critiques dont avait fait l'objet le projet de Loi de coordination ainsi que de différents dossiers asile-extradition pour identifier les causes de ces décisions contradictoires et les lacunes de la Loi de coordination (chap. 3). En vue d'optimiser la solution actuelle voire d'opter pour l'unification des procédures au niveau des autorités de première instance, il sera procédé à une présentation de la position du Haut Commissariat des Nations Unies pour les réfugiés (HCR; chap. 4) ainsi qu'à une étude de droit comparé (chap. 5).

Chapitre 1 Problématique

L'histoire suisse récente a été marquée par des affaires plus ou moins médiatisées de demandes d'extradition de requérants d'asile (cf. affaires A., B. et C, ch. 3.3.1, let. a), b) et c) et d'arrestations à l'étranger de réfugiés reconnus par notre pays (cf. p. ex. les arrestations en Allemagne d'Hüseyin Sevinc et de Naci Öztürk en Slovénie[36]).

La problématique des rapports entre l'asile et l'extradition se présente schématiquement sous trois formes.

Nous avons tout d'abord les problèmes découlant de l'existence de procédures d'asile et d'extradition pendantes simultanément. Nous avons ensuite les demandes d'arrestation et d'extradition qui concernent des personnes qui ont été mises en Suisse ou à l'étranger au bénéfice d'une protection. Nous avons enfin le cas où des réfugiés reconnus par la Suisse font l'objet de demandes d'arrestation et d'extradition et sont arrêtées à l'étranger. Même si dans les deux derniers cas de figure la procédure d'asile est déjà close, ces situations soulèvent également des questions du point de vue de la coordination entre les autorités concernées.

Nous allons aux chiffres 1.1, 1.2 et 1.3 exposer ces trois aspects de la problématique asile-extradition pour ensuite aux chiffres 2.1, 2.2 et 2.3 présenter les solutions actuelles.

[36] Interpellation Gysin Remo du 17.3.2004 (04.3112).

1.1 Procédures d'asile et d'extradition simultanément pendantes

Lorsqu'une personne demande l'asile en Suisse soit avant, soit après le dépôt d'une demande d'extradition, on est alors confronté à la situation où les procédures d'asile et d'extradition vont se dérouler simultanément. Les problèmes qui peuvent se poser en raison de la concomitance des deux procédures diffèrent toutefois selon que la demande d'extradition émane de l'Etat d'origine ou de dernière résidence du requérant d'asile ou d'un Etat tiers.

Lorsque l'Etat d'origine ou de dernière résidence demande l'arrestation et l'extradition du requérant d'asile, deux autorités vont être amenées à examiner si cette personne court un éventuel risque d'une atteinte à ses droits pour des motifs discriminatoires en cas de renvoi dans l'Etat concerné, ce qui peut aboutir à des décisions contradictoires. On trouve dans la jurisprudence plusieurs exemples où un tel scénario s'est présenté. Le message accompagnant le projet de Loi fédérale sur la coordination entre la procédure d'asile et la procédure d'extradition du 1er octobre 2010[37] en cite trois. Deux d'entre eux concernaient l'extradition demandée par l'Albanie à l'encontre de deux de ses ressortissants soupçonnés d'être membres d'une bande ayant commis de graves délits (affaires A. et B. [ch. 3.3.1 let. a] et b]). Ces deux cas avaient été particulièrement médiatisés suite notamment à l'intervention de l'ancien Conseiller fédéral Christoph Blocher à la réunion de l'Albisgüetli de l'Union démocratique du centre (UDC) zurichoise le 20 janvier 2006 où il avait critiqué l'octroi par la Suisse de l'asile à ces deux ressortissants albanais, qu'il avait qualifiés de dangereux criminels au mépris de la présomption d'innocence[38]. Dans ces deux affaires, l'Office fédéral de la justice (OFJ), autorité compétente en matière d'extradition, avait accordé l'extradition et l'Office fédéral des migrations (ODM, actuellement Secrétariat d'Etat aux migrations [SEM][39]) avait refusé l'asile. Sur recours contre la décision d'extradition, le Tribunal fédéral (TF) avait renvoyé le cas à l'Office fédéral de la justice pour nouvelle décision alors que l'ancienne Commission de recours en matière d'asile (CRA)[40] leur avait accordé l'asile. Avec l'octroi de l'asile, l'extradition avait dû être refusée. Le troisième exemple (affaire C. [ch. 3.3.1 let. c]), également médiatisé, concernait une demande d'extradition turque à l'encontre d'un membre présumé du *Partiya Karkerên Kurdistan* (Parti des travailleurs du Kurdistan, PKK) qui avait déposé une demande d'asile en Suisse. Dans cette affaire, l'Office fédéral de la justice avait accordé l'extradition et le Secrétariat d'Etat aux migrations avait refusé l'asile. Sur recours contre la décision d'extradition, le Tribunal fédéral avait confirmé la décision d'extradition tout en demandant à l'Office fédéral de la justice qu'il exige de la Turquie la fourniture de garanties. De son côté, le Tribunal administratif fédéral (TAF), autorité de recours en matière d'asile, reconnaissait la qualité de réfugié mais refusait d'accorder l'asile à C. La reconnaissance de la qualité de réfugié entraîna le refus de l'extradition.

---

[37] FF 2010 1333, p. 1338.

[38] http://www.ejpd.admin.ch/content/ejpd/fr/home/dokumentation/mi/2006/2006-05-26.html (lien vérifié le 15.3.2016).

[39] Au cours des douze dernières années, l'autorité compétente en matière d'asile a été renommée à deux reprises. L'Office fédéral des migrations (ODM) est ainsi devenu le 1.1.2015 le Secrétariat d'Etat aux migrations (SEM). Avant de devenir l'ODM, ce dernier s'appelait «Office fédéral des réfugiés» (ODR). Dans la présente étude, pour des raisons de simplification, nous utiliserons toujours la dénomination «Secrétariat d'Etat aux migrations» ou SEM même lorsque par le passé cette autorité avait un autre nom.

[40] Le Tribunal administratif fédéral a repris les compétences de l'ancienne Commission de recours en matière d'asile (CRA).

Lorsque l'arrestation et l'extradition sont demandées par un Etat tiers qui n'est pas l'Etat d'origine ou de dernière résidence du requérant d'asile, ce cas de figure pose moins de problèmes que le précédent vu que la personne ne sera pas remise directement à l'Etat d'origine ou de dernière résidence à l'égard duquel la personne demande protection. La question du risque encouru par la personne en cas de refoulement indirect ou en cascade dans le pays d'origine ou de dernière résidence se pose néanmoins dans les deux procédures.

Enfin, lorsque la demande d'extradition émane d'un Etat tiers et que le requérant d'asile prétend que cet Etat le poursuit pour des motifs discriminatoires, deux autorités distinctes vont également examiner les risques encourus par la personne en cas d'extradition, étant donné qu'elle sera directement remise à l'Etat prétendument persécuteur. Un tel cas de figure s'est présenté dans l'affaire K. (cf. ch. 3.3.1, let. k).

1.2 Demandes d'extradition à l'encontre d'une personne au bénéfice d'une protection

Lorsqu'une demande d'arrestation et d'extradition concerne un réfugié, la reconnaissance de la qualité de réfugié respectivement l'octroi de l'asile font obstacle à l'extradition (cf. art. 59 LAsi).

Il en va différemment lorsque la personne n'a pas été reconnue comme réfugié, mais a été mise au bénéfice en Suisse d'une admission provisoire ou d'une protection subsidiaire dans un autre Etat. Une telle protection ne fait en principe pas obstacle à une extradition, mais le juge de l'extradition devra quand même tenir compte de la décision prise en matière d'asile et s'interroger sur les risques encourus par la personne concernée en cas d'extradition. Nous trouvons dans la jurisprudence deux exemples récents où ce problème s'est posé. Le premier (Affaire U. [cf. ch. 3.3.1, let. u]) concerne une personne qui avait obtenu à l'étranger une protection subsidiaire. Après rejet de son recours par le Tribunal pénal fédéral (TPF)[41], autorité de recours en matière d'extradition, contre la décision d'extradition, la personne concernée avait alors déposé une demande d'asile. L'asile avait été refusé et la décision d'extradition confirmée par le Tribunal fédéral qui statuait sur le recours contre l'arrêt du Tribunal pénal fédéral[42]. Le second exemple concerne une personne exclue de la reconnaissance de la qualité de réfugié, mais qui avait bénéficié en Suisse d'une admission provisoire puis obtenu un permis de séjour. Le Tribunal fédéral avait partiellement admis le recours de l'intéressé contre l'arrêt du Tribunal pénal fédéral dans la procédure d'extradition et invité l'Office fédéral de la justice à procéder à des vérifications[43] (affaire V. [cf. ch. 3.3.1, let. v]).

[41] Arrêt du TPF RR.2015.50 + RR.2015.68 + RP.2015.14 du 2.7.2015.
[42] Arrêt du TF 1C_377/2015 du 22.7.2015. Une affaire similaire est actuellement pendante au TPF. Dans cette affaire l'asile avait été refusé. Le TPF, après avoir rejeté le grief de délit politique, admettait le recours contre la décision d'extradition pour violation du droit d'être entendu. Le TPF reprochait à l'OFJ de ne pas avoir examiné avec soin les allégations de torture du recourant (arrêt du TPF RR.2016.27 + RR.2016.9 + RP.2016.7 du 22.3.2016).
[43] Arrêt du TF 1C_274/2015 du 12.8.2015.

Enfin un troisième cas de figure concerne l'arrestation à l'étranger de réfugiés reconnus en Suisse ou de réfugiés ayant obtenu la nationalité suisse. Cette situation soulève non pas la question de l'évaluation du risque en cas de refoulement mais celle de l'étendue de la protection octroyée par la Suisse à la personne concernée.

1.3 Autres problèmes en matière asile-extradition

L'existence de procédures d'asile et d'extradition pose également des problèmes du point de vue du principe de la célérité. Le message accompagnant le projet de Loi de coordination asile-extradition avait cité l'exemple d'une demande d'extradition croate (affaire D. [ch. 3.3.1, let. d]) où l'Office fédéral de la justice avait accordé l'extradition et le Secrétariat d'Etat aux migrations avait refusé l'asile. En raison du fait que les deux procédures étaient pendantes simultanément et que le Tribunal administratif fédéral n'avait pas encore statué sur le recours contre la décision de refus de l'asile, le Tribunal pénal fédéral avait jugé que la détention extraditionnelle devenait disporportionnée au vu de la condamnation prononcée en Croatie et de l'attente de la décision du Tribunal administratif fédéral et décidait de libérer l'individu[44]. Par la suite le Tribunal administratif fédéral rejeta le recours. La décision d'extradition devint alors définitive et exécutoire. Etant donné qu'entretemps l'individu s'était enfui, la Suisse n'avait pas été en mesure de l'extrader.

Chapitre 2 Solutions législatives et pratiques suisses en matière asile-extradition

2.1 Procédures d'asile et d'extradition pendantes simultanément

En Suisse, les procédures d'asile et d'extradition sont distinctes. Deux autorités différentes sont alors amenées à statuer sur les demandes d'asile et d'extradition et en particulier sur les risques encourus pas la personne concernée et sur la protection dont elle peut bénéficier en cas de refoulement. En vue toutefois de remédier aux risques de décisions contradictoires et d'allongement des procédures lorsque les demandes d'asile et d'extradition sont pendantes simultanément, la Suisse a adopté la Loi fédérale sur la coordination entre la procédure d'asile et la procédure d'extradition du 1er octobre 2010. Cette loi est entrée en vigueur le 1er avril 2011 et a entraîné la modification de la LAsi (nouveaux art. 37 al. 4, 41a, 108a et 109 al. 5), de la Loi du 17 juin 2005 sur le Tribunal fédéral (LTF; nouveaux art. 83 let. d ch. 1 et 107 al. 3)[45] et de l'EIMP (nouvel art. 55a). On trouve en outre dans la LAsi (art. 59), l'Ordonnance sur le système d'information central sur la migration (art. 9 let. c ch. 1)[46], l'Ordonnance sur le système de gestion de personnes, de dossiers et d'affaires (PAGIRUS) de l'Office fédéral de la justice (Ordonnance PAGIRUS; article 6)[47] et dans l'Ordonnance 1 du 11 août 1999 sur l'asile

[44] TPF 2008 56 (RR.2008.46 + RP.2008.11 du 22.4.2008).
[45] RS 173.110.
[46] RS 142.513.
[47] RS 351.12; PAGIRUS est également réglé par l'art. 11a EIMP. PAGIRUS sera prochainement remplacé par un nouveau système de gestion de dossiers qui sera appelé TROVA. L'ordonnance qui règlementera TROVA est en phase de consultation au sein de l'administration.

relative à la procédure (art. 8 al. 3)[48] d'autres normes visant à régler la coordination entre les deux procédures.

Lorsqu'elles apprennent qu'un requérant d'asile fait l'objet d'une demande d'extradition, les autorités compétentes en matière d'asile et d'extradition procèdent à des échanges d'informations en application des articles 9 lettre c chiffre 1 de l'Ordonnance sur le système d'information central sur la migration et 6 de l'Ordonnance PAGIRUS. Si au moment de son arrestation et de son audition ou durant sa détention extraditionnelle une personne déclare vouloir déposer une demande d'asile, l'Office fédéral de la justice ou l'autorité cantonale qui procède à l'audition doit suivre la procédure instaurée par l'article 8 alinéa 3 OA 1 et transmettre la demande d'asile aux autorités cantonales compétentes en matière d'asile[49]. Le Secrétariat d'Etat aux migrations et l'Office fédéral de la justice, mais aussi les instances de recours, doivent également se mettre à disposition leur dossier respectif (art. 41a et 108a LAsi et 55a EIMP). En cas de procédures d'asile et d'extradition pendantes, la Loi de coordination a instauré la voie du recours au Tribunal fédéral contre la décision du Tribunal administratif fédéral (art. 83 let. d ch. 1 LTF) unifiant ainsi les procédures d'asile et d'extradition au niveau de cette seconde instance de recours. Le recours est ouvert à la personne touchée à la fois par une procédure d'asile et une procédure d'extradition (art. 89 al. 1 LTF). Le Secrétariat d'Etat aux migrations et le Département fédéral de justice et police (DFJP) ont également qualité pour recourir contre l'arrêt du Tribunal administratif fédéral en vertu de l'article 89 alinéa 2 lettre a LTF[50].

Le Secrétariat d'Etat aux migrations et le Tribunal administratif fédéral sont tenus de traiter avec une célérité particulière les demandes d'asile lorsqu'une personne se trouve en détention extraditionnelle (art. 37 al. 4 et 109 al. 5 LAsi). De leur côté, les autorités compétentes en matière d'extradition sont aussi tenues de respecter le principe de célérité (art. 17a EIMP). La Loi de coordination n'a pas introduit de normes en vue de la suspension des procédures. Ce nonobstant, les affaires L., N. et Q. (cf. ch. 3.3.1, let. l, n et q) fournissent des exemples où le Tribunal pénal fédéral et le Tribunal fédéral ont néanmoins suspendu la procédure d'extradition dans l'attente de l'issue de la procédure d'asile. Etonnamment dans les affaires P. et Q. (cf. ch. 3.3.1, let. p et q), ce sont le Tribunal administratif fédéral et le Tribunal fédéral qui ont suspendu la procédure d'asile dans l'attente de l'issue de la procédure d'extradition[51]. En statuant sur les demandes d'asile et d'extradition respectivement sur les recours contre les décisions rendues en matière d'asile et d'extradition, l'autorité concernée ne se départit pas sans raison valable des appréciations faites par l'autre autorité[52].

Une fois que la décision d'octroi de l'asile ou de reconnaissance de la qualité de réfugié est devenue définitive, elle lie toutes les autres autorités (art. 59 LAsi). La personne concernée ne peut être extradée à l'Etat d'origine. En cas de procédure d'asile toujours pendante, la personne concernée ne peut être extradée en vertu du principe de non-refoulement (art. 33 de la Convention de 1951). Il s'ensuit que, dans sa décision, l'Office

[48] RS 142.311.
[49] Arrêt du TF 1A.52/2005 du 12.4.2005 consid. 2.3.
[50] Message du CF, FF 2010 1333, p. 1351.
[51] Dans une affaire récente, le TAF a suspendu l'examen du recours contre la décision de renvoi du SEM dans l'attente de la décision d'extradition de première instance (D-2424/2016 du 6.7.2016).
[52] Cf. ATAF 2014/29 (E-6021/2012) consid. 4.1 et arrêt du TF 1C_274/2015 du 12.8.2015 consid. 1.3.

fédéral de la justice accordera l'extradition sous réserve d'une décision définitive de rejet de la demande d'asile[53]. Lorsqu'en revanche l'asile a été préalablement refusé par une décision entrée en force, l'Office fédéral de la justice, le Tribunal pénal fédéral, saisi d'une objection relative au délit politique (art. 55 al. 2 EIMP), et le Tribunal fédéral ne peuvent faire abstraction de cette décision. En effet, dans le souci d'éviter des décisions contradictoires, ils ne s'écartent en principe pas des faits constatés dans le cadre de la procédure d'asile — sous réserve notamment de faits nouveaux — et ne s'écartent pas non plus sans raison des considérations ayant conduit au refus de l'asile[54].

Lorsque la demande d'extradition émane d'un Etat tiers qui n'est pas l'Etat prétendument persécuteur, le droit suisse ne prévoit pas la suite qui doit être donnée à la demande d'asile. Selon la pratique, l'extradition est exécutée sans attendre l'issue de la procédure d'asile, mais aux conditions que la personne ne soit pas remise ultérieurement à l'Etat d'origine prétendument persécuteur (refoulement en cascade) et que la demande d'asile soit examinée soit par l'Etat requérant l'extradition, soit par la Suisse, ce qui implique dans cette seconde hypothèse que la personne concernée soit restituée à notre pays lorsqu'elle aura satisfait à la justice étrangère.

2.2 Procédures d'asile et d'extradition non pendantes simultanément

Il arrive qu'un Etat demande l'arrestation et/ou l'extradition d'une personne dont la demande d'asile a déjà fait l'objet d'une décision définitive (réfugiés reconnus au bénéfice de l'asile; réfugiés admis provisoirement; personnes provisoirement admises; personnes au bénéfice d'autorisations de séjour pour cas de rigueur, d'autorisations de séjour ou d'établissement ordinaires; personnes qui font l'objet de décisions de rejet de l'asile et de renvoi définitives; réfugiés ayant renoncé à l'asile; et réfugiés ayant entretemps acquis la nationalité suisse)[55]. Il arrive également qu'une demande d'asile soit déposée par une personne dont l'extradition a déjà fait l'objet d'une décision définitive. Dans la pratique, de tous ces cas de figure, c'est celui où la procédure d'asile est close qui soulève les questions les plus délicates.

Lors de l'élaboration de la Loi de coordination, le principal souci du législateur était de régler les cas où les procédures d'asile et d'extradition sont pendantes simultanément. *A priori*, la Loi de coordination ne vise donc pas les cas où l'une des procédures est déjà close. Néanmoins, certaines normes introduites avec la Loi de coordination pourront quand même être amenées à s'appliquer par analogie. Il en va ainsi de l'obligation imposée aux autorités de se mettre à disposition leur dossier (art. 41a et 108a LAsi et 55a EIMP)[56] et de l'obligation de célérité (art. 37 al. 4 et 109 al. 5 LAsi). On trouve d'autres dispositions dans la LAsi (art. 59) et l'Ordonnance sur le système d'information central sur la migration (art. 9 let. c ch. 1) qui règlent la communication et la transmission des dossiers entre les autorités compétentes. Quant au traitement

[53] Manuel SEM, Article F1, p. 6.
[54] ATF 132 II 469 consid. 2.5, p. 473, et Summers no 23, p. 61.
[55] Manuel SEM, Article F1, p. 9.
[56] Ainsi dans une affaire récente portant référence RR.2016.126, le TPF, saisi d'un recours en matière d'extradition, a demandé au SEM de lui transmettre le dossier d'asile du recourant alors que la procédure d'asile était terminée. Il y a lieu néanmoins de relever que dans un arrêt du 12.1.2016 (RR.2015.298) le TPF a estimé que l'application de l'art. 55a EIMP suppose qu'une procédure d'asile soit pendante pour que l'on procède à une coordination entre les deux procédures (consid. 4.2).

proprement dit des cas, il fait l'objet d'une pratique instaurée par l'Office fédéral de la justice et le Secrétariat d'Etat aux migrations. Cette pratique est décrite dans le «Manuel sur la procédure d'asile» publié par le Secrétariat d'Etat aux migrations sur son site internet ainsi que dans un *Konsenspapier* du 17 décembre 2003 signé par les directeurs de l'Office fédéral de la justice et de l'ancien Office des réfugiés (ODR).

Lorsque l'Office fédéral de la justice est saisi d'une demande d'arrestation et/ou d'extradition de l'Etat d'origine ou de dernière résidence à l'encontre d'une personne ayant un dossier asile (N-Dossier), il communique au Secrétariat d'Etat aux migrations l'existence d'une telle demande (art. 9 let. c ch. 1 de l'Ordonnance sur le système d'information central sur la migration) et l'invite à lui indiquer l'état de la procédure d'asile et le statut en Suisse de la personne concernée.

S'il apparaît que la personne a été mise au bénéfice de l'asile ou a été reconnue comme réfugié, l'Office fédéral de la justice transmet la requête d'arrestation et/ou d'extradition au Secrétariat d'Etat aux migrations (art. 9 let. c ch. 1 de l'Ordonnance sur le système d'information central sur la migration) en lui demandant si, sur la base des documents transmis, il a l'intention de retirer la qualité de réfugié ou l'asile à la personne concernée. Le Secrétariat d'Etat aux migrations examine si la demande d'extradition se réfère à de nouveaux faits ou s'il s'agit de faits qui correspondent aux motifs allégués par le requérant d'asile et qui avaient donné lieu à la décision en matière d'asile. Si l'objet de la demande d'extradition concerne des faits déjà connus, qu'il n'y a rien de nouveau qui ressorte des actes et que ces faits avaient déjà fait l'objet d'un examen de la part du Secrétariat d'Etat aux migrations, ce dernier communique à l'Office fédéral de la justice qu'une révocation de l'asile respectivement du statut de réfugié sur la base de l'ensemble des actes n'est pas possible. Il s'ensuit que l'Office fédéral de la justice ne pourra pas accorder l'extradition de la personne à l'Etat requérant[57]. L'Office fédéral de la justice et le Secrétariat d'Etat aux migrations devront néanmoins s'assurer que le réfugié avait déjà été mis en garde de manière générale et abstraite dans la décision d'asile que la protection octroyée était limitée au territoire suisse. Si tel n'est pas le cas, le Secrétariat d'Etat aux migrations doit y procéder et en informe l'Office fédéral de la justice[58]. Le but de cette mise en garde est d'éviter d'éventuelles arrestations à l'étranger de réfugiés reconnus par la Suisse.

S'il ressort de la demande d'extradition des faits nouveaux et essentiels dont le Secrétariat d'Etat aux migrations n'avait pas connaissance jusqu'alors, ce dernier examine s'ils sont propres à conduire à une révocation de l'asile au sens de l'article 63 alinéa 1 lettre a LAsi, à une indignité au sens des articles 53 et 63 alinéa 2 LAsi voire encore au retrait du statut de réfugié au sens de l'article 1(F) de la Convention de 1951. Si l'un de ces cas de figure est donné, le Secrétariat d'Etat aux migrations ouvre une procédure *ad hoc*[59]. On se retrouve alors dans le cas de figure où deux procédures sont pendantes simultanément.

[57] Manuel SEM, Article F1, p. 10.
[58] Manuel SEM, Article F1, p. 10.
[59] Manuel SEM, Article F1, pp. 10 et 11.

Lorsque la personne a vu sa demande d'asile rejetée, le juge de l'extradition devra également tenir compte du dossier d'asile pour statuer sur l'extradition en application par analogie de l'article 55a EIMP. En outre, si la personne a été mise au bénéfice d'une admission provisoire, l'Office fédéral de la justice ne pourra pas se départir sans raison de la décision du juge de l'asile (cf. affaire V., ch. 3.3.1, let. v).

Ainsi, même si l'une des procédures est close au moment de l'ouverture de l'autre procédure, cela n'exclut pas qu'une certaine collaboration et donc une certaine coordination soient nécessaires entre les autorités compétentes en matière d'asile et d'extradition (cf. affaires G. et V. [ch. 3.3.1 let. g et v]).

Comme cela a déjà été dit, ce sont les cas où les deux procédures sont pendantes simultanément qui soulèvent les problèmes les plus épineux dans la pratique. La présente étude se concentrera surtout sur cet aspect au moyen d'une analyse critique de l'élaboration et de la mise en oeuvre de la Loi de coordination.

Chapitre 3 Loi fédérale sur la coordination entre la procédure d'asile et la procédure d'extradition: analyse critique

3.1 Remarques liminaires

La Loi fédérale sur la coordination entre la procédure d'asile et la procédure d'extradition du 1er octobre 2010 a été adoptée pour pallier les risques de décisions contradictoires quand les procédures d'asile et d'extradition sont pendantes simultanément ainsi que pour accélérer les procédures concernées. Cinq ans se sont écoulés depuis son entrée en vigueur le 1er avril 2011 et le constat que l'on peut déjà faire c'est que cette loi n'a pas remédié au risque de décisions contradictoires et aux prolongements des procédures. On peut même relever qu'elle a produit des effets indésirables en amenant les autorités compétentes à suspendre les procédures et plus particulièrement le Tribunal fédéral à trancher sur des recours contre des décisions qui n'étaient pas contradictoires.

Pour pouvoir déterminer et comprendre les causes de cet échec partiel, nous allons procéder dans un premier temps à la présentation des choix opérés par le législateur (ch. 3.2.1), pour exposer ensuite les critiques et les commentaires qu'avaient soulevés l'avant-projet de la Loi de coordination dans le cadre de l'audition et des débats parlementaires (ch. 3.2.2 et 3.2.3) et enfin, confronter, par le biais d'une étude de cas, les solutions du législateur avec leur mise en application, mais aussi avec la pratique antérieure à la loi (ch. 3.3.).

3.2 Genèse de la Loi

La Loi fédérale sur la coordination entre la procédure d'asile et la procédure d'extradition du 1er octobre 2010[60] faisait suite, comme on l'a déjà écrit, à des affaires impliquant des demandes d'extradition de requérants d'asile qui avaient défrayé la chronique. Face aux problèmes dus à l'existence de procédures d'extradition et d'asile pendantes simultanément qui avaient donné lieu à des décisions contradictoires, l'ancienne Cheffe du Département fédéral de justice et police, Madame la Conseillère fédérale Eveline Widmer-Schlumpf, instituait le 25 août 2008 un groupe de travail chargé d'étudier des solutions propres à améliorer la coordination entre ces deux procédures et à éviter des décisions contradictoires. Ce groupe de travail formé de représentants du Tribunal pénal fédéral, du Tribunal administratif fédéral, de la Direction du droit international public du Département fédéral des affaires étrangères (DFAE) et du Département fédéral de justice et police (SEM et OFJ) et placé sous la direction de l'Office fédéral de la justice remettait le 18 février 2009 son rapport final assorti de propositions[61]. Le 29 juin 2009, la Cheffe du Département fédéral de justice et police ouvrait la consultation relative à l'avant-projet de loi sous la forme d'une audition[62]. Le terme de l'audition avait été fixé au 28 août 2009. La loi était adoptée le 1er octobre 2010 et est entrée en vigueur le 1er avril 2011.

3.2.1. Rapport explicatif

Le groupe de travail identifiait plusieurs causes aux problèmes de coordination entre les deux procédures et notamment à l'existence de décisions contradictoires. La procédure d'asile et la procédure d'extradition relèvent de deux autorités fédérales différentes qui poursuivent des objectifs différents et obéissent à des règles différentes. D'une part, le Secrétariat d'Etat aux migrations qui statue sur les demandes d'asile avec pour objectif d'accorder protection et refuge au requérant d'asile. D'autre part, l'Office fédéral de la justice qui statue sur les demandes de recherche et d'extradition avec pour but de remettre l'individu poursuivi à l'Etat requérant. En cas de recours, les décisions prises par le Secrétariat d'Etat aux migrations et par l'Office fédéral de la justice sont déférées à des autorités différentes. Les décisions contradictoires ont également pour cause des déficits d'information entre les différentes autorités compétentes en matière d'asile et d'extradition. A cela s'ajoutent des problèmes pratiques dus à l'absence d'interface automatisée entre les banques de données du Secrétariat d'Etat aux migrations et de l'Office fédéral de la justice[63].

Pour pallier ces problèmes de coordination et de décisions contradictoires le groupe de travail analyse quatre stratégies.

Comme première stratégie, le groupe de travail examine la possibilité d'adopter des règles de procédure permettant d'éliminer les déficits d'information affectant les relations entre les autorités compétentes en matière d'asile, d'une part, et d'extradition,

[60] RO 2011 925.
[61] OFJ (juin 2009), p. 4.
[62] Au sens de l'art. 10 de la Loi fédérale du 18.3.2005 sur la procédure de consultation (Loi sur la consultation, LCo; RS 172.061).
[63] OFJ (juin 2009), pp. 4 et 5.

d'autre part, et d'accélérer la procédure d'asile. La seconde stratégie porte sur la modification de la procédure de première instance et de la procédure de recours de manière à éviter que les décisions en matière d'asile et d'extradition soient contradictoires ou à permettre de corriger celles qui le seraient. La troisième stratégie vise l'instauration d'une nouvelle réglementation des compétences du Secrétariat d'Etat aux migrations, de l'Office fédéral de la justice et des deux tribunaux fédéraux de première instance pour l'examen de l'allégation de poursuite pour des motifs politiques, et du Tribunal fédéral qui statue en dernière instance sur la reconnaissance de la qualité de réfugié et l'extradition. Enfin, la quatrième stratégie consiste à examiner la possibilité de suspendre la procédure d'extradition jusqu'à ce que l'autorité de première instance ait rendu une décision dans le cadre de la procédure d'asile.

De l'aveu même du groupe de travail, aucune stratégie ne débouche sur une situation idéale. Ainsi, les solutions qui auraient abouti à un empiètement sur les compétences des deux tribunaux fédéraux de première instance (p. ex. constitution de chambres mixtes) sont écartées pour des considérations touchant leur praticabilité. Le groupe de travail est en effet parvenu au constat que non seulement le système judiciaire comprenant des chambres mixtes est totalement étranger à l'ordre juridique suisse, mais il recèle également le risque que les juges participant aux deux procédures ne doivent être accusés de prévention après leur participation à la première procédure[64]. De plus, la jonction des procédures d'asile et d'extradition au sein du Secrétariat d'Etat aux migrations ou de l'Office fédéral de la justice ou à l'échelon de l'autorité de recours ne se traduirait pas par une véritable amélioration puisqu'elle ne changerait rien au fait que les voies de droit varient en fonction de l'objet de la procédure. Partant, cette solution ne permettait pas d'exclure totalement le risque de décisions contradictoires.

En ce qui concerne la suspension de la procédure d'extradition jusqu'au prononcé d'une décision en matière d'asile par l'autorité de première instance, «elle serait envisageable lorsque le requérant allègue qu'il est poursuivi pour des motifs politiques et que cette allégation n'apparaît pas manifestement infondée. Deux arguments principaux plaident cependant contre cette solution: le facteur temps et le risque d'abus. La durée de la procédure d'extradition serait prolongée et la personne concernée devrait rester plus longtemps en détention aux fins d'extradition car la décision d'extradition ne pourrait être prise ni la procédure de recours engagée, avant qu'une décision exécutoire n'ait été rendue sur la demande d'asile. Une telle situation irait à l'encontre de la maxime de célérité qui s'applique à la procédure d'extradition (art. 17a EIMP). Selon la pratique actuelle, la procédure d'extradition dure jusqu'à la décision arrêtée en dernière instance par le Tribunal fédéral. Si la décision sur recours en matière d'asile est négative, la personne poursuivie peut être extradée immédiatement. Cela ne serait plus guère possible en cas de suspension de la procédure d'extradition puisqu'à la date à laquelle la décision de première instance sur l'asile serait rendue, il n'existerait pas encore de décision d'extradition exécutoire. Dans ces conditions, d'aucuns risqueraient d'abuser de la procédure d'asile pour faire traîner en longueur la procédure d'extradition»[65].

Le groupe de travail opte pour les deux premières stratégies. Ainsi, en vue de remédier aux défauts de coordination entre les procédures d'asile et d'extradition (lorsqu'elles se

[64] Message du CF FF 2010 1333, p. 1340.
[65] Message du CF FF 2010 1333, p. 1341.

déroulent parallèlement) et aux décisions contradictoires, le groupe de travail propose d'ouvrir l'accès au Tribunal fédéral en matière d'asile. Il suggère également de soumettre la procédure d'asile à la maxime de célérité et d'imposer à l'autorité concernée par une procédure l'obligation de prendre en considération le dossier traité par l'autorité compétente dans la seconde procédure en vue d'assurer une meilleure coordination tant en première instance (entre le Secrétariat d'Etat aux migrations et l'Office fédéral de la justice) qu'au stade de la procédure de recours (entre le Tribunal administratif fédéral et le Tribunal pénal fédéral). La mise en oeuvre des stratégies proposées débouche sur l'adoption de la Loi fédérale sur la coordination entre la procédure d'asile et la procédure d'extradition du 1er octobre 2010[66]. Cette loi a ainsi pour buts d'accélérer les procédures d'asile et d'extradition quand les demandes d'extradition et d'asile sont pendantes simultanément, d'optimiser l'échange d'informations entre l'Office fédéral de la justice et le Secrétariat d'Etat aux migrations et d'éviter des décisions contradictoires en permettant la réunification des procédures au niveau du Tribunal fédéral. La novelle a conduit à la modification de la LAsi (nouveaux art. 37 al. 4, 41a, 108a et 109 al. 5), de la Loi du 17 juin 2005 sur le Tribunal fédéral (LTF; nouveaux art. 83 let. d ch. 1 et 107, al. 3)[67] et de l'EIMP (nouvel art. 55a nouveau).

3.2.2 Rapport sur les résultats de l'audition

Trente-huit organisations et institutions ont été invitées à se prononcer sur l'avant-projet de Loi de coordination. Seize se sont exprimées quant au fond. Un parti politique et une association ont fait parvenir une prise de position spontanée[68].

L'avant-projet fait l'objet de prises de position controversées. Une minorité des participants salue le projet proposé qui visait à supprimer les lacunes dans la coordination entre les deux procédures. En revanche, pour la majorité, cette révision est superflue vu le nombre restreint de problèmes concernés par les procédures d'asile et d'extradition menées en parallèle. La plupart des opposants au projet accepteraient, dans le cas d'une révision de la loi, que l'accès aux dossiers soit réglementé et que la procédure d'asile soit soumise à la maxime de célérité. Ils rejettent par contre catégoriquement l'ouverture d'une voie de recours au Tribunal fédéral. Ils plaident pour une suspension de la procédure d'extradition jusqu'à ce qu'une décision ayant force de chose jugée soit rendue sur la qualité de réfugié et demandent que la primauté du droit d'asile soit inscrite dans la loi[69].

Parmi ces prises de position, il y a lieu de s'arrêter plus longuement sur celles de la Section suisse de la Commission internationale des juristes (CIJ-CH), du Haut Commissariat des Nations Unies pour les réfugiés et de l'Organisation suisse d'aide aux réfugiés (OSAR).

[66] RO 2011 925.
[67] RS 173.110.
[68] OFJ (septembre 2009), pp. 2 et 3.
[69] OFJ (septembre 2009), p. 3.

Pour la Section suisse de la Commission internationale des juristes, les articles 41a et 108a LAsi et 55a EIMP doivent être complétés en prévoyant qu'un échange de vues doit impérativement avoir lieu lorsqu'une autorité ne porte pas le même jugement sur l'applicabilité du principe de non-refoulement que l'autorité chargée de la procédure parallèle encore en cours. Dans un tel cas de figure, la personne concernée doit être entendue[70]. En outre, la coordination ne doit pas seulement être formelle mais elle doit aussi concerner le contenu. En d'autres termes, «si l'une des autorités juge que le principe de non-refoulement est applicable, les autorités qui traitent la procédure parallèle doivent se ranger à cet avis de manière que l'extradition ou le refoulement ne puisse avoir lieu dans aucune des deux procédures»[71].

Dans sa prise de position, le Haut Commissariat des Nations Unies pour les réfugiés salue l'introduction de dispositions sur l'échange d'information et le principe de célérité. En revanche, il formule la crainte «qu'une réunion des procédures d'asile et d'extradition au niveau du Tribunal fédéral n'entraîne une mise à égalité des biens juridiques de ces deux procédures, à savoir l'intérêt à la poursuite pénale et celui de la protection contre la persécution de la personne demandant l'asile. Le [Haut Commissariat des Nations Unies pour les réfugiés] considère qu'un tel effet serait préoccupant, puisque dans la pesée des intérêts, la protection de la personne doit clairement avoir la priorité, afin de pouvoir exclure le risque de violation du principe de non-refoulement»[72]. Il regrette dès lors qu'en réunissant les procédures au niveau du Tribunal fédéral l'avant-projet n'ait pas suivi le principe du maintien de deux procédures parallèles[73]. Il déplore également que l'importance accordée au risque de refoulement indirect dans la procédure d'extradition n'apparaisse pas clairement dans l'avant-projet pour les cas où l'autorité compétente en matière d'asile devait décider de ne pas entrer en matière sur la demande d'asile en vertu de la Convention de Dublin[74]. En ce qui concerne le Tribunal fédéral, là aussi le Haut Commissariat pour les réfugiés regrette que l'avant-projet ne clarifie pas la manière dont le Tribunal fédéral doit régler les cas qui lui seront déférés. Il n'exclut pas non plus que des décisions contradictoires pourraient également être rendues par le Tribunal fédéral. En outre, des décisions apparemment contradictoires rendues dans les procédures d'asile et d'extradition seraient inévitables même si le Tribunal fédéral fait office d'instance supplémentaire. Aux yeux du Haut Commissariat des Nations Unies pour les réfugiés, l'avant-projet proposé ne permet donc pas de résoudre les problèmes de décisions contradictoires. Il risquerait même d'en créer d'autres[75]. En outre, le «Tribunal fédéral ne dispose d'aucune expertise en matière d'asile dans la mesure où (...) [depuis qu'il existe], il n'est jamais entré dans ses attributions de connaître des recours en la matière. Le très faible nombre de cas par année générerait par conséquent, proportionnellement, une charge de travail relativement importante pour le Tribunal fédéral, car il s'agirait pour lui d'une nouvelle matière, bien qu'il se soit déjà penché sur la question du non-refoulement»[76]. Enfin, le Haut Commissariat pour les réfugiés ne peut exclure que l'avant-projet ne créera une insécurité juridique pour les demandes d'asile semblables mais où le

[70] OFJ (septembre 2009), p. 5.
[71] OFJ (septembre 2009), p. 5.
[72] HCR (prise de position) no 22, p. 10.
[73] HCR (prise de position) no 22, p. 10.
[74] HCR (prise de position) no 23, p. 10.
[75] HCR (prise de position) no 24, p. 10.
[76] HCR (prise de position) no 25, pp. 10 et 11.

requérant d'asile ne ferait pas l'objet d'une demande d'extradition. La pratique du Tribunal fédéral pourrait ainsi s'écarter de celle du Tribunal administratif fédéral qui statue sur la grande majorité des demandes d'asile[77].

Sur le principe, l'Organisation suisse d'aide aux réfugiés estime que la modification de la loi n'apparaît pas nécessaire au vu du nombre peu élevé de cas concernés. Néanmoins, dans l'hypothèse où la loi devait quand même être modifiée pour coordonner les deux procédures, elle suggère de repousser la procédure d'extradition en principe jusqu'à décision définitive sur la procédure d'asile parallèle. Elle rejette en outre la proposition d'instaurer le Tribunal fédéral comme troisième instance, car cette solution enverrait un signal problématique du point de vue de l'égalité devant la loi et de la sécurité du droit, du principe de l'égalité de traitement et des règles de compétence de la juridiction[78].

Pour l'Organisation suisse d'aide aux réfugiés, la pratique antérieure au projet de loi était suffisamment justifiée et aboutissait à des solutions adéquates notamment en ce qui concerne la protection du réfugié, vu que la décision sur la qualité de réfugié prime la décision sur l'extradition[79]. En outre, «c'est dans le cadre d'une procédure d'instruction complexe que l'on constate si une personne remplit les conditions du statut de réfugié. Pour cela, la limite entre la poursuite pénale légitime et la poursuite illégitime concernant un réfugié est liée pour les autorités spécialisées de l'asile à des grandes exigences dans la pratique». L'appréciation [du motif de la poursuite] présuppose des connaissances détaillées du système politique et du système judiciaire dans les pays d'origine des requérants d'asile. La réponse à cette question juridique implique aussi un examen approfondi et exact des faits. Pour cette raison, il est particulièrement important que ces questions soient confiées à une autorité spécialisée resp[ectivement] à un tribunal spécialisé et non pas à des autorités ou tribunaux qui ne sont confrontés qu'occasionnellement à de telles questions. [Etant donné que l'article 59] LAsi prévoit qu'une décision sur le statut de réfugié est impérative pour toutes les autorités et tous les tribunaux cantonaux et fédéraux de Suisse[, i]l est dès lors important qu'un office spécialisé avec les connaissances correspondantes et l'expérience correspondante prenne la décision sur la question du statut de réfugié. Ceci correspond du reste aux exigences [du Haut Commissariat des Nations Unies pour les réfugiés] d'une procédure efficace pour constater le statut de réfugié. Dans des procédures d'asile et d'extradition parallèles on ne peut pas déroger à ce principe (...). C'est pourquoi, du point de vue de [l'Organisation suisse d'aide aux réfugiés], seules les autorités en matière d'asile devraient décider sur la question du statut de réfugié, et cela aussi pour les personnes ayant une demande d'extradition»[80]. L'OSAR propose par conséquent de suspendre la procédure d'extradition en principe jusqu'à décision définitive du Secrétariat d'Etat aux migrations respectivement du Tribunal administratif fédéral et d'introduire dans l'EIMP une disposition correspondant à l'article 59 LAsi[81].

[77] HCR (prise de position) no 25, p. 11.
[78] OSAR (2009), pp. 1 et 2.
[79] OSAR (2009), p. 2.
[80] OSAR (2009), pp. 3 et 4.
[81] OSAR (2009), p. 4.

L'Organisation suisse d'aide aux réfugiés rejette la proposition d'instaurer le Tribunal fédéral comme instance de recours aux motifs que «deux autorités différentes prennent des décisions sur les mêmes questions avec une approche différente»[82] et que le Tribunal fédéral n'a pas de connaissances particulières en matière d'asile, qu'il n'y aura pas d'accélération de la procédure et que cela créera une inégalité de traitement.

Ainsi pour l'Organisation suisse d'aide aux réfugiés, «[l]e problème principal avec les procédures d'asile et d'extradition parallèles ne réside que superficiellement dans la longue durée de la procédure et de la détention en vue d'extradition»[83]. En outre, selon l'Organisation suisse d'aide aux réfugiés, «[l]e rapport explicatif passe sous silence la cause principale du conflit: deux autorités différentes prennent des décisions sur les mêmes questions avec une approche différente»[84]. On aurait d'un côté des autorités compétentes en matière d'extradition (OFJ et TPF) «qui évaluent une demande d'extradition sous l'angle de la poursuite pénale et de l'entraide réciproque en matière pénale. Des relations de politique extérieure et un bon rapport avec l'Etat requérant l'extradition jouent ici un rôle, d'autant plus que l'entraide en matière pénale peut aussi reposer sur le principe de la réciprocité»[85]. De l'autre, on trouve la procédure d'asile centrée sur «[l]a protection de la personne contre la persécution [avec des autorités (Secrétariat d'Etat aux migrations et Tribunal administratif fédéral) qui] doivent examiner entre autres si le requérant est menacé d'une poursuite pertinente au sens de l'asile par les autorités du pays d'origine»[86]. Il faut décider en particulier si la personne est légitimement ou illégitimement poursuivie. «Dans cette appréciation, les autorités en matière d'asile disposent d'une grande expérience et des connaissances spéciales nécessaires; en particulier elles ont accès aux informations importantes et peuvent ainsi apprécier exactement quels Etats ne respectent pas les droits de l'homme et comment se déroulent les procédures pénales conformes aux droits de l'homme. Dans ce contexte le fait de pouvoir aussi demander dans la procédure d'asile des garanties de l'Etat requérant, en particulier pour le respect des droits fondamentaux, est aussi significatif. Ces assurances diplomatiques peuvent suffire aux autorités d'extradition, elles sont toutefois extrêmement problématiques du point de vue du [Haut Commissariat des Nations Unies pour les réfugiés], car les Etats extradant ne peuvent ni contrôler ni exiger l'observation de ces assurances non impératives juridiquement, ni protéger les personnes concernées une fois l'extradition intervenue. Aux yeux du Tribunal administratif fédéral, ces assurances n'ont par conséquent qu'une portée très réduite pour la procédure d'asile (...). Ces différents points de vue entraînent des frictions et des jugements différents. Cette situation atteste toutefois aussi que la prise en considération d'intérêts juridiques différents peut et doit conduire à des résultats différents dans un Etat de droit. La procédure proposée n'entraînera aucune accélération. Surtout parce que le Tribunal fédéral n'a pas de connaissances particulières dans les questions de l'asile, il ne sera guère en mesure de prendre rapidement une décision fondée. Même si le Tribunal fédéral peut juger uniquement la violation du droit fédéral et du droit international (art. 95 LTF), il doit forcément s'occuper des conditions de fait effectives dans les Etats qui déposent une demande d'extradition, pour pouvoir juger si la poursuite pénale est légitime ou non. [De l'avis de l'Organisation suisse d'aide aux réfugiés], il

[82] OSAR (2009), p. 6.
[83] OSAR (2009), p. 6.
[84] OSAR (2009), p. 6.
[85] OSAR (2009), p. 6.
[86] OSAR (2009), p. 6.

n'est donc pas judicieux de confier au Tribunal fédéral cette tâche exigeante et difficile pour si peu de cas, d'autant plus que c'est justement dans ces cas-là qu'il est difficile de séparer les questions de droit et de fait»[87].

3.2.3 Message du Conseil fédéral et phase parlementaire

Le 24 février 2010, le Conseil fédéral (CF) soumet au Parlement le projet de loi. Dans son message il prend position sur les opinions de la Section suisse de la Commission internationale des juristes et de l'Organisation suisse d'aide aux réfugiés comme suit.

Le Conseil fédéral rejette la proposition d'introduire dans la loi une obligation pour les autorités de procéder à un échange de vues impératif en cas de divergence d'opinions quant à l'applicabilité du principe de non-refoulement. Pour le Conseil fédéral, «un tel échange de vues a déjà lieu à intervalles réguliers entre [les autorités de première instance compétentes] lorsqu'une procédure d'asile et une procédure d'extradition se déroulent parallèlement. En revanche, il n'est pas admissible que les autorités judiciaires échangent leurs points de vue sur le fond, car il y va du respect de la maxime d'impartialité. En outre, la proposition semble méconnaître qu'il est très rare que [les deux procédures] soient ouvertes et closes aux mêmes dates, ce qui restreint l'utilité d'un échange de vues obligatoire»[88].

Le Conseil fédéral estime ensuite contreproductif, selon les circonstances, d'instaurer une obligation pour la seconde autorité de se ranger à l'avis de la première concernant l'applicabilité du principe de non-refoulement. Cette obligation aurait pour conséquence d'empêcher la seconde autorité de statuer en tenant compte de faits nouveaux propres à justifier l'inapplicabilité du principe de non-refoulement si la procédure d'asile et la procédure d'extradition sont séparées par une période relativement longue. «[Cette solution] serait, à la grande rigueur, admissible dans les cas où la procédure de première instance et celle de seconde instance s'ouvrent et se clôturent en même temps, ce qui constitue l'exception»[89].

S'agissant de la suspension de la procédure d'extradition en faveur de la procédure d'asile jusqu'à ce qu'une décision ayant force de chose jugée ait été rendue sur la qualité de réfugié, le Conseil fédéral, tout en comprenant une telle approche, «estime qu'une suspension de procédure n'est pas une solution satisfaisante. Plaident notamment contre elle le facteur temps et le risque d'abus»[90].

Enfin, en ce qui concerne la consécration dans la loi de la primauté du droit en matière d'asile en introduisant dans la LAsi un article 6a qui prévoirait que les décisions relatives à la qualité de réfugié, l'octroi ou le refus de l'asile et le renvoi seront prises exclusivement par le Secrétariat d'Etat aux migrations et le Tribunal administratif fédéral, le Conseil fédéral, eu égard à la solution de la voie de recours au Tribunal fédéral, juge que cette disposition n'a guère de sens. Même si le Parlement écarte la

[87] OSAR (2009), pp. 6 et 7.
[88] Message du CF FF 2010 1333, p. 1347.
[89] Message du CF FF 2010 1333, p. 1348.
[90] Message du CF FF 2010 1333, p. 1348.

solution du Tribunal fédéral comme dernière instance de recours, «la règlementation proposée serait superfétatoire puisque, selon le droit en vigueur, le Tribunal fédéral n'a pas la compétence de rendre des décisions en matière d'asile»[91].

La future loi a été débattue lors des sessions parlementaires d'été et d'automne 2010. Devant le Conseil des Etats, l'entrée en matière a été décidée sans opposition. Devant le Conseil national, une minorité a proposé de ne pas entrer en matière. Parmi les motifs avancés, la conseillère nationale Silvia Schenker considérait qu'il est important qu'une autorité spécialisée avec des compétences spécifiques traite les cas d'asile et que cela soit toujours ainsi même pour les cas asile-extradition. Le fait de confier au Tribunal fédéral la compétence de statuer sur des recours violerait le principe d'égalité de traitement et pourrait avoir des conséquences néfastes pour l'unité et l'acceptation de la jurisprudence du Tribunal administratif fédéral. Le conseiller national Andy Tshümperlin critiquait également l'instauration du Tribunal fédéral comme instance de recours[92].

3.2.4 Commentaires sur le projet de Loi fédérale sur la coordination entre la procédure d'asile et la procédure d'extradition

Les solutions adoptées par le législateur appellent les commentaires suivants.

La Loi de coordination ne règle explicitement que les cas où les deux procédures d'asile et d'extradition sont pendantes simultanément. Or, un besoin de coordination peut aussi se faire sentir lorsque l'une des procédures est close en vue notamment d'éviter l'arrestation à l'étranger d'un réfugié reconnu ou de révoquer l'asile. On peut donc légitimement se demander s'il n'aurait pas été plus judicieux que le législateur saisisse l'occasion de l'élaboration de la Loi de coordination pour régler les autres cas asile-extradition qui nécessitent une coordination, à tout le moins une collaboration entre les autorités concernées.

La Loi de coordination maintient la solution qui prévalait au moment de son élaboration, à savoir que deux autorités différentes vont examiner dans des procédures distinctes les mêmes questions.

A première vue les autorités concernées agissent de manière indépendante et les deux procédures sont sur pied d'égalité. Cette première impression passée, on se rend plutôt compte qu'elles ne sont pas aussi indépendantes puisqu'elles doivent tenir compte du dossier constitué dans l'autre procédure et qu'elles ne peuvent pas se départir sans raison de l'appréciation et le cas échéant de la décision prise par l'autre autorité. En outre, avec l'article 59 LAsi, la solution suisse consacre la primauté de la procédure d'asile sur la procédure d'extradition. Une telle primauté est même revendiquée par le Tribunal administratif fédéral lorsqu'il prétend que le pouvoir d'examen du juge de l'asile est plus large que celui du juge de l'extradition (comme on le verra à l'occasion de l'étude de cas et notamment de l'affaire N. [ch. 3.3.1, let. n]).

---

[91] Message du CF FF 2010 1333, pp. 1348 et 1349.

[92] Bulletin du Conseil national, Session d'automne 2010, sixième séance. http://www.parlament.ch/ab/frameset/f/n/4815/334353/f_n_4815_334353_334563.htm.

Avec le maintien du *statu quo ante*, on peut donc légitimement douter, à l'instar du Haut Commissariat des Nations Unies pour les réfugiés, que les problèmes de coordination et de décisions contradictoires seront résolus dans la mesure où des autorités différentes continueront à examiner, chacune de son côté et selon son optique, les mêmes questions. L'instauration de la voie de recours au Tribunal fédéral en matière d'asile ne permettra pas non plus de remédier aux décisions contradictoires comme nous le verrons avec les affaires N. et V. (cf. ch. 3.3.1, let. n et v). Ce risque a également été souligné par le Haut Commissariat pour les réfugiés et l'Organisation suisse d'aide aux réfugiés ainsi que par Häberli, mais pour d'autres motifs encore.

Selon Häberli, l'introduction de la voie de recours au Tribunal fédéral en matière d'asile prévue à l'article 83 lettre d chiffre 1 LTF ne permet pas de bannir le danger de décisions contradictoires lorsqu'en procédure d'extradition, le Tribunal fédéral n'entre pas en matière sur le recours en raison de l'article 84 alinéa 1 LTF qui limite l'accès au Tribunal fédéral au cas particulièrement important. Le législateur n'a ni adapté l'article 83 lettre d chiffre 1 LTF, ni précisé ce qu'englobe la notion de cas particulièrement important. Il s'ensuit que le but de l'article 83 lettre d chiffre 1 LTF ne peut être rempli que si le Tribunal fédéral, dans de telles constellations et sans considération de la circonstance que l'article 84 LTF n'a pas été modifié, part du principe qu'il s'agit pour l'extradition d'un cas particulièrement important[93]. Häberli est même de l'avis que la compétence donnée au Tribunal fédéral de connaître d'un recours en matière d'asile contre l'arrêt du Tribunal administratif fédéral pourrait créer de nouveaux problèmes de coordination dans d'autres domaines, dès lors que le Tribunal fédéral sera contraint de juger ponctuellement sur des questions d'asile sans pouvoir influer sur la pratique de manière véritablement durable[94].

Néanmoins, l'instauration du Tribunal fédéral comme dernière instance de recours commune démontre que l'unification des deux procédures n'est pas impossible. Pour des motifs d'économie de procédure, on peut se demander si une telle unification au niveau déjà des autorités de première instance (OFJ et SEM) ou l'ancrage dans la loi d'une véritable priorité en faveur de l'une des deux procédures n'aurait pas été préférable vu l'identité des questions qui se posent.

Quant aux solutions prévues pour l'accélération des procédures et l'échange d'informations, elles ont été saluées par les organisations et les institutions ayant participé à la procédure d'audition. Dans les faits, la Loi de coordination n'a non seulement rien changé à la pratique d'échanges d'informations, mais on peut également douter que l'ancrage dans l'EIMP et la LAsi de l'obligation de célérité puisse véritablement conduire à une accélération des procédures au vu de la complexité des questions qui se posent en la matière (risque de persécution, risque de mauvais traitements, poursuite discriminatoire, etc.).

A l'instar de l'Organisation suisse d'aide aux réfugiés, il y a lieu de regretter que la manière dont les autorités compétentes établissent et apprécient les faits n'a pas fait pas partie des stratégies étudiées par le législateur. Or, cet aspect aurait mérité d'être

[93] HÄBERLI no 132d, p. 1049.
[94] HÄBERLI, no 132c, pp. 1048 et 1049.

approfondi car, comme nous le verrons, toute la problématique des décisions contradictoires repose justement sur la manière d'établir et d'apprécier les faits. On peut également regretter que l'idée formulée par l'Organisation suisse d'aide aux réfugiés d'instaurer une autorité spécialisée pour traiter les questions complexes qui se posent en la matière n'ait pas non plus été exploitée. On aura l'occasion d'y revenir dans la sixième partie de ce travail.

Enfin, l'idée formulée par la Section suisse de la Commission internationale des juristes d'obliger les autorités compétentes à procéder à des échanges de vues sur le fond aurait aussi mérité d'être approfondie. Mais, à notre avis, cet échange devrait plutôt cibler l'appréciation des risques encourus en cas de refoulement et ainsi porter sur la situation des droits de l'homme dans l'Etat d'origine, sur la vérification des allégations de la personne ou encore sur les questions à poser aux Ambassades suisses pour leurs évaluations de la situation concrète de l'individu, tout ceci pour éviter des différences déjà au niveau de l'établissement des faits.

Cinq ans se sont écoulés depuis l'entrée en vigueur de la Loi de coordination. Etant donné le peu de recul et l'existence pour l'heure que de rares arrêts rendus par le Tribunal fédéral, il est encore trop tôt pour tirer des conclusions ou des tendances définitives. On peut notamment procéder aux constats suivants.

Même si par le passé les autorités compétentes procédaient déjà à des échanges d'informations et se mettaient déjà à disposition leur dossier, force est de constater que la Loi de coordination les a rendus obligatoires et donc systématiques. La mise à disposition des dossiers n'a toutefois pas empêché que des décisions contradictoires aient été prises comme nous le verrons dans l'affaire N. (cf. ch. 3.3.1 let. n] ci-dessous).

On relève ensuite que le Tribunal administratif fédéral éprouve des difficultés à s'en tenir au principe de célérité[95] et que dans plusieurs affaires asile-extradition, le Tribunal pénal fédéral (cf. affaire N., ch. 3.3.1 let. n), le Tribunal fédéral (cf. affaire L., ch. 3.3.1 let. l), le Tribunal administratif fédéral (cf. affaire P., ch. 3.3.1 let. p) et le Tribunal fédéral (cf. affaire Q., ch. 3.3.1 let. q) ont suspendu l'examen des recours. Ces décisions de suspension vont à l'encontre de la volonté du législateur[96] et portent atteinte au principe de célérité. Elles répondent toutefois à des considérations pratiques en permettant notamment au Tribunal fédéral de ne pas rendre des décisions contradictoires. Sur ce point, les craintes formulées par Häberli de voir le Tribunal fédéral se contredire ne se sont donc pour l'heure pas concrétisées dans la pratique.

La difficulté de s'en tenir à l'obligation de célérité et la suspension des procédures démontrent non seulement la complexité de ces cas asile-extradition, mais révèlent peut-être également la crainte des autorités d'être désavouées. On imaginerait en effet mal le Tribunal fédéral confirmer une décision d'extradition avant que le Tribunal administratif fédéral n'ait tranché sur le recours en matière d'asile et ainsi prendre le risque que le Tribunal administratif fédéral octroie l'asile à la personne. On serait donc non seulement en présence de décisions contradictoires, mais aussi dans la situation

[95] Cf. not. ATF 138 II 513 et arrêt du TF 1C_218/2014 du 25.6.2015.
[96] OFJ (2009), pp. 8 et 9.

ubuesque que le Tribunal administratif fédéral — autorité inférieure — désavoue et lie le Tribunal fédéral par sa décision.

On peut dès lors légitimement se demander si l'ancrage dans la loi de l'obligation de célérité et le rejet de la solution de la suspension des procédures répondaient vraiment aux besoins des praticiens.

S'agissant des décisions contradictoires, comme le pressentait le Haut Commissariat des Nations Unies pour les réfugiés, elles n'ont pas disparu avec l'adoption de la Loi de coordination. On trouve deux exemples dans la jurisprudence fédérale. Dans un cas le Tribunal fédéral n'avait pas pu y remédier, car il n'avait pas été saisi d'un recours contre l'arrêt du Tribunal administratif fédéral accordant l'asile alors que l'Office fédéral de la justice avait accordé l'extradition. Il s'agit de l'affaire N. (ch. 3.3.1, let. n). Dans le second cas, le Tribunal fédéral avait statué sur un recours en matière d'extradition où les décisions de l'Office fédéral de la justice et du Tribunal pénal fédéral contredisaient une décision rendue par le Secrétariat d'Etat aux migrations. Il s'agit de l'affaire V. (ch. 3.3.1, let. v). A l'exception de ces deux cas, à ce jour le Tribunal fédéral a surtout été amené à trancher des recours qui ne concernaient pas des décisions contradictoires (l'asile avait été refusé et l'extradition accordée; cf. affaires L. et S., ch. 3.3.1 let. l et s)[97].

Au vu de ce qui précède on peut donc déjà affirmer que non seulement la Loi de coordination n'a pas pour l'heure apporté tous les fruits attendus, mais elle a aussi eu des effets indésirables.

3.3 Etude de cas

Lors de l'élaboration de la Loi de coordination, le groupe de travail qui avait été mis en place avait fait référence à quatre affaires. Ces dernières concernaient deux requérants d'asile visés par des demandes d'extradition de l'Albanie (affaires A. et B., ch. 3.3.1, let. a et b)[98], un requérant d'asile visé par une demande d'extradition de la Turquie (affaire C., ch. 3.3.1, let. c)[99] et un requérant d'asile visé par une demande d'extradition de la Croatie (affaire D., ch. 3.3.1, let. d)[100]. Il ne ressort pas du message accompagnant le projet de Loi de coordination que le groupe de travail chargé de l'élaboration de la loi s'était livré à une analyse de ces affaires. Or, une analyse des affaires A., B. et C. permet de constater que dans les cas A. et B., il n'y avait pas en soi de décisions contradictoires. En effet, l'Office fédéral de la justice et le Secrétariat d'Etat aux migrations avaient accordé l'extradition, respectivement refusé l'asile. Sur recours contre la décision d'extradition, le Tribunal fédéral n'avait pas exclu le risque d'une poursuite politique et de torture renvoyant l'affaire à l'Office fédéral de la justice pour nouvelle décision. De son côté, l'ancienne Commission de recours en matière d'asile, sans attendre la nouvelle décision de l'Office fédéral de la justice, accordait l'asile à A.

[97] Arrêt du TF 1C_698/2013 du 23.9.2014.
[98] Cf. Arrêt du TF 1A.129/2004 et 1A.131/2004 du 8.7.2004.
[99] OFJ (2009), p. 6; ATF 133 IV 76 (1A.181/2006 et 1A.211/2006 du 23.1.2007); Arrêt du TAF E-4286/2008 du 17.10.2008.
[100] TPF 2008 56 (RR.2008.46 + RP.2008.11 du 22.4.2008).

et à B. Dans l'affaire C., l'Office fédéral de la justice et le Secrétariat d'Etat aux migrations avaient respectivement accordé l'extradition et refusé l'asile. Le Tribunal fédéral rejetait le grief de délit politique mais exigeait des garanties supplémentaires de la Turquie. De son côté, le Tribunal administratif fédéral admettait le recours et invitait le Secrétariat d'Etat aux migrations à accorder l'asile. Il n'y avait pas non plus en soi de décisions contradictoires. Ces affaires montrent que l'existence de procédures parallèles et l'identité des questions examinées par des autorités différentes n'expliquent donc pas tous les problèmes rencontrés dans ces affaires. Il s'avère par contre que la manière dont les juges de l'extradition et de l'asile avaient établi et apprécié les faits permet d'expliquer ces décisions. Enfin, l'affaire D. ne posait pas de problème de décisions contradictoires, mais de durée de la procédure d'asile par rapport à la procédure d'extradition qui avait conduit à la mise en liberté de D. La question se pose ainsi de savoir si lors de l'élaboration de la Loi de coordination les vraies causes des décisions contradictoires ont bien été identifiées. Pour y répondre, il paraissait utile de procéder à l'analyse des affaires A., B., C., et D., mais aussi de l'étendre à d'autres dossiers asile-extradition.

Certains des cas qui vont être analysés ci-dessous étaient clos au moment de l'entrée en vigueur de la Loi de coordination. D'autres étaient pendants. D'autres dossiers ont été ouverts après l'entrée en vigueur de la loi. En examinant les dossiers à disposition, il est apparu que dans des cas antérieurs à l'entrée en vigueur de la loi, les autorités compétentes en matière d'asile et d'extradition collaboraient déjà étroitement, ce qui avait abouti à des coordinations réussies. Il paraissait donc aussi utile de présenter également des exemples de bonnes pratiques.

Selon le Haut Commissariat des Nations Unies pour les réfugiés, le pouvoir d'examen du juge de l'extradition est limité à la demande d'extradition. Cette opinion a trouvé un écho dans un arrêt du Tribunal administratif fédéral du 7 juillet 2014[101] (affaire N., ch. 3.3.1, let. n). En vue de confirmer ou d'infirmer cette opinion, il est également apparu nécessaire de présenter deux cas où la personne concernée n'avait pas déposé de demande d'asile, mais alléguait dans le cadre de la procédure d'extradition être victime d'une poursuite pour des motifs politiques et craignait de subir une atteinte à son intégrité en cas de remise à l'Etat requérant (affaires W. et X., ch. 3.3.2, let. a et b).

Nous allons dans les prochains paragraphes présenter les résultats de cette étude de cas. Celle-ci débute par les quatre cas mentionnés dans le message du Conseil fédéral accompagnant la Loi de coordination (affaires A. à D.). Elle est suivie par l'examen d'autres cas asile-extradition (affaires E. à V.). Elle se termine avec la présentation des dossiers d'extradition uniquement (affaires W. et X.) qui servent ici en quelque sorte de variables neutres pour mieux mettre en évidence le pouvoir d'examen du juge de l'extradition.

[101] ATAF 2014/29 (E-6021/2012).

Pour procéder à cette analyse, l'auteur du présent travail a pu consulter divers dossiers d'asile et d'extradition en tant que collaborateur de l'Unité extraditions de l'Office fédéral de la justice. Afin de ne pas violer le secret de fonction, il a été procédé à l'anonymisation des données. Les références aux faits, aux dates et aux noms des Etats proviennent de la jurisprudence publiée. Pour les affaires qui n'ont pas donné lieu à une telle publication, elles ont été décrites de manière à éviter dans la mesure du possible toute identification.

3.3.1 Analyse de dossiers asile-extradition

a) Affaire A.: décisions *a priori* contradictoires

Le cas de A. et l'affaire B. ci-dessous concernent le même complexe de faits. Pour des raisons rédactionnelles, ils font l'objet de deux chiffres différents.

L'affaire A. est antérieure à l'entrée en vigueur de la Loi de coordination.

A. fait l'objet d'une demande d'arrestation et d'extradition de la part de l'Albanie qui lui reproche, ainsi qu'à B., d'avoir fait partie d'une bande ayant commis notamment des brigandages. Le 6 février 2004, A. est arrêté avec B. en vue d'extradition. La veille A. et B. avaient déposé une demande d'asile en Suisse. A. recourt au Tribunal fédéral contre le mandat d'arrêt en vue d'extradition. Le recours est rejeté par arrêt du 12 mars 2004[102]. Le 12 mars 2004, le Secrétariat d'Etat aux migrations lui refuse l'asile ainsi qu'à B. Le 23 avril 2004, l'Office fédéral de la justice décide d'accorder leur extradition. Ainsi, dans ces affaires, il n'y avait pas de décisions contradictoires au niveau des autorités de première instance. A. et B. recourent contre les décisions de refus de l'asile et d'octroi de l'extradition. En seconde instance, toujours sur la base des mêmes faits, le Tribunal fédéral admet par arrêts du 8 juillet 2004[103] les recours contre les décisions d'extradition et renvoie les causes à l'Office fédéral de la justice pour nouvelles décisions. Le 13 septembre 2004, l'ancienne Commission de recours en matière d'asile admet les recours contre le refus de l'asile. Au niveau des instances de recours on se trouve à première vue en présence de décisions contradictoires. Toutefois, un examen plus approfondi de ces arrêts permet de relever que ces deux instances de recours étaient parvenues pratiquement aux mêmes constats.

En vue de déterminer les raisons qui ont conduit aux différentes décisions et de mettre en évidence le pouvoir d'examen des juges de l'extradition et de l'asile, il sera procédé ci-dessous à l'examen de la décision d'extradition de l'Office fédéral de la justice, des arrêts du Tribunal fédéral du 12 mars 2004[104] et du 8 juillet 2004[105] ainsi que de l'arrêt de l'ancienne Commission de recours en matière d'asile du 13 septembre 2004.

Dans son arrêt du 12 mars 2004[106], le Tribunal fédéral rejette le recours après avoir considéré que les allégations de A. ne pouvaient faire l'objet du recours contre le mandat

[102] 8G.20/2004.
[103] 1A.129/2004 et 1A.131/2004.
[104] 8G.20/2004.
[105] 1A.131/2004.
[106] 8G.20/2004.

d'arrêt en l'absence d'alibi et de motif d'irrecevabilité manifeste de la demande d'extradition soulevés par A. Il en allait de même des pièces déposées par le recourant (documents, articles de journaux, bandes vidéos, disquettes, actes de la procédure d'asile et divers jugements albanais).

Par arrêt du 8 juillet 2004[107], soit moins de quatre mois après l'arrêt du 12 mars 2004[108], le Tribunal fédéral annule la décision d'extradition alors même que A. faisait valoir des griefs et des moyens de preuve identiques dans les deux recours. Pour comprendre les motifs qui ont conduit le Tribunal fédéral à cette annulation, il y a lieu de revenir sur la décision de l'Office fédéral de la justice.

Dans sa décision, l'Office fédéral de la justice accorde l'extradition de A. en estimant qu'il n'est pas victime d'une poursuite politique ou d'une poursuite pour des motifs politiques, ni ne risque une aggravation de sa situation pour de tels motifs. Pour l'Office fédéral de la justice A. n'a pas démontré qu'il y a danger d'atteinte à ses droits, notamment qu'il risque de disparaître en cas d'extradition. Pour écarter l'existence de tels risques, l'Office fédéral de la justice relève que l'Albanie a ratifié la CEDH et qu'elle est donc présumée la respecter, que l'annulation du jugement du tribunal de première instance albanais démontre le bon fonctionnement et l'indépendance des tribunaux albanais, que l'intérêt de la presse pour l'affaire constitue une garantie pour le respect des droits de procédure, que la représentation suisse en Albanie est déjà informée de l'affaire et qu'elle a la possibilité de suivre le procès, que les autorités albanaises ont fourni des assurances que la procédure se déroulera conformément aux droits de l'homme et aux droits de la défense et que d'autres garanties peuvent lui être demandées.

Dans son arrêt du 8 juillet 2004, le Tribunal fédéral part de la prémisse qu'il incombe en premier lieu au recourant de collaborer et de rendre vraisemblable qu'il est victime d'une poursuite politique. S'il peut indiquer des circonstances ou des documents faisant ressortir un tel soupçon, il revient alors à l'Office fédéral de la justice de vérifier de telles indications et si nécessaire de demander des documents complets (consid. 3.1). S'il existe des motifs d'admettre que le fugitif peut être dans l'Etat requérant traité d'une manière contraire à l'ordre public international, l'extradition doit être refusée (consid. 3.1.1).

En l'espèce A. a déposé une copie du jugement du tribunal de première instance albanais qui avait blanchi les recourants. Sur recours d'un procureur, ce jugement a été par la suite annulé. Même si ce jugement ne fait pas l'objet de la demande d'extradition, le Tribunal fédéral considère qu'il doit être pris en compte pour apprécier l'existence d'une poursuite pour des motifs politiques respectivement l'existence de violations des droits de l'homme et de procédure. L'avocat de B. a quant à lui transmis des copies de plusieurs procès-verbaux d'audition établis dans le cadre de la procédure judiciaire de première instance. A. et B. ont en outre déposé un certain nombre d'articles de presse. Sur la base de ces documents, le Tribunal fédéral estime que, dans leur ensemble, ils contiennent des éléments éveillant le soupçon que des preuves ont été manipulées et que

[107] 1A.131/2004.
[108] 8G.20/2004.

des accusés ont été torturés pour obtenir des aveux. Il existe donc un soupçon fondé que la poursuite pénale présente un arrière-fond politique. Dès lors, l'Office aurait dû approfondir l'état de fait présenté par les recourants, donner suite à leur requête de preuves et demander à l'Etat requérant de lui transmettre un certain nombre de documents. Tout cela aurait permis à l'Office fédéral de la justice d'examiner l'exactitude des allégations, d'avoir une vue complète des documents fournis par A. et B. ainsi que de vérifier pourquoi et dans quelles circonstances le jugement de première instance albanais avait été annulé (consid. 3.3). Si après ces vérifications, l'Office fédéral de la justice doit quand même aboutir à l'absence de poursuite politique, il lui incombe néanmoins d'examiner de plus près les allégations de risque de torture au vu des rapports du Département d'Etat américain, d'Amnesty international (AI) et de Human rights watch (HRW) faisant état de pratiques de tortures et de mauvais traitements lors de gardes à vue et dénonçant l'impunité des policiers impliqués. Pour le Tribunal fédéral, A. a également rendu vraisemblable qu'il avait été torturé avec des co-accusés, parmi lesquels le frère de B. Il incombe dès lors à l'Office fédéral de la justice d'évaluer le risque de torture. La simple référence à la possibilité donnée à l'Ambassade suisse de suivre le procès n'offre aucune protection suffisante contre le risque de subir des actes de torture durant la détention préventive (consid. 3.3).

Dans son arrêt du 13 septembre 2004, l'ancienne Commission de recours en matière d'asile admet les recours de A. et de B. et invite le Secrétariat d'Etat aux migrations à leur accorder l'asile. Pour cette Commission, même des personnes non actives politiquement peuvent être poursuivies pour des motifs politiques lorsque le persécuteur leur attribue des activités politiques ou lance une procédure contre elles pour des motifs politiques. Sur la base des documents déposés, elle a donc estimé vraisemblable que la procédure contre A. et B. a été mise en scène pour des motifs politiques (consid. 4.1.4). Elle n'a par contre pas pris en compte les garanties fournies par l'Albanie et émis des doutes sur l'efficacité d'un monitoring.

Cette affaire met en évidence l'importance que revêt l'établissement des faits et leur appréciation. En effet, on peut constater que sur la base des mêmes faits et moyens de preuves déposés, le Tribunal fédéral est parvenu à d'autres conclusions que l'Office fédéral de la justice. Que le Tribunal fédéral, contrairement à l'Office fédéral de la justice, se soit appuyé sur des rapports d'organisations non gouvernementales (ONG) et de gouvernements n'explique pas tout. Il apparaît plutôt qu'en se basant sur les garanties données (participation de la représentation suisse au procès et respect des garanties de procédure) et sur des présomptions (intérêt de la presse, présomption de l'indépendance de la justice albanaise dans le cas d'espèce, présomption de confiance que l'Albanie respectera les garanties données), l'Office fédéral de la justice avait procédé à un examen insuffisant de la situation des droits de l'homme dans l'Etat requérant et des cas particuliers de A. et B. De son côté, l'ancienne Commission de recours en matière d'asile, en se fondant sur les mêmes faits et sur les mêmes moyens de preuve ainsi que sur les rapports établis par des Etats et des organisations non gouvernementales est arrivée aux mêmes conclusions que le Tribunal fédéral. Les arrêts du Tribunal fédéral et de l'ancienne Commission de recours ne se contredisent donc pas au vu de l'admission des recours.

b) Affaire B.: décisions *a priori* contradictoires

L'affaire B. est antérieure à l'entrée en vigueur de la Loi de coordination. Etant donné qu'elle concerne le même complexe de faits que l'affaire A., il est renvoyé à ce qui a été écrit à la lettre a ci-dessus.

c) Affaire C.: problématique de l'étendue de la protection

L'affaire C. a été citée dans le message du Conseil fédéral. Elle est antérieure à l'entrée en vigueur de la Loi de coordination.

Cette affaire a donné lieu à pas moins de dix arrêts[109], ce qui illustre la complexité des cas asile-extradition. Seuls les arrêts les plus pertinents vont être résumés, analysés et commentés ci-après.

La Turquie demande l'extradition de C. pour des faits d'appartenance à une organisation criminelle et de terrorisme. Le 15 décembre 2005, C. dépose une demande d'asile. Le 20 décembre 2005, il est arrêté en vue d'extradition. Par arrêt du 18 janvier 2006[110], le Tribunal pénal fédéral rejette le recours de C. contre le mandat d'arrêt en vue d'extradition décerné par l'Office fédéral de la justice le 23 décembre 2005. Le 29 août 2006, l'Office fédéral de la justice décide d'accorder l'extradition à la Turquie moyennant garanties jugées suffisantes par le Department fédéral des affaires étrangères. Le 14 novembre 2006, le Secrétariat d'Etat aux migrations rejette la demande d'asile en application de l'article 1(F) de la Convention de 1951. Par arrêt du 23 janvier 2007[111], le Tribunal fédéral rejette le recours contre la décision d'extradition. Le 21 juin 2007, le Tribunal pénal fédéral juge valides les garanties données par la Turquie. Par arrêt du 22 juin 2007[112], le Tribunal administratif fédéral admet le recours de C. contre la décision du Secrétariat d'Etat aux migrations du 14 novembre 2006 pour violation de l'obligation de motiver et insuffisance de l'état de fait. Il renvoie la cause au Secrétariat d'Etat aux migrations avec un catalogue de points à éclaircir avec l'aide notamment de l'Ambassade suisse à Ankara. Le 23 mai 2008, le Secrétariat d'Etat aux migrations exclut C. de la qualité de réfugié en raison des crimes qui lui sont reprochés et rejette la demande d'asile en application de l'article 53 LAsi (indignité). Le Secrétariat d'Etat aux migrations a estimé que les garanties données par la Turquie dans la procédure d'extradition ainsi que la règle de la spécialité protègeront suffisamment C. en cas d'extradition. Par arrêt du 17 octobre 2008[113], le Tribunal administratif fédéral invite le Secrétariat d'Etat aux migrations à reconnaître à C. la qualité de réfugié, mais à lui refuser l'asile en application de l'article 53 LAsi. Le 15 décembre 2008, le Secrétariat

[109] Un arrêt BH.2006.1 du TPF du 18.1.2006 sur recours contre le mandat d'arrêt en vue d'extradition; un arrêt 1A.181/2006 - 1A.211/2006 du TF (dont un extrait a été publié à l'ATF 133 IV 76) du 23.1.2007 sur la décision d'extradition; un arrêt RR.2007.47 du TPF du 2.5.2007 sur la validité des garanties; un arrêt 1C_107/2007 du TF (publié à l'ATF 133 IV 134) du 21.5.2007 sur recours contre la décision du TPF sur la valeur des garanties; un arrêt RR.2007.92 du TPF du 21.6.2007 sur la validité des garanties; un arrêt E-7772/2006 du TAF du 22.6.2007 sur le refus de l'asile; un arrêt RR.2007.124 du TPF du 30.8.2007 sur recours contre la décision de l'OFJ de rejet de la demande de mise en liberté; un arrêt 1F_10/2007 du TF du 2.10.2007 sur une première demande de révision; un arrêt 1F_6/2008 du TF du 22.4.2008 sur une seconde demande de révision de son arrêt du 23.1.2007; et un arrêt E-4286/2008 du TAF du 17.10.2008.
[110] BH.2006.1.
[111] 1A.181/2006 - 1A.211/2006 (un extrait de cet arrêt a été publié à l'ATF 133 IV 76).
[112] E-7772/2006.
[113] E-4286/2008.

d'Etat aux migrations octroie à C. l'admission provisoire. C. a été détenu à titre extraditionnel du 25 décembre 2005 au 22 octobre 2008, soit près de 3 ans.

Par arrêt du 18 janvier 2006[114], le Tribunal pénal fédéral rejette le recours de C. contre le mandat d'arrêt en vue d'extradition. Dans son recours, C. fait valoir qu'il est poursuivi pour des motifs politiques et qu'il court un risque de torture en Turquie au vu d'un rapport d'Amnesty international. Le Tribunal pénal fédéral rejette le recours sans exclure que le cas d'espèce présente un arrière-fond politique. Toutefois, étant donné le stade de la procédure et l'objet du recours, le Tribunal pénal fédéral a estimé que les griefs de C. ne font pas apparaître la demande d'extradition comme manifestement inadmissible (consid. 2.2.2).

Dans son arrêt du 23 janvier 2007[115], le Tribunal fédéral rejette le grief de délit politique ainsi que le recours contre la décision d'extradition au motif que les délits reprochés à C. excluent le caractère politique de ses actes. Le Tribunal fédéral juge néanmoins nécessaire d'exiger de la Turquie la fourniture d'une garantie pour la mise en place d'un monitoring. Sur ce point, le Tribunal fédéral s'est distancé de l'Office fédéral de la justice, pour qui la Turquie en tant que membre du Conseil de l'Europe, de la CEDH et du Pacte ONU II est digne de confiance, ce qui ne rendait pas nécessaire la fourniture d'une telle garantie.

Dans son arrêt du 17 octobre 2008[116], le Tribunal administratif fédéral considère que les autorités compétentes en matière d'extradition ne se sont pas livrées à un examen explicite de l'article 3 paragraphe 2 CEExtr[117], que l'Office fédéral de la justice a exclu de manière succincte le risque que la demande d'extradition de C. soit construite et que le Tribunal fédéral s'est limité à indiquer que le délit n'était pas politique. Aux yeux du Tribunal administratif fédéral, il n'y a donc pas de décision définitive de la part du juge de l'extradition sur la question de l'existence d'une poursuite discriminatoire. Pour le Tribunal administratif fédéral, C. a des raisons relevant du domaine de l'asile de croire qu'il risquera des agressions après sa libération de la part de groupements (ultra)nationalistes ou d'organisations proches de l'Etat, voire encore par des membres de son ancienne organisation, et que la règle de la spécialité et les garanties données ne le protègeront pas. Cette évaluation est partagée par l'Ambassade suisse qui avait admis son incapacité à assurer la protection de C. après sa libération. Le Tribunal administratif fédéral ne peut pas non plus exclure le risque de torture. Etant donné que le recourant a la qualité de réfugié, le Tribunal administratif fédéral a laissé ouverte la question de la valeur des garanties données.

Dans cette affaire, il est clair pour chaque autorité que C. n'est pas étranger aux faits reprochés et qu'il est ainsi indigne de se voir accorder l'asile au sens de l'article 53 LAsi. Il est aussi clair pour chaque autorité que C. court un risque de subir une atteinte à son intégrité. Sur ces points donc, il n'y a pas de contradiction entre les différentes décisions.

---

[114] BH.2006.1.
[115] 1A.181/2006 – 1A.211/2006.
[116] E-4286/2008.
[117] L'art. 3 ch. 2 CEExtr. a la teneur suivante: «L'extradition ne sera pas accordée si la Partie requise a des raisons sérieuses de croire que la demande d'extradition motivée par une infraction de droit commun a été présentée aux fins de poursuivre ou de punir un individu pour des considération de race, de religion, de nationalité ou d'opinions politiques ou que la situation de cet individu risque d'être aggravée pour l'une ou l'autre de ces raisons».

C'est par contre sur la question de l'étendue de la protection dont peut bénéficier C. en cas de refoulement et notamment aux termes de la poursuite et de la peine que les décisions divergent. Pour le Tribunal fédéral, les autorités turques sont en mesure et prêtes à offrir une protection à C. alors que ce n'est pas le cas aux yeux du Tribunal administratif fédéral. Il s'agit donc d'un problème d'appréciation des faits.

Le plus étonnant dans cette affaire c'est de constater que le Secrétariat d'Etat aux migrations admet que C. remplit les conditions pour la reconnaissance de la qualité de réfugié, ce qui exclut *a priori* toute extradition, mais juge que la règle de la spécialité et les garanties données par la Turquie le protègeront en cas d'extradition, ce qui semble à première vue contradictoire. En outre, le Tribunal administratif fédéral semble ignorer la portée de la règle de la spécialité, laquelle interdit à la Turquie de prendre des mesures coercitives à l'encontre de C. pour l'empêcher de quitter son territoire. Il s'agissait dès lors de vérifier si la Turquie allait respecter cette règle. Or, le Tribunal administratif fédéral ne s'exprime pas sur ce point, par exemple en indiquant pour quels motifs la Turquie ne respectera pas cette règle dans le cas d'espèce. Cette affaire présente aussi un intérêt du point de vue des évaluations effectuées par le Département fédéral des affaires étrangères sur la situation de C. en cas d'extradition. Dans cette affaire, on constate que le Département fédéral des affaires étrangères avait été mandaté séparément par l'Office fédéral de la justice et le Secrétariat d'Etat aux migrations pour se prononcer sur des questions certes distinctes, mais qui au final concernaient les risques encourus par C. en cas de refoulement. Or, c'est aussi sur la base de ces évaluations que reposent les décisions qui se sont révélées contradictoires. La coordination en matière asile-extradition passe donc aussi par un meilleur recours aux compétences du Département fédéral des affaires étrangères.

L'arrêt du Tribunal administratif fédéral du 17 octobre 2008[118] doit être mis en perspective avec l'arrêt de ce même tribunal du 7 juillet 2014[119] dans l'affaire N. (let. n ci-dessous), car le Tribunal administratif fédéral semble se contredire dans ces deux arrêts sur la question de l'étendue du devoir d'examen des autorités compétentes en matière d'extradition.

d) Affaire D.: problématique de la durée des procédures

Cette affaire a été citée dans le message du Conseil fédéral. Elle est antérieure à l'entrée en vigueur de la Loi de coordination.

Le 20 juin 2007, l'Office fédéral de la justice décide d'accorder l'extradition de D. à la Croatie. Le 12 juillet 2007, le Secrétariat d'Etat aux migrations n'entre pas en matière sur la demande d'asile. D. recourt contre cette décision au Tribunal administratif fédéral qui l'admet. D. recourt également contre la décision d'extradition. Par arrêt du 4 octobre 2007[120], le Tribunal pénal fédéral rejette le recours, mais invite l'Office fédéral de la justice à exiger de la Croatie la garantie que D. aura droit à un nouveau jugement dans un laps de temps d'une année à partir de son extradition. Cet arrêt est confirmé par le

[118] E-4286/2008.
[119] ATAF 2014/29 (E-6021/2012).
[120] RR.2007.98 + 114.

Tribunal fédéral le 26 novembre 2007[121]. Le 23 novembre 2007, le Secrétariat d'Etat aux migrations rejette la demande d'asile. D. recourt au Tribunal administratif fédéral contre la décision du Secrétariat d'Etat aux migrations. Il recourt également contre le refus de mise en liberté de l'Office fédéral de la justice. Par arrêt du 22 avril 2008[122], le Tribunal pénal fédéral admet le recours contre le refus de mise en liberté et ordonne sa remise en liberté, au motif que la détention est disproportionnée dans l'attente de la décision du Tribunal administratif fédéral. Ce dernier rejette finalement le recours contre la décision du Secrétariat d'Etat aux migrations. Il n'avait toutefois plus été possible d'extrader D. qui avait entretemps pris la fuite.

Comme on peut le constater, dans cette affaire il n'y a pas de décisions contradictoires. Ce cas met par contre en évidence le problème lié aux durées des procédures notamment dans l'attente de la décision des autorités compétentes en matière d'asile.

e) Affaire E.: exemple de bonnes pratiques

Cette affaire est antérieure à l'entrée en vigueur de la Loi de coordination.

Par décision du 22 novembre 2007, le Secrétariat d'Etat aux migrations reconnaît à E. le statut de réfugié, mais lui refuse l'asile sur la base de l'article 53 LAsi (indignité) et ordonne son renvoi. Toutefois, en raison de l'inadmissibilité du renvoi, E. est admis provisoirement en Suisse. Le 28 février 2008, l'Office fédéral de la justice envoie la demande d'extradition au Secrétariat d'Etat aux migrations en lui demandant si l'extradition est envisageable. Le 25 avril 2008, le Secrétariat d'Etat aux migrations lui répond que sur la base de la demande d'extradition, il n'y a pas de motif d'exclure E. de la qualité de réfugié ou de la protection contre le refoulement, ni de reconsidérer la décision d'asile. Le 4 juin 2008, l'Office fédéral de la justice rejette la demande d'extradition et en informe E. Par arrêt du 9 juillet 2009[123], le Tribunal administratif fédéral rejette le recours de E. contre le refus de l'asile et l'octroi de l'admission provisoire (consid. 6.1 et 6.3.1).

Cett affaire montre que l'Office fédéral de la justice et le Secrétariat d'Etat aux migrations n'ont pas attendu l'entrée en vigueur de la Loi de coordination pour procéder à des échanges d'informations et de vues et de coordonner leurs décisions.

f) Affaire F.: autre exemple de bonnes pratiques

Cette affaire est aussi antérieure à l'entrée en vigueur de la Loi de coordination. Elle constitue un exemple de coordination réussie entre les deux procédures.

Le 1er janvier 2009, F. dépose une demande d'asile. Le 6 janvier suivant, il est arrêté en vue d'extradition. Le 19 mars 2009, le Secrétariat d'Etat aux migrations rejette la demande d'asile au motif qu'il n'encourt aucun risque de persécution, car sa double

[121] 1C.356/2007.
[122] TPF 2008 56 (RR.2008.46 + RP.2008.11 du 22.4.2008).
[123] D-11/2008.

nationalité lui permet de se réclamer de la protection d'un des deux Etats dont il a la nationalité. Le 16 juillet 2009, l'Office fédéral de la justice décide d'accorder l'extradition de F. en réservant la décision du Tribunal pénal fédéral sur le grief de délit politique et la décision définitive de rejet de la demande d'asile. F. ne fait pas recours contre la décision d'extradition. Par arrêt du 15 septembre 2009[124], le Tribunal pénal fédéral rejette le grief de délit politique. Le 1er décembre 2009, le Tribunal administratif fédéral invite F. à s'exprimer au sujet des dangers de persécution le menaçant dans l'Etat requérant. Par arrêt du 3 février 2010[125], le Tribunal administratif fédéral rejette le recours contre le refus de l'asile.

Dans son arrêt du 3 février 2010[126], le Tribunal administratif fédéral ne traite pas ce cas de demande d'asile déposée par un binational comme à l'ordinaire, car le recourant fait l'objet d'une décision d'extradition vers l'Etat présumé persécuteur, désormais entrée en force, et il n'a donc plus le choix de sa destination et ne peut, en pratique, se rendre dans l'autre Etat de sa propre volonté. C'est dès lors en fonction des éventuelles persécutions infligées dans l'Etat requérant l'extradition et des risques de persécutions futures pouvant le menacer dans ce pays que le Tribunal administratif fédéral juge du mérite de la demande d'asile (consid. 3.1). Dans le cas d'espèce, le Tribunal administratif fédéral constate que le recourant n'a pas établi la vraisemblance des persécutions présumées subies avant son départ. Par ailleurs, le recourant n'a pas décrit de manière fidèle ses activités pour l'organisation X. ou, comme cela lui a été reproché dans la procédure d'extradition, pour l'armée Y. En effet, tant l'Office fédéral de la justice que le Tribunal pénal fédéral ont retenu que F. s'est rendu coupable de deux tentatives d'attentats par explosifs. L'arrêt du Tribunal pénal fédéral du 15 septembre 2009[127] précise d'ailleurs que F. ne conteste pas ces faits qu'il n'a, du reste, pas mentionnés dans la procédure d'asile (consid. 3.2). Concernant les risques d'une éventuelle persécution en cas d'extradition, le Tribunal administratif fédéral l'exclut, car il s'agit de délits de droit commun sortant donc du cadre strict fixé par l'article 3 LAsi. En outre, il relève que F. n'a pas rendu vraisemblable que sa situation sera aggravée pour des raisons tenant à son engagement politique ou à son origine ethnique et qu'il n'a formulé à cet égard que de pures hypothèses. Pour rejeter le recours, le Tribunal administratif fédéral se base aussi sur le dossier d'extradition. Le Tribunal administratif fédéral relève ainsi qu'en l'espèce les autorités compétentes en matière d'extradition se sont basées sur l'article 3 alinéa 1 EIMP et l'article 3 paragraphe 1 CEExtr et en ont déduit l'absence de caractère politique des infractions reprochées à F. Pour le Tribunal administratif fédéral, la notion d'infraction politique, en droit extraditionnel est certes restrictive et son champ d'application est encore diminué par l'application concomitante de la Convention européenne du 27 janvier 1977 pour la répression du terrorisme (CERT)[128]. En conséquence, la notion d'infraction politique ne peut entièrement se confondre avec celle d'«opinion politique» au sens de l'article 3 LAsi qui est entendue plus largement. «Une activité d'ordre politique entretenue dans le pays d'origine, et impliquant l'usage de la violence, pourra donc valablement motiver l'extradition au titre du droit pénal commun; la sanction infligée pourra cependant constituer, en théorie, une persécution au sens de l'article 3 LAsi quand bien même

[124] RR.2009.231.
[125] E-2311/2009.
[126] E-2311/2009.
[127] RR.2009.231.
[128] RS 0.353.3.

l'intéressé sera [*in fine*] considéré comme indigne en application de l'[article] 53 LAsi. [Selon le Tribunal administratif fédéral,] cette distinction perd toutefois de sa portée, dans la mesure où le droit extraditionnel prévoit expressément que l'extradition ne peut avoir lieu si la demande apparaît motivée par le souci de poursuivre l'intéressé pour les mêmes motifs que ceux retenus à l'article 3 LAsi (opinions politiques, appartenance à un groupe social déterminé, race, confession ou nationalité), ou si la situation de l'individu poursuivi risque d'être aggravée pour l'un de ces motifs (cf. art. 2 let. b et c EIMP; cf. aussi art. 3 par. 2 CEExtr) rédigé en des termes similaires. En conséquence, l'appréciation opérée par l'autorité d'extradition, qui [admet] que cette exception n'est pas applicable [*in casu*], revêt un poids particulier dans l'appréciation du Tribunal [administratif fédéral], quand bien même elle ne le lie pas d'office celui-ci. Toutefois, dans la mesure où (...) ne figure au dossier aucun élément solide de nature à faire admettre l'existence d'un risque de persécution future, les arguments du recourant n'emportent pas conviction. Cette appréciation se trouve encore renforcée par les conditions particulières que la Suisse a posées à l'extradition, et que [l'Etat requérant] a admises» (consid. 3.3 et 3.4).

Cette affaire montre que les autorités compétentes en matière d'extradition et d'asile procédaient déjà à des échanges d'information et se mettaient déjà à disposition leurs dossiers avant même l'entrée en vigueur de la Loi de coordination. Ce qui est également remarquable dans cette affaire, c'est la prise en compte par le Tribunal administratif fédéral de l'appréciation opérée par le juge de l'extradition au sujet du risque de persécution, même si le Tribunal administratif fédéral souligne qu'il n'est pas lié par cette appréciation. Cela démontre que si le point de vue du juge de l'extradition n'est pas moins large que celui du juge de l'asile, le juge de l'asile souhaite quand même garder son indépendance. Une fois de plus, la clé de la solution aux problèmes asile-extradition se situe bel et bien au niveau de l'établissement des faits et de leur appréciation.

Comme pour l'affaire C., l'arrêt du Tribunal administratif fédéral du 3 février 2010[129] doit être mis en perspective avec l'arrêt de ce même tribunal du 7 juillet 2014[130] dans l'affaire N. ci-dessous. Le Tribunal administratif fédéral semble en effet se contredire dans ces deux arrêts sur la question de l'étendue du devoir d'examen des autorités compétentes en matière d'extradition.

g) Affaire G.: protection complémentaire du droit de l'extradition

En 1992, la Suisse octroie à G. l'asile qui lui est révoqué suite à deux condamnations. L'Office fédéral de la justice refuse son extradition aux motifs qu'elle violerait l'article 3 CEDH. Cette affaire démontre que le droit de l'extradition offre aussi une protection là où le droit de l'asile n'en offre plus. Cette affaire doit être mise en perspective avec l'arrêt du Tribunal administratif fédéral du 7 juillet 2014[131] dans l'affaire N.

[129] E-2311/2009.
[130] ATAF 2014/29 (E-6021/2012).
[131] ATAF 2014/29 (E-6021/2012).

h) Affaire H.: absence de coordination et refus de la suspension de la procédure d'extradition

L'affaire H. était pendante au moment de l'entrée en vigueur de la Loi de coordination.

Le 27 avril 2007, H. demande l'asile. Le 24 février 2009, le Secrétariat d'Etat aux migrations refuse l'asile et ordonne son renvoi. Par arrêt du 6 août 2009[132], le Tribunal administratif fédéral rejette le recours. Le 24 septembre 2010, l'Office fédéral de la justice décide d'accorder l'extradition de H. sur la base de la présomption de la bonne foi de l'Etat requérant. Il juge que les allégations de H. ne sont pas vraisemblables sans toutefois procéder à une analyse de la situation des droits de l'homme dans l'Etat requérant. Il transmet le dossier au Tribunal pénal fédéral pour qu'il statue sur le grief de délit politique. H. retire le grief de délit politique. Par arrêt du 22 décembre 2010[133], le Tribunal pénal fédéral rejette le recours après avoir également examiné le risque que H. soit victime de représailles de la part de son organisation. H. recourt au Tribunal fédéral qui, par arrêt du 2 février 2011[134], n'entre pas en matière. Par arrêt du 13 janvier 2011[135], le Tribunal administratif fédéral admet la demande de révision contre l'arrêt du 6 août 2009, l'annule et admet le recours contre la décision initiale du Secrétariat d'Etat aux migrations en considérant que l'instance inférieure n'a pas examiné les allégations du recourant de manière complète. Le 6 juin 2011, le Secrétariat d'Etat aux migrations refuse l'asile après notamment des vérifications de l'Ambassade suisse. Le Secrétariat d'Etat aux migrations fait aussi référence à la décision d'extradition et considère que la règle de la spécialité fera obstacle à une procédure pour délits politiques. Par arrêt du 7 décembre 2011[136], le Tribunal administratif fédéral rejette le recours en se basant notamment sur les éclaircissements effectués par l'Ambassade suisse qui considère que H. ne fait pas l'objet d'une persécution pour des motifs politiques. H. ne recourt pas au Tribunal fédéral contre l'arrêt du Tribunal administratif fédéral.

Il ressort de l'arrêt du Tribunal pénal fédéral du 22 décembre 2010[137] que H. lui a demandé de suspendre l'examen du recours jusqu'à l'issue de la procédure de révision pendante devant le Tribunal administratif fédéral. Le Tribunal pénal fédéral rejette cette demande arguant qu'en vertu de l'article 1er CEExtr, la Suisse est tenue de fournir l'entraide lorsqu'elle en est requise. Pour le Tribunal pénal fédéral, la suspension de la procédure d'extradition jusqu'à conclusion de la procédure d'asile n'est admissible qu'exceptionnellement lorsque la procédure d'extradition n'est pas retardée de manière disproportionnée. En outre, une telle suspension n'est pas compatible avec les engagements pris par la Suisse et le principe de célérité, car en l'occurrence il n'est pas aisément possible de déterminer quand la procédure de révision respectivement la décision de renvoi tombera. L'arrêt du Tribunal pénal fédéral doit être mis en perspective avec la décision de suspension du Tribunal pénal fédéral dans l'affaire N. ci-dessous.

[132] D-1982/2009.
[133] RR.2010.246 + RR.2010.214.
[134] 1C_13/2011.
[135] D-5575/2009 + D-8150/2009.
[136] D-4245/2011.
[137] RR.2010.246 + RR.2010.214.

L'arrêt du 7 décembre 2011 rendu par le Tribunal administratif fédéral[138] est intervenu après l'entrée en vigueur de la Loi de coordination. Dans cet arrêt, le Tribunal administratif fédéral a procédé à un examen de l'ensemble des faits alors même que la décision d'extradition était définitive et que H. avait retiré le grief de délit politique admettant de la sorte qu'il ne faisait pas l'objet de persécutions politiques. Il est étonnant que le Tribunal administratif fédéral n'ait pas pris en compte ce retrait alors même qu'il avait connaissance du dossier d'extradition et qu'il ne devait pas statuer sur la question du renvoi au vu de la décision d'extradition qui était définitive. Comme dans le cas de F. cette affaire démontre que même si la coordination est souhaitée, le Tribunal administratif fédéral tient à apprécier les faits de manière indépendante.

i) Affaire I.: protection complémentaire du droit de l'extradition

Cette affaire est postérieure à l'entrée en vigueur de la Loi de coordination.

Le 17 janvier 2013, l'Etat X. demande l'extradition de I. qui est ressortissant de ce pays mais qui prétend avoir une autre nationalité. Le 21 mars 2013, le Secrétariat d'Etat aux migrations rejette la demande d'asile de I. et prononce son renvoi de Suisse. Par arrêt du 8 mai 2013[139], le Tribunal administratif fédéral confirme la décision du Secrétariat d'Etat aux migrations. Le 23 décembre 2013, l'Office fédéral de la justice décide d'accorder l'extradition d'I. à l'Etat X. en réservant la décision du Tribunal pénal fédéral sur le grief de délit politique. I. recourt au Tribunal pénal fédéral. Par arrêt du 25 février 2014[140], le Tribunal pénal fédéral rejette aussi bien le grief de délit politique que le recours. Par arrêt du 19 mars 2014[141], le Tribunal fédéral déclare irrecevable le recours de I. contre l'arrêt du Tribunal pénal fédéral.

A l'appui de l'objection de délit politique, I. se prévaut de l'article 3 paragraphe 2 CEExtr et expose en substance qu'étant d'une autre nationalité, il a milité pour les droits des membres de sa communauté dans l'Etat X. en particulier pour l'ouverture d'une école secondaire de langue albanaise dans la ville de Z. Il fait également valoir que les autorités de l'Etat X. le soupçonnent d'avoir participé à l'insurrection de sa communauté ayant opposé en 2001 l'armée Y. aux forces armées de l'Etat X. De plus, il prétend avoir rencontré à Genève deux fonctionnaires de l'Etat X. qui l'auraient menacé. Ainsi, il craint des persécutions pouvant porter atteinte à sa santé, voire à sa vie, en cas de retour dans l'Etat X. Enfin, l'existence d'une poursuite dans l'Etat X. contre lui pour d'autres infractions et le fait que cet Etat demande son extradition pour l'exécution d'une peine privative de liberté «somme toute peu importante» sont des éléments venant conforter ses allégations (consid. 3).

Le Tribunal pénal fédéral rejette le grief de poursuite discriminatoire en considérant que l'Etat X. est partie à la CEDH, au Pacte ONU II, à la Convention européenne pour la prévention de la torture et des peines ou traitements inhumains ou dégradants du 26 novembre 1987 ainsi qu'à la Convention de 1984. Le respect de la CEDH par les Etats

[138] D-4245/2011.
[139] E-1754/2013.
[140] RR.2013.373 + RR.2014.23 + RP.2014.2 + RP.2014.3.
[141] 1C_129/2014.

qui y sont parties doit être présumé. Le Tribunal pénal fédéral se réfère également à l'arrêt du Tribunal administratif fédéral du 8 mai 2013 où ce dernier rappelle que l'Etat X. a été déclaré en 2003 «safe country» par le Conseil fédéral, à savoir un Etat présumé exempt de persécutions, ainsi qu'aux indications de l'Office fédéral de la justice qui n'avait constaté aucune violation des droits fondamentaux par les autorités de X. dans le cadre de procédures d'extradition. Enfin, le Tribunal pénal fédéral relève qu'à l'appui de l'objection de délit politique, I. se limite à des considérations générales relatives à la situation dans l'Etat X., sans pour autant apporter d'éléments à l'appui du fait qu'il sera personnellement exposé à de mauvais traitements en cas d'extradition, que les faits reprochés à I. n'ont pas de caractère politique et que le principe de la spécialité empêchera l'Etat X. de le poursuivre pour d'autres infractions que celles pour lesquelles l'extradition est accordée (consid. 3.2).

Deux enseignements peuvent être tirés de cette affaire. Il s'agit d'abord de relever que même en présence d'une décision définitive en matière d'asile, le Tribunal pénal fédéral s'était saisi du grief de délit politique. Cela démontre que le juge de l'extradition entend également rester indépendant dans l'appréciation des risques encourus par l'extradable. Le droit extraditionnel poursuit donc aussi un rôle de protection. Il y a lieu ensuite de constater que le juge de l'extradition ne limite pas son examen à la seule demande d'extradition mais l'étend à la situation générale dans l'Etat requérant. Cette affaire est à mettre en perspective avec l'affaire N. (cf. let. n).

j) Affaire J.: violation du principe de célérité

Cette affaire est postérieure à l'entrée en vigueur de la Loi de coordination. Par arrêt du 15 octobre 2012[142], le Tribunal fédéral admet le recours de J. contre l'arrêt du Tribunal administratif fédéral pour violation de l'obligation de célérité confirmant pour le reste l'arrêt du Tribunal administratif fédéral qui avait rejeté le recours contre le refus de l'asile[143].

Par la suite, le Tribunal pénal fédéral statuant par décision incidente[144] invite l'Office fédéral de la justice à investiguer sur la capacité de J. à supporter la détention. Par arrêt du 22 novembre 2013, il admet partiellement le recours de J. contre la décision d'extradition, invitant l'Office fédéral de la justice à réclamer à l'Etat X. la garantie que J. après son extradition sera soumis à un examen psychiatrique dans une clinique et recevra les traitements appropriés[145].

[142] 1C_195/2012.
[143] E-4526/2010 du 19.3.2012.
[144] RR.2013.101 + RR.2013.141 + RP.2013.27 du 16.7.2013.
[145] E RR.2013.101 + RR.2013.141 + RP.2013.27.

k) Affaire K.: non-respect du principe de célérité

Cette affaire est postérieure à l'entrée en vigueur de la Loi de coordination.

Le 30 avril 2010, l'Etat X. demande l'extradition de K., ressortissant d'un autre Etat. La demande d'extradition est par la suite retirée. Le 4 juin 2012, K. demande l'asile. Le 29 août 2013, l'Etat X. dépose une nouvelle demande d'extradition. L'Office fédéral de la justice informe le Secrétariat d'Etat aux migrations de l'existence de la demande d'extradition. Le 30 juillet 2014, K. retire la demande d'asile. A cette date, ni l'Office fédéral de la justice, ni le Secrétariat d'Etat aux migrations n'avaient encore rendu leurs décisions. Par la suite K. accepte son extradition à l'Etat X.

Comme pour les affaires J. et R. (cf. let. r ci-dessous), cette affaire révèle que la Loi de coordination n'a pas permis d'accélérer les procédures.

l) Affaire L.: recours au Tribunal fédéral en l'absence de décisions contradictoires et suspension de la procédure d'extradition

L'affaire L. est postérieure à l'entrée en vigueur de la Loi de coordination.

Le 21 février 2013, L. dépose une demande d'asile. Suite à une demande d'arrestation de l'Etat X., l'Office fédéral de la justice ordonne le 27 février 2013 la détention de L. en vue de son extradition. Par arrêt du 26 mars 2013[146], le Tribunal pénal fédéral rejette son recours contre le mandat d'arrêt. Le 27 mars 2013, l'Etat X. demande l'extradition de L. Le 23 mai 2013, le Secrétariat d'Etat aux migrations ne lui reconnaît pas la qualité de réfugié et rejette la demande d'asile. Le 5 juin 2013, l'Office fédéral de la justice accorde l'extradition de L. à l'Etat X. sous réserve du rejet du grief de délit politique et de la décision définitive de rejet de la demande d'asile. L. recourt aussi bien contre le rejet de la demande d'asile que contre l'octroi de l'extradition. Par arrêt du 20 août 2013[147], le Tribunal pénal fédéral rejette le recours contre la décision d'extradition ainsi que le grief de délit politique. Contre cet arrêt, L. fait recours au Tribunal fédéral. Par courrier du 18/25 septembre 2013, le Tribunal fédéral informe L., l'Office fédéral de la justice et le Tribunal administratif fédéral qu'il attend la décision du Tribunal administratif fédéral et un éventuel recours devant son instance avant de se saisir des deux recours et trancher en une seule fois. Par arrêt du 4 juin 2014[148], le Tribunal administratif fédéral rejette le recours contre la décision de rejet de la demande d'asile. L. recourt contre l'arrêt du Tribunal administratif fédéral au Tribunal fédéral. Par arrêt du 23 septembre 2014[149], le Tribunal fédéral n'entre pas en matière sur le recours en matière d'extradition. Par arrêt du même jour[150], il rejette le recours en matière d'asile.

Dans cette affaire, on constate que le Tribunal fédéral a été saisi en l'absence de décisions contradictoires. Il a ensuite statué sur les recours dans deux arrêts distincts alors que la question à trancher était finalement la même dans les deux procédures: peut-

[146] RH.2013.3 + RP.2013.11.
[147] RR.2013.162, RR.2013.185 + RP.2013.36.
[148] E-3633/2013.
[149] 1C_698/2013.
[150] 1C_314/2014.

on renvoyer la personne dans son Etat d'origine ? On relève également que le Tribunal fédéral a suspendu la procédure d'extradition dans l'attente de la décision du Tribunal administratif fédéral en application de l'article 107 alinéa 3, 2ème phrase, LTF nonobstant le fait que L. se trouvait en détention et que la décision du Tribunal administratif fédéral n'était pas imminente. Or, une telle suspension viole le principe de célérité et va à l'encontre de la volonté du législateur. Enfin, on peut également se demander si le Tribunal administratif fédéral n'a pas non plus violé le principe de célérité dans cette affaire en rendant son arrêt une année environ après le Tribunal pénal fédéral.

m) Affaire M.: pouvoir d'examen élargi du juge de l'extradition

L'affaire M. est postérieure à l'entrée en vigueur de la Loi de coordination.

L'Etat X. demande l'extradition de M. qui se prétend persécuté pour son appartenance à la communauté Y. Il dépose une demande d'asile que rejette le Secrétariat d'Etat aux migrations. Le Tribunal administratif fédéral confirme cette décision. Le rejet de la demande d'asile était antérieur à la décision du 16 mai 2013 de l'Office fédéral de la justice accordant l'extradition de M. à l'Etat X. Dans le cadre de la procédure d'extradition, M. fait valoir non seulement qu'il est persécuté pour son appartenance à la communauté Y. mais qu'il risque aussi une persécution en raison de son homosexualité.

Dans un arrêt du 23 octobre 2013[151], le Tribunal pénal fédéral rejette le recours de M. contre la décision d'extradition en se basant sur le dossier d'asile. S'agissant plus particulièrement de l'homophobie, le Tribunal pénal fédéral estime que même si l'homosexualité de M. n'est pas appréciée dans son pays d'origine, rien ne permet de penser qu'elle lui fasse courir un danger particulier et concret (consid. 6.6).

Cet arrêt démontre que le juge de l'extradition ne se limite pas au cadre de la demande d'extradition pour juger du risque de discrimination mais prend en compte la situation générale dans l'Etat concerné. Le Tribunal pénal fédéral souligne d'ailleurs que le pouvoir de cognition du juge de l'extradition n'est pas limité par rapport à celui du juge de l'asile. Le Tribunal pénal fédéral estime en effet que lorsque l'asile a été préalablement refusé par une décision entrée en force, il ne peut faire abstraction de cette décision, dans la mesure où les conditions de reconnaissance du statut de réfugié rappelées à l'article 3 LAsi dépendent de critères analogues à ceux qui sont posés à l'article 3 paragraphe 2 CEExtr. Il n'est donc aucunement limité dans son pouvoir de cognition en fait et en droit. Toutefois, dans le souci d'éviter des décisions contradictoires, il ne s'écarte en principe pas des faits constatés dans le cadre de la procédure d'asile — sous réserve notamment de faits nouveaux — et ne s'écarte pas non plus sans raison des considérations ayant conduit au refus de l'asile (consid. 6.3).

[151] RR.2013.175 + RP.2013.35.

En d'autres termes, le juge de l'extradition peut très bien se livrer à une analyse plus approfondie de la situation alors même que la personne n'a pas été reconnue comme réfugié. C'est d'ailleurs ce qui s'est aussi passé dans l'affaire G. ci-dessus.

n) Affaire N.: décisions contradictoires

L'affaire N. est postérieure à l'entrée en vigueur de la Loi de coordination.

Le 25 août 2009, N. dépose une première demande d'asile que le Secrétariat d'Etat aux migrations rejette par décision du 10 décembre 2009. Le Tribunal administratif fédéral confirme ce refus dans un arrêt du 2 mars 2010[152]. Dans cet arrêt, le Tribunal administratif fédéral considère que la condamnation pour participation à une organisation criminelle avait été infligée à l'issue d'une procédure régulière et que les autres procédures s'étaient soldées par de lègères condamnations ou des acquittements. Ainsi pour le Tribunal administratif fédéral, N. ne fait pas l'objet d'une persécution. Le 16 juin 2010, N. dépose une nouvelle demande d'asile. Le 30 novembre 2011, l'Etat X. demande l'extradition de N. pour l'expiation d'une peine résiduelle de six ans et trois mois prononcée pour appartenance à une organisation criminelle. Par décision du 12 octobre 2012, le Secrétariat d'Etat aux migrations refuse de reconnaître la qualité de réfugié à N., rejette sa demande d'asile et lui fixe un délai pour quitter le territoire suisse. Le Secrétariat d'Etat aux migrations transmet sa décision à l'Office fédéral de la justice avec copie des actes pertinents du dossier d'asile. Le 15 novembre 2012, N. dépose un recours auprès du Tribunal administratif fédéral contre le rejet de la demande d'asile.

Dans le cadre de la procédure d'extradition, N. s'oppose à son extradition au motif qu'il se considère persécuté pour ses activités politiques et journalistiques ainsi que pour ses activités dans le cadre d'une association de défense des droits de l'homme. Il fait d'ailleurs l'objet de plusieurs condamnations dans l'Etat X. pour avoir participé à des manifestations. Il admet par contre avoir cotoyé une organisation criminelle. Le 8 octobre 2013, l'Office fédéral de la justice décide d'accorder l'extradition de N. en réservant la décision du Tribunal pénal fédéral sur le grief de délit politique et la décision définitive de refus de l'asile. Pour accorder l'extradition, l'Office fédéral de la justice a pris en compte les griefs de N., s'est basé sur le dossier d'asile ainsi que sur les moyens de preuve et les garanties fournis par les autorités de l'Etat X. L'Office fédéral de la justice s'est également penché sur les allégations de torture de N. sur le respect de ses droits de procédure, la proportionnalité de la peine (polit-malus) et les risques de mauvais traitements après extradition. L'Office fédéral de la justice a également analysé les rapports d'Amnesty international et du Département de justice américain qui critiquaient l'usage par les autorités de l'Etat X. de la loi antiterroriste dans le domaine de la liberté d'expression. Pour l'Office fédéral de la justice, l'on ne se trouve pas en présence d'un usage par les autorités de l'Etat X. de la loi antiterroriste dans le domaine de la liberté d'expression, vu les faits reprochés à N. S'agissant des condamnations de N. dans l'Etat X. pour participation à des manifestations, l'Office fédéral de la justice rappelle que le principe de la spécialité empêche l'Etat X. de les faire exécuter.

[152] E-120/2010.

Le 8 novembre 2013, N. fait recours au Tribunal pénal fédéral contre la décision d'extradition. Le 26 mars 2014[153], le Tribunal pénal fédéral rend une décision incidente de suspension de la procédure d'examen du recours et du grief de délit politique dans l'attente de l'arrêt du Tribunal administratif fédéral au motif qu'il veut éviter des décisions contradictoires. Par arrêt du 7 juillet 2014, dont des extraits ont été publiés entretemps à l'ATAF 2014/29[154], le Tribunal administratif fédéral admet le recours et invite le Secrétariat d'Etat aux migrations à accorder l'asile à N. Par arrêt du 30 octobre 2014[155], le Tribunal pénal fédéral déclare le grief de délit politique et le recours sans objet au vu de l'arrêt rendu par le Tribunal administratif fédéral. Il refuse toutefois d'allouer des dépens et d'accorder l'assistance judiciaire à N. aux motifs que les risques de rejet du recours étaient plus grands que son admission. En l'absence de recours, le Tribunal fédéral n'a pas pu se pencher sur ces décisions contradictoires.

Dans cette affaire, on constate que le Tribunal administratif fédéral et le Tribunal pénal fédéral sont parvenus à des conclusions diamétralement opposées. Pour essayer de comprendre les raisons de ces décisions contradictoires, il y a lieu de s'arrêter et d'analyser les arrêts rendus par ces deux instances.

Dans son arrêt du 7 juillet 2014[156], le Tribunal administratif fédéral a tenu, à titre préliminaire, à préciser que la modification de la situation de l'intéressé et une connaissance plus approfondie de l'état de fait l'ont conduit à une nouvelle appréciation sur le cas de N. Après avoir constaté que le Tribunal pénal fédéral ne s'est pas encore prononcé définitivement et qu'il a suspendu la procédure engagée, le Tribunal administratif fédéral juge qu'il est libre de porter sur le cas sa propre appréciation (consid. 4.1) et décide alors de se distancer de la solution de l'Office fédéral de la justice pour les motifs suivants.

Pour le Tribunal administratif fédéral, l'Office fédéral de la justice s'est limité aux faits imputés au recourant dans le cadre de la demande d'extradition sans se référer aux autres procédures pénales dirigées contre N. et n'a pas pu prendre en considération l'engagement politique du recourant, son degré d'intensité et ses conséquences, car cette compétence revient au Tribunal pénal fédéral qui ne s'est pas encore prononcé. En outre, le Tribunal administratif fédéral juge qu'il lui incombe de se distancer du point de vue, par définition limité et spécifique du juge de l'extradition, qui lui est imposé par un cadre légal strict, et de porter sur la situation de N. un regard plus large. Pour le Tribunal administratif fédéral, l'autorité d'extradition doit certes contrôler que la demande ne vise pas en fait un but de persécution de la personne poursuivie. Toutefois, sa tâche principale est avant tout la vérification du respect de critères formels, à savoir le dépôt d'une demande régulière (art. 28 EIMP), l'existence d'une double incrimination (art. 35 EIMP) et la réaIité d'une procédure pénale régulière (art. 37 al. 2 EIMP). En revanche, l'autorité extraditionnelle n'a pas à examiner le bien-fondé de la poursuite et la réalité des infractions imputées hors le cas très spécifique de l'alibi évident (art. 53 EIMP; consid. 4.2).

[153] RR.2013.261 + RR.2013.290 + RP.2013.59.
[154] ATAF 2014/29 (E-6021/2012).
[155] RR.2013.261 + RR.2013.290 + RP.2013.59.
[156] ATAF 2014/29 (E-6021/2012).

Le Tribunal administratif fédéral considère que l'infraction imputée au recourant dans le cadre de la procédure d'extradition est incontestablement de nature politique. Il en va de même des autres condamnations réprimant la participation à des rassemblements (consid. 4.3). Après avoir relevé que N. n'a pas documenté les actes de tortures prétendument subis, le Tribunal administratif fédéral retient néanmoins que N. fait l'objet d'une pression psychique insupportable (consid. 4.4)[157].

En examinant ensuite l'existence d'un motif d'exclusion de la qualité de réfugié au sens de l'article 1(F) de la Convention de 1951, le Tribunal administratif fédéral considère, en relation avec les accusations retenues contre N. que l'autorité compétente en matière d'extradition n'a pas à examiner si l'accusation est fondée et l'infraction réalisée. Or, pour le Tribunal administratif fédéral, la condamnation a été prononcée sur des bases fragiles et s'inscrit dans un contexte de pressions constantes dirigées contre N. assimilables à une persécution (consid. 5.3.2).

Par arrêt du 30 octobre 2014[158], le Tribunal pénal fédéral déclare le grief de délit politique et le recours sans objet mais décide de ne pas allouer de dépens ni d'accorder l'assistance judiciaire à N. et ce pour les motifs suivants.

S'agissant tout d'abord du grief de délit politique, le Tribunal pénal fédéral l'écarte au vu des faits reprochés à N. (consid. 6.5). Il ne relève aucune violation des droits de N. dans la procédure pénale, soulignant au passage que l'Etat X. avait fourni des moyens de preuve alors que la CEExtr ne l'exige pas (consid. 6.6). Pour le Tribunal pénal fédéral, les faits invoqués à l'encontre de N. par l'Etat X. (appartenance à une organisation criminelle) n'étaient pas inventés (consid. 6.7). Il écarte également le risque de torture considérant que N. ne l'a pas étayé (consid. 6.8). Enfin, il rappelle que la règle de la spécialité empêche les autorités de l'Etat X. de faire subir à N. d'autres condamnations (consid. 6.8 et 6.9). Pour le Tribunal pénal fédéral l'extradition de N. aurait pu être accordée.

Les décisions du Tribunal pénal fédéral et l'arrêt du Tribunal administratif fédéral appellent les commentaires suivants.

L'affaire N. démontre que la Loi de coordination n'empêche pas les décisions contradictoires. Il y a lieu, en outre, de constater que le Secrétariat d'Etat aux migrations

[157] «En l'espèce, le recourant a été visé par huit, voire neuf procédures pénales différentes, ouvertes de 2005 à 2007, en général à B., dont certaines se sont déroulées simultanément; toutes ne sont pas encore closes. Les accusations portées contre lui, à l'exception de celles retenues par le jugement du 5 mars 2008, faisaient référence à l'organisation de rassemblements hostiles aux autorités et à des actions de protestation, toujours en relation avec la défense de la cause kurde. Une telle constance — voire un tel acharnement — de la part des autorités pénales était manifestement motivée par l'engagement politique de l'intéressé, qui l'avait fait considérer comme un élément à surveiller spécialement ; en outre, la fréquence des poursuites engagées trahit une volonté de harcèlement, dont le recourant n'a pu se protéger qu'en rejoignant H. Le fait que la plupart de ces procédures se soient soldées par des peines faibles, ou des acquittements, ne dénote pas uniquement leur peu de gravité, ainsi que le soutient le SEM. Au contraire, ce contexte tend à établir que les poursuites engagées étaient peu ou mal fondées, et que leur ouverture répondait donc à une volonté de mettre l'intéressé sous pression; le but visé peut donc être interprété comme une volonté des autorités de le forcer à cesser son engagement pour la cause autonomiste kurde, ou à quitter la région. Le fait qu'il ait été libéré aussitôt après sa lourde condamnation du 5 mars 2008 plaide dans le même sens. Le Tribunal retient d'ailleurs, contrairement au SEM, que la peine alors prononcée peut être considérée comme lourde au vu des faits reprochés, qui ne comportaient pas d'actes de violence; il est donc hautement probable que l'intéressé s'est vu infliger une sanction particulièrement sévère, en raison d'un engagement politique intense et durable. Il y a d'ailleurs lieu de retenir que l'accusation, qui ne paraissait pas disposer de preuves tangibles contre le recourant, s'est uniquement basée sur les dires d'un informateur, lequel avait identifié, sur photographie, tous les inculpés» (consid. 4.4).

[158] RR.2013.261 + RR.2013.290 + RP.2013.59.

et le Tribunal administratif fédéral ont porté sur les faits une appréciation totalement différente.

Pour pallier le risque de décisions contradictoires, le Tribunal pénal fédéral a suspendu la procédure d'extradition dans l'attente de l'arrêt du Tribunal administratif fédéral alors que la tâche d'éviter de telles décisions revient au Tribunal fédéral. En outre, la décision du Tribunal pénal fédéral de suspendre la procédure s'est révélée doublement problématique. Elle a tout d'abord permis au Tribunal administratif fédéral de porter une appréciation sur les faits sans être liée par celle de l'Office fédéral de la justice. Le Tribunal pénal fédéral a dû ensuite *a posteriori* rendre une décision et confirmer celle de l'Office fédéral de la justice tout en étant lié par la décision du Tribunal administratif fédéral. Enfin, l'opinion du Tribunal administratif fédéral selon laquelle le point de vue du juge de l'extradition est par définition plus limité et plus spécifique que celui du juge de l'asile ne peut être suivie.

Tout d'abord, l'affirmation du Tribunal administratif fédéral n'est étayée par aucune référence doctrinale ou jurisprudentielle, ce qui la rend difficilement vérifiable. En outre, contrairement à ce qu'affirme ce tribunal, l'Office fédéral de la justice est tenu de vérifier les risques encourus par la personne afin d'exposer au Tribunal pénal fédéral les motifs pour lesquels le grief d'une poursuite politique ou de traitement discriminatoire doit être rejeté. Dans le cas d'espèce, l'Office fédéral de la justice s'était d'ailleurs offert le luxe de demander aux autorités de l'Etat X. la fourniture de moyens de preuve. Enfin, dans ses arrêts du 17 octobre 2008[159] et du 3 février 2010[160], le Tribunal administratif fédéral semblait être d'un avis différent quant aux points que doit examiner le juge de l'extradition.

Ainsi, dans son arrêt du 17 octobre 2008, le Tribunal administratif fédéral ne considère pas que le pouvoir d'examen du juge de l'extradition est limité au cadre de la poursuite pénale: «Ungeachtet eines parallel zum Auslieferungsverfahren hängigen Asylverfahrens haben die Auslieferungsbehörden aber sämtliche Auslieferungsvoraussetzungen und damit unter anderem auch das Vorliegen des in Art. 3 Ziff. 2 EAÜ verankerten Auslieferungshindernisses zu prüfen (…). Eine solche Prüfung ist eng mit der sich im Asylverfahren stellenden Frage nach der Flüchtlingseigenschaft im Sinne von Art. 1 A Ziff. 2 FK verknüpft, da ein im Herkunftsstaat angehobenes Strafverfahren unter anderem dann eine flüchtlingsrelevante Verfolgung darstellen kann, wenn genügend konkrete Anhaltspunkte für die Annahme bestehen, dass der asylsuchenden Person die Begehung eines gemeinrechtlichen Delikts unterschoben wird, um sie wegen ihrer Rasse, Religion, Nationalität, Zugehörigkeit zu einer bestimmten sozialen Gruppe oder wegen ihrer politischen Anschauung zu verfolgen» (consid. 4.8.1).

Dans l'arrêt du 3 février 2010, le Tribunal administratif fédéral indique que la distinction entre délit politique et «opinion politique» perd de sa portée dans la mesure où le droit extraditionnel prévoit expressément que l'extradition ne peut avoir lieu si la demande apparaît motivée par le souci de poursuivre l'intéressé pour les mêmes motifs que ceux retenus à l'article 3 LAsi (opinions politiques, appartenance à un groupe social

[159] E-4286/2008.
[160] E-2311/2009.

déterminé, race, confession ou nationalité) ou si la situation de l'individu poursuivi risque d'être aggravée pour l'un de ces motifs (cf. art. 2 let. b et c EIMP; cf. aussi art. 3 par. 2 CEExtr). En conséquence, l'appréciation opérée par l'autorité d'extradition avait revêtu un poids particulier dans l'appréciation du Tribunal administratif fédéral quand bien même elle ne le liait pas d'office (consid. 3.3).

Dans ces deux arrêts, le Tribunal administratif fédéral ne prétend aucunement que le point de vue du juge de l'extradition est plus restreint que celui du juge de l'asile. Bien au contraire, il y affirme que ces deux autorités examinent les mêmes questions, sans limitation du pouvoir d'examen. Le Tribunal pénal fédéral exprime dans l'affaire M. ci-dessus une opinion similaire au considérant 6.3 de son arrêt du 23 octobre 2013[161] en déclarant qu'il n'est aucunement limité dans son pouvoir de cognition en fait et en droit.

Si l'opinion du Tribunal administratif fédéral sur le pouvoir d'examen de l'Office fédéral de la justice ne peut être partagée, il faut par contre admettre que cet Office n'avait pas examiné dans cette affaire si les condamnations infligées à N. pouvaient constituer une pression psychique insupportable et ce pour deux motifs. Tout d'abord la règle de la spécialité s'appliquait. Elle mettait ainsi N. à l'abri de l'exécution des condamnations antérieures et lui permettait de quitter le territoire de l'Etat X. L'Office fédéral de la justice pouvait donc partir de l'idée que N. ne risquait rien. Ensuite, ledit Office s'était basé sur le dossier et la décision du Secrétariat d'Etat aux migrations pour accorder l'extradition. Or, le juge de l'asile avait exclu le risque de persécution. Il s'ensuit que le juge de l'extradition ne peut se baser aveuglément sur le dossier d'asile sans procéder lui-même à une évaluation de la situation de la personne concernée.

o) Affaire O.: non-suspension de la procédure d'extradition

Cette affaire est postérieure à l'entrée en vigueur de la Loi de coordination.

O. fait l'objet d'une demande d'extradition de l'Etat X. Il est arrêté en vue d'extradition le 22 novembre 2013. Le 9 janvier 2014, O. dépose une demande d'asile. Par décision du 16 juin 2014, l'Office fédéral de la justice décide d'accorder l'extradition de O. en réservant la décision du Tribunal pénal fédéral sur le grief de délit politique et la décision définitive de rejet de la demande d'asile. Par décision du 4 juillet 2014, le Secrétariat d'Etat aux migrations rejette la demande d'asile. O. fait recours au Tribunal administratif fédéral contre cette décision. Par arrêt du 22 août 2014[162], le Tribunal pénal fédéral rejette le grief de délit politique sans attendre l'issue du recours au Tribunal administratif fédéral. O. ne fait pas recours au Tribunal fédéral. Par arrêt du 15 avril 2015[163], le Tribunal administratif fédéral rejette le recours contre la décision du Secrétariat d'Etat aux migrations. O. renonce à faire recours au Tribunal fédéral.

Contrairement à l'affaire N., le Tribunal pénal fédéral n'a pas suspendu ici la procédure d'extradition dans l'attente de l'arrêt du Tribunal administratif fédéral. Même si cela est conforme à la volonté du législateur, on peut quand même se demander si ce traitement

[161] RR.2013.175 + RP.2013.35.
[162] RR.2014.183.
[163] D-4344/2014.

différencié ne crée pas une certaine insécurité juridique. Il sera en effet souvent difficile de prévoir quand une instance de recours décidera de suspendre la procédure.

p) Affaire P.: suspension de la procédure d'asile et recours au Tribunal fédéral contre des décisions non contradictoires

Il s'agit d'une affaire qui avait débuté avant l'entrée en vigueur de la Loi de coordination.

En 2009, P. dépose une demande d'asile. En 2012, l'Etat X. demande son extradition. Le 13 août 2014, le Secrétariat d'Etat aux migrations ne lui reconnaît pas la qualité de réfugié, rejette sa demande d'asile et ordonne son renvoi sous réserve d'une décision d'extradition en force. Par décision incidente du 19 septembre 2014[164], le Tribunal administratif fédéral décide que P. peut attendre en Suisse la fin de la procédure d'asile et demande le dossier d'extradition. Par une seconde décision incidente du 14 octobre 2014[165], le Tribunal administratif fédéral suspend l'examen du recours jusqu'à décision de première instance en matière d'extradition. Le 25 mars 2015, l'Office fédéral de la justice décide d'accorder l'extradition de P. en réservant la décision définitive négative en matière d'asile. P. recourt au Tribunal pénal fédéral contre la décision d'extradition. Le 30 mars 2015, le Tribunal administratif fédéral reprend l'instruction du recours[166] et par arrêt du 13 juillet 2015 le rejette. Contre cet arrêt, P. fait appel au Tribunal fédéral. Par arrêt du 10 novembre 2015[167], le Tribunal pénal fédéral rejette le recours ainsi que le grief de délit politique, qui, soit-dit en passant, n'avait pas été réservé par l'Office fédéral de la justice. Contre cet arrêt, P. fait recours au Tribunal fédéral. Par deux arrêts distincts du 10 décembre 2015, le Tribunal fédéral a rejeté le recours en matière d'asile[168] et n'est pas entré sur le recours en matière d'extradition[169].

Trois éléments méritent d'être relevés ici. Il s'agit tout d'abord de la décision du Tribunal administratif fédéral de suspendre la procédure d'examen du recours, ce qui est plutôt étonnant dans la mesure où le Tribunal administratif fédéral est censé avoir un pouvoir d'examen plus large que l'Office fédéral de la justice. Ce qui frappe ensuite, c'est la durée des procédures. Enfin, le Tribunal fédéral a statué sur des décisions non contradictoires.

[164] E-5237/2014.
[165] E-5237/2014.
[166] E-5237/2014.
[167] RR.2015.119 + RP.2015.23.
[168] 1C_401/2015.
[169] 1C_611/2015.

q) Affaire Q.: recours au Tribunal fédéral en l'absence de décisions contradictoires

Cette affaire est postérieure à l'entrée en vigueur de la Loi de coordination. Elle a fait l'objet de pas moins huits arrêts rendus par les instances de recours.

Le 23 février 2011, l'Etat X. dépose une première demande d'extradition à l'encontre de Q. qui est arrêté en vue d'extradition le 7 août 2011. Le 30 mars 2012, Q. dépose une demande d'asile pour lui et sa famille. L'Office fédéral de la justice procède à un échange d'informations avec le Secrétariat d'Etat aux migrations. Le 6 juillet 2012, l'Office fédéral de la justice refuse l'extradition sur la base d'une prise de position du Département fédéral des affaires étrangères sur la situation politico-juridique et sur les conditions de détention dans l'Etat X. Le 28 mai 2013, le Secrétariat d'Etat aux migrations rend une décision de non-entrée en matière tout en mettant Q. et sa famille au bénéfice d'une admission provisoire. Le 28 juin 2013, Q. recourt au Tribunal administratif fédéral. Le 20 septembre 2013, l'Etat X. dépose une nouvelle demande d'extradition à l'encontre de Q. Le 3 octobre 2013, l'Office fédéral de la justice demande à l'Etat X. la fourniture de garanties notamment pour l'instauration d'un monitoring. Par arrêt du 21 mars 2014[170], le Tribunal administratif fédéral rejette le recours contre la décision de non-entrée en matière. Le 25 avril 2014, Q. recourt au Tribunal fédéral. Le 7 avril 2014, l'Office fédéral de la justice reçoit le dossier d'asile. Par décision incidente du 16 juin 2014[171], le Tribunal fédéral suspend l'examen du recours en matière d'asile dans l'attente de la décision de l'Office fédéral de la justice pour éviter des décisions contradictoires, car Q. pourrait recourir au Tribunal pénal fédéral puis au Tribunal fédéral contre la décision d'extradition. Suite à une nouvelle évaluation du Département fédéral des affaires étrangères, l'Office fédéral de la justice décide d'octroyer l'extradition de Q. à l'Etat X. sous réserve de la décision finale de rejet de l'asile. Par arrêt du 23 avril 2015[172], le Tribunal pénal fédéral rejette le recours mais exige de l'Office fédéral de la justice qu'il demande des garanties supplémentaires à l'Etat X. Q. fait appel de l'arrêt du Tribunal pénal fédéral au Tribunal fédéral. Par deux arrêts distincts du 25 juin 2015, le Tribunal fédéral déclare inadmissible le recours en matière d'extradition[173] et admet partiellement le recours en matière d'asile pour violation par le Tribunal administratif fédéral de l'obligation de célérité[174]. Par arrêt du 20 juillet 2015, le Tribunal pénal fédéral rejette le recours contre la validité des garanties[175].

Dans cette affaire, on constate que le droit de l'extradition offre également une protection à la personne indépendamment d'une protection en matière d'asile. On relève également que l'Office fédéral de la justice et le Secrétariat d'Etat aux migrations avaient procédé à des échanges d'informations. Enfin, le Tribunal fédéral a suspendu l'examen du recours en matière d'asile et a été amené à trancher sur des décisions qui ne sont pas contradictoires.

---

[170] E-3697/2013.
[171] 1C_218/2014.
[172] RR.2014.328.
[173] 1C_245/2015.
[174] 1C_218/2014.
[175] RR.2015.157.

r) Affaire R.: protection complémentaire du droit de l'extradition

Cette affaire est postérieure à l'entrée en vigueur de la Loi de coordination.

Le 16 août 2011, R. dépose une demande d'asile. Le 13 juin 2013, le Secrétariat d'Etat aux migrations rejette la demande d'asile. R. recourt contre cette décision au Tribunal administratif fédéral. Le 4 septembre 2013, l'Etat X. demande l'extradition de R. Sur demande du Tribunal administratif fédéral, l'Office fédéral de la justice lui transmet la documentation extraditionnelle. Le 31 janvier 2014, le Tribunal administratif fédéral transmet à l'Office fédéral de la justice les copies des principales pièces de la procédure d'asile déposées par R. Dans une prise de position du 14 juillet 2014, le Département fédéral des affaires étrangères considère qu'une extradition à l'Etat X. est possible à certaines conditions et contre fournitures de garanties, notamment que l'extradé soit détenu dans un rayon donné autour de la ville de Z. Le 21 octobre 2014, l'Office fédéral de la justice décide d'octroyer l'extradition de R. sous réserve de la décision du Tribunal pénal fédéral sur le grief de délit politique et de la décision finale de rejet de la demande d'asile. Par arrêt du 26 janvier 2015[176], le Tribunal pénal fédéral admet partiellement le recours et exige de l'Office fédéral de la justice qu'il demande à l'Etat X. la garantie que R. sera détenu dans un rayon donné autour de Z. Q. ne fait pas appel de l'arrêt du Tribunal pénal fédéral. Par arrêt du 15 avril 2015[177], le Tribunal pénal fédéral rejette le recours de R. contre la garantie donnée par l'Etat X.

Par arrêt du 22 avril 2014[178], le Tribunal administratif fédéral rejette le recours contre la décision de refus de l'asile.

Dans cette affaire, on constate que le droit de l'extradition offre également une protection à la personne alors même que le droit de l'asile ne lui en offre plus. On relève également que l'Office fédéral de la justice et le Tribunal administratif fédéral avaient procédé à des échanges d'informations.

s) Affaire S.: recours au Tribunal fédéral en l'absence de décisions contradictoires

Cette affaire est postérieure à l'entrée en vigueur de la Loi de coordination.

Le 6 mars 2014, S. est arrêté en vue d'extradition sur demande de l'Etat X. Le 25 avril 2014, S. dépose une demande d'asile. Le Secrétariat d'Etat aux migrations en informe l'Office fédéral de la justice qui lui transmet les actes de sa procédure. Le 26 avril 2014, l'Etat X. demande l'extradition de S. Le 26 août 2014, l'Office fédéral de la justice décide d'accorder l'extradition de S. sous réserve de la décision du Tribunal pénal fédéral sur le grief de délit politique et de la décision finale de rejet de la demande d'asile. Contre cette décision, S. recourt au Tribunal pénal fédéral. Le 29 septembre 2014, le Secrétariat d'Etat aux migrations refuse l'asile à S. Contre cette décision, S. recourt au

[176] RR.2014.283, RR.2014.309 et RP.2014.79.
[177] RR.2015.86, RP.2015.18.
[178] E-3697/2013.

Tribunal administratif fédéral. Par arrêt du 12 novembre 2014 [179], le Tribunal administratif fédéral rejette le recours contre la décision du Secrétariat d'Etat aux migrations. S. recourt au Tribunal fédéral contre cet arrêt. Le 12 janvier 2015[180], le Tribunal pénal fédéral rejette le grief de délit politique ainsi que le recours. S. fait appel au Tribunal fédéral contre cet arrêt. Le 10 février 2015[181], le Tribunal fédéral n'entre pas en matière sur le recours en matière d'extradition. Par arrêt du même jour[182], il rejette le recours en matière d'asile.

Comme dans l'affaire L. ci-dessus, le Tribunal fédéral a été amené ici à trancher sur des recours à l'encontre de décisions d'instances inférieures qui n'étaient pas contradictoires. On peut aussi relever que le Tribunal fédéral n'a pas suspendu l'examen du recours et a tranché dans deux décisions distinctes.

t) Affaire T.: fuite de la personne concernée

Cette affaire est postérieure à l'entrée en vigueur de la Loi de coordination. Elle présente des similarités avec l'affaire D. ci-dessus.

Suite à une demande d'arrestation de l'Etat requérant, le Secrétariat d'Etat aux migrations informe l'Office fédéral de la justice que T. a déposé une demande d'asile et veut connaître les motifs de la demande d'arrestation. Le 11 décembre 2014, l'Etat requérant demande l'extradition de T. L'Office fédéral de la justice transmet la demande au Secrétariat d'Etat aux migrations et veut connaître l'état de la procédure d'asile. Le Secrétariat d'Etat aux migrations rend une décision de non-entrée en matière. La procédure d'extradition ne peut se poursuivre suite à la fuite de T.

La Loi de coordination n'a pas empêché qu'une situation similaire à l'affaire D. ne se reproduise et que l'on aboutisse à des situations choquantes avec la fuite de personnes recherchées.

u) Affaire U.: extradition nonobstant la protection subsidiaire à l'étranger

L'affaire U. est postérieure à l'entrée en vigueur de la Loi de coordination.
U. avait déposé une demande d'asile dans l'Etat Z. Z. ne lui avait pas reconnu la qualité de réfugié. Par contre, Z. mettait U. au bénéfice d'une protection subsidiaire. Saisie d'une demande d'extradition, Z. avait alors refusé l'extradition de U. à l'Etat W. étant donné que U. bénéficiait de ladite protection. A l'occasion d'un contrôle en Suisse, U. est arrêté et placé en détention extraditionnelle sur demande de l'Etat W. Dans le cadre de la procédure d'extradition, U. prétend être poursuivi pour des motifs politiques, sans fournir d'éléments concrets, et être au bénéfice de la protection subsidiaire dans l'Etat Z. Au vu de cette protection, l'Office fédéral de la justice demande aux autorités de

[179] E-3697/2013.
[180] RR.2014.241.
[181] 1C_48/2015.
[182] 1C_600/2014.

l'Etat W. la fourniture d'un certain nombre de garanties, notamment la garantie d'un monitoring. Par décision du 29 mai 2015, l'Office fédéral de la justice décide d'accorder l'extradition de U. à W. sous réserve de la décision du Tribunal pénal fédéral sur le grief de délit politique. U. recourt contre cette décision au Tribunal pénal fédéral. Par arrêt du 2 juillet 2015[183], le Tribunal pénal fédéral rejette aussi bien le recours que le grief de délit politique. Le 7 juillet 2015, U. dépose une demande d'asile en Suisse. Par arrêt du 22 juillet 2015[184], le Tribunal fédéral déclare inadmissible le recours de U. contre l'arrêt du Tribunal pénal fédéral. Par décision du 24 juin 2015, l'Office fédéral de la justice a jugé valides les garanties fournies par l'Etat W. Contre cette décision, U. fait recours au Tribunal pénal fédéral, qui le rejette par arrêt du 31 août 2015[185]. Par décision du 4 septembre 2015, le Secrétariat d'Etat aux migrations rejette la demande d'asile. Contre cette décision, U. n'a pas fait recours. Saisie par U., la Cour européenne des droits de l'homme n'est pas entrée en matière.

Il ressort de ce qui précède que les autorités suisses n'ont pas tenu compte des décisions rendues par les autorités de Z. et notamment de la protection subsidiaire au motif que celle-ci n'équivaut pas à la reconnaissance de la qualité de réfugié et qu'elle n'est pas prévue par le droit suisse. En outre, le Tribunal fédéral n'a pas attendu la décision du Secrétariat d'Etat aux migrations sur la demande d'asile[186].

v) Affaire V.: décisions contradictoires

V. dépose une demande d'asile en 1992. En 1996, le Secrétariat d'Etat aux migrations l'exclut de la reconnaissance de la qualité de réfugié en application de l'article 1(F) de la Convention de 1951, mais lui accorde l'admission provisoire après avoir estimé qu'en cas de renvoi dans l'Etat X., V. court le risque d'une violation de l'article 3 CEDH. Le 5 octobre 2011, l'Etat X. demande l'extradition de V. Le 7 juin 2012, V. est arrêté en vue d'extradition puis libéré contre des mesures de substitution. Le 12 juillet 2012, l'Office fédéral de la justice adresse aux autorités de l'Etat X. une demande de compléments à la demande d'extradition. L'Office fédéral de la justice entend savoir pourquoi la demande d'extradition a été déposée plusieurs années après la condamnation de V. et pourquoi cette condamnation est intervenue suite au retrait des déclarations du frère de V. obtenues sous la torture. L'Office fédéral de la justice demande que l'Etat X. lui indique sur quelles preuves se base la culpabilité de V. L'Office fédéral de la justice demande pour le surplus la fourniture d'un certain nombre de garanties. Le 2 août 2012, V. dépose une nouvelle demande d'asile motivée par ses activités en exil pour l'organisation Z. Il prétend que des membres de sa famille ont été interrogés à son sujet. Le 29 janvier 2014, le Secrétariat d'Etat aux migrations ne lui reconnaît pas le statut de réfugié, car V. tombe sous le motif d'exclusion de l'article 1(F) lettre b de la Convention de 1951. Il lui accorde néanmoins l'admission provisoire car V. risque une violation de l'article 3 CEDH en cas de renvoi dans l'Etat X. Après avoir constaté que V. est déjà au bénéfice d'un permis B, le Secrétariat d'Etat aux

[183] RR.2015.50 + RR.2015.68 + RP.2015.14 du 2.7.2015.
[184] 1C_377/2015.
[185] RR.2015.201 + RP.2015.34 du 31.8.2015.
[186] 1C_377/2015 du 22.7.2015 consid. 2.1.

migrations corrige sa décision. V. ne forme aucun recours au Tribunal administratif fédéral contre cette décision.

Le 18 juillet 2014, l'Office fédéral de la justice décide d'accorder l'extradition de V. sous réserve de la décision du Tribunal pénal fédéral sur le grief de délit politique. V. saisit le Tribunal pénal fédéral contre la décision d'extradition. Par arrêt du 7 mai 2015[187], le Tribunal pénal fédéral rejette le grief de délit politique ainsi que le recours de V. Le 22 mai suivant, V. recourt contre ledit arrêt au Tribunal fédéral. Par arrêt du 12 août 2015[188], le Tribunal fédéral admet partiellement le recours et renvoie l'affaire à l'Office fédéral de la justice pour compléments.

Dans son arrêt du 12 août 2015, le Tribunal fédéral estime que le Tribunal pénal fédéral ne pouvait écarter d'un revers de main l'appréciation faite par le Secrétariat d'Etat aux migrations quant aux risques encourus par V. en cas de refoulement et qui avait justifié l'octroi de l'admission provisoire à ce dernier. Le Tribunal fédéral a aussi considéré que l'on se trouve dans le cas d'espèce en présence de décisions contradictoires, même si aucune décision au sens de l'article 59 LAsi n'avait été rendue par les autorités compétentes en matière d'asile (consid. 6.3.3). Après avoir procédé à un certain nombre de clarifications, l'Office fédéral de la justice décide le 13 octobre 2015 d'accorder à nouveau l'extradition de V. Par arrêt du 16 mars 2016[189], le Tribunal pénal fédéral rejette le recours. Contre cet arrêt, V. dépose un appel auprès du Tribunal fédéral qui n'entre pas en matière[190]. Contre son extradition, V. a adressé une communication au Comité contre la torture.

En elles-mêmes, les décisions rendues ne sont pas contradictoires dans la mesure où l'Office fédéral de la justice a aussi tenu compte du risque de violation de l'article 3 CEDH en réclamant des garanties, ce que ne peut justement pas faire le Secrétariat d'Etat aux migrations. Ainsi, la question qui se posait était de savoir si l'Office fédéral de la justice avait suffisamment établi les faits pour conclure à l'absence de tout risque sur la base des garanties données. Cette affaire révèle une fois de plus que la problématique des décisions contradictoires repose sur la manière dont les autorités compétentes, et surtout l'Office fédéral de la justice, établissent et apprécient les faits.
Cet arrêt est également intéressant à trois autres points de vue. Tout d'abord le Tribunal fédéral a élargi les cas où l'on pouvait retenir l'existence de décisions contradictoires. Ainsi, on est en présence de décisions contradictoires non seulement lorsque le juge de l'asile reconnaît la qualité de réfugié respectivement accorde l'asile mais aussi lorsqu'il accorde l'admission provisoire et que le juge de l'extradition accorde l'extradition. On peut néanmoins se poser la question de savoir si le Secrétariat d'Etat aux migrations pouvait statuer de manière définitive sur la question du renvoi respectivement sur l'admission provisoire de V. En effet, si l'on se réfère au Manuel publié par cette autorité sur son site internet, elle aurait dû prendre sa décision en réservant celle définitive de refus de l'extradition[191], car il revient au juge de l'extradition d'examiner si le principe de non-refoulement fait obstacle à une extradition.

[187] RR.2014.208 - RR.2014.227.
[188] 1C_274/2015.
[189] RR.2015.293.
[190] 1C_131/2016 du 28.4.2016.
[191] Manuel SEM, Article F1, p. 7.

En second lieu, on constate dans cette affaire que le Tribunal fédéral n'a pas limité son pouvoir d'examen aux risques encourus par V. dans le cadre de la procédure pénale, mais a pris en compte le risque d'une aggravation de sa situation de manière générale en cas d'extradition.

Enfin, si de prime abord l'arrêt du Tribunal fédéral laisse supposer que l'appréciation des faits effectuée par le Secrétariat d'Etat aux migrations prime celle de l'Office fédéral de la justice, le Tribunal fédéral admet en quelque sorte qu'il n'y a pas de primauté d'une procédure sur l'autre, car dans le cas contraire il aurait admis le recours sans demander à l'Office fédéral de la justice de procéder à des vérifications. Ainsi, ce qui importe ce n'est pas l'autorité qui établit et apprécie les faits, mais si ceux-ci sont établis à satisfaction de droit.

En vue de mieux illustrer le pouvoir d'examen de l'Office fédéral de la justice lorsqu'il examine le risque d'une poursuite discriminatoire, il sera procédé dans les paragraphes suivants à la présentation de deux cas qui concernent uniquement l'extradition.

3.3.2 Analyse de dossiers extradition

a) Affaire W.: pouvoir d'examen élargi du juge de l'extradition

Il s'agit d'une demande d'extradition de l'Etat X. qui reproche à W. d'avoir commis un abus de confiance et donc un délit de droit commun. W. s'oppose à son extradition en faisant valoir que la poursuite intentée à son encontre est politiquement motivée en raison de son engagement contre la traite des femmes, son soutien à des députés de l'opposition démocratique, de sa dure critique du communisme durant son activité et de la convoitise de ses biens immobiliers par des gens proches du pouvoir. A l'appui de ses allégations, W. dépose des documents, notamment des témoignages de connaisances, d'un député et d'une journaliste ayant réalisé un reportage sur la traite des femmes. Par décision du 23 janvier 2008, l'Office fédéral de la justice décide d'accorder l'extradition de W. à X. moyennant garanties, notamment la mise en place d'un monitoring. Par arrêt du 20 mars 2008, le Tribunal pénal fédéral admet le recours de W. contre la décision d'extradition.

Dans son arrêt du 20 mars 2008[192], le Tribunal pénal fédéral prend acte des témoignages concordants déposés à l'appui du recours et retient que, dans le cas d'espèce, il existe effectivement de forts soupçons que la poursuite dans l'Etat X. puisse être motivée non seulement par un prétendu abus de confiance, mais aussi par des conflits d'ordre politique entre W. et certaines personnalités politiques haut placées. Pour le Tribunal pénal fédéral, ces conflits risquent d'aggraver la situation de W. lors de son procès. Par conséquent, le Tribunal pénal fédéral juge que les conditions de rejet de la demande d'extradition selon l'article 3 paragraphe 2 CEExtr et l'article 2 lettre c EIMP sont remplies. En sus de la situation individuelle de W., le Tribunal pénal fédéral prend également en compte les considérations préoccupantes de caractère général faites par l'Organisation pour la sécurité et la coopération en Europe (OSCE) sur la justice dans

[192] TPF 2008 24 (RR.2008.18 + 33 du 20.3.2008).

l'Etat X. ainsi que sur d'autres rapports relatifs à la situation dans ce pays. Le Tribunal pénal fédéral parvient donc à la conclusion que l'objection du délit politique apparaît fondée et que l'extradition doit être refusée pour ce motif déjà (consid. 3.3). En vue d'évaluer le risque de torture et de mauvais traitements en cas de refoulement, le Tribunal pénal fédéral se base sur diverses opinions qui faisaient également état d'une situation préoccupante. Enfin, au vu des problèmes de santé de W., le Tribunal pénal fédéral conclut, sur la base de la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme sur l'Etat X., à l'existence d'un risque que W. ne puisse pas avoir accès à des soins médicaux et bénéficier d'un traitement adéquat (consid. 4).

S'agissant des garanties fournies par l'Etat X., notamment quant à l'instauration d'un monitoring, le Tribunal pénal fédéral juge qu'elles ne permettent pas de pallier les risques invoqués par W. Le Tribunal pénal fédéral a été conforté dans son opinion par le fait que le Département fédéral des affaires étrangères avait mis en exergue des difficultés à mettre en place le monitoring (consid. 4.2).

Cet arrêt illustre donc l'étendue du pouvoir d'examen du juge de l'extradition, qui ne se limite pas aux faits de la demande d'extradition.

b) Affaire X.: pouvoir d'examen élargi du juge de l'extradition

Il s'agit d'une demande d'extradition à l'encontre de X. soupçonné d'avoir participé à des crimes de guerre. Le 22 juillet 2011, l'Office fédéral de la justice décide d'accorder l'extradition de X. moyennant garanties, notamment pour la mise en place d'un monitoring. Dans sa décision, l'Office fédéral de la justice relève en particulier que par décision du 6 mars 2009 le Conseil fédéral avait désigné l'Etat requérant comme étant un pays exempt de persécutions (safe country). X. recourt contre cette décision. Par arrêt du 29 novembre 2011[193], le Tribunal pénal fédéral rejette le recours. Par arrêt du 7 mars 2012[194], le Tribunal fédéral rejette à son tour le recours contre l'arrêt du Tribunal pénal fédéral. La Cour européenne des droits de l'homme n'entre pas en matière sur la requête de X.

Dans son arrêt du 29 novembre 2011, le Tribunal pénal fédéral traite le grief de délit politique sous l'angle de la poursuite discriminatoire (art. 2 let. b et c. et 3 par. 2 CEExtr). Le Tribunal pénal fédéral constate que, a priori, l'Etat requérant ne poursuit pas X. pour un motif déguisé (consid. 3.4.1). Quant au risque d'une aggravation de sa situation en cas de remise basée sur son appartenance à un groupe social, le Tribunal pénal fédéral se base sur les garanties fournies et sur des rapports d'Amnesty international et de Human rights watch pour l'écarter (consid. 3.4.2). Ainsi, pour le Tribunal pénal fédéral, il n'y a pas de raison sérieuse de considérer que l'appartenance du recourant à un groupe social motive les poursuites engagées à son encontre (consid. 3.5). Quant au risque de mauvais traitements en cas de détention et de procès inéquitable, le Tribunal pénal fédéral l'écarte également sur la base des garanties fournies (consid. 5.4).

[193] RR.2011.180 + 214.
[194] 1C_559/2011.

Dans son arrêt du 7 mars 2012, le Tribunal fédéral considère que les tensions existant entre l'Etat requérant et l'Etat d'origine de X. n'ont aucun rapport avec la volonté de l'Etat requérant de poursuivre X. et ses compatriotes (consid. 3.5).

L'affaire X. constitue également un exemple démontrant que le juge de l'extradition ne se limite pas à examiner les faits objets de la demande d'extradition, mais étend son pouvoir d'examen à l'ensemble de la situation prévalant dans l'Etat requérant surtout lorsque la personne prétend être victime d'une poursuite discriminatoire.

3.4 Loi fédérale sur la coordination entre la procédure d'asile et la procédure d'extradition: une occasion manquée ?

Même si le nombre d'affaires examinées au chiffre 3.3.1 est peu élevé, il constitue néanmoins un échantillon qui donne un aperçu de la manière dont les cas asile-extradition sont traités et des causes des problèmes rencontrés.

Le premier constat que l'on peut faire, c'est que la Loi de coordination a entériné une pratique en vigueur en particulier entre l'Office fédéral de la justice et le Secrétariat d'Etat aux migrations, qui procédaient déjà à des échanges de vue et de dossiers. Désormais avec la Loi de coordination cet échange est devenu obligatoire. La question que l'on pourrait se poser ici est de savoir si l'individu a le droit d'exiger qu'une autorité demande l'acquisition des actes du dossier de l'autre procédure. Dans une affaire récente d'extradition à la Russie, l'extradable avait demandé dans son recours au Tribunal fédéral contre la décision d'extradition l'apport de la procédure d'asile. Le Tribunal fédéral a refusé cette requête au motif qu'à défaut de procédure d'asile ouverte, il n'y a pas de coordination possible avec la procédure d'extradition[195]. Cela laisserait entendre que si la procédure d'asile avait encore été pendante, le recourant aurait pu exiger l'apport du dossier d'asile.

On peut également constater que la Loi de coordination n'a pas eu l'effet escompté sur l'accélération des procédures. Ainsi dans les affaires J. et Q., le Tribunal fédéral a dû sanctionner la violation du principe de célérité par le Tribunal administratif fédéral. En outre, dans plusieurs cas on a relevé que les autorités de recours ont suspendu la procédure dans l'attente d'une décision dans l'autre procédure, ce qui va également à l'encontre du principe de célérité. A côté de ces cas flagrants, on relève de manière générale la longueur des procédures pour aboutir à une décision finale. On peut dès lors se demander s'il était vraiment judicieux d'ancrer dans l'EIMP et la LAsi cette obligation de célérité sans véritablement s'interroger sur les causes des durées excessives des procédures asile-extradition. N'aurait-il pas mieux valu prévoir une norme obligeant les autorités compétentes à mettre en commun leurs ressources en matière d'évaluation des risques ?

Sur les affaires postérieures à l'entrée en vigueur de la Loi de coordination, deux ont donné lieu à des décisions contradictoires. Il s'agit des affaires N. et V. Comme le craignaient le Haut Commissariat des Nations Unies pour les réfugiés et l'Organisation suisse d'aide aux réfugiés, la Loi de coordination n'a pas empêché que des décisions

[195] Arrêt du TF 1C_610/2015 du 4.1.2016 consid. 2.2.

contradictoires soient prises. En outre, le Tribunal fédéral a jusqu'ici surtout été amené à trancher sur des décisions qui n'étaient pas contradictoires. Au vu de l'affaire N., il est fort probable que le Tribunal fédéral ne sera peut-être jamais amené à statuer en cas de décision d'asile et d'extradition positives. Ainsi, dans ce cas de figure, le Tribunal fédéral ne pourra pas remédier à l'existence de décisions contradictoires pour la simple raison qu'il n'intervient pas comme autorité de surveillance dans ces procédures, mais sur recours de l'individu ou d'une autre autorité. L'on voit en effet mal la personne concernée recourir au Tribunal fédéral contre la décision d'extradition si l'asile et/ou la qualité de réfugié lui ont été reconnus. Tout au plus, le Département fédéral de justice et police, voire une de ses unités subordonnées — si cette faculté lui est déléguée — pourrait décider de faire recours. On peut toutefois douter qu'un tel recours soit formé en l'absence de risque pour la sécurité publique ou de cas de force majeure.

En outre, jusqu'ici le Tribunal fédéral a fait usage de la suspension de la procédure de recours pour éviter des décisions contradictoires. Or, que ce serait-il passé si le Tribunal fédéral avait statué sur le recours en matière d'extradition et avait confirmé l'extradition sans attendre un éventuel recours en matière d'asile. Deux scénarios sont possibles. Soit le Secrétariat d'Etat aux migrations ou le Tribunal administratif fédéral accorde l'asile et l'on se trouve en présence de décisions contradictoires. En l'absence de recours, le Tribunal fédéral ne peut y remédier. On se trouverait ainsi devant la situation cocasse qu'une autorité inférieure au Tribunal fédéral le désavoue. Dans un second scénario, un recours est formé au Tribunal fédéral et celui-ci devra soit se déjuger en accordant l'asile, soit refuser lui-même l'asile. Dans ce second cas de figure, la décision du Tribunal fédéral sera alors entachée du soupçon de prévention. On peut donc y voir des effets non désirés de la Loi de coordination. Enfin, dans tous les cas où il a été saisi, le Tribunal fédéral a tranché par deux décisions distinctes avec deux optiques différentes. Cette pratique du Tribunal fédéral est d'autant plus étonnante qu'il est censé statuer dans les deux procédures sur une seule et même question: l'existence ou non d'un risque en cas de refoulement.

Avec la Loi de coordination, le législateur suisse a maintenu le *statu quo ante* avec deux procédures et deux autorités distinctes. Il a en quelque sorte consacré l'idée que les procédures et les autorités compétentes en matière d'asile et d'extradition sont sur pied d'égalité.

On a toutefois relevé en filigrane de plusieurs affaires et notamment de l'affaire N., qu'une primauté est donnée à la procédure d'asile et au pouvoir d'examen de l'autorité compétente en matière d'asile. Cette idée est renforcée par l'article 59 LAsi qui donne une prééminence à la décision d'asile sur les autres décisions. Cette supériorité a même été en quelque sorte revendiquée par le Tribunal administratif fédéral dans l'affaire N. Par contre, dans l'affaire V., l'arrêt du Tribunal fédéral semble rétablir une certaine égalité entre les deux procédures. La question de la priorité d'une procédure et de la primauté d'une décision sur l'autre est d'ailleurs récurrente en droit comparé. Ainsi, comme nous aurons l'occasion de le voir au chapitre 5, dans les Etats qui ont opté sur le papier pour une égalité des procédures voire pour une priorité donnée à la procédure d'extradition, on constate que dans la pratique, la priorité est plutôt donnée à la procédure et à la décision en matière d'asile.

Les décisions de suspension des procédures, les durées des procédures et en particulier les décisions contradictoires rendues dans les affaires A., B., C., N. et V. démontrent la complexité des cas asile-extradition et en particulier les difficultés à établir et à apprécier les faits. Ceux-ci doivent être examinés de manière identique dans les deux procédures. Dès lors, l'opinion du Tribunal administratif fédéral selon laquelle le pouvoir d'examen du juge de l'extradition est plus restreint que celui du juge de l'asile ne peut être partagée. Il incombe en effet également au juge de l'extradition de s'assurer que la personne n'est pas ou ne sera pas victime d'une persécution. Or, à notre avis un examen aussi approfondi a fait défaut dans les affaires A., B., C., N. et V où l'Office fédéral de la justice s'était trop reposé sur les présomptions de bonne foi et de confiance ainsi que sur la règle de la spécialité et les garanties fournies, faisant de la sorte l'économie d'un examen plus circonstancié des faits.

Ce tableau plutôt négatif des effets de la Loi de coordination ne doit toutefois pas occulter les exemples de bonnes pratiques mis en évidence dans les affaires E. et F. Celles-ci démontrent surtout qu'en mettant en commun leurs ressources, ces autorités parviennent à des décisions satisfaisantes, exemptes de contradictions. Il n'en demeure pas moins que deux autorités continuent à statuer sur les mêmes questions et que le débat porte plus sur la question de la primauté d'une procédure sur l'autre que sur la nécessité de mettre en commun les ressources.

La loi de coordination a-t-elle donc été une occasion manquée ? La réponse est plutôt affirmative, car non seulement les véritables causes des décisions contradictoires n'ont pas été identifiées, mais la Loi de coordination a aussi provoqué des effets indésirés en amenant le Tribunal fédéral à statuer sur des décisions qui ne sont pas contradictoires et en tétanisant les autorités devant la crainte d'un désaveu. Enfin la Loi de coordination ne règle qu'une partie des cas — ce fameux deux pour-cent (trois cas par an) — qui se présentent dans la pratique. Or, de nombreuses affaires concernent des réfugiés reconnus ou des personnes au bénéfice d'une admission provisoire ou d'une protection subsidiaire à l'étranger où des problèmes de coordination peuvent aussi se poser. Pour la seule année 2015 on dénombre d'ailleurs trois demandes d'extradition — soit deux pour-cent supplémentaires — concernant des personnes au bénéfice d'une admission provisoire ou d'une protection subsidiaire à l'étranger qui ont soulevé des questions épineuses. Mais plus qu'un problème de coordination, les cas asile-extradition renvoient à la thématique plus générale de l'établissement et de l'appréciation des risques encourus par une personne en cas de refoulement. Or, cette thématique se rencontre dans toute procédure d'extradition indépendamment du dépôt d'une demande d'asile. Il s'ensuit que si le juge de l'extradition est confronté à des difficultés et à des contraintes pour établir et apprécier les faits dans les affaires asile-extradition, il le sera également dans les affaires où aucune demande d'asile n'est déposée. L'affaire W. en constitue un exemple.

3.5 Autre critiques et solutions formulées dans la doctrine suisse

Dans son article intitulé «Parallele Asyl- und Auslieferungsverfahren» paru avant l'élaboration de la Loi de coordination, Vena se penche sur l'opportunité d'une réforme législative en vue de résoudre les problèmes de coordination entre les deux procédures. Il parvient à la conclusion qu'une telle modification n'est pas nécessaire. Vena se livre ensuite à un examen de la question de la priorité d'une procédure sur l'autre analysant trois cas de figure: celui de la procédure où se pose la question d'une éventuelle poursuite discriminatoire; celui de la procédure où il s'agit d'examiner si l'individu est poursuivi en raison d'un délit politique; et celui de la procédure où l'on doit examiner si l'individu risque un traitement inhumain en cas de renvoi.

Pour le premier cas de figure, Vena estime que la procédure d'extradition doit être suspendue au profit de la procédure d'asile[196]. En ce qui concerne les deux autres hypothèses, Vena suggère que la procédure d'asile soit suspendue au profit de la procédure d'extradition[197]. Vena justifie ces différences de priorité par le fait qu'en présence d'une poursuite discriminatoire, l'article 3 paragraphe 2 CEExtr est une émanation du principe de non-refoulement du droit des réfugiés selon l'article 33 paragraphe 1 de la Convention de 1951[198]. En outre, il relève que les exigences liées à la preuve et au devoir de coopération de l'individu seraient plus élevées en matière d'extradition qu'en matière d'asile citant à cette occasion Zimmermann pour qui ce fardeau de la preuve est très lourd à porter[199].

Ainsi, la priorité peut être donnée à la procédure d'extradition en présence d'un délit politique et pour examiner le risque de mauvais traitement en cas de renvoi. S'agissant du principe de non-discrimination la priorité est par contre donnée à la procédure d'asile.

Vena n'exclut donc pas qu'une priorité puisse être donnée à la procédure d'extradition.

Chapitre 4 Position du Haut Commissariat des Nations Unies pour les réfugiés en matière asile-extradition

4.1 Mandat et rôle du Haut Commissariat des Nations Unies pour les réfugiés

Le Haut Commissariat des Nations Unies pour les réfugiés (HCR) est une agence de l'Organisation des Nations Unies qui «a été créé par l'Assemblée générale des Nations Unies, par sa résolution 428 (V) du 14 décembre 1950» [200]. En vertu du Statut de l'Office du Haut Commissaire des Nations Unies pour les Réfugiés du 14 décembre 1950[201] et plus particulièrement de son article 1er paragraphe 1, le mandat de base du Haut Commissariat pour les réfugiés «consiste notamment à assurer une protection internationale aux réfugiés et autres personnes relevant de sa compétence et à aider les

[196] VENA, pp. 14 et 15.
[197] VENA, p. 9, note de bas de page no 70.
[198] VENA, p. 15; KÄLIN (1982), p. 248.
[199] VENA, p. 16.
[200] PARK, p. 53.
[201] http://www.refworld.org/docid/3ae6b36818.html (lien vérifié le 15.3.2016).

gouvernements à rechercher des solutions permanentes aux problèmes des réfugiés. Le cadre [de son mandat et de ses activités] a par la suite été étendu par des résolutions ultérieures de l'Assemblée générale des Nations Unies et par le comité exécutif du [Haut Commissariat pour les réfugiés]»[202].

Dans le cadre de son mandat le Haut Commissariat des Nations Unies pour les réfugiés surveille l'application par les Etats des normes pertinentes de protection des réfugiés et peut intervenir, sans avoir besoin d'être invité, dans les questions de protection[203].

Il édicte des recommandations et des notes d'orientation. Les recommandations doivent être respectées par les Etats parties à la Convention de 1951 et constituent ce qu'on appelle une *soft law*[204]. Ces recommandations influencent aussi bien le droit des réfugiés et de l'asile que le droit de l'extradition. Les notes d'orientation visent par contre à éclaircir, par l'analyse des principes juridiques internationaux et des aspects connexes, le droit et les normes juridiques applicables concernant certaines questions thématiques afin de fournir des orientations dans le domaine concerné. Elles ont pour but ultime de renforcer la protection des réfugiés et des demandeurs d'asile en assurant le respect des normes internationales relatives à la protection des réfugiés[205]. Il n'en demeure pas moins que d'après Hathaway, le Haut Commissariat pour les réfugiés n'a pas d'autorité pour imposer son interprétation de la définition du réfugié selon la Convention de 1951. Il incombe en effet aux Etats de déterminer le «véritable sens autonome et international de la Convention»[206].

Le Haut Commissariat pour les réfugiés est consulté lors de modifications législatives et de prises de décision. Cette fonction de consultant découle de l'article 35 chiffre 1 de la Convention de 1951. En vertu de cette disposition, «[l]es Etats contractants s'engagent à coopérer avec le Haut Commissariat pour les réfugiés ou toute autre institution des Nations Unies qui lui succéderait, dans l'exercice de ses fonctions et en particulier à faciliter sa tâche de surveillance de l'application des dispositions de cette Convention». Ainsi, «sur le plan européen, le [Haut Commissariat pour les réfugiés] a un rôle de consultant dans le processus d'harmonisation du droit d'asile et commente les actes législatifs de l'Union européenne»[207] (UE). Sur le plan national, la LAsi prévoit une collaboration générale de la Confédération avec le Haut Commissariat (art. 113 LAsi)[208]. Les autorités d'asile peuvent également requérir de sa part une prise de position ou des avis (art. 2 al. 1 let. c OA 1). En raison des connaissances étendues du Haut Commissariat en la matière ses prises de position revêtent une haute importance dans l'appréciation de la vraisemblance d'une persécution invoquée.

---

[202] PARK, p. 53.
[203] PARK, pp. 53 et 54.
[204] Manuel OSAR 2016, p. 53.
[205] HCR (2008), p. 2.
[206] HATHAWAY/FOSTER, p. 3: «While the UNHCR has the "duty of supervising the application of the provisions of the [Refugee] Convention,", the agency has no authority to mandate any particlar interpretation of the Convention definition. As matter of binding law, the task of determining the convention's "true autonomous and international meaning" has thus fallen principally to domestic decisions-makers - officials, specialist tribunals, and courts».
[207] Manuel OSAR, p. 56, p. ex. à l'occasion des consultations en vue de la refonte de la Directive 2005/85/CE. Cf aussi Manuel OSAR 2016, p. 53.
[208] Manuel OSAR 2016, p. 53.

Le Haut Commissariat est également amené à intervenir dans des cas particuliers soit de sa propre initiative soit sur demande du requérant d'asile[209]. En outre, selon le Haut Commissariat, les Etats ont une obligation de l'informer notamment sur les cas de requérants d'asile ou de réfugiés visés par des demandes d'extradition.

Lorsqu'une demande d'extradition vise un requérant d'asile ou un réfugié, le Haut Commissariat pour les réfugiés «est concerné à la fois en vertu de son mandat et du principe de protection et doit pouvoir faire les démarches nécessaires pour assurer la protection de la personne concernée. Selon les circonstances, il peut s'agir d'interventions auprès des autorités du pays requis au niveau diplomatique ou dans le contexte d'une procédure d'extradition, soit directement, soit par l'intermédiaire de juristes ou autres personnes agissant au nom d'une personne relevant de la compétence de l'Organisation. Le [Haut Commissariat des Nations Unies pour les réfugiés] peut prendre les mesures qui s'imposent même si la législation régissant la procédure d'extradition dans l'[E]tat requis ne prévoit pas de rôle officiel pour l'Organisation. Le mandat qu'a le [Haut Commissariat des Nations Unies pour les réfugiés] d'agir en faveur de personnes relevant de sa compétence faisant l'objet d'une demande d'extradition émane de son Statut de 1950, ainsi que de sa responsabilité de surveillance énoncée à l'article 35 de la Convention de 1951, à l'article 1 du Protocole de 1967 et au paragraphe 8a du Statut du [Haut Commissariat pour les réfugiés]. Conformément à ces dispositions, les [E]tats doivent aussi communiquer au [Haut Commissariat pour les réfugiés] des informations sur de tels cas. De plus, les réfugiés ou les demandeurs d'asile visés par une demande d'extradition doivent pouvoir contacter le [Haut Commissariat pour les réfugiés] et/ou des [Organisations non gouvernementales] qualifiées et des juristes prodiguant des conseils juridiques»[210].

L'intervention du Haut Commissariat pour les réfugiés dans un cas particulier ne peut être ignorée par les autorités chargées de décider ou de statuer sur un recours. Ainsi, la Cour européenne des droits de l'homme accordera une importance accrue à cette intervention quand elle statue sur une requête[211].

Sur la problématique de l'extradition touchant des demandeurs d'asile et des réfugiés et plus particulièrement sur l'articulation entre ces deux domaines juridiques, le Haut Commissariat pour les réfugiés a exprimé sa position dans une «Note d'orientation sur l'extradition et la protection internationale des réfugiés» publiée en avril 2008. Cette note d'orientation opère plusieurs renvois à l'étude publiée en novembre 2003 par Sibylle Kapferer pour le compte du Haut Commissariat intitulée «The Interface between Extradition and Asylum».

On retrouve le point de vue du Haut Commissariat pour les réfugiés sur la problématique asile-extradition dans deux autres documents. L'un est intitulé «Prise de position du HCR au sujet de l'avant-projet de loi fédérale sur la coordination entre la procédure d'asile et la procédure d'extradition». Cette prise de position a été élaborée par le Bureau de l'agence onusienne pour la Suisse et le Liechtenstein. Le second est intitulé «UNHCR

[209] Cf. p. ex. JICRA 1997/25; Arrêt de la CourEDH *I.M. c. France* du 2.2.2012, no 9152/09.
[210] HCR (2008) no 70, p. 29.
[211] Cf. p. ex. Arrêts de la CourEDH *Azimov c. Russie* du 18.4.2013 no 67474/11 et *Rustamov c. Russie* du 3.7.2012, no 11209/11.

Comments to the Council of Europe's Committee of Experts on the Operation of European Conventions on Co-operation in Criminal Matters (PC-OC) — On the Replies to the Questionnaire on the relationship between asylum procedures and extradition procedures». Dans ce document le Haut Commissariat pour les réfugiés avait formulé des commentaires à l'intention du Comité d'experts sur le fonctionnement des conventions européennes sur la coopération dans le domaine pénal (PC-OC) à propos des résultats d'un questionnaire que ce dernier avait adressé à ses membres pour connaître leur pratique lorsque les procédures d'asile et d'extradition sont pendantes simultanément. Ces différents documents seront présentés dans les prochains paragraphes.

4.2 Considérations du Haut Commissariat des Nations Unies pour les réfugiés au sujet des rapports asile-extradition

La «Note d'orientation sur l'extradition et la protection internationale des réfugiés» d'avril 2008 présente la position du Haut Commissariat pour les réfugiés sur les questions de procédure et de fond qui se posent lorsqu'une demande d'extradition concerne un réfugié ou un demandeur d'asile. Le Haut Commissariat s'y exprime tant au niveau des mesures législatives à adopter qu'au niveau du traitement des demandes d'asile et d'extradition dans un cas concret. Il y a lieu de souligner qu'une note d'orientation n'a pas d'effet contraignant pour les Etats contrairement à la recommandation. Les Etats sont donc libres de tenir compte des points de vue exprimés par le Haut Commissariat pour les réfugiés dans la note d'orientation sur l'asile et l'extradition.

Dans son analyse, le Haut Commissariat pour les réfugiés procède à une double distinction. Il distingue tout d'abord les cas où la demande d'extradition concerne un réfugié reconnu de ceux où elle concerne un requérant d'asile. Il distingue ensuite les circonstances où la reconnaissance du statut de réfugié a été faite par l'Etat requis d'une demande d'extradition de celles où cette reconnaissance a eu lieu par un Etat tiers. Cette note d'orientation ne traite donc pas seulement des questions où les procédures d'asile et d'extradition sont pendantes simultanément mais aussi des situations où la demande d'extradition concerne un réfugié déjà reconnu et donc des cas où les procédures d'asile sont déjà closes.

Au niveau normatif, le Haut Commissariat des Nations Unies pour les réfugiés émet des avis qui portent aussi bien sur le principe de non-refoulement que sur le principe de non-discrimination.

S'agissant du principe de non-refoulement, il invite les Etats à adopter des dispositions explicites dans leurs législations nationales obligeant leurs autorités «à refuser l'extradition d'un réfugié ou d'un demandeur d'asile si celle-ci serait contraire aux obligations de non-refoulement des [E]tats en vertu du droit international des réfugiés et du droit international des droits de l'homme (...). Cependant, l'obligation de ne pas extrader la personne réclamée si cette extradition équivaudrait à une violation du principe de non-refoulement en vertu du droit international des droits de l'homme et/ou du droit international des réfugiés est contraignante pour l'[E]tat requis même si sa

législation nationale ne prévoit pas expressément l'interdiction d'extrader dans ces conditions»[212].

En ce qui concerne la clause de discrimination qui concrétise en droit de l'extradition le principe de non-discrimination, il serait préférable selon le Haut Commissariat des Nations Unies pour les réfugiés «que cette garantie du droit de l'extradition soit obligatoire et non pas laissée à la discrétion de l'[E]tat requis» [213]. En outre, l'agence onusienne déplore que «la portée des clauses de discrimination en droit de l'extradition [soit] plus limitée que celle du principe de non-refoulement en droit international des réfugiés et diffère d'elle sur des aspects cruciaux»[214]. Le Haut Commissariat des Nations Unies a en effet relevé que «[l]a plupart des traités et des lois nationales sur l'extradition ne prévoient pas l'appartenance à un certain groupe social comme motif pouvant être invoqué par une personne menacée d'extradition et relevant donc de ce motif de refus, bien que dans certains instruments plus récents sur l'extradition les clauses de discrimination contiennent au moins certains des éléments couverts par la notion d'appartenance à un certain groupe social. De plus, les clauses de discrimination portent essentiellement sur le risque de persécution ou de préjudice dans le contexte de poursuites pénales ou de peines qui attendent le fugitif à sa remise et dans certains cas font explicitement référence au risque de préjudice «lors du procès». Elles ne s'appliquent pas nécessairement lorsque la personne concernée risque de subir d'autres formes de persécution. Pour les réfugiés et les demandeurs d'asile, le principe de non-refoulement peut fournir une protection plus étendue dans la mesure où il s'applique pour toute forme de traitement équivalant à une persécution s'il existe un lien avec leur nationalité, leur appartenance à un certain groupe social ou leurs opinions politiques»[215]. Du point de vue de l'agence onusienne, ces clauses de discrimination «ne doivent donc pas être considérées comme le seul moyen de garantir le non-refoulement de réfugiés ou de demandeurs d'asile dans des procédures d'extradition»[216].

Pour le traitement des cas asile-extradition et la portée des décisions prises en matière d'asile, le Haut Commissariat pour les réfugés formule les propositions suivantes pour régler les cas qui se présentent.

Quand la demande d'extradition émane du pays d'origine du réfugié reconnu dans l'Etat requis, le Haut Commissariat des Nations Unies pour les réfugiés estime que la détermination du statut de réfugié par les autorités d'asile doit être contraignante pour tous les organes et institutions nationaux qui traitent la demande d'extradition. On peut en effet partir du principe que les instances d'asile de l'Etat requis ont reconnu le caractère fondé de la crainte qu'avait la personne réclamée d'être persécutée dans l'Etat requérant[217]. «Cela signifie aussi que l'applicabilité de l'interdiction d'extrader le réfugié en vertu de l'article [33 paragraphe 1] de la Convention de 1951 ou du droit international coutumier a déjà été établie. En fonction des circonstances du cas d'espèce, les instances d'extradition peuvent toutefois être amenées à examiner si la personne réclamée relève de l'une des exceptions au principe de non-refoulement visées à l'article

[212] HCR (2008) no 39, p. 17.
[213] HCR (2008) no 41, p. 18.
[214] HCR (2008) no 41, p. 18.
[215] HCR (2008) note de bas de page no 61.
[216] HCR (2008) no 41, p. 18.
[217] HCR (2008) no 52, p. 23.

[33 paragraphe 2] de la Convention de 1951. Si cette détermination est faite dans le cadre du processus d'extradition, les autorités concernées doivent évaluer la situation de la personne réclamée à la lumière des critères de fond exposés à l'article [33 paragraphe 2] tandis que la procédure d'extradition doit fournir les garanties de procédure requises pour l'application de cette disposition»[218].

Si dans certains pays les autorités compétentes en matière d'extradition ne sont pas liées par les décisions prises en matière d'asile, elles doivent néanmoins «veiller à ce que toute décision relative à une demande d'extradition concernant un réfugié respecte ses obligations de non-refoulement en vertu du droit international des réfugiés [(art. 33 paragraphe 1 de la Convention de 1951)] et du droit international des droits de l'homme (...). Les instances d'extradition doivent pour cela examiner toutes les circonstances relatives au cas espèce afin d'établir s'il existe un risque de persécution pour la personne réclamée à quelque stade que ce soit après sa remise, que ce soit dans le cadre de la procédure pénale ou indépendamment de cette procédure, y compris après le procès et/ou pendant que la personne purge sa peine. Il en va de même si l'[E]tat requérant est un pays autre que le pays d'origine du réfugié. Lorsque les faits relatifs à un cas particulier soulèvent la question de l'applicabilité de l'article [33 paragraphe 2 de la Convention de 1951], le processus d'extradition doit assurer le respect intégral des critères de fond prévus dans cette disposition, ainsi que des conditions applicables en matière d'équité de la procédure. Qu'une détermination de statut de réfugié faite par les instances d'asile soit ou non contraignante pour les instances d'extradition, l'[E]tat requis est aussi tenu de veiller au respect de ses obligations de non-refoulement en vertu du droit international des droits de l'homme»[219].

Lorsque la personne a été reconnue en tant que réfugié par un autre pays ou par le Haut Commissariat lui-même, son statut de réfugié «doit être pris en compte par les instances d'extradition de l'[E]tat requis lorsqu'elles cherchent à établir si l'extradition serait compatible avec le principe de non-refoulement. La détermination par un [E]tat qu'une personne est un réfugié en vertu de la Convention de 1951 a un effet extraterritorial, du moins concernant les autres [E]tats parties à cette Convention. Le statut de réfugié déterminé dans un [E]tat partie ne doit être remis en question par un autre [E]tat partie que dans des cas exceptionnels s'il apparaît que l'intéressé ne remplit manifestement pas les conditions requises par la Convention de 1951, par exemple s'il est découvert des faits indiquant que les déclarations initialement faites étaient frauduleuses ou montrant que l'intéressé tombe sous le coup d'une des clauses d'exclusion prévues par la Convention de 1951. De même lorsque la personne a été déterminée par le [Haut Commissariat de Nations Unies pour les réfugiés] comme étant un réfugié en vertu de son mandat de protection internationale, cette détermination doit être respectée par l'[E]tat requis (...). [Il] convient [dès lors] de tenir dûment compte de telles décisions dans les procédures d'extradition»[220].

Si la procédure d'extradition concerne un demandeur d'asile, le Haut Commissariat des Nations Unies pour les réfugiés considère que la décision relative à la demande d'asile et celle concernant la demande d'extradition doivent être prises dans des procédures

[218] HCR (2008) no 52, p. 23.
[219] HCR (2008) nos 53 et 54, pp. 23 et 24.
[220] HCR (2008) nos 55 et 56, pp. 24 et 25.

séparées aux motifs que l'extradition et la détermination du statut de réfugié sont des procédures distinctes qui ont un but différent et sont régies par des critères juridiques différents. En outre, les individus chargés de statuer dans ces deux domaines doivent avoir des connaissances, une expertise et des compétences spécifiques. Or, de l'avis de l'agence onusienne, «si la détermination de l'existence ou non d'une crainte fondée de persécution [est] incorporée à la procédure d'extradition [cela] peut fortement réduire la chance qu'a un demandeur d'asile de voir sa demande examinée. Cette procédure peut aussi entraîner une limitation des recours juridiques possibles en cas de détermination négative du statut»[221]. Le Haut Commissariat préconise dès lors que «dans les cas pouvant aboutir à la remise d'un demandeur d'asile à son pays d'origine, il convient d'engager la procédure d'asile et de procéder à la détermination finale de la demande d'asile avant de statuer sur la demande d'extradition»[222].

Même si les procédures d'extradition et d'asile doivent être conduites en parallèle, cela ne signifie pas que ces deux procédures doivent être menées en isolement pour des raisons d'efficacité. En outre, «les informations relatives à la demande d'extradition peuvent avoir une incidence sur la détermination de la demande d'asile. Il peut toutefois être nécessaire de suspendre la prise de décision sur une demande d'extradition en attendant que la détermination de l'asile soit finale[223]. Par contre, si l'extradition n'est pas demandée par l'Etat d'origine, le requérant d'asile peut dans certaines circonstances être extradé avant que sa demande d'asile ne soit définitivement examinée par l'Etat requis. Pour que cela soit conforme avec le droit international des réfugiés et des droits de l'homme, le Haut Commissariat pose des conditions quant à l'établissement des faits et à l'accès à une procédure d'asile conforme aux standards internationaux. [L'E]tat requis doit établir que l'extradition vers l'[E]tat requérant n'exposerait pas le demandeur d'asile à des persécutions, des tortures ou autres préjudices irréparables, et veiller (...) à ce que le demandeur d'asile ait accès à des procédures de détermination de l'asile qui respectent ces normes»[224]. Si ces deux conditions sont remplies, la procédure d'asile peut être suspendue jusqu'à l'issue des poursuites qui intervient soit par l'imposition d'une condamnation et d'une peine soit par l'acquittement. «Cette procédure [d'asile] peut être menée soit dans l'[E]tat requis où la demande d'asile était pendante à l'origine, par un accord de réadmission dans cet [E]tat, soit par le transfert de la responsabilité de l'examen de la demande d'asile à l'[E]tat qui demande l'extradition, à condition que des normes de procédure similaires existent dans ce pays»[225].

En vue de déterminer le statut de réfugié dans les cas impliquant des considérations d'extradition, les autorités compétentes en matière d'asile doivent examiner si l'individu est légitimement poursuivi ou non. Si la poursuite est légitime, il y aura alors lieu d'examiner s'il a une crainte fondée d'être persécuté[226]. S'il est établi que l'individu tombe sous la définition de réfugié, il faut alors voir si l'article 1(F) de la Convention de 1951 s'applique[227]. Il n'y a dès lors pas de corrélation automatique entre extradition et exclusion selon cet article 1(F)[228].

---

[221] HCR (2008) no 61, p. 27. Cf. aussi KAPFERER no 290, p. 96, et no 296, p. 98.
[222] HCR (2008) no 65, p. 28. Cf. aussi KAPFERER no 292, p.97.
[223] HCR (2008) nos 62 et 65, pp. 27 et 28.
[224] HCR (2008) no 67, p. 28. Cf. aussi KAPFERER, p. XI.
[225] HCR (2008) no 68, pp. 28 et 29. Cf. aussi KAPFERER, p. XI.
[226] HCR (2008) no 75, pp. 30 et 31.
[227] HCR (2008) no 76, p. 31.
[228] HCR (2008) no 81, p. 32.

Dans sa prise de position sur l'avant-projet de Loi de coordination, l'agence onusienne a repris dans les grandes lignes la position exposée dans sa note d'orientation d'avril 2008 tout en soulignant encore une fois que les procédures d'extradition et d'asile sont centrées sur deux biens juridiques différents qui doivent être traités dans des procédures distinctes. Elle suggère donc qu'avant toute décision sur une demande d'extradition, une décision définitive devrait avoir été rendue sur la demande d'asile[229].

Dans le cadre de ses commentaires sur les réponses au questionnaire adressé par le PC-OC aux Etats parties à la Convention européenne d'extradition du 13 décembre 1957 (CEExtr)[230], le Haut Commissariat des Nations Unies pour les réfugiés a réitéré sa position exprimée dans sa note d'orientation d'avril 2008 selon laquelle les procédures d'asile et d'extradition doivent être conduites dans des procédures distinctes et menées en parallèle. De plus, la décision d'asile doit précéder la décision d'extradition lorsque la demande d'extradition émane de l'Etat présumé persécuteur[231].

Chapitre 5 Solutions dans d'autres Etats

5.1 Remarques liminaires

La Suisse n'est pas le seul pays confronté aux problématiques découlant de l'existence de procédures d'asile et d'extradition pendantes simultanément et de demandes d'extradition concernant des réfugiés ou de personnes au bénéfice d'une protection. Le Comité d'experts sur le fonctionnement des conventions européennes sur la coopération dans le domaine pénal (PC-OC) a ainsi été saisi de cette question et a adressé aux Etats parties à la Convention européenne d'extradition un questionnaire pour connaître des pratiques qui y sont en vigueur sur la relation entre procédures d'asile et d'extradition. Les résultats de ce questionnaire sont présentés au chiffre 5.2 ci-dessous. Sous la Direction de Caroline Laly-Chevalier et de Vincent Chetail, une recherche a été réalisée qui se proposait d'analyser, dans une approche comparatiste, l'articulation entre les différents corps de règles en matière d'asile et d'extradition à travers le prisme de l'exclusion fondée sur l'indignité du demandeur d'asile. Les résultats de la recherche et les propositions de solutions seront exposés au chiffre 5.3 ci-dessous. Cette présentation des solutions étrangères se poursuit au chiffre 5.4 par une étude comparative des solutions adoptées par nos Etats voisins (Allemagne, Autriche, Italie, France) et par trois pays de la *Common Law* (Royaume-Uni, Canada et Etats-Unis).

[229] HCR (prise de position) no 36, p. 14.
[230] RS 0.353.1.
[231] HCR (2009).

5.2 Résultats du questionnaire du Comité d'experts sur le fonctionnement des conventions européennes sur la coopération dans le domaine pénal

Lors de leur 28ème Conférence qui s'est tenue à Lanzarote du 25 au 28 octobre 2007, les Ministres européens de la justice ont adopté la Résolution no 1 relative à l'accès à la justice pour les migrants et les requérants d'asile. Sur la base du paragraphe 16c de cette Résolution, le Comité des Ministres a chargé le Comité européen pour les problèmes criminels (CDPC) de la tâche d'examiner «la relation entre les procédures d'asile et d'extradition». De son côté, le CDPC a confié cette tâche au PC-OC avec pour mission de faire le point sur la situation dans les différents Etats parties et de réfléchir aux réponses possibles sur les défis communs. Lors de sa 54ème rencontre qui s'est tenue du 28 au 30 avril 2008, le PC-OC a discuté de la relation entre les procédures d'asile et d'extradition et adopté un questionnaire qu'il a adressé aux Etats parties.

Le questionnaire a fait l'objet de plusieurs comptes-rendus dont le plus récent, daté du 2 juin 2014, compile et synthétise les réponses fournies par vingt-sept Etats[232]. Seize Etats n'ont pas de dispositions qui règlent la relation entre les procédures d'asile et d'extradition. Douze Etats indiquent que leur législation ne permet pas l'extradition d'une personne ayant demandé l'asile. Dans huit Etats, l'extradition d'une personne qui a demandé l'asile est possible à tout le moins en théorie. Dans la majorité des Etats les procédures sont conduites en parallèle bien que l'issue de la procédure d'asile puisse influer sur la décision d'extradition. Souvent la décision en matière d'extradition incombe à une autorité judiciaire (pénale) alors que l'octroi de l'asile est du ressort d'une autorité administrative. Dans treize Etats la procédure d'asile a la priorité si la situation se présente. Cinq Etats ne connaissent pas de normes réglant la priorité. En France et en Allemagne les deux procédures sont menées indépendamment l'une de l'autre ce qui n'empêche pas que la procédure d'extradition puisse être suspendue dans l'attente de l'issue de la procédure d'asile. En Autriche, la procédure d'extradition a la priorité sur toute autre règle concernant le renvoi d'une personne hors du pays[233]. Des représentants du Ministère de la justice autrichien ont toutefois précisé que dans la pratique la règle consiste plutôt à attendre la décision en matière d'asile.

A la question de savoir dans quelles conditions l'extradition d'un requérant d'asile peut être autorisée, sept Etats ont répondu que l'extradition est autorisée lorsque la requête d'asile est rejetée ou le statut de réfugié révoqué. Pour la majorité des autres Etats interrogés, cette question semble faire l'objet d'un examen au cas par cas à condition que l'extradition soit compatible avec les principes de droit international, la CEDH, la Convention de 1951 ou avec les dispositions équivalentes en droit interne. En Roumanie, les requérants d'asile ne peuvent être extradés, sauf s'il existe des motifs raisonnables de croire qu'ils ont l'intention de commettre des actes de terrorisme ou de soutenir de tels actes ou qu'ils peuvent être considérés comme un danger pour la sécurité de l'Etat

[232] PC-OC (juin 2014). Les Etats ayant répondu au questionnaire sont les suivants: Albanie, Arménie, Autriche, Allemagne, République tchèque, Danemark, Espagne, Estonie, Finlande, France, Géorgie, Hongrie, Islande, Italie, Lettonie, Lituanie, Norvège, Pays-Bas, Pologne, Portugal, Roumanie, Russie, Slovaquie, Slovénie, Suède, Suisse et Turquie. Il est à relever qu'en sus de ce questionnaire, le PC-OC décida lors de sa 65ème session qui s'est tenue du 26 au 28.11.2013 d'inviter tous les experts à adresser à son secrétariat des exemples de bonnes pratiques ainsi que de faire part des obstacles rencontrés dans ce domaine. Le PC-OC a ainsi publié le 5.3.2014 les informations qui lui ont été adressées par douze pays (PC-OC [mars 2014]).

[233] PC-OC (juin 2014), pp. 5 et 6.

roumain ou pour l'ordre public. En Lituanie, l'article 33 paragraphe 2 de la Convention de 1951 constitue la seule circonstance qui permettrait d'accorder l'extradition d'un requérant d'asile[234].

Dans neuf Etats l'octroi de l'extradition, au moins en théorie, n'a pas d'effet direct sur les procédures d'asile. Néanmoins, plusieurs Etats indiquent que les motifs de la décision d'extradition peuvent, en pratique, avoir une influence sur l'issue de la procédure d'asile.

S'agissant de l'établissement des faits et de l'échange d'informations entre autorités, l'Autriche dispose d'un site web géré par l'Office fédéral des étrangers et de l'asile (Bundesamt für Fremdenwesen und Asyl, BFA) contenant des informations sur la situation des droits de l'homme et qui est accessible à la fois aux autorités compétentes en matière d'asile et en matière d'extradition[235].

5.3 Résultats et solutions issus de la recherche dirigée par Caroline Laly-Chevalier et Vincent Chetail

Sous la direction de Caroline Laly-Chevalier et de Vincent Chetail, une recherche a été réalisée en vue «d'analyser, dans une approche comparatiste, l'articulation entre [les différents corps de règles en matière d'asile et d'extradition] à travers le prisme de l'exclusion fondée sur l'indignité du demandeur d'asile. Deux axes de recherche ont été retenus: le premier portant sur l'approche matérielle des relations entre extradition et exclusion du statut de réfugié et le second portant sur l'approche procédurale et institutionnelle des relations entre ces deux corps de règles»[236].

Laly-Chevalier et Chetail ont cherché à mettre en relief les dysfonctionnements constatés dans l'articulation des procédures d'extradition et d'asile (coopération entre les autorités d'asile et d'extradition, ordre de priorité de chacune des procédures par rapport à l'autre, respect des garanties procédurales dues au demandeur d'asile lorsque le statut de réfugié est discuté par voie d'exception devant le juge de l'extradition et question centrale et transversale de la confidentialité des données concernant le demandeur d'asile ou le réfugié lorsqu'elles sont sollicitées aux fins d'une procédure d'extradition). Ils ont mis en évidence un besoin de coordination entre les domaines de l'asile et de l'extradition pour ce qui concerne la France, envisageant trois types de solutions pour répondre aux dysfonctionnements constatés.

La première solution consiste dans le «maintien du *statu quo* normatif lorsque les dispositions d'un corps de règles suffisent par *elles-mêmes* à répondre aux préoccupations de l'autre (...)[. Ainsi, on pourrait se fonder sur les motifs obligatoires

[234] PC-OC (juin 2014), p. 7.
[235] PC-OC (juin 2014), p. 11.
[236] LALY-CHEVALIER/CHETAIL, note de synthèse, p. 4. La recherche repose sur une équipe composée de chercheurs français (Université de Lille 2, Université d'Artois, Université Paris Ouest-La Défense et Université Versailles Saint Quentin), suisses (Institut de hautes études internationales et du développement, Genève) et belges (Université catholique de Louvain), spécialisés en droit des réfugiés, droit international public, droit public ou droit des étrangers. Elle a été menée en étroite collaboration avec le Bureau de l'entraide judiciaire pénale internationale à la Direction des affaires criminelles et des grâces du Ministère de la Justice français, la Cour nationale du droit d'asile (CNDA) et l'Office Français de Protection des Réfugiés et des Apatrides (OFPRA).

de refus d'extradition] pour empêcher l'extradition d'un réfugié ou d'un exclu préalablement inclus, sans qu'il soit nécessaire de se fonder, en tant que tel, sur le statut de réfugié de cette personne (...)[. L]a deuxième solution, qui est complémentaire de la précédente, consisterait à inscrire *formellement* dans la loi (ou les traités conclus par la France) les garanties offertes par l'un des deux corps de règles lorsque celles-ci ont vocation à s'appliquer dans le cadre de la mise en œuvre de l'autre corps de règles, (...) l'objectif étant simplement de rendre plus visible une règle qui s'applique en tout état de cause par exemple il serait opportun d'inscrire explicitement dans le code de procédure pénale [français] la règle [...] selon laquelle l'extradition est interdite vers l'Etat de persécution si la personne est un réfugié) (...)[. U]ne troisième et dernière solution, rendue nécessaire en cas d'insuffisance des deux premières, est de *modifier* le droit français lorsque celui-ci ne garantit pas, *en l'état* des dispositions conventionnelles, législatives et réglementaires applicables, le respect des règles de l'un ou l'autre corps de règles. Il en va particulièrement ainsi lorsque les garanties offertes par le droit de l'extradition ne prennent pas suffisamment en compte le besoin de protection particulier du demandeur d'asile, du réfugié ou de l'exclu. Dans une telle situation, le recours à une règle de primauté d'une obligation sur l'autre ne saurait suffire: d'une part, elle pourrait s'avérer aléatoire dans sa mise en œuvre, en contradiction avec l'impératif de sécurité juridique; d'autre part, elle supposerait que l'obligation écartée ne soit pas respectée, ce qui ne constitue pas une solution juridiquement très heureuse. L'objectif prioritaire doit être l'application conforme des deux corps de règles et ce n'est qu'en cas d'impossibilité d'y parvenir qu'une préférence devrait être accordée alors à l'un des deux corps de règles — vraisemblablement le droit des réfugiés compte tenu du rang assigné aujourd'hui aux droits fondamentaux de la personne humaine, dans l'ordre interne français (protection constitutionnelle en particulier) comme dans l'ordre international»[237].

5.4 Etude comparée

Cette étude comparée porte sur nos pays voisins (Allemagne, Autriche, Italie, France) et sur trois pays de *Common Law* (Royaume-Uni, Canada et Etats-Unis). Le choix des Etats de *Common Law* a été dicté par le fait que ce système diffère du système dit romain auquel appartiennent la Suisse et nos voisins. Au niveau du droit de l'extradition cette différence se traduit essentiellement par l'exigence imposée en général par les Etats de la *Common Law* aux Etats requérants l'extradition de fournir «des preuves concrètes en plus d'un mandat, tandis que les [E]tats de droit romain ont tendance à exiger le mandat d'arrêt et une déclaration»[238]. Etant donné que les questions de l'établissement des faits, de la preuve et de la vraisemblance jouent un rôle important pour apprécier le risque d'atteinte à l'intégrité ou à la liberté en cas de refoulement, il s'avérait ainsi intéressant d'étudier la manière dont les trois Etats de *Common Law* traitent de la problématique des procédures d'asile et d'extradition simultanément pendantes. Dans les paragraphes qui suivent il sera question uniquement de la procédure d'extradition classique à l'exclusion de la procédure instituée par le Mandat d'arrêt européen (MAE).

[237] LALY-CHEVALIER/CHETAIL, note de synthèse, pp. 11 et 12.
[238] UNODC (2012), p. 47.

5.4.1 Allemagne: procédures parallèles et primauté théorique de la décision d'extradition

En Allemagne, les procédures d'asile et d'extradition sont régies par des normes[239] et sont soumises à des autorités[240] distinctes, à la nuance près toutefois que le Tribunal constitutionnel fédéral (Bundesverfassungsgericht, BVerfG) peut connaître des recours aussi bien en matière d'asile qu'en matière d'extradition et que l'article 16a chiffre 1 *GG* s'applique dans les deux domaines. Les deux procédures sont menées en parallèle[241], indépendamment l'une de l'autre, mais ne se déroulent pas en vase clos. En effet, les autorités concernées procèdent à des échanges d'informations et se mettent à disposition leur dossier[242].

Le droit allemand prévoit trois dispositions qui ont une incidence sur les rapports entre les deux procédures. Il s'agit des articles 6 (anciennement art. 4) et 8 de la loi sur la procédure d'asile du 26 juin 1992 (Asylverfahrensgesetz, AsylVfG), et 16a chiffre 1 *GG*. Parmi ces dispositions, seul l'article 8 *AsylVfG* peut être considéré comme une norme de coordination.

---

[239] Du point de vue des normes applicables, le droit de l'asile et sa procédure sont notamment régis par l'art. 16a ch. 1 GG, par les art. 58a et 60 ch. 1 de la Loi sur le séjour (Aufenthaltsgesetz) et par la loi sur la procédure d'asile du 26.6.1992 (Asylverfahrensgesetz, AsylVfG) (AIDA, Country report Germany, p. 8). De son côté, l'extradition est notamment régie par l'art. 16a ch. 1 GG et par la Loi sur l'entraide internationale en matière pénale du 23 décembre 1982 (Gesetz über die internationale Rechtshilfe in Strafsachen-IRG, IRG) (PC-OC [2012], p. 58).

[240] Du point de vue des autorités, en matière d'asile, les art. 12 à 33 AsylVfG prévoient que l'Office fédéral de la migration et des réfugiés (Bundesamt für Migration und Flüchtlinge, BAMF), qui est rattaché au Ministère de l'intérieur, décide sur les demandes d'asile y compris sur la reconnaissance de la qualité de réfugié (art. 5). Contre la décision rejetant la demande d'asile et ordonnant le renvoi, le requérant dispose de plusieurs voies de recours. Les instances de recours sont le Tribunal administratif (Verwaltungsgericht, VG; art. 74 AsylVfG), le Tribunal supérieur de l'Etat fédéré (Oberverwaltungsgericht, OVG) ou dans certains Etats fédérés la Cour de droit public (Verwaltungsgerichtshof, VGH), le Tribunal administratif fédéral (Bundesverwaltungsgericht, BverwG; art. 132 et 133 AsylVfG) et le Tribunal constitutionnel fédéral (Bundesverfassungsgericht, BVerfG; art. 90 GG) (BAMF, pp. 45 et 46). En matière d'extradition, la détermination des autorités compétentes diffère selon que la demande d'extradition est transmise par la voie ministérielle ou par voie diplomatique. Si elle est transmise par la voie ministérielle, les autorités compétentes sont les suivantes: le Ministère de la justice de l'Etat fédéré compétent (Landesministerium der Justiz) qui examine la demande d'extradition et décide de l'octroi de l'extradition; le procureur général de l'Etat fédéré qui requiert du Tribunal supérieur de l'Etat fédéré (Oberlandsgericht, OLG) d'ordonner la détention en vue d'extradition et de statuer sur la recevabilité de la demande d'extradition (Zulässigkeit der Auslieferung), puis transmet la décision de l'OLG en même temps que son propre assentiment au Landesministerium der Justiz (PC-OC [2012], Allemagne, pp. 56 et 57); le Tribunal constitutionnel fédéral (Bundesverfassungsgericht, BVerfG) qui statue sur recours extraordinaire sur la décision de recevabilité de l'OLG (G. HAAS, pp. 130 et 131; KÖBERER no 547, p. 292); et la Cour fédérale (Bundesgerichtshof) qui statue sur recours d'une OLG (art. 42 IRG) (G. HAAS, p. 129). Si elle a été transmise par la voie diplomatique, c'est le Ministère de la justice fédéral (BMJ) qui, conjointement avec le Ministère des affaires étrangères et d'autres Landesministerium der Justiz concernés par l'extradition décident d'octroyer ou non l'extradition.

[241] En matière d'extradition, la procédure mêle des aspects judiciaire et administratif. La demande d'extradition est transmise au Ministère de la justice de l'Etat fédéré compétent (Landesministerium der Justiz) soit par la voie diplomatique via le Ministère des affaires étrangères et le Ministère fédéral de la justice (Bundesministerium der Justiz, BMJ), soit directement du Ministère de la justice étranger par la voie ministérielle. Le Landesministerium der Justiz examine la demande et la transmet à son procureur général. Ce dernier requiert du Tribunal supérieur de l'Etat fédéré (Oberlandsgericht, OLG) d'ordonner la détention en vue d'extradition et de statuer sur la recevabilité de la demande d'extradition (Zulässigkeit der Auslieferung). Le procureur général transmet la décision de l'*OLG* en même temps que son propre assentiment au Landesministerium der Justiz. Si la demande d'extradition a été transmise par la voie ministérielle, le *Landesministerium der Justiz* décide de l'octroi de l'extradition (PC-OC [2012], Allemagne, pp. 56 et 57). Si elle a été transmise par la voie diplomatique, le *Landesministerium der Justiz* transmet la décision de l'*OLG* et l'assentiment du procureur au *BMJ* qui, conjointement avec le Ministère des affaires étrangères et d'autres *Landesministerium der Justiz* concernés par l'extradition décident d'octroyer ou non l'extradition. Si l'*OLG* rejette la demande d'extradition, celle-ci ne peut avoir lieu. Dans tous les autres cas, c'est le *BMJ* ou le *Landesministerium der Justiz* qui décide en dernier lieu sur l'extradition (Bewilligungsverfahren). Contre la décision de recevabilité de l'extradition rendue par l'*OLG*, il n'y a pas de voie de recours ordinaire. L'extradé peut toutefois saisir le *BVerfG*. Il s'agit d'une voie de droit extraordinaire (G. HAAS, pp. 130 et 131; KÖBERER no 547, p. 292). De son côté, l'OLG peut faire appel à la *Bundesgerichtshof* si une question de principe se pose ou s'il veut s'écarter d'une décision d'un autre *OLG* ou de la *Bundesgerichtshof* (art. 42 IRG; G. HAAS, p. 129). Cette faculté réservée à l'*OLG* n'est pas une voie de droit (KÖBERER no 546, p. 292). Contre la décision du *BMJ* ou du *Landesministerium der Justiz*, il n'y a pas de recours (G. HAAS, p. 144).

[242] BVerfGE 2Bvr 221/15 du 9.4.2015.

En vertu de l'article 6 chiffre 2 *AsylVfG*[243] la décision rendue en matière d'asile ne lie pas le juge de l'extradition ni n'a de valeur contraignante pour ce dernier, si bien que la reconnaissance du statut de réfugié ne fait en principe pas obstacle à une procédure d'extradition. Ainsi, la menace de persécution politique, qui est au cœur des deux procédures, doit être examinée de façon autonome par le juge de l'extradition et le juge de l'asile[244]. Les procédures d'asile et d'extradition sont menées en parallèle et sont donc juridiquement indépendantes l'une de l'autre. Schomburg et Hackner regrettent d'ailleurs que tous les efforts d'harmonisation aient jusqu'à ce jour échoué[245].

Le fait que le juge de l'extradition ne soit pas lié par la décision en matière d'asile est dû au caractère spécial de la procédure d'extradition, qui sert l'assistance judiciaire internationale et l'intérêt de la Communauté des Etats en vue de lutter efficacement contre le crime. Il s'ensuit que l'asile ou le statut de réfugié ne protège pas l'individu d'une extradition à l'Etat d'origine dès lors que les circonstances d'une persécution politique peuvent être déterminées différemment dans l'une ou l'autre procédure. La reconnaissance du statut de réfugié ou l'octroi de l'asile exige du juge de l'extradition qu'il use d'une précaution particulière en examinant la question de savoir si les assurances diplomatiques protègent suffisamment la personne contre la persécution politique. Dans le cadre de cet examen le juge de l'extradition doit considérer, entre autres et en particulier, les motifs d'accorder à l'individu une protection[246]. L'octroi de l'asile ou du statut de réfugié après la décision d'extradition peut justifier une nouvelle décision ou peut entraîner une décision différente en matière d'extradition. En vertu de l'article 6 chiffre 2 *AsylVfG*, les Tribunaux supérieurs des Etats fédérés (Oberlandsgericht, OLG) — qui sont en Allemagne les autorités qui statuent sur la recevabilité de la demande d'extradition — ne sont donc pas liés par la décision en matière d'asile. La reconnaissance du statut de réfugié et l'octroi de l'asile constituent par contre un indice important de l'existence d'une poursuite politique qui doit être pris en compte[247]. En règle générale, les faits établis dans la procédure d'asile et la décision qui y est prise sont connus des autorités compétentes en matière d'extradition au moment où elles statuent sur l'extradition, de sorte que les résultats de cet examen sont pris en compte dans l'appréciation et la détermination des faits pour la décision d'extradition. L'article 8 *AsylVfG* prévoit en effet un échange d'informations entre autorités compétentes en matière d'asile et d'extradition[248].

La reconnaissance par un Etat tiers du statut de réfugié politique ne lie pas non plus le juge de l'extradition. L'Allemagne examine de manière indépendante si un individu fait ou non l'objet d'une poursuite politique. La décision étrangère ne constitue un indice à prendre en compte que si elle émane d'un Etat de l'Europe de l'Ouest[249] et de surcroît d'un Etat de l'Union européenne (UE), car on peut partir du principe qu'il a accordé l'asile après avoir procédé à un examen minutieux de la demande d'asile. Dans le cas

[243] L'art. 6 ch. 2 *AsylVfG* a la teneur suivante: «Die Entscheidung über den Asylantrag ist in allen Angelegenheiten verbindlich, in denen die Anerkennung als Asylberechtigter oder die Zuerkennung des internationalen Schutzes im Sinne des § 1 Absatz 1 Nummer 2 rechtserheblich ist. Dies gilt nicht für das Auslieferungsverfahren sowie das Verfahren nach § 58a des Aufenthaltsgesetzes».
[244] ISDC, p. 3; HACKNER/SCHIERHOLT nos 118 et 126, pp. 125; KÖNIG no 204, p. 227. Pour une jurisprudence récente: BVerfGE 2Bvr 221/15 du 9.4.2015.
[245] SCHOMBURG/LAGODNY/GLESS/HACKNER, § 6, no 54, p. 107.
[246] Pour un ex.: BVerfGE 2Bvr 1608/07 du 16.9.2010.
[247] KÖNIG no 204, p. 227.
[248] Cf. BVerfGE 2Bvr 221/15 du 9.4.2015.
[249] KÖNIG no 204, p. 227.

contraire, il est procédé à un réexamen de la décision étrangère. Si l'autre Etat n'indique pas les motifs pour lesquels il a accordé l'asile ou la reconnaissance du statut de réfugié et si l'individu échoue dans l'exposé des faits, il s'impose d'éclaircir en premier lieu si l'extradition doit être accordée[250].

La décision des autorités d'asile n'est pas obligatoirement suspendue jusqu'à la fin de la procédure d'extradition, bien qu'une telle suspension soit possible. L'extradition est donc admissible même si une procédure d'asile est toujours pendante. A l'inverse, le juge de l'extradition peut surseoir à l'examen de la demande d'extradition dans l'attente qu'une décision en matière d'asile soit exécutoire[251].

L'obtention de l'asile en Allemagne ou à l'étranger n'entraîne donc pas une interdiction générale de procéder à une extradition. On considère en effet qu'aussi bien les garanties diplomatiques que la règle de la spécialité (art. 11 de la Loi sur l'entraide internationale en matière pénale du 23 décembre 1982 [Gesetz über die internationale Rechtshilfe in Strafsachen-IRG, IRG]) protègent la personne d'une persécution politique ou d'une réextradition à un Etat persécuteur. Toutefois, s'il est établi dans la procédure d'asile ou dans la procédure d'extradition que l'individu est politiquement poursuivi, il bénéficiera du droit d'asile en vertu de l'article 16a chiffre 1 *GG*[252]. Quant à l'extradition à un Etat tiers elle est en principe compatible avec la *GG*.

L'absence d'effet contraignant de l'article 6 chiffre 2 *AsylVfG* sur la procédure d'extradition fait débat en Allemagne[253].

Pour Schomburg et Hackner l'article 6 chiffre 2 *AsylVfG* (ancien art. 4 ch. 2) est contraire à la *GG*[254]. Lagodny critique également la pratique allemande qu'il juge incompatible avec la garantie de l'asile offerte par la *GG* et avec le droit européen.

En particulier, Lagodny trouve discutable que la reconnaissance du statut de réfugié ou l'obtention de l'asile ne soit pas contraignante pour le juge de l'extradition aux motifs qu'une décision rendue par une autorité administrative ne lie pas un tribunal ordinaire et que la règle de la spécialité, respectivement la garantie de ne pas poursuivre politiquement la personne concernée, suffit à la protéger. De plus, pour Lagodny, la reconnaissance par un Etat tiers de la qualité de réfugié doit constituer une preuve, car l'on doit quand même présumer que la qualité de réfugié a été correctement examinée. Cette reconnaissance doit donc être prise en considération par le juge allemand. Enfin, même si cela n'a pas été expressément affirmé, l'article 33 de la Convention de 1951 constitue en Allemagne un obstacle à l'extradition. La reconnaissance du statut de réfugié dans un Etat tiers revêt donc une certaine pertinence du point de vue de l'article 16 chiffre 2 alinéa 2 *GG* (actuellement art. 16a ch. 1 GG) pour apprécier le caractère politique de la poursuite. Si les conditions de cette disposition sont remplies, on sera

[250] HACKNER/SCHIERHOLT no 118, p. 126.
[251] KÖNIG no 366, p. 261.
[252] BVerfGE 2Bvr 221/15 du 9.4.2015 par. 11 à 13.
[253] ISDC, p. 3.
[254] SCHOMBURG/LAGODNY/GLESS/HACKNER, § 6 IRG, no 55a, p. 107.

donc en présence d'un obstacle à l'extradition, même si l'on ne parle que d'un indice à prendre en considération[255].

Schomburg et Hackner déplorent également le fait que l'Allemagne s'offre le luxe d'examiner une même question dans le cadre de deux procédures différentes par deux autorités distinctes qui ont en principe le même pouvoir d'examen[256]. De son côté, Lagodny déplore le fait que les *OLG* limitent leur pouvoir d'examen aux faits objet de la demande d'extradition. Dans sa critique, Lagodny prend comme point de départ un arrêt du 14 novembre 1979 du *BVerfG* où celui-ci a posé les exigences en matière de pouvoir d'examen que doit respecter l'*OLG*[257]. Ce dernier devrait au moment de l'examen des conditions de recevabilité de l'extradition mettre tous les moyens d'enquête en oeuvre pour éclaircir un prétendu danger de poursuite politique et ce surtout s'il existe déjà des indices parlant en faveur de la reconnaissance d'une telle poursuite, ce qui est à chaque fois le cas lorsque l'extradé a été reconnu comme réfugié politique dans un autre Etat partie à la Convention de 1951[258]. Toutefois, plusieurs *OLG* limiteraient cet examen aux délits mentionnés dans la demande d'extradition et à la procédure pénale dans l'Etat requérant[259]. Or, pour Lagodny, le juge de l'extradition ne doit pas limiter son point de vue aux délits pour lesquels l'extradition est demandée, mais doit l'élargir. En outre, l'*IRG* impose à l'*OLG* et au procureur des devoirs exhaustifs d'instruction et d'éclaircissement des faits dans la procédure d'extradition. Ces devoirs ne se limitent pas aux conditions de l'extradition mais ils valent aussi pour les exceptions à l'extradition[260]. Cela vaut en particulier pour les cas d'extradition qui tombent sous le coup de l'article 16a chiffre 1 *GG*, à savoir le droit d'asile[261]. Dès lors si l'individu fait valoir des obstacles à l'extradition, l'*OLG* doit les clarifier[262].

Lagodny considère ensuite que la règle de la spécialité — à l'instar des garanties diplomatiques — peut constituer un oreiller de paresse en amenant le juge de

---

[255] LAGODNY (2008), pp. 40 et 41: «Jedenfalls sieht das Bundesverfassungsgericht in Art. 33 GFK ein Aulieferungshindernis. Dies ergibt eine Analyse der eingangs bereits erwähnten Entscheidung aus dem Jahr 1979 [BverfGE 52, 391]. Hier sagt das Bundesverfassungsgericht zwar nicht ausdrücklich, dass Art. 33 ein Auslieferungshindernis sei, aber es argumentiert hinsichtlich des Verfahrens: Die Anerkennung nach der GFK in einem Drittstaat sei zwar nicht für Deutschland verbindlich; sie sei aber relevant für die Frage der politischen Verfolgung nach Art. 16 Abs. 2 Satz 2 GG (a.F.). Wenn die Rechtsnorm-Voraussetzungen dieser Grundgesetzvorschrift bejaht werden, dann besteht in der Sache nach der Ansicht des Bundesverfassungsgerichts ein Auslieferungshindernis, auch wenn das Gericht nicht ausdrücklich von einem solchen, sondern nur von einer „Indizwirkung" spricht. Diese muss erst recht gelten, wenn die Anerkennung in der Bundesrepublik Deutschland erfolgt ist».

[256] SCHOMBURG/LAGODNY/GLESS/HACKNER, § 6 IRG, nos 53 et 5, p. 107.

[257] BVerfG 1Bvr 654/79 du 14.11.1979 (BVerfGE 52, 391).

[258] LAGODNY (2008), p. 8: «Das OLG muss daher bei Prüfung der Zulässigkeitsvoraussetzungen der Auslieferung insbesondere dort alle ihm möglichen Ermittlungen zur Aufklärung einer behaupteten Gefahr politischer Verfolgung des Betroffenen veranlassen, wo ohnehin bereits beachtlich Indizien gegeben sind, die für die Anerkennung einer Verfolgteneigenschaft sprechen. Dies ist jedenfalls dann der Fall, wenn der Auszuliefernde in einem anderen Vertragsstaat der Genfer·Konvention als politischer Flüchtling anerkannt ist, weil ihm in seinem Herkunftsstaat, der nun die Auslieferung begehrt, politisçhe Verfolgung drohe. In ganz besonderem Masse gilt dies, wenn in dem anderen Staat, bereits ein Auslieferungsbegehren des Heimatstaates des Verfolgten wegen der Straftaten abschlägig beschieden wurde, die nun auch Gegenstand des an die Bundesrepublik Deutschland gerichteten Auslieferungsersuchens sind, und wenn die Ablehnung der Auslieferung im anderen Staat gerade mit der Anerkennung des Betroffenen als politischer Flüchtling begründet wurde».

[259] LAGODNY (2008), p. 9: «Wie noch näher darzulegen sein wird, scheinen manche Oberlandesgerichte noch davon auszugehen, dass es nur um eine Prüfung im Umfeld der Delikte des Auslieferungsersuchens und der entsprechenden Strafverfahren des ersuchenden Staates geht. Sonstige Fragen, wie insbesondere Menschenrechtsverletzungen, die unabhängig von Strafverfahren zu befürchten sind, scheinen·für manche Oberlandesgerichte auslieferungsrechtlich irrelevant zu sein. Vielmehr ist die Tendenz zu bemerken: Wenn im ersuchenden Staat nichts „Schlimmes" aus aulieferungsrechtlicher Sicht zu befürchten ist, dann geht die Auslieferung schon „in Ordnung"; eventuell sichert man sich noch durch die eine oder andere Zusicherung des anderen Staates·ab. Dies mag eine stark vereinfachende Charakterisierung sein, trifft aus meiner Sicht aber den Kern des Problems».

[260] LAGODNY (2012) no 5, p. 204.

[261] LAGODNY (2012) no 6, p. 204.

[262] LAGODNY (2012) no 6, p. 204.

l'extradition à laisser ouvertes certaines questions[263]. De la sorte, les *OLG* s'épargneraient un examen auquel se livrent habituellement l'Office fédéral de la migration et des réfugiés (Bundesamt für Migration und Flüchtlinge, BAMF) et les Tribunaux administratifs en matière d'asile (Verwaltungsgericht, VG)[264]. Certes, pour Lagodny, le juge de l'extradition ne peut sans autres se livrer à un examen aussi approfondi que le *BAMF* et les *VG*, mais il ne peut pas non plus en raison d'une double décision sur une même question juridique se départir d'un examen matériel du cas[265]. Dès lors, les *OLG* devraient examiner avec la même intensité les conditions de l'asile que le *BAMF* et les *VG*[266]. Cette obligation découlerait notamment des articles 16a chiffre 2 *GG* (actuellement 16a ch. 1 GG) et 33 de la Convention de 1951 en vertu desquels l'O*LG* doit entreprendre dans la procédure d'extradition un examen complet de toutes les conditions pour l'octroi de l'asile. Il ne peut laisser ouvert l'examen des conditions de l'asile en raison du principe de spécialité ou des garanties que pourrait fournir l'Etat requérant[267].

Pour Lagodny, sans analyse complète de l'asile, l'*OLG* ne peut pas juger recevable la demande d'extradition[268].

On trouve un écho aux critiques de Lagodny chez Schomburg et Hackner qui considèrent que l'on ne doit pas poser en procédure d'extradition des exigences moins élevées qu'en matière d'asile pour l'établissement des faits. IIs suggèrent par conséquent que les *OLG* prennent en compte les pièces et les informations provenant de la procédure d'asile. Cette proposition se justifie d'autant plus que par le biais de l'article 10 chiffre 2 *IRG* l'état de fait établi par le tribunal peut s'avérer plus complet et avoir à son tour une incidence sur la procédure d'asile. En outre, le procureur doit prendre en compte le dossier de l'asile, les informations en possession du gouvernement allemand sur la situation de persécution dans l'Etat concerné ainsi que les rapports d'organisations non gouvernementales[269]. Si des indices sérieux d'une persécution existent, le doute sur cette question doit profiter à l'individu. Ce dernier ne supporte aucun fardeau formel de la preuve. Toutefois, on lui imposera une obligation de collaboration sous la forme d'un exposé des faits complet et sans contradiction[270]. Si l'individu faillit à cette obligation et si l'Etat qui lui a reconnu la qualité de réfugié ne

[263] LAGODNY (2008), p. 19: «Damit ist die gängige Praxis verbunden, die normtatbestandliche Voraussetzung der Gefahr politischer Verfolgung entweder gar nicht oder — vereinfacht formuliert — nur kursorisch zu prüfen, um dann explizit oder implizit die Frage offen zu lassen, weil die Gefahr politischer Verfolgung „jedenfalls" durch den Spezialitätsgrundsatz ausgeschlossen sei».
[264] LAGODNY (2008), p. 19: «Diese Vorgehensweise „erspart", den Oberlandsgerichten eine intensisive Prüfung, wie sie vor den Verwaltungsgerichten und vor dem Bundesamt üblich ist. Vor diesem Hintergrund führt § 4 Satz 2 AsylVfG in der Tat zu einer erheblichen Beschleunigung und Erleichterung. Die Folgefrage ist aber, ob diese Vorgehensweise im Lichte des Asylrechts zu legitimieren ist».
[265] LAGODNY (2008), p. 20: «Die Prüfungsintensität der Verwaltungsgerichte/des Bundesamtes kann man sich ohnehin nicht „leisten". Dann ist man aber dabei, die verfassungsrechllich garantierten Anforderungen an ein asylrelevantes Verfahren zu ignorieren. Wie zu zeigen sein wird, darf man sich wegen einer Doppelentscheidung zu ein- und derselben Rechtsfrage nicht dem materiellrechtlichen Prüfungsmasstab entziehen».
[266] LAGODNY (2008), p. 73: «Die Oberlandesgerichte unterliegen vielmehr der verfassungsrechtlichen Verfahrenspflicht, die Asylvoraussetzungen mit derselben Intensität zu prüfen wie im Asylverfahren das Bundesamt und ggf. die Verwaltungsgerichte».
[267] LAGODNY, p. 74: «Artikel 16 a Absatz II GG, die Qualifikations- und die Verfahrensrichtlinie 2005 sowie Artikel 33 GFK fordern, dass das OLG im Auslieferungsverfahren eine komplette Prüfung aller Asylvoraussetzungen vorzunehmen hat. Deren Prüfung kann nicht offen bleiben im Hinblick auf die Spezialitätszusage oder sonstige Zusicherungen des ersuchenden Staates».
[268] LAGODNY (2008), p. 75: «Mit anderen Worten: Ohne eine komplette Asylprüfung darf das OLG die Auslieferung ansonsten nicht für zulässig erklären».
[269] SCHOMBURG/LAGODNY/GLESS/HACKNER, § 6 IRG, no 58, p. 108.
[270] SCHOMBURG/LAGODNY/GLESS/HACKNER, § 6 IRG, no 59, p. 108. Cf. aussi LAGODNY (1987), pp. 316 et 317.

porte pas à la connaissance du juge de l'extradition les motifs ayant fondé sa décision, il appartiendra aux autorités allemandes de décider si l'extradition peut être accordée[271].

En vue de l'examen des solutions envisageables pour résoudre les problèmes issus des procédures d'asile et d'extradition parallèles (cf. la sixième partie), il apparaît pertinent de mentionner, ci-après, certaines spécificités des droits d'asile et d'extradition allemands.

Le droit d'asile prévoit qu'un délégué extraordinaire pour les cas sensibles (Sonderbeauftragte für sensible Fälle) traite les demandes relatives à des demandeurs victimes de persécutions en raison du sexe, à des mineurs non acompagnés, à des requérants ayant subi des tortures et des traumatismes ainsi qu'à des victimes de la traite d'êtres humains. Ce délégué est également à disposition de ses collègues et de sa hiérarchie dans des cas particulièrement compliqués[272].

En Allemagne, une unité du *BAMF* appelée «Informationszentrum Asyl und Migration» (IZAM) met à disposition du *BAMF* mais aussi d'utilisateurs externes (p. ex. tribunaux, avocats, autorités des Etats fédérés, autres autorités fédérales et autorités partenaires dans d'autres Etats à l'intérieur et hors de l'UE) des informations sur la migration, l'intégration et le retour avec comme thèmes centraux l'asile et les réfugiés. Les informations obtenues et l'analyse effectuée par l'*IZAM* sont mises à disposition des autorités précitées à travers la «Migrations-InfoLogistik» (MILo) qui est une plateforme d'information et de communication à l'instar d'une bibliothèque spécialisée contenant des articles de presse et de la documentation sur les Etats, de la jurisprudence ainsi que des rapports d'analyse sur les Etats d'origine et de transit. Sous l'abréviation D-A-CH, le *BAMF* coopère avec l'Autriche et la Suisse en relation avec les informations sur les Etats de provenance[273].

En droit de l'extradition, l'article 30 *IRG*[274] prévoit la possibilité pour les *OLG* de procéder à une administration de preuves et de prévoir une audience pour entendre la personne à extrader. L'objet de la preuve porte sur la recevabilité de l'extradition[275]. L'*IRG* contient donc expressément une règle qui permet de vérifier les soupçons à la base de la demande d'extradition. Les *OLG* vont ainsi examiner si, à l'encontre de l'individu, le soupçon apparaît comme suffisamment fondé sur la base des faits reprochés. En particulier lorsqu'il s'agit d'examiner les obstacles à l'extradition relevant des droits de l'homme, l'examen des faits doit être particulièrement rigoureux. Pour cela, les *OLG* peuvent exiger de l'Etat requérant qu'il fournisse des moyens de preuve pour étayer les soupçons à l'égard de l'individu[276]. En vertu de l'article 30 chiffre 2,

[271] G. HAAS, p. 272.
[272] BAMF, p. 23.
[273] BAMF, pp. 23 à 26.
[274] L'art. 30 *IRG* est libellé comme suit: «(1) Reichen die Auslieferungsunterlagen zur Beurteilung der Zulässigkeit der Auslieferung nicht aus, so entscheidet das Oberlandesgericht erst, wenn dem ersuchenden Staat Gelegenheit gegeben worden ist, ergänzende Unterlagen beizubringen. Für ihre Beibringung kann eine Frist gesetzt werden. (2) Das Oberlandesgericht kann den Verfolgten vernehmen. Es kann sonstige Beweise über die Zulässigkeit der Auslieferung erheben. Im Fall des § 10 Abs. 2 erstreckt sich die Beweiserhebung über die Zulässigkeit der Auslieferung auch darauf, ob der Verfolgte der ihm zur Last gelegten Tat hinreichend verdächtig erscheint. Art und Umfang der Beweisaufnahme bestimmt das Oberlandesgericht, ohne durch Anträge, Verzichte oder frühere Beschlüsse gebunden zu sein. (3) Das Oberlandesgericht kann eine mündliche Verhandlung durchführen».
[275] LAGODNY (2012), § 30, no 3, p. 204.
[276] LAGODNY (2012), § 30, no 4, p. 204.

2ème phrase *IRG*, les *OLG* peuvent administrer des preuves particulières. Par moyens de preuve, il faut entendre tous les moyens de connaissances propres à convaincre un tribunal comme l'audition de l'individu, les témoignages, les expertises, les rapports d'ONG ou les articles de presse[277]. Les *OLG* se voient en outre reconnaître un devoir d'instruction d'office illimité[278]. Enfin, selon l'article 30 chiffre 3 *IRG*, même si l'individu n'a pas de droit à un débat oral, une telle mesure d'instruction peut être mise en place, lorsque — comme c'est la règle en présence d'obstacles de nature constitutionnelle ou relevant du droit public international s'opposant à l'extradition — l'autorité compétente doit se faire une impression personnelle de l'individu[279].

En principe l'article 30 *IRG* ne s'applique que de manière limitée si l'Etat requérant est partie comme l'Allemagne à la CEExtr[280]. Dans ce cas un examen des soupçons formulés par l'Etat requérant n'est possible que si la demande d'extradition est abusive ou bien les circonstances du cas laissent craindre qu'en cas d'extradition l'extradé serait soumis à une procédure violant les fondements absolus reconnus par les Etats de droit et partant constitueraient une violation de l'article 25 *GG*[281].

5.4.2 Autriche: procédures parallèles et primauté théorique de la décision d'extradition

En Autriche, les procédures d'asile et d'extradition sont régies par des normes[282] et sont soumises à des autorités[283] distinctes. Les deux procédures sont menées en parallèle,

---

[277] LAGODNY (2012), § 30, nos 21 à 23, p. 207.
[278] LAGODNY (2012), § 30, no 27, p. 208.
[279] LAGODNY (2012), § 30, no 30, p. 208.
[280] BVerfGE 2Bvr 1521/03 du 24.10.2003 par. 11.
[281] BVerfGE 2Bvr 2028/08 du 22.10.2008 par. 3. L'art. 25 *GG* est ainsi libellé: «Die allgemeinen Regeln des Völkerrechtes sind Bestandteil des Bundesrechtes. Sie gehen den Gesetzen vor und erzeugen Rechte und Pflichten unmittelbar für die Bewohner des Bundesgebietes».
[282] Du point de vue des normes applicables, le droit de l'asile et sa procédure sont notamment régis par la Loi fédérale sur l'octroi de l'asile de 2005 (Bundesgesetz über die Gewährung von Asyl, Asylgesetz 2005, AsylG) et son Ordonnance d'application de 2005 (Asylgesetz-Durchführungsverordnung), la Loi sur l'organisation de l'Office fédéral des étrangers et de l'asile (Bundesamt für Fremdenwesen und Asyl-Einrichtungsgesetz, BFA-Einrichtungsgesetz, BFA-G), l'Ordonnance de la Ministre de l'intérieur pour la mise en oeuvre de la Loi sur l'organisation de l'Office fédéral des étrangers et de l'asile (Verordnung der Bundesministerin für Inneres zur Durchführung des BFA-Einrichtungsgesetzes (BFA-G - Durchführungsverordnung - BFA-G-DV), la Loi de procédure de l'Office fédéral des étrangers et de l'asile (Bundesamt für Fremdenwesen und Asyl-Verfahrensgesetzes, BFA-Verfahrensgesetzes, BFA-VG), l'Ordonnance de la Ministre de l'intérieur pour la mise en oeuvre de la Loi de procédure de l'Office fédéral des étrangers et de l'asile (Verordnung der Bundesministerin für Inneres zur Durchführung des BFA-Verfahrensgesetzes (BFA-VG - Durchführungsverordnung - BFA-VG-DV) (http://www.bfa.gv.at/bundesamt/recht/start.aspx [lien vérifié le 27.5.2015] et GLASER [1], p. 297), la Loi fédérale sur l'assistance de base (Grundversorgungsgesetz – Bund 2005, GVG-B 2005), l'art. 15a de l'Accord entre l'Etat central et les Etats fédérés (Art. 15a der Grundversorgungs-vereinbarung, B-VG), la Loi sur la procédure administrative générale de 1991 (Allgemeines Verwaltungsverfahrensgesetz 1991, AVG), la Loi fédérale sur le Tribunal administratif fédéral et la Novelle de 2012 sur la compétence du Tribunal administratif fédéral (Bundesverwaltungsgerichts-gesetz - Verwaltungsgerichtsbarkeit-Novelle 2012, BVwGG) et la Loi fédérale sur la procédure des Tribunaux administratifs (Bundesgesetz über das Verfahren der Verwaltungsgerichte StF, Verwaltungsgerichtsverfahrens-gesetz, VwGVG) (AIDA Report Austria, pp. 8 à 10). De son côté l'extradition est régie par la Loi fédérale du 4.12.1979 sur l'extradition et l'entraide en matière pénale (Bundesgesetz vom 4. Dezember 1979 über die Auslieferung und die Rechtshilfe in Strafsachen, Auslieferungs- und Rechtshilfegesetz - ARHG, ARHG) ainsi que par le code de procédure pénale autrichien.
[283] Dans le domaine de l'asile, les autorités compétentes sont notamment l'Office fédéral des étrangers et de l'asile (Bundesamt für Fremdenwesen und Asyl, BFA) qui est rattaché au Ministère fédéral de l'intérieur (Bundesminister für Inneres, BMI) et qui statue sur les demandes d'asile. Le Tribunal administratif fédéral (Bundesverwaltungsgericht, BVwG) statue sur les recours contre les décisions du BFA. Quant à la Cour administrative (Verwaltungsgerichtshof, VwGH), elle connaît des recours contre les arrêts du BVwG (http://www.bmi.gv.at/cms/BMI_Asylwesen/informationen/start.aspx [lien vérifié le 15.3.2016]). En matière d'extradition, les autorités compétentes sont les suivantes: le Ministère fédéral de la justice (Bundesminister für Justiz, BMJ) qui reçoit les demandes d'extradition et qui accorde ou refuse l'extradition; le ministère public qui conduit la procédure d'extradition; le juge unique du Tribunal de l'Etat fédéré (Einzelrichter des Landesgerichts, Einzelrichter) qui décide de l'admissibilité de la demande d'extradition; le Tribunal supérieur de l'Etat fédéré (Oberlandesgericht, OLG)

indépendamment l'une de l'autre, mais ne se déroulent pas en vase clos[284]. En effet, le juge de l'extradition tient compte des procédures et des décisions en matière d'asile et attend l'issue de la procédure d'asile.

Le droit extraditionnel contient trois normes qui ont une incidence sur les relations entre l'asile et l'extradition sans toutefois que l'on puisse les qualifier de normes de coordination. Il s'agit des articles 19, 28 et 33 de la Loi fédérale du 4 décembre 1979 sur l'extradition et l'entraide en matière pénale (Bundesgesetz vom 4. Dezember 1979 über die Auslieferung und die Rechtshilfe in Strafsachen, Auslieferungs- und Rechtshilfegesetz — ARHG, ARHG).

Il y a lieu de s'intéresser tout d'abord à l'article 28 *ARHG*[285]. En vertu de cette disposition, le Ministère fédéral de la justice (Bundesminister für Justiz, BMJ) peut déjà à réception d'une demande refuser l'extradition s'il ressort des documents que cette dernière devrait être refusée pour l'une des raisons stipulées aux articles 2 (ordre public[286]) et 3 *ARHG* (absence de réciprocité)[287], en particulier lorsque la personne demande la protection du droit international[288]. Selon un arrêt du Tribunal de l'Etat fédéré de Klagenfurt (Landesgericht Klagenfurt) du 20 avril 2006[289], la garantie de l'asile appartient à l'ordre public.

L'article 19 *ARHG*[290] dispose qu'une extradition est inadmissible lorsqu'il est à craindre que la procédure pénale dans l'Etat requérant n'est pas ou n'a pas été conforme aux

qui statue sur les recours contre les décisions de l'Einzelrichter; et la Cour supérieure de l'Etat fédéré (Oberlandsgerichtshof, OHG) qui connaît des recours contre les arrêts de l'*OLG*.

[284] En matière d'extradition, la procédure autrichienne mêle des aspects administratif et judiciaire. Le *BMJ* reçoit les demandes d'extradition et les examine. Il les transmet au ministère public qui conduit la procédure d'extradition (art. 26 ch. 1 et 30 ARHG). L'*Einzelrichter* décide de l'admissibilité de la demande d'extradition (art. 31 ch. 2 ARHG). L'individu et le ministère public peuvent recourir contre la décision de l'Einzelrichter auprès de l'*OLG* (art. 31 ch. 6 ARHG) qui statue dans le cadre d'une procédure orale. L'*OLG* transmet sa décision sur recours au *BMJ* (art. 31 ch. 6 ARHG). L'*OH*G connaît, quant à elle, des recours contre les arrêts de l'*OLG* mais uniquement pour violation des droits fondamentaux garantis par la CEDH. Si aucun recours n'est déposé, l'*Einzelrichter* transmet directement les actes au *BMJ* (art. 31 ch. 7 ARHG). Lorsque les tribunaux ont déclaré l'extradition admissible par une décision définitive, le *BMJ* a la faculté d'accorder ou de refuser l'extradition.

[285] L'art. 28 *ARHG* est libellé comme suit: «1. Liegen hinreichende Gründe für die Annahme vor, dass eine im Inland betretene Person eine der Auslieferung unterliegende strafbare Handlung begangen habe, so hat die Staatsanwaltschaft zu prüfen, ob Anlass zu einer Auslieferung besteht. Ist dies der Fall, so hat die Staatsanwaltschaft die Vernehmung der betroffenen Person und die Berichterstattung an den Bundesminister für Justiz durch das Gericht zu beantragen. Dieser hat den Staat, in dem die strafbare Handlung begangen worden ist, zu befragen, ob um die Auslieferung ersucht wird. Der Bundesminister für Justiz kann von der Befragung absehen, wenn angenommen werden muss, dass ein solches Ersuchen nicht gestellt werden wird, oder auf Grund der Unterlagen zu ersehen ist, dass eine Auslieferung aus einem der Gründe der §§ 2 und 3 Abs. 1, insbesondere weil dem Betroffenen völkerrechtlicher Schutz zukommt, abgelehnt werden müsste. Das Absehen von der Befragung und seine Gründe sind dem Gericht mitzuteilen. Für das Einlangen des Auslieferungsersuchens ist eine angemessene Frist zu bestimmen. Langt ein Auslieferungsersuchen nicht rechtzeitig ein, so hat dies der Bundesminister für Justiz dem Gericht mitzuteilen. 2. Auf Grund der Mitteilung, dass von einer Befragung nach Abs. 1 abgesehen wird oder dass ein Auslieferungsersuchen nicht rechtzeitig eingelangt ist, hat das Gericht die in Auslieferungshaft befindliche Person unverzüglich zu enthalten, sofern nicht die Staatsanwaltschaft sogleich die Verhängung der Untersuchungshaft beantragt. Die Auslieferungshaft ist im Falle der Verurteilung durch ein inländisches Gericht nach § 38 des Strafgesetzbuches anzurechnen».

[286] L'art. 2 *ARHG* est libellé comme suit: «Einem ausländischen Ersuchen darf nur entsprochen werden, wenn die öffentliche Ordnung oder andere wesentliche Interessen der Republik Österreich nicht verletzt werden».

[287] L'art. 3 *ARHG* est libellé comme suit: «(1) Einem ausländischen Ersuchen darf nur entsprochen werden, wenn gewährleistet ist, daß auch der ersuchende Staat einem gleichartigen österreichischen Ersuchen entsprechen würde».

[288] PC-OC (juin 2014), p. 27.

[289] LG Klagenfurt du 20.4.2006, 7B147/06i.

[290] L'art. 19 *ARHG* est libellé comme suit: «Eine Auslieferung ist unzulässig, wenn zu besorgen ist, dass 1. das Strafverfahren im ersuchenden Staat den Grundsätzen der Art. 3 und 6 der Konvention zum Schutze der Menschenrechte und Grundfreiheiten, BGBl. Nr. 210/1958, nicht entsprechen werde oder nicht entsprochen habe, 2. die im ersuchenden Staat verhängte oder zu erwartende Strafe oder vorbeugende Massnahme in einer den Erfordernissen des Art. 3 der Konvention zum Schutze der Menschenrechte und Grundfreiheiten, BGBl. Nr. 210/1958, nicht entsprechenden Weise vollstreckt werden würde, oder 3. die auszuliefernde Person im ersuchenden Staat wegen ihrer Abstammung, Rasse, Religion, ihrer Zugehörigkeit zu einer bestimmten Volks- oder Gesellschaftsgruppe, ihrer Staatsangehörigkeit oder

articles 3 et 6 CEDH ou que la personne devrait s'attendre dans l'Etat requérant à être soumise à une poursuite ou à d'autres préjudices graves en raison de son origine, de sa race, de son appartenance à un groupe ethnique ou social, de sa nationalité ou en raison de ses conceptions politiques. Lorsque l'extradition doit être déclarée inadmissible pour l'un de ces motifs, la personne bénéficie de l'«asile extraditionnel» (Auslieferungsasyl; art. 19 ch. 3 ARHG)[291]. Il incombe aux juges uniques des Tribunaux des Etats fédérés (Einzelrichter der Landesgerichte, Einzelrichter) — l'*Einzelrichter des Landesgerichts* décide de l'admissibilité de la demande d'extradition (art. 31 ch. 2 ARHG) — de déterminer si l'individu peut bénéficier de l'*Auslieferungsasyl*. Lorsque l'*Einzelrichter* constate dans une décision définitive que l'extradition est admissible, le *BMJ* accorde ou refuse l'extradition conformément aux accords internationaux et aux principes régissant les relations intergouvernementales[292]. Selon Murschetz, l'*Auslieferungsasyl* du droit autrichien se recoupe avec l'article 33 de la Convention de 1951[293].

L'article 33 chiffre 3 *ARHG* se réfère expressément au droit d'asile et énonce que l'admissibilité de l'extradition doit être examinée au regard des droits subjectifs de la personne concernée d'après la loi y compris et évidemment d'après la loi sur l'asile et la Constitution autrichienne[294]. En d'autres termes, le droit d'asile ne prime en principe pas le droit de l'extradition vu que le juge de l'extradition doit lui-même procéder à l'examen de la situation. Dans les faits, toutefois, le juge de l'extradition tient compte des procédures et des décisions en matière d'asile et attend l'issue de la procédure d'asile. En effet, même si en principe les *Einzelrichter* ne doivent pas suspendre la procédure jusqu'à la décision sur la demande d'asile et même si la procédure d'extradition entraîne la suspension de la procédure d'asile[295], en pratique les *Einzelrichter* attendent généralement l'issue de la procédure d'asile pour statuer[296].

Le Ministère fédéral de l'intérieur (Bundesminister für Inneres, BMI), auquel est rattaché l'Office fédéral des étrangers et de l'asile (Bundesamt für Fremdenwesen und Asyl, BFA), en apprenant l'arrestation d'une personne, informe immédiatement les autorités judiciaires au sujet des procédures d'asile pendantes ou sur l'issue de telles procédures[297]. Le procureur public compétent pour mener la procédure d'extradition s'active pour que le dossier avance et le *BMJ*, en vue de préparer la décision finale d'extradition, recueille des informations et des rapports pertinents sur la situation des droits de l'homme dans l'Etat requérant. Les *Einzelrichter* à l'instar des autorités d'asile ont ainsi un accès libre à la banque de données d'information sur les Etats (Staatendokumentation) que dirige le *BFA*. Cette banque de données contient une information uniforme pour les autorités d'asile et les tribunaux compétents en matière

---

wegen ihrer politischen Anschauungen einer Verfolgung ausgesetzt wäre oder aus einem dieser Gründe andere schwerwiegende Nachteile zu erwarten hätte (Auslieferungsasyl)».

[291] MURSCHETZ no 1236, pp. 552 et 553; PC-OC (juin 2014), p. 27.

[292] PC-OC (juin 2014), p. 27.

[293] MURSCHETZ no 1222, p. 549.

[294] L'art. 33 *ARHG* est libellé comme suit: «Die Zulässigkeit der Auslieferung ist in rechtlicher Hinsicht einschließlich aller sich aus den zwischenstaatlichen Vereinbarungen ergebenden Voraussetzungen und Hindernisse für die Auslieferung der betroffenen Person, insbesondere auf dem Gebiet des Asylrechtes, umfassend unter dem Gesichtspunkt der der betroffenen Person nach Gesetz und Bundesverfassung zukommenden subjektiven Rechte zu prüfen».

[295] PC-OC (juin 2014), p. 27.

[296] Il s'agit d'une information donnée par des représentants du BMJ à l'occasion d'une rencontre avec des représentants de l'OFJ.

[297] PC-OC (juin 2014), p. 28.

d'extradition lorsqu'ils décident sur les cas extradition-asile et la protection internationale (nous aurons l'occasion d'y revenir ci-après)[298].

En vue d'éviter des décisions contradictoires, les autorités judiciaires essayent de prendre en compte la procédure d'asile parallèle pour autant que les strictes limites temporelles fixées par l'article 29 chiffre 6 *ARGH* (qui prévoit que la personne doit être libérée au terme d'une année de détention) le permettent, peu importe que le *BMJ* ait ou non accordé l'extradition[299]. Lorsqu'une décision d'extradition est entrée en force, elle est généralement exécutée même si une procédure d'asile est pendante. Dans ce cas, l'autorité compétente n'a aucune obligation de suspendre la procédure d'extradition. Ainsi, comme en Allemagne, le risque de persécution politique doit être examiné de façon indépendante par les autorités concernées. Néanmoins, il n'est pas admissible de ne pas retenir le danger de persécution politique au seul motif qu'une procédure d'asile, parallèle ou antérieure, aurait abouti au refus de la requête d'asile[300].

La reconnaissance en Autriche ou dans un autre Etat du statut de réfugié ne permet que de présumer — même si cette présomption est forte — que la personne est victime d'une poursuite pour des motifs politiques, condition de l'*Auslieferungsasyl*, mais n'a pas forcément pour incidence de rendre son extradition inadmissible. Le risque que la personne soit poursuivie pour des motifs discriminatoires doit être examiné dans le cadre de la procédure d'extradition indépendamment d'une éventuelle procédure d'asile. Ni l'*Einzelrichter*, ni le *BMJ* ne sont en effet liés dans leur décision par l'issue d'une procédure conduite par une autorité administrative. Le juge de l'extradition ne doit pas attendre qu'une décision en matière d'asile soit rendue[301]. Quant aux décisions d'Etats tiers basées sur la Convention de 1951, elles ne font pas obstacle à une extradition[302], mais elles doivent quand même être prises en compte autant que possible lorsqu'il s'agit de décider sur l'extradition[303]. Toutefois, selon les réponses fournies par l'Autriche au questionnaire du PC-OC, il s'avère que le *BMJ* s'abstient d'accorder l'extradition si l'asile a déjà été octroyé à la personne ou si cette dernière est au bénéfice d'une protection subsidiaire[304].

Le refus de l'extradition (Auslieferungsasyl) n'offre pas de protection internationale à la personne concernée[305].

La décision accordant l'extradition n'entraîne pas nécessairement la révocation de l'asile. Toutefois, les décisions d'octroi de l'asile dépendent de la situation dans le pays d'origine à un moment donné. Dès lors, les circonstances qui ont mené à l'octroi de l'asile peuvent avoir cessé d'exister[306].

---

[298] PC-OC (juin 2014), p. 29.
[299] L'art. 29 ch. 6 *ARHG* est libellé comme suit: «Die betroffene Person ist jedenfalls zu enthaften, wenn sie sich schon ein Jahr in Auslieferungshaft befindet, ohne dass der Bundesminister für Justiz die Auslieferung bewilligt oder abgelehnt hat (§ 34). Über sechs Monate hinaus darf die Auslieferungshaft nur dann aufrechterhalten werden, wenn dies wegen besonderer Schwierigkeiten oder besonderen Umfangs des Verfahrens unvermeidbar ist und es sich bei der der Auslieferung unterliegenden strafbaren Handlung um ein Verbrechen (§ 17 des Strafgesetzbuches) handelt».
[300] ISDC, pp. 3 et 4; OFJ (2009), p. 12.
[301] ISDC, pp. 3 et 4; OFJ (2009), p. 12. Cf. aussi GLASER (1), p. 299.
[302] GLASER (1), p. 299.
[303] PC-OC (juin 2014), p. 28.
[304] PC-OC (juin 2014), pp. 28 et 29.
[305] GLASER (2), p. 417.
[306] PC-OC (juin 2014), p. 28.

En vue de l'examen des solutions envisageables pour résoudre les problèmes issus de procédures d'asile et d'extradition parallèles, il apparaît pertinent de mentionner, ci-après, certaines spécificités des droits d'asile et d'extradition autrichiens.

Le *BFA* gère une documentation sur les Etats (Staatendokumentation) qui est réglée par l'article 5 Loi sur l'organisation de l'Office fédéral des étrangers et de l'asile (Bundesamt für Fremdenwesen und Asyl-Einrichtungsgesetz, BFA-Einrichtungsgesetz, BFA-G)[307]. Cette *Staatendokumentation* permet aux autorités compétentes d'établir les faits pertinents sur la situation dans les Etats concernés et d'identifier les sources des informations (art. 5 ch. 1 BFA-G). Le but de cette documentation consiste en particulier à réunir des informations qui soient pertinentes pour juger si des faits existent permettant de conclure à un danger de persécution au sens de l'*AsylG* dans un pays déterminé, pour juger de la crédibilité des données fournies par les requérants d'asile ainsi que pour décider si un Etat déterminé est sûr au sens de l'article 39 *AsylG* (Etat de provenance sûr) ou au sens de l'article 4 *AsylG* (Etat tiers sûr; art. 5 ch. 2 BFA-G). Le Tribunal administratif fédéral (Bundesverwaltungsgericht, BVwG) — qui est l'instance qui statue sur les recours contre les décisions du *BFA* —, les tribunaux de droit public (Gerichtshöfe des öffentlichen Rechts) et le *BMJ* sont autorisés à demander par la voie administrative au *BFA* de réunir sur la base de la *Staatendokumentation* les informations

[307] L'art. 5 *BFA-G* est libellé comme suit: «(1) Das Bundesamt hat eine Staatendokumentation zu führen, in der für das Verfahren vor dem Bundesamt relevante Tatsachen zur Situation in den betreffenden Staaten samt den Quellen festzuhalten sind. (2) Zweck der Staatendokumentation ist insbesondere die Sammlung von Tatsachen, die relevant sind 1. für die Beurteilung, ob Tatsachen vorliegen, die auf die Gefahr von Verfolgung im Sinne des AsylG 2005 in einem bestimmten Staat schliessen lassen; 2. für die Beurteilung der Glaubwürdigkeit der Angaben von Asylwerbern und Fremden und 3. für die Entscheidung, ob ein bestimmter Staat sicher im Sinne der §§ 4 oder 4a AsylG 2005 oder im Sinne der §§ 19 oder 21 BFA-VG ist. Die gesammelten Tatsachen sind länderspezifisch zusammenzufassen, nach objektiven Kriterien wissenschaftlich aufzuarbeiten (allgemeine Analyse) und in allgemeiner Form zu dokumentieren. Die Dokumentation ist in Bezug auf Fakten, die nicht oder nicht mehr den Tatsachen entsprechen, zu berichtigen. Eine allenfalls auf diese Tatsachen aufbauende Analyse ist richtig zu stellen. (3) Das Bundesverwaltungsgericht, die Gerichtshöfe des öffentlichen Rechts und der Bundesminister für Justiz sind berechtigt, das Bundesamt im Rahmen der Staatendokumentation um die Sammlung von verfügbaren Informationen und die Auswertung von vorhandenen oder zu sammelnden Informationen zu einer bestimmten Frage im Wege der Amtshilfe zu ersuchen. Das Bundesamt hat diesem Ersuchen zu entsprechen. (4) Beim Bundesministerium für Inneres ist ein Beirat (Beirat für die Führung der Staatendokumentation) einzurichten, der insbesondere Empfehlungen für die Führung der Staatendokumentation, der Sammlung von relevanten Tatsachen und der Bewertung der verwendeten Quellen sowie für das Erstellen der Analyse abgibt. Der Bundesminister für Inneres ernennt den Vorsitzenden und neun Mitglieder des Beirats, die über entsprechendes Fachwissen im Bereich des Asyl- oder Fremdenrechtes verfügen sollen, für eine Funktionsdauer von fünf Jahren; dem Beirat sollen jedenfalls ein Mitglied des Bundesverwaltungsgerichtes und je ein Vertreter des Hochkommissärs der Vereinten Nationen für Flüchtlinge und des Bundesministeriums für europäische und internationale Angelegenheiten angehören. Darüber hinaus hat der Direktor des Bundesamtes einen Sitz im Beirat; er kann sich in dieser Funktion von einem rechtskundigen Mitarbeiter des Bundesamtes vertreten lassen. Die Mitarbeit im Beirat ist ehrenamtlich. Den Mitgliedern des Beirats sind die notwendigen Reisekosten zu ersetzen. Für den Ersatz der Reisekosten gilt die Reisegebührenvorschrift 1955, BGBl. 133. Der Bundesminister für Inneres hat mit Verordnung eine Geschäftsordnung zu erlassen und in dieser vorzusehen, dass bei Stimmengleichheit dem Vorsitz die entscheidende Stimme zukommt; im Übrigen hat die Geschäftsordnung insbesondere die Einberufung, den Ablauf und die Protokollierung von Sitzungen, die Willensbildung bei der Erstattung von Empfehlungen und die Kriterien für das Vorliegen einer qualifizierten Mindermeinung zu regeln. (5) Die Staatendokumentation ist öffentlich. Von der Öffentlichkeit sind Dokumente, die der Geheimhaltung unterliegen oder sonst von der Akteneinsicht ausgenommen sind (§ 17 Allgemeines Verwaltungsverfahrensgesetz 1991 (AVG), BGBl. Nr. 51), auszunehmen. Des Weiteren können das Bundesamt und das Bundesverwaltungsgericht Dokumente, die lediglich dem internen Dienstgebrauch dienen, von der Öffentlichkeit ausnehmen. (6) Die Staatendokumentation steht 1. Behörden, die im Rahmen der Bundesvollziehung tätig sind; 2. den ordentlichen Gerichten; 3. den Verwaltungsgerichten des Bundes und der Länder 4. Behörden und Beauftragten der Länder, die im Rahmen der Umsetzung der Grundversorgungsvereinbarung tätig sind; 5. den Rechtsberatern (§§ 49 bis 52 BFA-VG); 6. den Gerichtshöfen des öffentlichen Rechts; 7. dem Hochkommissär der Vereinten Nationen für Flüchtlinge (UNHCR); 8. dem Europäischen Gerichtshof für Menschenrechte (EGMR) und dem Europäischen Gerichtshof (EuGH) und 9. ausländischen Asyl- und Fremdenbehörden oder ausländischen Gerichten, soweit Gegenseitigkeit besteht unentgeltlich zur Verfügung. Andere Behörden oder Personen haben für die Auskunftserteilung Verwaltungsabgaben zu entrichten, die vom Bundesminister für Inneres im Einvernehmen mit dem Bundesminister für Finanzen durch Verordnung festzusetzen sind. (7) Stellt ein Benutzer nach Abs. 6 Z 1, 2, 3 oder 5 fest, dass eine in der Staatendokumentation enthaltene Information nicht oder nicht mehr den Tatsachen entspricht, ist dies dem Bundesamt mitzuteilen. Andere Personen sind berechtigt, diese Tatsachen dem Bundesamt mitzuteilen. (8) Das Bundesamt kann sich bei der Führung der Staatendokumentation Dritter bedienen».

disponibles et de les exploiter. Le *BFA* doit y donner suite (art. 5 ch. 3 BFA-G). Sous réserve de certaines exceptions, la *Staatendokumentation* est publique (art. 5 ch. 5 BFA-G) et se trouve notamment à la disposition des autorités actives dans la mise en application des tâches fédérales, des tribunaux ordinaires, des cours de droit public, du Haut Commissariat des Nations Unies pour les réfugiés, de la Cour européenne des droits de l'homme voire encore des autorités et tribunaux étrangers compétents en matière d'asile et de droit des étrangers pour autant que la réciprocité soit donnée (art. 5 ch. 6 BFA-G).

En matière d'extradition, l'article 33 chiffres 1 et 2 *ARHG*[308] présente également une certaine pertinence pour la présente étude. Selon cette disposition, l'*Einzelrichter* examine l'admissibilité de la demande d'extradition (art. 33 ch. 1 ARHG). Il ne vérifie l'existence d'un soupçon suffisant contre la personne concernée, sur la base des documents déposés à l'appui de la demande d'extradition, qu'en présence de motifs importants, en particulier si des preuves sont disponibles ou sont fournies permettant d'écarter d'emblée le soupçon (art. 33 ch. 2 ARHG)[309].

[308] L'art. 33 ch. 1 et 2 *ARHG* est libellé comme suit: «(1) Die Zulässigkeit der Auslieferung ist an Hand des Auslieferungsersuchens und seiner Unterlagen zu prüfen; (2) Ob die betroffene Person der ihr zur Last gelegten strafbaren Handlung nach den Auslieferungsunterlagen hinreichend verdächtig ist, ist nur zu prüfen, wenn insoweit erhebliche Bedenken bestehen, insbesondere wenn Beweise vorliegen oder angeboten werden, durch die der Verdacht ohne Verzug entkräftet werden könnte».

[309] L'art. 33 ch. 3 *ARHG* est libellé comme suit: «Ob die betroffene Person der ihr zur Last gelegten strafbaren Handlung nach den Auslieferungsunterlagen hinreichend verdächtig ist, ist nur zu prüfen, wenn insoweit erhebliche Bedenken bestehen, insbesondere wenn Beweise vorliegen oder angeboten werden, durch die der Verdacht ohne Verzug entkräftet werden könnte».

5.4.3 Italie: procédures parallèles et primauté de la décision d'asile

En Italie les procédures d'asile et d'extradition sont régies par des normes[310] et sont soumises à des autorités[311] distinctes, à la nuance près toutefois que l'article 10

[310] Du point de vue des normes applicables, la législation italienne sur le droit d'asile et sa procédure est complexe et fragmentaire. Pour simplifier, les principaux textes applicables sont les suivants: l'art. 10 par. 3 de la Constitution italienne (Costituzione), la Loi du 24.7.1954 no 722 qui ratifie et met en oeuvre la Convention de 1951 (Legge 24 luglio 1954, no 722 ratifica ed esecuzione della Convenzione relativa allo status dei rifugiati firmata a Ginevra il 28 luglio 1951, L. 722/1954), le Décret législatif du 25.7.1998 no 286 «Texte unique des dispositions réglant l'immigration et les normes sur la condition de l'étranger» (Decreto Legislativo 25 luglio 1998, no 286 «Testo unico delle disposizioni concernenti la disciplina dell'immigrazione e norme sulla condizione dello straniero», TU.286/98), la Loi du 30.7.2002 no 189 dite «Loi Bossi-Fini» (Legge 30 luglio 2002, no 189 «Modifica alla normativa in materia di immigrazione e di asilo» o «Legge Bossi-Fini», L. 189/2002), la Loi du 15.7.2009 no 94 «Dispositions en matière de sécurité publique» (Legge 15 luglio 2009, no 94 «Disposizioni in materia di sicurezza pubblica» [Pacchetto Sicurezza], L. 94/2009), le Décret législatif du 30.5.2005 no 140 de mise en oeuvre de la Directive européenne 2003/9/CE (Decreto Legislativo 30 maggio 2005, no 140 «Attuazione della direttiva 2003/9/CE che stabilisce norme minime relative all'accoglienza dei richiedenti asilo negli Stati membri», Dlgs 140/05), le Décret législatif du 19.112007 no 251 de mise en oeuvre de la Directive européenne 2004/83/CE (Decreto legislativo 19 novembre 2007, no 251 «Attuazione della direttiva 2004/83/CE recante norme minime sull'attribuzione, a cittadini di Paesi terzi o apolidi, della qualifica del rifugiato o di persona altrimenti bisognosa di protezione internazionale, nonché norme minime sul contenuto della protezione riconosciuta», Dlgs 251/07), le Décret législatif du 28.1.2008 no 25 de mise en oeuvre de la Directive européenne 2005/85/CE (Decreto legislativo del 28 gennaio 2008, no 25 «Attuazione della direttiva 2005/85/CE recante norme minime per le procedure applicate negli Stati membri ai fini del riconoscimento e della revoca dello status di rifugiato» Dlgs 25/08), le Décret législatif du 3.10.2008 no 159 modifiant et complétant le Dlgs 25/08 (Decreto Legislativo 3 ottobre 2008, no 159 «Modifiche ed integrazioni al decreto legislativo 28 gennaio 2008, no 25 recante attuazione della direttiva 2005/85/CE relativa alle norme minime per le procedure applicate negli Stati membri ai fini del riconoscimento e della revoca dello status di rifugiato», Dlgs 159/08), le Décret-Loi du 23.6.2011 no 89 portant dispositions urgentes en vue de compléter la mise en oeuvre de la Directive 2004/38/CE (Decreto-Legge 23 giugno 2011, no 89 «Disposizioni urgenti per il completamento dell'attuazione della direttiva 2004/38/CE sulla libera circolazione dei cittadini comunitari e per il recepimento della direttiva 2008/115/CE sul rimpatrio dei cittadini di Paesi terzi irregolari», D-L. 89/2011), le Décret législatif du 21.2.2014 no 18 de mise en oeuvre de la Directive 2011/95/UE (Decreto Legislativo 21 febbraio 2014, no 18 «Attuazione della direttiva 2011/95/UE recante norme sull'attribuzione, a cittadini di paesi terzi o apolidi, della qualifica di beneficiario di protezione internazionale, su uno status uniforme per i rifugiati o per le persone aventi titolo a beneficiare della protezione sussidiaria, nonché sul contenuto della protezione riconosciuta», Dlgs 18/2014), le Décret législatif du 4.3.2014 no 24 de mise en oeuvre de la Directive 2011/36/UE (Decreto legislativo 4 marzo 2014, no 24 «Prevenzione e repressione della tratta di esseri umani e protezione delle vittime», in attuazione alla direttiva 2011/36/UE, relativa alla prevenzione e alla repressione della tratta di esseri umani e alla protezione delle vittime», Dlgs 24/2014), le Décret du Président de la République du 31.8.1999 no 394 «Règlement portant sur des normes de mise en oeuvre du texte unique des dispositions concernant la réglementation de l'immigration et sur des normes relatives à la condition de l'étranger» mis à jour par les modifications apportées par le Décret du Président de la République du 18.10.2004 no 334 en matière d'immigration (Decreto del Presidente della Repubblica 31 agosto 1999, no 394 «Regolamento recante norme di attuazione del testo unico delle disposizioni concernenti la disciplina dell'immigrazione e norme sulla condizione dello straniero» aggiornato con le modifiche apportate dal Decreto del Presidente della Repubblica 18 ottobre 2004, no 334 in materia di immigrazione, D.P.R. 394/1999) et le Décret du Président de la République du 16.9.2004 no 303 «Règlement relatif aux procédures pour la reconnaissance du statut de réfugié» (Decreto del Presidente della Repubblica del 16 settembre 2004, no 303 «Regolamento relativo alle procedure per il riconoscimento dello status di rifugiato») (AIDA, Country Report Italy, pp. 7 à 10). De son côté le droit extraditionnel est notamment réglé dans la Constitution (not. art. 10 par. 4 ou 26 par. 1 et 2), le Code pénal italien (Codice penale) et surtout dans le Code de procédure pénale italien du 22.9.1988 (Codice di procedura penale, CPP-it), lequel règle la procédure d'extradition.

[311] Du point de vue des autorités, en matière d'asile, la Commission nationale pour le droit d'asile (Commissione nazionale per il diritto di asilo) est l'organe central d'affectation qui a pour fonction de définir les orientations, de coordonner l'activité des Commissions territoriales pour la reconnaissance de la protection internationale (Commissioni territoriali per il riconoscimento della protezione internazionale) et de rassembler les données statistiques relatives à l'asile. Elle examine les cas de cessation et de révocation des statuts octroyés. Elle est présidée par un préfet et réunit des représentants des Ministères de l'intérieur, des affaires étrangères et de la Présidence du Conseil. A ses réunions participe également un représentant du HCR. La *Commissione nazionale* a aussi des fonctions de monitoring et de documentation sur le phénomène de l'asile (art. 1^{quinquies} de la «Loi Bossi-fini»). Aux côtés de la *Commissione nazionale* on trouve donc les *Commissioni territoriali* qui sont au nombre de sept. Elles se composent d'un membre du corps préfectoral, d'un fonctionnaire de la police d'Etat, d'un représentant d'une collectivité locale désigné par la conférence Etat-villes et collectivités locales et par un représentant du HCR. A la demande du Ministre des affaires étrangères un de ses fonctionnaires peut se joindre à la *Commissione territoriale*. Les *Commissioni territoriali* examinent de manière décentralisée les demandes d'asile sous le contrôle des tribunaux de l'ordre judiciaire. Elles décident sur la demande de reconnaissance du statut de réfugié. La décision de la *Commissione territoriale* de rejeter la demande d'asile peut faire l'objet d'un premier recours devant un Tribunal civil (Tribunale civile) puis d'un recours à la *Corte d'Appello* et en dernière instance auprès de la *Corte di Cassazione* (AIDA, Country Report Italy, p. 15). En matière d'extradition, la procédure mêle des aspects judiciaire et administratif. Le Ministre de la justice (Ministro della Giustizia) réceptionne la demande d'extradition et, à moins qu'il ne considère que la demande devrait être rejetée, la transmet au parquet général près la *Corte d'Appello* territorialement compétente (art. 701 par. 4 et 703 CPP-it) (CHIAVARIO no 10.2, p. 107). Le procureur général présente à la *Corte d'Appello* son réquisitoire (art. 703 par. 4 et 5 CPP-it). La *Corte d'Appello* décide

paragraphe 3 de la Constitution italienne (Costituzione) influe sur le droit de l'extradition et que la Cour d'Appel (Corte d'Appello) et la Cour de Cassation (Corte di Cassazione) peuvent connaître des recours aussi bien en matière d'asile qu'en matière d'extradition. Les deux procédures sont menées en parallèle indépendamment l'une de l'autre mais ne se déroulent pas en vase clos et subissent des influences mutuelles.

Le droit italien ne contient pas de disposition réglant explicitement les relations entre les procédures d'asile et d'extradition. Ni le Code de procédure pénale italien du 22 septembre 1988 (Codice di procedura penale, CPP-it) — qui règle en Italie le domaine de l'extradition —, ni la législation sur l'asile ne contiennent de précisions sur ces relations. Ces deux institutions sont néanmoins mentionnées à l'article 10 paragraphes 3 et 4 de la *Costituzione* qui, sans prévoir de connection entre ces dernières, consacre un droit à l'asile pour la personne qui est empêchée d'exercer de manière effective les libertés démocratiques garanties par la *Costituzione* et interdit l'extradition pour les délits politiques[312]. Le droit italien ne prévoit pas non plus de priorité entre les deux procédures. En Italie, une personne peut ainsi être extradée bien qu'elle ait déposé une demande d'asile ou qu'une procédure d'octroi de l'asile soit pendante. Il n'y a pas d'interdiction expresse, dès lors qu'il n'y a pas de disposition réglementant la relation entre les deux procédures. En général, si une procédure d'octroi de l'asile est initiée, l'individu peut être extradé. Dans la pratique chaque situation doit être appréciée au cas par cas, tout en prenant en considération que l'extradition ne peut être accordée pour un délit politique ou si les droits fondamentaux ne sont pas sauvegardés. La violation de ces droits est une condition pour lancer une procédure d'asile. Dans le cas contraire, l'impossibilité d'accorder l'extradition pendant la procédure d'asile permettrait à la procédure d'asile de devenir un instrument pour entraver l'extradition[313].

Une personne qui a déposé une demande d'asile peut donc être extradée mais dans les limites posées à l'article 698 du CPP-it[314]. C'est l'autorité judiciaire qui décide si les conditions de cette disposition sont remplies. Ainsi, l'extradition ne sera pas accordée pour un délit politique ou s'il existe des raisons de retenir que la personne sera soumise à des actes persécutoires ou discriminatoires voire encore à des actes constituant une violation de l'un de ses droits fondamentaux. Pour chaque cas on prend donc en compte la manière dont les droits fondamentaux de la personne concernée sont garantis dans l'Etat requérant. Dans cette appréciation, on procède à une distinction selon que l'Etat requérant est lié ou non à l'Italie par un traité d'extradition. Dans le premier cas de figure, il est indiscutable que les droits fondamentaux sont sauvegardés, étant donné que

---

si les conditions pour une extradition sont remplies (art. 704 par. 2 CPP-it). L'intéressé, son défenseur, le procureur général et le représentant du pays requérant peuvent se pourvoir à la *Corte di Cassazione* contre la décision de la *Corte d'Appello* et ce également sur le fond de l'affaire (art. 706 par. 1 CPP-it) (CHIAVARIO no 9.3.1, p. 44). Dès que la décision de l'autorité judiciaire devient irrévocable, si elle est négative, elle est simplement communiquée à l'Etat requérant. Si, en revanche, elle est favorable à l'extradition, le *Ministro della Giustizia* décide par décret si l'extradition doit être accordée ou non. Sa décision est transmise à l'Etat requérant (CHIAVARIO nos 16ss, pp. 119 et 10).

[312] PC-OC (juin 2014), p. 58. L'art. 10 par. 3 de la Constitution est libellé comme suit: «Lo straniero, al quale sia impedito nel suo paese l'effettivo esercizio delle libertà democratiche garantite dalla Costituzione italiana, ha diritto d'asilo nel territorio della Repubblica secondo le condizioni stabilite dalla legge. L'art. 10 par. 4 de la Constitution est libellé comme suit: Non è ammessa l'estradizione dello straniero per reati politici».

[313] PC-OC (juin 2014), p. 58.

[314] L'art. 698 CPP-it est libellé comme suit: «Non può essere concessa l'estradizione per un reato politico né quando vi è una ragione di ritenere che l'imputato o il condannato verrà sottoposto ad atti persecutori o discriminatori per motivi di razza, di religione, di sesso, di nazionalità, di lingua, di opinioni politiche o di condizioni personali o sociali ovvero a pene o trattamenti crudeli, disumani o degradanti o comunque ad atti che configurano violazione di uno dei diritti fondamentali della persona».

la fiabilité de ces Etats liés à l'Italie par une convention a déjà été établie[315]. Toutefois, dans les faits, il peut arriver que l'extradition soit refusée à un tel Etat. Ainsi dans deux cas d'espèce, l'Italie a refusé une extradition après avoir accordé la protection subsidiaire aux personnes concernées.

L'octroi de l'extradition peut avoir un impact sur la procédure d'asile vu que l'autorité judiciaire a déjà déterminé le risque d'une violation des droits fondamentaux. Lorsque l'asile est accordé, l'extradition est refusée aussi longtemps que la personne craint d'être persécutée. Une décision d'un autre Etat accordant l'asile ne lie pas les autorités italiennes. Toutefois, l'établissement du risque de violation des droits fondamentaux effectué par cet autre Etat peut influer sur la procédure d'extradition en Italie. Dans chaque cas, le principe de non-refoulement de l'article 33 de la Convention de 1951 doit être respecté[316].

En vue de l'examen des solutions envisageables pour résoudre les problèmes issus de procédures d'asile et d'extradition parallèles, il apparaît pertinent de mentionner ci-après certaines spécificités des droits d'asile et d'extradition italiens.

En vertu du Décret législatif du 28 janvier 2008 no 25 de mise en oeuvre de la Directive européenne 2005/85/CE (Decreto legislativo del 28 gennaio 2008, no 25 «Attuazione della direttiva 2005/85/CE recante norme minime per le procedure applicate negli Stati membri ai fini del riconoscimento e della revoca dello status di rifugiato» Dlgs 25/08), la Commission nationale pour le droit d'asile (Commissione nazionale per il diritto di asilo) — qui est l'organe central en matière d'asile — met notamment sur pied et assure la mise à jour continue d'un centre de documentation sur la situation sociale, politique et économique des pays d'origine des requérants d'asile, à la détermination des lignes-directrices pour l'évaluation des demandes d'asile et à la collaboration avec les autres organismes institutionnels ainsi qu'avec les organismes analogues des autres pays membres de l'Union européenne. Ainsi, le projet «Arif» est un site internet contenant un service d'information permanent sur les pays d'origine des requérants d'asile à l'usage des Commissions territoriales (Commissioni territoriali) — qui sont les autorités qui examinent de manière décentralisée les demandes d'asile sous le contrôle des tribunaux de l'ordre judiciaire —[317].

Le CPP-it définit quant à lui le délit politique à son article 8 paragraphe 3[318].

[315] PC-OC (juin 2014), p. 58.
[316] PC-OC (juin 2014), p. 59.
[317] Site du Ministère de l'intérieur italien, http://www.interno.gov.it/it/temi/immigrazione-e-asilo/protezione-internazionale/commissioni-territoriali-riconoscimento-protezione-internazionale (lien vérifié le 15.3.2016).
[318] L'art. 8 par. 3 CPP-it est libellé comme suit: «Agli effetti della legge penale, è delitto politico ogni delitto, che offende un interesse politico dello Stato, ovvero un diritto politico del cittadino. È altresì considerato delitto politico il delitto comune determinato, in tutto o in parte, da motivi politici».

5.4.4 France: procédures parallèles et primauté de la décision d'asile

En France, les procédures d'asile et d'extradition sont régies par des normes[319] et sont soumises à des autorités[320] distinctes, à la nuance près toutefois que le Conseil d'Etat peut connaître des recours aussi bien en matière d'asile qu'en matière d'extradition. Les deux procédures sont menées en parallèle indépendamment l'une de l'autre, mais ne se déroulent pas en vase clos. En effet, les autorités concernées procèdent à un échange d'informations qui peut toutefois être limité pour des raisons de confidentialité.

Le droit français ne contient pas de disposition réglant spécifiquement les interactions entre les procédures d'asile et d'extradition. Le Code de procédure pénale (CPP-fr.) — qui règle la procédure d'extradition en France — est muet à ce sujet[321]. Les deux procédures se poursuivent en parallèle. Le point de savoir si l'individu est poursuivi pour des motifs politiques est examiné dans chacune des deux procédures mais séparément. Le droit de l'extradition prévoit en effet que l'extradition pourra être refusée si elle est demandée pour des faits de nature politique ou à des fins politiques ou si l'intéressé risque de subir des traitements inhumains et dégradants. La Cour d'appel, lorsqu'elle émet un avis favorable sur l'extradition, tout comme le Gouvernement français avant de prendre un décret d'extradition, s'assurent de ces éléments. Aussi, les arguments pouvant fonder une demande d'asile constituent souvent le fondement d'un refus de l'extradition avant même l'obtention formelle du statut de réfugié. Dans la pratique, la procédure d'extradition est suspendue dès qu'une demande d'asile est déposée. En dernière instance, les décisions rendues dans le cadre des deux procédures peuvent être déférées au Conseil d'Etat de sorte qu'il arrive très rarement que ces décisions soient contradictoires[322].

La France ne peut extrader une personne qui possède le statut de réfugié vers un Etat si ce dernier ne donne pas l'assurance de ne pas remettre l'intéressé à quelque titre que ce soit à son pays d'origine.

---

[319] Du point de vue des normes applicables, le droit de l'asile et sa procédure sont régis par l'al. 4 du préambule de la Constitution de 1946 (qui est libellé comme suit: «Tout homme persécuté en raison de son action en faveur de la liberté a droit d'asile sur les territoires de la République»), les art. 6 et 7 du statut du HCR, le code de l'entrée et du séjour des étrangers et du droit d'asile (CESEDA, art. L721ss) et sa partie réglementaire (R721ss), le Code de justice administrative, le Code de l'action sociale et des familles et le Code du travail (AIDA Report France, p. 7). La procédure d'extradition est notamment réglée par le Chapitre V du code de procédure pénale français (art. 696 à 696-47, CPP-fr.). La procédure d'extradition est partiellement administrative et partiellement judiciaire.

[320] Du point de vue des autorités, en matière d'asile, l'Office français de protection des réfugiés et apatrides (OFPRA, pour une présentation de l'OFPRA. cf. site web de l'OFPRA: https://www.ofpra.gouv.fr/fr/l-ofpra/presentation-generale) relève du Ministre chargé de l'asile (art. L721-1 CESEDA), lui-même rattaché au Ministère de l'intérieur, se prononce sur la reconnaissance de la qualité de réfugié ou l'octroi de la protection subsidiaire (art. L723-2 CESEDA). Le directeur général de l'OFPRA reconnaît la qualité de réfugié ou d'apatride ou accorde le bénéfice de la protection subsidiaire. L'OFPRA agit sous le contrôle juridictionnel de la Cour nationale du droit d'asile (CNDA; art. L713-1 CESEDA). La CNDA est une juridiction administrative, placée sous l'autorité d'un président qui est membre du Conseil d'Etat (art. L731-1). La CNDA statue sur les recours formés contre les décisions de l'OFPRA. Le Conseil d'Etat connaît des recours en cassation contre la décision de la CNDA. Du côté de l'extradition, le Ministère de la Justice réceptionne les demandes d'extradition. Si à ce stade l'extradition ne doit pas d'emblée être refusée, le Ministère de la Justice transmet le dossier au Parquet général près la Cour d'appel territorialement compétente. La Chambre d'accusation de la Cour d'appel émet un avis motivé à l'extradition qui peut être favorable ou défavorable. L'avis est défavorable si les conditions de l'extradition ne sont pas remplies. Il lie le Gouvernement qui ne peut en aucun cas procéder à l'extradition. Il est favorable si rien ne s'oppose à l'extradition. L'avis favorable peut faire l'objet d'un recours à la Cour de cassation. L'avis favorable ne lie pas le Gouvernement qui a le choix d'extrader ou non. Dans l'affirmative, le Garde des Sceaux (Ministre de la justice) soumet à la signature du Premier Ministre un décret d'extradition motivé susceptible d'un recours en annulation devant le Conseil d'Etat. Le Gouvernement peut aussi choisir de ne pas suivre l'avis favorable et de refuser l'extradition.

[321] ISDC, p. 4.

[322] OFJ (2009), p. 11.

Une décision de l'Office français de protection des réfugiés et apatrides (OFPRA) accordant le statut de réfugié rendue postérieurement à un avis favorable à l'extradition émis par la Cour d'appel aura pour effet d'entraîner la nullité du décret du Premier Ministre accordant l'extradition pris postérieurement. Dans un tel cas, le Premier Ministre, dans un souci de protection de la personne, ne prend pas de décret en cas d'obtention du statut de réfugié ou ne procède pas à la remise en vertu de l'application des règles jurisprudentielles émises par le Conseil d'Etat. Lorsqu'un individu a déposé une demande de statut de réfugié, postérieurement au décret d'extradition, cela ne fait pas obstacle à ce que la France procède à son extradition. Il appartient au Conseil d'Etat statuant sur la légalité du décret d'extradition et saisi d'une demande de contestation sur ce point, d'apprécier, au vu des éléments qui lui sont soumis et le cas échéant en faisant usage de ses pouvoirs d'instruction si le requérant peut se prévaloir de la qualité de réfugié pour s'opposer à l'exécution du décret[323].

Les autorités judiciaires compétentes en matière d'extradition peuvent solliciter auprès de l'OFPRA des informations quant à l'état d'avancement de la procédure d'asile ou quant à l'application du statut de réfugié en cas de complications. Les motivations et les éléments du dossier ne peuvent toutefois être communiqués en vertu du principe de confidentialité des informations. L'OFPRA peut en revanche avoir accès aux décisions judiciaires rendant un avis favorable ou défavorable à l'extradition.

5.4.5 Royaume-Uni: priorité à la procédure d'asile et autorité de première instance commune

Au Royaume-Uni, les procédures d'asile et d'extradition sont régies par des normes[324] distinctes, mais à la différence de ce qui se passe dans les autres pays présentés jusqu'ici, le Secrétaire d'Etat du Ministère de l'intérieur (Secretary of State for the Home Office) est compétent aussi bien en matière d'asile qu'en matière d'extradition[325].

---

[323] Arrêt no 371525 (ECLI:FR:CESSR:2014:371525.20140115) du Conseil d'Etat du 15.1.2014.

[324] Du point de vue des normes applicables, le droit d'asile et sa procédure sont régis par plusieurs textes législatifs et administratifs dont les principaux sont la Loi sur l'immigration de 1971 (Immigration Act 1971, IA 1971), la Loi sur l'immigration et l'asile de 1999 (Immigration and Asylum Act 1999, IAA 1999), la Loi sur la nationalité, l'immigration et l'asile de 2002 (Nationality, Immigration and Asylum Act 2002 (NIAA 2002), la Loi sur l'asile et l'immigration (traitement des demandes, etc) de 2004 (Asylum and Immigration [Treatment of Claimants, etc.] Act 2004, AITOCA 2004), la Loi sur les frontières, la citoyenneté et l'immigration de 2009 (Borders Citizenship and Immigration Act 2009, BCIA 2009) et la Loi sur l'immigration de 2014 (Immigration Act 2014, IA 2014) (http://www.legislation.gov.uk/all?title=asylum [lien vérifié le 5.5.2015]); AIDA Country report United Kingdom, p.8). L'extradition est notamment régie par la Loi sur l'extradition de 2003 (Extradition Act 2003, EA 2003). L'EA 2003 est divisé en cinq Parties. La première partie (art. 1 à 68 EA 2003) tire ses origines de la Décision-cadre du Conseil de l'Europe relatif au mandat d'arrêt européen adoptée le 13 juin 2002 et la procédure de remise entre les Etats-Membres. Elle règle l'extradition du Royaume-Uni vers les Etats appelés territoires de la première catégorie, à savoir les Etats de l'UE plus Gibraltar (art. 1 EA 2003). La seconde partie (art. 69 à 141 EA 2003) règle l'extradition aux territoires de la deuxième catégorie à laquelle appartient la Suisse (BAKER, C. 2, p. 363).

[325] En matière d'asile, la responsabilité pour la procédure d'asile relève du *Secretary of State for the Home Office*. La reconnaissance du statut de réfugié et l'octroi de l'asile relèvent donc du *Home Office*. Contre la décision du *Home Office*, le requérant peut recourir auprès de chambres de l'immigration et de l'asile de deux tribunaux spécialisés. La première est l'*Immigration and Asylum Chamber du First Tier Tribunal*. La seconde est l'*Immigration and Asylum Chamber* du *Upper Tribunal*. Contre l'arrêt du *Upper Tribunal* l'individu peut recourir auprès de deux instances ordinaires à savoir la Cour d'appel (Court of Appeal) puis la Cour suprême (Supreme Court). En matière d'extradition, la procédure est un mélange d'administratif et de judiciaire. La procédure relative à la première partie de l'EA 2003 permet l'arrestation de la personne recherchée sur la base d'un mandat d'arrêt certifié comme un mandat de la première partie par l'Agence compétente en matière de crimes graves et de crimes organisés (Serious Organised Crime Agency, SOCA) (BAKER, C. 2.8, pp. 22 et 23). La seconde partie de l'EA 2003 concerne les pays de la seconde catégorie qui doivent déposer une demande d'extradition. Ces pays sont divisés en deux groupes: les territoires qui doivent fournir une preuve *prima facie* (a prima facie evidential case) et ceux qui en sont exemptés. La demande d'extradition doit tout d'abord être vérifiée et certifiée par le *Secretary of State for the Home Office* qui l'enverra, si toutes les conditions sont remplies, à un juge de district (District judge) qui ordonne l'arrestation de la personne. Une fois l'individu arrêté, il est

S'agissant des relations asile et extradition, elles sont expressément réglées par des dispositions de la Loi sur l'extradition de 2003 (Extradition Act 2003, EA 2003)[326], à savoir les articles 39 et 40 *EA 2003* pour les pays de la première catégorie (Etats de l'Union européenne plus Gibraltar) et l'article 121 *EA 2003* pour les territoires de la seconde catégorie à laquelle appartient la Suisse[327]. Il s'agit de règles en vue de la coordination des procédures.

L'article 121 *EA 2003*[328], intitulé *Asylum claim*, consacre la priorité de la procédure d'asile sur celle d'extradition. Lorsque les procédures d'asile et d'extradition sont simultanément pendantes, la personne ne peut être extradée avant toute décision définitive sur la demande d'asile. C'est le *Secretary of State for the Home Office* qui décide tant sur la demande d'asile que sur la demande d'extradition. Ainsi, dans un tel cas de figure, toutes les compétences sont réunies au sein d'une même autorité.

L'article 121 *EA 2003* a été récemment modifié sur la base de recommandations formulées par Baker au terme d'une analyse de l'ancienne teneur de l'article 121 *EA 2003*[329]. Baker avait alors constaté que cette disposition ne réglait pas expressément le

---

procédé à son audition au cours de laquelle le juge vérifie si un motif fait obstacle à l'extradition. Le juge est aussi appelé à décider si l'extradition est compatible avec la CEDH dans le sens de la Loi sur les droits de l'homme de 1998 (Human Rights Act 1998). Si rien ne s'oppose à l'extradition et que celle-ci est compatible avec la CEDH, le juge transmet le cas au *Secretary of State for the Home Office* pour qu'il décide si la personne peut ou non être extradée (BAKER, C. 2.10 p. 23). La personne concernée peut recourir à la Haute Cour (High Court, art. 108 et 109 EA 2003) contre la décision du *Secretary of State for the Home Office* d'ordonner l'extradition (cf. BAKER, C. 231 à C. 247, pp. 437 à 440). Contre l'arrêt de la *High Court* un appel est possible auprès de la *Supreme Court* (cf. not. art. 114 EA 2003 qui définit les pouvoirs de la Supreme Court) (BAKER, C. 251, p. 441). Si la *High Court* considère qu'une décision ne peut faire l'objet d'un appel, la décision peut uniquement être contestée par le biais d'une demande en *habeas corpus* ou d'un *judicial review* (BAKER, C. 255 et 256 p. 442). Si toutes les voies de recours contre les décisions du *District judge* et du *Secretary of State for the Home Office* ont été épuisées mais qu'un évènement se produit entre la fin des procédures et l'exécution de l'extradition (par ex. une maladie qui fait obstacle à l'extradition), la *High Cour*t est compétente pour revoir la décision d'extradition du *Secretary of State for the Home Office* pour des motifs relevant des droits de l'homme (*McKinnon v Government of the United States of America and the Secretary of State for the Home Department* [2007] EWHC 762; BAKER, C. 257 p. 443).

[326] NICHOLLS/MONTGOMERY/KNOWLES/DOOBAY/SUMMERS no 8.66, pp. 157 et 158.

[327] BAKER nos 9.44 et 9.45, p. 295.

[328] «(1) [abrogé]. (2) [abrogé]. (3)**[**(a) an order is made under this Part for a person to be extradited in pursuance of a Part 1 warrant, and (b) the person has made an asylum claim (whether before or after the issue of the warrant), the person**]** must not be extradited in pursuance of the request before the asylum claim is finally determined; and sections 117 and 118 have effect subject to this. (4) If the Secretary of State allows the asylum claim, the claim is finally determined when he makes his decision on the claim. (5) If the Secretary of State rejects the asylum claim, the claim is finally determined (a) when the Secretary of State makes his decision on the claim, if there is no right to appeal against the Secretary of State's decision on the claim; (b) when the period permitted for appealing against the Secretary of State's decision on the claim ends, if there is such a right but there is no such appeal; (c) when the appeal against that decision is finally determined or is withdrawn or abandoned, if there is such an appeal. (6) An appeal against the Secretary of State's decision on an asylum claim is not finally determined for the purposes of subsection (5) at any time when a further appeal or an application for leave to bring a further appeal (a) has been instituted and has not been finally determined or withdrawn or abandoned, or (b) may be brought. (7) The remittal of an appeal is not a final determination for the purposes of subsection (8) The possibility of an appeal out of time with leave must be ignored for the purposes of subsections (5) and (6)».

[329] Dans son ancienne teneur l'art. 121 *EA 2003* disposait ce qui suit: «(1) This section applies if 1. (a) a person whose extradition is requested makes an asylum claim at any time in the relevant period; (b) an order is made under this Part for the person to be extradited in pursuance of the request. (2) The relevant period is the period (a) starting when a certificate is issued under section 70 in respect of the request; (b) ending when the person is extradited in pursuance of the request. (3) The person must not be extradited in pursuance of the request before the asylum claim is finally determined; and sections 117 and 118 have effect subject to this. (4) If the Secretary of State allows the asylum claim, the claim is finally determined when he makes his decision on the claim. (5) If the Secretary of State rejects the asylum claim, the claim is finally determined (a) when the Secretary of State makes his decision on the claim, if there is no right to appeal against the Secretary of State's decision on the claim; (b) when the period permitted for appealing against the Secretary of State's decision on the claim ends, if there is such a right but there is no such appeal; (c) when the appeal against that decision is finally determined or is withdrawn or abandoned, if there is such an appeal. (6) An appeal against the Secretary of State's decision on an asylum claim is not finally determined for the purposes of subsection (5) at any time when a further appeal or an application for leave to bring a further appeal (a) has been instituted and has not been finally determined or withdrawn or abandoned, or (b) may be brought. (7) The remittal of an appeal is not a final determination for the purposes of subsection (8) The possibility of an appeal out of time with leave must be ignored for the purposes of subsections (5) and (6)».

cas de figure d'une demande d'asile qui avait été déposée, mais qui n'avait pas encore fait l'objet d'une décision de la part du Secrétaire d'Etat (remains undetermined) avant le début d'une procédure d'extradition[330].
En vue de l'examen des solutions envisageables pour résoudre les problèmes issus de procédures d'asile et d'extradition parallèles, il apparaît pertinent de mentionner, ci-après, certaines spécificités des droits d'asile et d'extradition britanniques.

En matière d'asile, la principale source d'information à disposition des autorités est le Service d'information sur le pays d'origine (Country of Origin Information Service, COIS) qui produit des rapports par pays à partir de la documentation disponible.

Le droit britannique connaît en matière d'extradition la preuve par *prima facie*.

Selon Baker, la preuve par *prima facie case* est une exigence imposée à l'Etat requérant l'extradition de fournir la preuve de ce qu'il affirme dans sa demande d'extradition[331]. Cela va permettre à la personne dont l'extradition est demandée de prendre position comme s'il y avait une procédure sommaire d'information contre elle. Le juge de l'extradition a pratiquement les mêmes pouvoirs que le juge d'une cour dans une procédure sommaire d'information contre la personne[332]. Le *prima facie case* est un test consistant à vérifier si la preuve est suffisante pour garantir un procès contre la personne si l'infraction avait été commise au Royaume-Uni. Les Etats de la première catégorie et certains Etats de la seconde catégorie sont exemptés de l'apport d'une telle preuve. Il arrive que la preuve par *prima facie* ne soit pas nécessaire car le juge peut demander des informations et des preuves complémentaires. Il y a lieu néanmoins de préciser que la

---

[330] Baker distinguait trois situations à prendre en considération. Dans le premier cas de figure une demande d'asile ou une demande de droits humains (human rights claim) a été déposée et admise avant que le *Secretary of State for the Home Office* n'émette un certificat renvoyant la personne devant le juge de l'extradition selon l'article 70 *EA 2003*. Dans le second cas, une demande d'asile est déposée avant le début d'une procédure d'extradition sans que l'on ait statué sur une telle demande (remains undetermined). Dans le troisième cas, une demande d'asile est déposée après le début d'une procédure d'extradition (BAKER no 9.46, pp. 295 et 296). Dans le premier cas de figure, l'article 70 chiffre 2 de l'*EA 2003* donne au Secretary of State for the Home Office un pouvoir discrétionnaire limité de refuser d'émettre un certificat de renvoi selon l'article 70 si la personne concernée a été enregistrée comme réfugiée ou a été autorisée à entrer ou à rester sur le territoire anglais au motif d'une violation de l'article 2 ou 3 CEDH en cas de renvoi dans l'Etat requérant. Il n'y a pas de disposition similaire dans la première partie de l'*EA 2003* (BAKER nos 9.47 et 9.48, pp. 296, citant la Haute Cour dans l'affaire *District Court in Ostroleka, second criminal division (a polish judicial authority) v. Dytlow and Dytlow* ([2009] EWHC 1009 [Admin]): «(i) In a case where refugee status has been granted to the requested person in respect of the requesting territory and where that status is not under active reconsideration, the Secretary of State has no real discretion under section 70(2); (ii) The existence of refugee status, so long as it persists, constitutes a valid objection to extradition; (iii) Whilst the 2003 Act makes no express provision for the discharge of a person who enjoys the status of refugee, there is an implied power to refuse to order extradition where the proceedings amount to an abuse of process»). Lorsque l'extradition est demandée par un Etat tiers, l'article 33 de la Convention de 1951 fait obstacle au refoulement vers l'Etat à l'égard duquel l'asile a été accordé à la personne. Le juge de l'extradition doit donc déterminer s'il y a un risque réel de refoulement en cascade contraire à l'article 3 CEDH (BAKER no 9.50, p. 297; NICHOLLS/MONTGOMERY/KNOWLES/DOOBAY/SUMMERS no 8.87, p. 161). Enfin, s'agissant du troisième cas de figure (demande d'asile déposée après le début d'une procédure d'extradition), l'article 121 *EA 2003* prévoit que lorsqu'une demande d'asile est déposée après que le *Secretary of State for the Home Office* a émis le certificat de renvoi selon l'article 70 *EA 2003*, l'extradition ne peut avoir lieu tant qu'il n'a pas été statué sur la demande d'asile (BAKER no 9.57, p. 298). Aux yeux de Baker, la protection contre le refoulement devait aussi s'étendre au requérant d'asile. Baker proposa alors proposé au *Secretary of State for the Home Office* de faire modifier la loi en vue d'étendre également la protection offerte par l'article 121 *EA 2003* (mais aussi par l'ancien art. 39 *EA 2003*) aux demandes d'asile faites avant le début de la procédure d'extradition (BAKER no 9.55, p. 298; cf. aussi NICHOLLS/MONTGOMERY/KNOWLES/DOOBAY/SUMMERS no 8.86, p. 160). Baker juge souhaitable qu'une demande d'asile trouve sa conclusion avant le début de l'audition en matière d'extradition (commencement of extradition hearing) (BAKER, pp. 295 à 300).

[331] BAKER no 7.33, p. 238: «The prima facie case requirement is a requirement to adduce evidence to make a case requiring an answer by the requested person as if the proceedings were a summary trial of an information against him»; cf. aussi KNOWLES, p. 81 et SAMBEI/JONES no 5.66, p. 71.

[332] NICHOLLS/MONTGOMERY/KNOWLES/DOOBAY/SUMMERS no 5.10, p. 161: «... At the extradition hearing the appropriate judge has the same powers (as nearly as may be) as a magistrate's court would have if the proccedings were the summary trial of an information against a person... ».

CEExtr — ratifiée par la Suisse et le Royaume-Uni — n'exige pas la fourniture de preuves pour les Etats parties.

Suite au rapport du Conseil de l'Europe du 7 août 2009 sur les allégations d'utilisation abusive du système de justice pénale motivée par des considérations politiques dans ses Etats membres et à la Résolution 1685 adoptée par l'Assemblée parlementaire du Conseil de l'Europe[333], le Comité commun pour les droits de l'homme du Royaume-Uni (Joint Committee on Human Rights) considère que l'exigence imposée à l'Etat requérant de fournir une preuve par *prima facie* — ou un niveau de preuve similaire dans un Etat de droit romain — est propre à améliorer la protection des droits de la personne à extrader. Cela a pour conséquence de conduire les autorités de poursuites pénales des Etats requérants à déterminer la preuve disponible avant de formuler une demande d'extradition. Cela permet de réduire le risque qu'une personne soit extradée sur la base de charges spéculatives ou pour une prétendue infraction qu'elle n'a pas commise[334].

Les cours britanniques ont développé le concept d'abus de procédure par une autorité (abuse of process of juridiction) comme motif supplémentaire de refus de l'extradition si le procureur de l'Etat requérant abuse de la procédure dans le but de réprimer ou de porter préjudice de manière inéquitable *(unfair)* à un individu devant un tribunal. Ce concept vise à pallier le rôle limité du *Secretary of State for the Home Office* dans les procédures d'extradition[335].

5.4.6 Canada: suspension de la procédure d'asile

Au Canada, les procédures d'asile et d'extradition sont régies par des normes[336] et menées par des autorités[337] distinctes. Toutefois, à certaines conditions, la procédure

[333] Allegations of politically motivated abuses of the criminal justice system in Council of Europe member states, Document 11993 du 7.8.2009). Cette assemblée nota que les systèmes de justice pénale de tous les Etats du Conseil de l'Europe étaient exposés à des interférences de nature politique, quoiqu'à différents degrés. Le Conseil de l'Europe appela ses membres «à s'assurer que les autorités compétentes en matière d'extradition ou d'autres types de coopération judiciaire prennent en compte le degré d'indépendance du judiciaire dans l'Etat requérant aussi bien dans la pratique que dans la loi et de refuser l'extradition chaque fois qu'il y a des raisons de croire que la personne concernée, pour des motifs politiques ne bénéficiera pas d'un fair trial». Cf. aussi BAKER no 8.75, p. 278.

[334] BAKER no 8.75, pp. 278 et 279.

[335] BAKER no 9.5, pp. 285 et 286.

[336] Du point de vue des normes applicables, le droit d'asile et sa procédure sont notamment régis par la Loi sur l'immigration et la protection des réfugiés L.C. 2001, ch. 27 du 1.11.2001 (LIPR) et plus particulièrement dans la Partie 2 de la LIPR. L'extradition est notamment régie par la Loi sur l'extradition L.C. 1999, ch. 18 du 17.6.1999 (LE).

[337] Au niveau des autorités, en matière d'asile, la Section de la protection des réfugiés de la Commission de l'immigration et du statut de réfugié statue sur la demande d'asile (art. 107 LIPR). Le requérant d'asile et le Ministre de la citoyenneté et de l'immigration (MCI) peuvent faire recours à la Section d'appel des réfugiés contre la décision de la Section de la protection des réfugiés (art. 110 LIPR) ou demander un contrôle judiciaire à la Cour fédérale avec possibilité de recours à la Cour d'appel fédérale. Contre la décision de la Cour d'appel fédérale le requérant d'asile peut encore saisir la Cour suprême du Canada. Le MCI peut accorder à certaines conditions une protection à la personne se trouvant au Canada, à sa demande, si elle est visée par une mesure de renvoi ayant pris effet ou nommée au certificat visé à l'art. 77 par. 1 LIPR (art. 95 par. 1 al. c LIPR). En outre, selon l'art. 109 par. 1, 2 et 3 LIPR, la Section de la protection des réfugiés peut, sur demande du MCI, annuler la décision accordant l'asile si elle résulte directement ou indirectement de présentations erronées sur un fait important. En matière d'extradition, la procédure mêle des aspects judiciaire et administratif. La procédure d'extradition débute avec le dépôt de la demande d'extradition auprès du Ministre de la justice. Ce dernier doit déterminer conformément à l'art. 3 par. 1 al. a LE si les faits sont punissables dans l'Etat requérant. Dans l'affirmative, il prend un arrêté introductif d'instance (AII) autorisant le procureur général, au nom de l'Etat requérant, à demander au juge d'une cour supérieure, appelé juge d'extradition ou juge d'incarcération, la délivrance de l'ordonnance d'incarcération prévue à l'art. 29 LE (art. 15 par. 1 LE) (*Canada (Justice) c. Fischbacher*, [2009] CSC 46, 3 RCS 170, par. 30 et 31; BELIVEAU/VAUCLAIR no 445, p. 182). L'AII s'apparente à la dénonciation ou à l'acte d'accusation dans une poursuite intentée au Canada (*Canada [Justice] c. Fischbacher*, [2009] CSC 46, 3 RCS 170, par. 32). Muni de l'AII, l'avocat du procureur général peut ensuite soumettre l'affaire au juge d'extradition qui

d'asile peut être suspendue au profit de la procédure d'extradition. Dans un tel cas de figure, en statuant sur la demande d'extradition, le juge de l'extradition statuera simultanément sur la demande d'asile.

Dans les relations entre l'asile et l'extradition, la Loi sur l'immigration et la protection des réfugiés L.C. 2001, ch. 27 du 1er novembre 2001 (LIPR) contient une norme réglant automatiquement, mais à certaines conditions tout de même, la primauté de la procédure d'extradition sur la procédure d'asile. Il s'agit de l'article 105 LIPR[338].
En vertu de l'article 105 LIPR, la procédure d'asile est suspendue lorsque le Ministre de la justice, autorité compétente pour accorder l'extradition à l'Etat étranger, prend un arrêté introductif d'instance (AII, sorte de dénonciation ou d'acte d'accusation dans une poursuite intentée au Canada) après avoir estimé que les faits qui sont punissables dans l'Etat requérant constituent au Canada une infraction punissable aux termes d'une loi fédérale d'un emprisonnement d'une durée maximale égale ou supérieure à dix ans. Par cet AII, le Ministre de la justice autorise le procureur général, au nom de l'Etat requérant, à demander au juge d'une cour supérieure, appelé juge d'extradition ou juge d'incarcération, la délivrance de l'ordonnance d'incarcération prévue à l'article 29 de la Loi sur l'extradition L.C. 1999, ch. 18 du 17 juin 1999 (LE)[339].

Si l'intéressé est visé par un AII au sens de l'article 15 LE, la Section de la protection des réfugiés et la Section d'appel des réfugiés — instances compétentes en matière d'asile — ne peuvent ni entreprendre, ni poursuivre l'examen de la demande d'asile. La suspension dure aussi longtemps qu'il n'a pas été statué en dernier ressort sur la demande d'extradition. «Si l'intéressé est remis en liberté à l'issue de la procédure d'extradition, la demande peut se poursuivre ou être introduite [art. 105 par. 2 LIPR]. Si un arrêté d'extradition est pris pour une infraction punissable d'une peine d'emprisonnement d'au moins [dix] ans, il est assimilé au rejet de la demande d'asile fondé sur [l'article 1(F) lettre b de la Convention de 1951]. Le rejet [de la demande d'asile] dans ce cas n'est pas susceptible d'appel et la personne qui n'a pas demandé l'asile avant la date de l'arrêté d'extradition ne peut le demander après cette date [art. 105 par. 4 et 5 LIPR]»[340]. Ainsi, le Canada a déterminé par la quotité de la peine prévue

---

examine la demande d'extradition conformément à la LE (*Canada [Justice] c. Fischbacher*, [2009] CSC 46, 3 RCS 170, par. 34). Il devra notamment examiner si les faits sont punissables au Canada (art. 3 par. 1 al. b LE), si la personne est recherchée pour subir son procès et si les preuves révèlent des actes qui justifieraient le renvoi en procès pour le crime indiqué dans l'AII s'ils avaient été commis au Canada (cf. art. 29 LE qui décrit le rôle du juge de l'extradition). Dans l'affirmative, l'intéressé doit être incarcéré en vue de son extradition (*Canada [Justice] c. Fischbacher*, [2009] CSC 46, 3 RCS 170, par. 35). L'intéressé peut faire appel de son incarcération et le procureur général — au nom de l'Etat requérant — peut recourir contre le refus de délivrer une ordonnance d'incarcération ou l'arrêt de la procédure auprès de la cour d'appel de la Province où la décision a été rendue (art. 49 LE) (BELIVEAU/VAUCLAIR no 507, p. 214). Après l'incarcération, l'affaire est renvoyée au Ministre de la justice qui décide s'il ordonnera l'extradition de l'intéressé. Le pouvoir du Ministre de la justice doit être exercé conformément à la Charte canadienne des droits et libertés (*Canada [Justice] c. Fischbacher*, [2009] CSC 46, 3 RCS 170, par. 36). Contre l'arrêté d'extradition, l'intéressé peut présenter une demande de révision à la cour d'appel de la Province. S'il succombe, il peut s'adresser à la Cour suprême du Canada pour obtenir l'autorisation d'en appeler (BELIVEAU/VAUCLAIR no 508, p. 214).

[338] L'art. 115 LIPR est libellé comme suit: «la Section de la protection des réfugiés ou la Section d'appel des réfugiés sursoit à l'étude de l'affaire si la personne est visée par un arrêté introductif d'instance pris au titre de l'article 15 de la Loi sur l'extradition pour une infraction punissable aux termes d'une loi fédérale d'un emprisonnement d'une durée maximale égale ou supérieure à dix ans tant qu'il n'a pas été statué en dernier ressort sur la demande d'extradition. (2) Si la personne est remise en liberté sans conditions, l'affaire procède comme si la procédure d'extradition n'avait jamais eu lieu. (3) L'arrêté visant la personne incarcérée sous le régime de la Loi sur l'extradition pour l'infraction visée au paragraphe (1) est assimilé au rejet de la demande d'asile fondé sur l'alinéa b) de la section F de l'article premier de la Convention sur les réfugiés. (4) La décision n'est pas susceptible d'appel ni, sauf sous le régime de la Loi sur l'extradition, de contrôle judiciaire. (5) La personne qui n'a pas demandé l'asile avant la date de l'arrêté d'extradition ne peut le demander dans l'intervalle entre cette date et sa remise aux termes de l'arrêté».

[339] *Canada (Justice) c. Fischbacher*, [2009] CSC 46, 3 RCS 170, par. 30 et 31; BELIVEAU/VAUCLAIR no 445, p. 182.

[340] *Németh c. Canada (Justice)*, [2010] CSC 56, 3 RCS 281, par. 44.

à l'article 105 LIPR ce qu'est un «crime grave» au sens de l'article 1(F) lettre b de la Convention de 1951. En outre, «le critère des "raisons sérieuses de penser" prévu par [la Convention de 1951] à l'égard des crimes graves de droit commun est rempli lorsqu'il existe une preuve suffisante justifiant l'incarcération dans le cadre d'une demande d'extradition»[341]. En accordant l'extradition, le Ministre de la justice statue *de facto* sur la demande d'asile[342].

En dehors des cas tombant sous le coup de l'article 105 LIPR, le droit canadien prévoit une autre norme réglant les rapports entre les deux procédures. Il s'agit de l'article 40 paragraphe 2 LE qui mentionne expressément le processus d'examen des demandes d'asile et qui dispose que le Ministre de la Justice doit, si l'intéressé demande l'asile, consulter le Ministre de la citoyenneté et de l'immigration (MCI). Il est question dans cette disposition des demandeurs d'asile et non des personnes qui l'ont obtenu. Il s'ensuit que pour ces derniers l'article 40 paragraphe 2 LE n'oblige pas le Ministre de la justice de consulter le MCI. On considère toutefois que cette disposition n'empêche pas le Ministre de la justice à consulter le MCI dans un tel cas. De plus, l'article 7 de la Charte canadienne des droits et libertés exige une telle consultation[343]. S'agissant de l'extradition de réfugiés reconnus, la Cour suprême du Canada a eu l'occasion dans l'affaire *Németh c. Canada* de préciser que «lorsqu'il examine une demande d'extradition, [le Ministre de la justice] n'est pas lié par la qualité de réfugié reconnue en application de la *LIPR* et il peut extrader un réfugié même si cette qualité n'a pas été perdue ou annulée conformément aux dispositions de la *LIPR*»[344].

Le pouvoir du Ministre de la justice d'ordonner l'extradition d'une personne en application de la LE est discrétionnaire. La LE limite sa compétence de décider sur l'extradition par une série de «motifs de refus» obligatoires et discrétionnaires prévus aux articles 44, 46 et 47 LE. Les motifs prévus à l'article 44 LE sont absolus alors que ceux prévus aux articles 46 et 47 peuvent céder le pas à un accord d'extradition[345]. Les motifs obligatoires de refus de l'extradition contenus à l'article 44 LE[346] ont donc préséance sur les dispositions d'un traité d'extradition. Comme l'exercice du pouvoir du Ministre de la justice d'ordonner l'extradition met en jeu la liberté et, parfois, la

---

[341] *Németh c. Canada (Justice)*, [2010] CSC 56, 3 RCS 281, par. 45.

[342] «Lors de la modification de la LE, le parlement canadien avait considéré que «si le Ministre de la Justice ordonne l'extradition d'un demandeur du statut de réfugié qui a été incarcéré par le juge d'extradition pour une infraction punissable au Canada par une peine pouvant aller jusqu'à dix ans de prison ou par une peine plus sévère, l'ordonnance d'extradition serait réputée être une décision rendue par la Section du statut de réfugié de la Commission de l'immigration et du statut de réfugié comme quoi le requérant n'est pas un réfugié au sens de l'article 1F let. b de la Convention de 1951. Cette décision ne serait cependant pas assujettie à la procédure d'appel ou de contrôle judiciaire applicable aux décisions de la Section du statut de réfugié. L'intéressé conserverait bien entendu le droit intégral de demander un contrôle judiciaire de l'ordonnance d'extradition en tant que telle. Aux termes de l'article 96, on admet que, comme la nécessité d'incarcérer et de livrer une personne aux fins de son extradition d'une part et la validité de la revendication du statut de réfugié d'autre part semblent soulever les mêmes questions, il serait logique de conjuguer, dans une certaine mesure, les deux décisions (l'extradition et le statut de réfugié) et, plus précisément, les procédures respectives d'appel et de contrôle judiciaire. Cependant, même les actes criminels les plus graves ne justifient pas toujours la décision d'extrader ou de renvoyer des personnes dans d'autres Etats» (Parlement du Canada, commentaires titre B du projet de Loi sur l'extradition).

[343] *Németh c. Canada (Justice)*, [2010] CSC 56, 3 RCS 281, par. 66.

[344] *Németh c. Canada (Justice)*, [2010] CSC 56, 3 RCS 281, dispositif.

[345] BELIVEAU/VAUCLAIR no 489, p. 204.

[346] L'art. 44 LE est libellé comme suit: (1) Le ministre refuse l'extradition s'il est convaincu que: a) soit l'extradition serait injuste ou tyrannique compte tenu de toutes les circonstances; b) soit la demande d'extradition est présentée dans le but de poursuivre ou de punir l'intéressé pour des motifs fondés sur la race, la nationalité, l'origine ethnique, la langue, la couleur, la religion, les convictions politiques, le sexe, l'orientation sexuelle, l'âge, le handicap physique ou mental ou le statut de l'intéressé, ou il pourrait être porté atteinte à sa situation pour l'un de ces motifs. (2) Il peut refuser d'extrader s'il est convaincu que les actes à l'origine de la demande d'extradition sont sanctionnés par la peine capitale en vertu du droit applicable par le partenaire.

sécurité de l'intéressé, tant la *Common Law* que les principes de justice fondamentale énumérés à l'article 7 de la Charte canadienne des droits et libertés obligent le Ministre de la justice à agir équitablement. Ainsi, les dispositions de l'article 44 LE se recoupent avec celles de la Charte canadienne des droits et libertés[347] et pourvoient à la protection des personnes qui craignent de subir de mauvais traitements, la persécution et la torture dans l'Etat requérant. Ainsi, alors même que la LE ne renferme aucune mention expresse concernant les réfugiés, l'article 44 LE vise également à protéger ces derniers.

L'article 44 paragraphe 1 alinéa a LE prévoit un pouvoir général pour le Ministre de la justice de refuser l'extradition. Vu le caractère obligatoire de l'article 44 paragraphe 1 alinéa a LE, le Ministre doit examiner toutes les circonstances, individuellement et collectivement, pour déterminer si l'extradition serait injuste ou tyrannique [348] . «Toutefois, la question de savoir si le Ministre est «convaincu» que l'extradition serait injuste ou tyrannique dans des circonstances données relève entièrement de son pouvoir discrétionnaire»[349].

Les circonstances pertinentes dans l'analyse fondée sur l'article 44 paragraphe 1 alinéa a LE peuvent aussi inclure une violation alléguée des droits garantis à l'intéressé par la Charte canadienne des droits et libertés. Comme la Cour Suprême du Canada l'a reconnu dans l'affaire *Lake c. Canada*[350], «l'extradition jugée contraire aux principes de justice fondamentale garantis par l'[article 7 de la Charte canadienne des droits et libertés] sera aussi injuste et tyrannique au sens de l'[article 44 paragraphe 1 alinéa a LE] et le [M]inistre doit la refuser (...) L['article 44 paragraphe 1 alinéa a LE] autorise le [Ministre de la justice] à refuser l'extradition même lorsqu'aucune violation de la [Charte canadienne des droits et libertés] n'est invoquée ou lorsqu'une violation alléguée n'est pas établie. Lorsque l'extradition est constitutionnelle, le [Ministre de la justice] conserve son "pouvoir discrétionnaire résiduel de refuser l'extradition parce qu'elle serait injuste ou tyrannique compte tenu de l'ensemble des circonstances pertinentes et notamment, mais non exclusivement, de celles qui la rendraient incompatible avec les principes de la [Charte canadienne des droits et libertés]"»[351].

L'article 44 paragraphe 1 alinéa b LE constitue «[l]e principal instrument législatif de mise en œuvre des obligations de non-refoulement du Canada dans le contexte de demandes d'extradition visant des réfugiés. Cette disposition est inspirée des dispositions de la *Convention européenne d'extradition* et du *Traité type d'extradition des Nations Unies*. La similitude de leurs textes indique clairement que cette disposition a été adoptée pour assurer la protection contre les atteintes dans l'[E]tat requérant, en particulier lorsque l'extradition entraînerait la violation des obligations de l'[E]tat requis en matière de non-refoulement. Les versions française et anglaise de [l'article 44 paragraphe 1 alinéa b LE] permettent toutes deux d'affirmer que la disposition comporte deux parties et que la "situation" de l'intéressé ne se limite pas à sa situation en relation avec la poursuite ou à la peine. Restreindre la portée de cette disposition aux atteintes dans le contexte de poursuites ou de peines ne permettrait pas la réalisation de son objet

[347] Parlement du Canada, commentaires au par. 15 du projet de Loi sur l'extradition.
[348] BELIVEAU/VAUCLAIR no 490, pp. 204 et 205.
[349] *Canada (Justice) c. Fischbacher*, [2009] CSC 46, 3 RCS 170, par. 37.
[350] *Lake c. Canada (Justice)*, [2008] CSC 23, 1 R.C.S. 761, par. 24.
[351] *Canada (Justice) c. Fischbacher*, [2009] CSC 46, 3 RCS 170, par. 39 citant Bonamie, Re, 2001 ABCA 267, 293 A.R. 201, par. 47.

qui consiste à donner effet aux obligations du Canada en matière de non-refoulement. Compte tenu du texte et de l'objet de [l'article 44 paragraphe 1 alinéa a LE] ainsi que de l'interprétation de la *Convention européenne d'extradition*, dont il est inspiré, il faut comprendre de manière large la dernière partie de [l'alinéa b de l'article 44 paragraphe 1 LE] et considérer que cet alinéa protège le réfugié contre le refoulement qui risque de lui porter atteinte pour un motif énuméré dans l'[E]tat requérant, que cette atteinte soit ou non strictement liée à la poursuite ou à la punition»[352].

Il y a lieu de procéder à l'examen requis par l'article 44 paragraphe 1 alinéa b LE lorsque la décision du Ministre de la justice en matière d'extradition vise une personne ayant qualité de réfugié au Canada et que l'Etat requérant l'extradition est le pays à l'égard duquel cette protection a été accordée au réfugié. Les critères de l'article 44 paragraphe 1 alinéa b LE doivent dès lors s'apprécier «dans le contexte global de la protection des réfugiés»[353]. A cet égard, la Cour suprême du Canada a décidé que l'article 115 LIPR, qui consacre dans la LIPR le principe de non-refoulement, ne constitue pas en soi un obstacle à la procédure d'extradition[354].

Le refus de l'extradition est obligatoire si le Ministre de la justice est convaincu que les conditions ayant donné lieu à la reconnaissance de la qualité de réfugié existent toujours et s'il n'est pas démontré que l'intéressé ne peut pas ou plus revendiquer cette qualité. En effet, la question du droit à la protection contre le refoulement se pose au moment de l'étude de la demande d'extradition et elle s'examine en fonction des circonstances existant à ce moment-là. Lorsque la qualité de réfugié a été reconnue à une personne en application du droit canadien, le Ministre de la justice doit accorder le poids voulu à cette reconnaissance. Lorsque le Ministre de la justice détermine en application de la LE que la protection au titre de réfugié est exclue ou qu'elle n'est plus nécessaire par suite d'un changement de circonstances dans le pays requérant, il doit être convaincu suivant la prépondérance des probabilités que l'intéressé n'a plus droit à l'asile au Canada. Pour déterminer si l'intéressé a cessé d'avoir droit à l'asile par suite de changement de circonstances, le Ministre de la justice doit consulter le MCI au sujet des conditions existant dans l'Etat requérant. Enfin, dans l'examen requis par l'article 44 paragraphe 1 alinéa b LE, le Ministre de la justice est soumis à une obligation d'équité exigeant notamment qu'il communique à l'intéressé la preuve existant contre lui, qu'il lui fournisse une possibilité raisonnable de la contester ainsi que de présenter sa propre preuve[355].

«Pour prendre une décision sur la question de l'extradition, le [Ministre de la justice] doit apprécier toutes les circonstances pertinentes, en mettant en balance les facteurs qui militent en faveur de l'extradition avec ceux qui y sont défavorables. Les circonstances pertinentes varieront en fonction des faits et du contexte de chaque affaire. Parmi ces facteurs, on retrouve notamment les observations présentées par l'intéressé sur son extradition conformément [à l'article 43 paragraphe 1 LE], le déroulement de l'instance dans l'[E]tat requérant avant et après la demande d'extradition, la peine dont l'intéressé est passible s'il est extradé, les questions d'ordre humanitaire liées à la situation

[352] *Németh c. Canada (Justice)*, [2010] CSC 56, 3 RCS 281, dispositif.
[353] BELIVEAU/VAUCLAIR no 491, p. 206 avec renvoi à *Németh c. Canada (Justice)*, [2010] CSC 56, 3 RCS 281, par 86.
[354] BELIVEAU/VAUCLAIR no 491, p. 206 avec renvoi à *Németh c. Canada (Justice)*, [2010] CSC 56, 3 RCS 281. par. 26 à 55.
[355] *Németh c. Canada (Justice)*, [2010] CSC 56, 3 RCS 281, conclusion n° 2 et dispositif.

personnelle de l'intéressé, le moment et les modalités de la présentation de la demande d'extradition au Canada, la nécessité de respecter les droits constitutionnels de l'intéressé et les obligations internationales du Canada en vertu du *Traité* applicable et à titre de membre responsable de la communauté internationale»[356].

Il ressort de ce qui précède qu'au Canada le Ministre de la justice n'est, en principe, pas lié par la décision prise en matière d'asile. Il peut donc procéder à sa propre évaluation des circonstances. Dans cette appréciation, il devra néanmoins consulter le MCI et prendra en compte les preuves et les allégations de l'individu.

En vue de l'examen des solutions envisageables pour résoudre les problèmes issus de procédures d'asile et d'extradition parallèles, il apparaît pertinent de mentionner, ci-après, certaines spécificités des droits d'asile et d'extradition canadiens.
La Section de la protection des réfugiés se fonderait sur différentes directives pour faciliter le traitement des demandes d'asile, publiant à ce propos en janvier 2004 une directive intitulée «Evaluation de la crédibilité lors de l'examen de demandes d'asile»[357]. Nous aurons l'occasion d'y revenir de manière plus approfondie dans la sixième partie de ce travail.

Les personnes se trouvant au Canada, qui ne sont pas des personnes protégées ou reconnues comme «réfugié» et qui sont visées par une mesure de renvoi exécutoire ou nommées au certificat de sécurité visé à l'article 77 paragraphe 1 LIPR, peuvent demander un Examen des Risques Avant Renvoi (ERAR). Les agents d'ERAR sont chargés d'évaluer le risque auquel serait exposé un demandeur en cas de renvoi[358]. Les personnes visées par un AII au titre de l'article 15 LE ne peuvent demander un ERAR lorsque le Ministre de la justice dispose de suffisamment d'éléments après réception des documents nécessaires pour procéder à l'extradition[359].

Au Canada, «il faut que l'[E]tat requérant fasse une preuve devant un juge de la culpabilité du fugitif, c'est-à-dire qu'une audition judiciaire ait lieu»[360]. Le juge de l'extradition doit tenir une audition dont les objectifs s'apparentent à celle tenue par le juge de paix présidant une enquête préliminaire. Dans le cas où l'individu «n'est qu'accusé, l'audition vise à déterminer si, aux termes de l'[article 29 paragraphe 1 alinéa a LE], une preuve *prima facie* justifierait une citation à procès si le crime avait été commis au Canada au moment où l'arrêté ministériel est présenté»[361]. «L'[E]tat requérant n'a donc pas à présenter toute la preuve disponible au soutien de l'accusation»[362]. Selon la Cour suprême canadienne, dans les affaires *Etats-Unis d'Amérique c. Ferras* et *Etats-Unis d'Amérique c. Latty*, «pour qu'il y ait une preuve *prima facie*, "(...) [l]a preuve doit pouvoir permettre à un jury raisonnable, ayant reçu des directives appropriées, de rendre un verdict de culpabilité. [...] Le juge de l'extradition pourrait donc être tenu de procéder à une évaluation limitée des éléments de preuve pour statuer [...] sur le caractère suffisant des éléments de preuve pour justifier

[356] *Canada (Justice) c. Fischbacher*, [2009] CSC 46, 3 RCS 170, par. 38 avec renvoi à Bonamie, Re, 2001 ABCA 267, 293 A.R. 201, par. 54 et *Etats-Unis d'Amérique c. Cobb*, 2001 CSC 19, [2001] 1 R.C.S. 587, par. 34.
[357] LE FORT, p. 7 [Rz 33].
[358] Gouvernement du Canada, Guide 5523.
[359] Gouvernement du Canada, Réception.
[360] BELIVEAU /VAUCLAIR no 417, p. 169.
[361] BELIVEAU/VAUCLAIR no 451, p. 185.
[362] BELIVEAU/VAUCLAIR no 452, p. 186.

le renvoi à procès"»[363]. Le dossier d'extradition comporte obligatoirement dans le cas d'une extradition en vue de procès un résumé des éléments de preuve dont dispose l'Etat requérant aux fins de poursuite. Dans le cas d'une extradition en vue d'infliger une peine à l'intéressé ou de la lui faire purger, la demande d'extradition doit contenir une copie de la déclaration de culpabilité et la description des actes qui ont donné lieu à la déclaration de culpabilité (art. 33 par. 1 LE). Le dossier n'est admissible en preuve que si dans le cas d'une extradition en vue d'un procès, une autorité judiciaire ou un poursuivant de l'Etat requérant certifie, d'une part, que les éléments de preuve résumés au dossier ou contenus dans celui-ci sont disponibles pour le procès et, d'autre part, soit que la preuve est suffisante pour justifier la poursuite en vertu du droit de l'Etat requérant, soit qu'elle a été recueillie conformément à ce droit. Dans le cas d'une extradition en vue d'infliger une peine à l'intéressé ou de la lui faire purger, l'autorité judiciaire, un fonctionnaire du système correctionnel ou une autorité de poursuite de l'Etat requérant certifie que les documents au dossier sont exacts (art. 33 par. 3 LE). Cette exigence est nécessaire dans la mesure où un résumé de la preuve peut être déposé. De plus, on doit avoir l'assurance que ce qui est allégué peut être prouvé. La Cour suprême a indiqué que cette certification crée une présomption de fiabilité à l'égard des éléments de preuve, de sorte que si elle n'est pas contestée, elle établit le seuil requis à cet égard[364]. «En l'absence de preuve d'un élément essentiel de l'infraction visée par la demande d'extradition, il y a absence de preuve de la perpétration de l'infraction (...) [N]i la courtoisie internationale ni la double incrimination fondée sur la conduite [reprochée à la personne] n'autorisent le Ministre de la justice à lancer un mandat d'extradition afin que l'intéressé subisse son procès pour une infraction à l'égard de laquelle il y a absence de preuve (...) La LE vise à éviter que cela se produise»[365].

5.4.7 Etats-Unis: procédures parallèles

Aux Etats-Unis, les procédures d'asile et d'extradition sont régies par des normes[366] et sont menées par des autorités distinctes[367].

---

[363] BELIVEAU/VAUCLAIR no 452, p. 186 citant la Cour suprême du Canada dans les *affaires Etats-Unis d'Amérique c. Ferras* et *Etats-Unis d'Amérique c. Latty,* [2006] 2 R.C.S. 77, par. 46.

[364] BELIVEAU/VAUCLAIR no 459, p. 190.

[365] *Canada (Justice) c. Fischbacher*, [2009] CSC 46, 3 RCS 170, par. 63.

[366] Du point de vue des normes applicables, le droit d'asile et sa procédure sont notamment régis par la Loi sur l'immigration et la nationalité (Immigration and nationality act [INA, §§ 208, 241(b)(3)]), par la Loi de réforme dans le domaine de l'immigration illégale et sur la responsabilié de l'immigrant (Ilegal Immigration Reform and Immigrant Responsabilty Act, IIRAIRA, § 601) et par le Code des règlements fédéraux (Code of Federal Regulations, CFR, 8 CFR § 208). L'extradition est notamment régie par le Titre 18 de l'US Code (art. 3181ss) (BASSIOUNI [2008], p. 277).

[367] Le droit américain connaît principalement deux types de procédures d'asile. Le processus dit «affirmatif» et le processus dit «défensif». Les personnes qui ne font pas l'objet d'une mesure de renvoi peuvent présenter une demande d'asile «dans le cadre du processus affirmatif» si elles se trouvent aux Etats-Unis, qu'elles y soient légalement ou non. Les étrangers illégaux appréhendés par les autorités sont frappés d'une mesure de renvoi et n'ont accès qu'au processus dit «défensif». Dans le processus dit «affirmatif», le requérant d'asile doit remplir le formulaire de demande d'asile et de sursis au renvoi I-589 (Form I-589 Application for Asylum and for Withholding of Removal) et doit le présenter à l'un des centres des services de la citoyenneté et de l'immigration des Etats-Unis (U.S. Citizenship and Immigration Service, USCIS). C'est en principe un agent de l'*USCIS* qui décide sur la demande d'asile. Sa décision est vérifiée par un superviseur (Supervisory asylum officer) qui peut lui-même transmettre le cas à une unité des quartiers généraux de l'*USCIS* (asylum division staff at USCIS headquarters). Si l'*USCIS* n'est pas en mesure d'accorder l'asile, le cas est transmis au Tribunal de l'immigration (Immigration Court). Le requérant qui se trouve légalement aux Etats-Unis mais qui n'est pas admissible à l'asile reçoit un avis d'intention de refus (Notice of Intent to Deny, NOID). Le requérant dispose alors de seize jours pour contester le *NOID* ou présenter d'autres preuves. Si le requérant ne fournit pas de réponse à la suite de la réception du *NOID*, sa demande d'asile sera rejetée. S'il en fournit une, l'*USCIS* examine les nouveaux renseignements et accueille ou rejette la demande d'asile. Si la demande est rejetée, le demandeur reçoit une lettre de refus définitif (Final Denial letter). Le requérant n'a pas le droit d'interjeter appel de la décision mais pourrait déposer un nouveau formulaire I-589 aux *USCIS* accompagné de nouvelles preuves. Dans le processus dit «défensif», la demande d'asile est traitée par un juge de l'immigration (immigration judge) dans le cadre d'une procédure

La procédure d'extradition est une procédure judiciaire (judicial determination), alors que la procédure d'asile est une procédure administrative (executive determination). En

contradictoire. Si la demande est refusée, le requérant a le droit d'interjeter appel auprès de la la commission d'appel de l'immigration (Board of Immigration Appeals, BIA). Si la *BIA* confirme la décision du juge de l'immigration, le demandeur peut s'adresser au système judiciaire fédéral. A côté de ces deux types de procédures, le droit américain connaît une procédure spécifique pour les cas relevant de la sécurité nationale et notamment les terroristes ou les personnes impliquées dans des activités de terrorisme, les personnes ayant commis ou suspectées d'avoir commis des crimes contre l'humanité, des actes de génocide ou de torture ou d'autres cas liés à la sécurité nationale (espionnage ou engagement dans des actes impliquant des armes de destruction massive) (cf. US Asylum Division [2013], pp. 41ss). La procédure d'extradition aux USA met en jeu les branches de l'exécutif, du législatif et du judiciaire du gouvernement fédéral. La demande d'extradition est transmise par la voie diplomatique au Département d'Etat (Department of State, Office of Legal Advisors, DOS/L) qui la transmet à son tour au Département de justice (Department of justice, Office of International Affairs, DOJ/OIA). Ce dernier va examiner la demande. Si la demande semble conforme au Traité applicable, le *DOJ/OIA* l'adresse au procureur fédéral du district fédéral compétent (GARCIA/DOYLE, p. 20; USAM, par. 9-15.700). Le DOJ/OIA représente l'Etat requérant devant le procureur fédéral du district concerné (BASSIOUNI [2008], note de bas de page no 203 p. 301). Le procureur va formuler une *complaint* adressée à un magistrat ou à un juge d'une cour de district accusant la personne concernée en application du traité d'avoir commis une infraction extradable dans la juridiction de l'Etat requérant. La *complaint* équivaut à un acte d'accusation ou à une information et doit donc informer la personne concernée (relator) des charges pesant contre elle en vue de lui permettre d'arguer de l'absence de probable cause et d'élever tout moyen de défense permis par le traité (BASSIOUNI [2008], p. 303). Sur la base de la *complaint*, un magistrat va donc émettre un mandat d'arrêt. Une fois que la personne se trouve en détention, une première audition, précédant celle sur l'extradition en application de l'art. 3184 du Titre 18 de l'*US Code*, aura lieu pour vérifier son identité et voir si elle demande sa mise en liberté. Par la suite, une audition se tiendra sur la base de l'art. 3184 du Titre 18 de l'*US Code* (L'art. 3184 du Titre 18 de l'*US Code* est libellé comme suit: «Whenever there is a treaty or convention for extradition between the United States and any foreign government, or in cases arising under section 3181 (b), any justice or judge of the United States, or any magistrate judge authorized so to do by a court of the United States, or any judge of a court of record of general jurisdiction of any State, may, upon complaint made under oath, charging any person found within his jurisdiction, with having committed within the jurisdiction of any such foreign government any of the crimes provided for by such treaty or convention, or provided for under section 3181 (b), issue his warrant for the apprehension of the person so charged, that he may be brought before such justice, judge, or magistrate judge, to the end that the evidence of criminality may be heard and considered. Such complaint may be filed before and such warrant may be issued by a judge or magistrate judge of the United States District Court for the District of Columbia if the whereabouts within the United States of the person charged are not known or, if there is reason to believe the person will shortly enter the United States. If, on such hearing, he deems the evidence sufficient to sustain the charge under the provisions of the proper treaty or convention, or under section 3181 (b), he shall certify the same, together ith a copy of all the testimony taken before him, to the Secretary of State, that a warrant may issue upon the requisition of the proper authorities of such foreign government, for the surrender of such person, according to the stipulations of the treaty or convention; and he shall issue his warrant for the commitment of the person so charged to the proper jail, there to remain until such surrender shall be made»). L'audition n'a pas pour but de déterminer la culpabilité ou l'innocence d'une personne, mais de vérifier les conditions de forme de la demande, l'existence de la *probable cause* ou encore l'existence de motifs légaux ou conventionnels excluant l'extradition (BASSIOUNI (2014), pp. 873, 880 et 901; BASSIOUNI (2008), p. 302). Le but de l'audition et de la *probable cause* consiste donc à savoir si la personne peut ou non être poursuivie (BASSIOUNI (2014), p. 906: «What is at issue, is not punishability but prosecutability»). Si le juge de l'extradition considère que l'extradition est admissible, il va émettre un mandat plaçant la personne concernée en détention jusqu'à ce que le secrétaire d'Etat décide de son extradition. Le secrétaire d'Etat peut conditionner l'extradition ou la refuser sur la base d'une *Executive Discretion* (BASSIOUNI [2008], pp. 301 et 302). L'Etat requérant ne doit pas présenter de preuves justifiant une condamnation (BASSIOUNI [2014], p. 893). Toutefois, le juge de l'extradition ne se contentera pas des seuls soupçons, mais aura besoin de preuves suffisantes qui garantissent que l'individu sera conduit devant un tribunal (BASSIOUNI [2014], p. 894: « [...] probable cause effectively means that sufficient evidence has been presented to the court of the requested state to warrant bringing the relator to trial in accordance with the laws of the requesting state, and not simply that the individual is suspected of criminality with no basis in fact to support allegation. If indeed no evidence of probable cause exists, then the assertion presented by the requesting state constitute nothing more than mere suspicion, and the request must be denied». La cour peut décider d'accorder ou de refuser l'extradition. Il n'y a pas de voie de recours contre la décision d'extradition, car il ne s'agit pas d'une décision finale et elle ne peut donc faire l'objet d'un appel (BASSIOUNI [2014], pp. 881 et 930). La seule manière de revoir une telle décision est la voie de la demande d'*habeas corpus* (Petition for a Writ of habeas corpus) (BASSIOUNI [2008)], p. 331 et 332). Il s'agit d'une procédure parallèle, qui n'est ni un appel, ni un *trial*, mais une revue *ex novo* (BASSIOUNI [2014], p. 939). Il n'est pas nécessaire que la décision du juge de l'extradition soit finale pour que l'individu fasse une demande d'*habeas corpus* (BASSIOUNI [2014], p. 930). La Cour de district fédérale saisie d'une demande d'*habeas corpus* ne substitue en principe pas son jugement à celui du juge de l'extradition. Si elle maintient la décision d'extradition, la personne concernée peut faire appel auprès du circuit des Cours d'appel américaines qui reverra la décision de la Cour de district fédérale. Contre la décision de la Cour d'appel, la personne concernée peut encore faire une demande de *rehearing on banc*. Comme ultime moyen, elle peut encore faire recours à la Cour suprême au moyen d'une *petition for a writ of certiorari* qui est rarement accordée (BASSIOUNI [2008], p. 332). Si le juge de l'extradition accorde l'extradition, le Secrétaire d'Etat, qui représente le Président (BASSIOUNI [2008], p. 334), peut, en se basant sur le traité applicable, excercer son pouvoir discrétionnaire pour refuser l'extradition ou l'accorder sous conditions (BASSIOUNI [2008], p. 327). Sa décision n'est pas sujette à recours (BASSIOUNI [2014], p. 977; BASSIOUNI [2008], p. 335]). Toutefois, en appliquant la Convention de 1984, la décision du Secrétaire d'Etat peut faire l'objet d'une réappréciation (review) selon l'*Administrative procedure Act* (BASSIOUNI [2014], p. 980). Si le juge de l'extradition refuse d'accorder l'extradition, le Secrétaire d'Etat ne peut revoir cette décision ou recourir contre elle. Toutefois, tant que la décision refusant l'extradition n'est pas définitive, le gouvernement américain peut déposer une nouvelle demande, même basée sur les mêmes faits ou sur des faits en substance identiques.

raison de la séparation des pouvoirs, ces deux procédures ne sont pas liées, mais sont différentes et indépendantes l'une de l'autre. Elles se déroulent en parallèle pour éviter toute confusion dès lors que les mêmes questions se posent[368]. Aucune des procédures ne peut donc faire obstacle à l'autre. Le fait qu'une procédure soit pendante ne signifie pas que l'autre procédure ne puisse se dérouler, bien qu'aucune disposition légale ne le prévoie[369].

Les découvertes faites en matière d'extradition relatives à la poursuite politique ne lient pas les autorités d'asile et inversément. Ainsi, bien que les motifs d'accorder l'asile puissent être identiques à ceux conduisant au refus de l'extradition, ils ne sont pas décisifs pour l'autre procédure, car ils émanent d'autorités différentes et font l'objet de procédures différentes[370]. De plus, bien que la perspective d'une persécution soit la clé aussi bien en matière d'asile qu'en matière d'extradition, le tribunal va appliquer le *rule of non-inquiry*. Il s'agit d'un principe créé judiciairement selon l'idée qu'un citoyen américain (*a fortiori* un non-ressortissant américain) ayant commis un crime à l'étranger ne peut se plaindre d'être soumis au type de procédure applicable dans cet Etat[371].

Cette règle de *non-inquiry*, qui est également un principe du droit coutumier international, tire son origine de l'obligation pour une cour — autorité compétente en matière d'extradition pour apprécier l'admissibilité d'une demande d'extradition — d'appliquer le traité d'extradition et de respecter la souveraineté de l'Etat requérant. Nombre de traités ainsi que la loi américaine en matière d'extradition ne donnent pas à la cour le pouvoir explicite de refuser l'extradition en se basant sur des motifs humanitaires en dehors des dispositions du traité. Ainsi, les griefs qui ne sont pas prévus dans le traité — lesquels peuvent concerner le respect des droits humains fondamentaux dans l'administration de la justice — sont laissés à la discrétion du pouvoir exécutif, le Secrétaire d'Etat, qui peut refuser l'extradition alors que la cour a considéré que l'extradition était envisageable[372]. En vertu de la *rule of non-inquiry*, la cour refuse d'examiner la manière dont l'Etat requérant a obtenu les preuves de *probable cause*. Elle refuse également d'examiner si la personne concernée bénéficiera d'un procès équitable dans l'Etat requérant ainsi que l'équité (*fairness*) avec laquelle les preuves ont été obtenues. De manière plus générale, le principe de *non-inquiry* s'oppose à la détermination judiciaire de tout motif de refus de l'extradition qui n'est pas énuméré dans un traité ou dans une loi américaine. Il est donc arrivé que les cours aient fait usage de ce principe pour rejeter les allégations de risque de torture ou d'élimination physique, de poursuite pour des infractions non prévues dans la demande d'extradition ou de procès inéquitable formulées par les personnes[373]. Toutefois, la *rule of non-inquiry* peut être modifiée par un traité ou par une loi[374]. Les protections constitutionnelles peuvent

[368] BASSIOUNI (2014), pp. 206 et 207.
[369] BASSIOUNI (2014), p. 208.
[370] BASSIOUNI (2014), p. 206.
[371] GARCIA/DOYLE, p. 23: «when an American citizen commits a crime in a foreign country, he cannot complain if required to submit to such modes of trial and to such punishment as the laws of that country may prescribe for its own people, unless a different mode be provided for by treaty stipulations between that country and the United States».
[372] BASSIOUNI (2008), p. 317.
[373] BASSIOUNI (2008), p. 314.
[374] GARCIA/DOYLE, p. 23: «the application of the rule of non-inquiry may be modified by treaty or statute. For example, the U.N. Convention Against Torture (CAT) provides that no State Party "shall expel, return...or extradite a person to another State where there are substantial grounds for believing that he would be in danger of being subjected to torture." Following U.S. ratification of CAT, Congress enacted § 2422 of the Foreign Affairs Reform and Restructuring Act of 1998 (FARRA), which required all relevant federal agencies to adopt appropriate regulations to implement this policy. Some fugitives have argued that the Secretary of State's decision to extradite following court certification and in the face

ainsi servir de base légale suffisante pour permettre à une cour de déroger à la règle de *non-inquiry* dans un cas particulier[375]. En outre, suite à l'adhésion des Etats-Unis au Protocole de 1967, les cours américaines examinent quand même le sort réservé à l'individu en cas d'extradition, bien que cette compétence relève en fait de l'exécutif. En l'absence de coordination prévue dans la loi entre les deux procédures, l'examen du risque encouru par la personne injecte dans la procédure d'extradition une dimension qui n'est pas propre à cette procédure[376]. Etant donné que la *rule of non-inquiry* n'est pas prévue par la constitution américaine, elle relève donc du *case law*[377].

Pour Bassiouni, l'extradition offre plus de garanties de procédure que la procédure d'asile[378]. En outre, les décisions en matière d'asile subissent plus fortement l'influence politique que les décisions en matière d'extradition. Toutefois, même si les procédures d'extradition et d'asile diffèrent l'une de l'autre et qu'elles relèvent d'autorités différentes, toutes deux font finalement l'objet d'un examen par une autorité exécutive du gouvernement. Ainsi, l'asile peut être refusé par le gouvernement américain, alors que dans le cadre de l'extradition le Président, représenté par le Secrétaire d'Etat, peut refuser une extradition pour des considérations politiques[379].

En vue de l'examen des solutions envisageables pour résoudre les problèmes issus de procédures d'asile et d'extradition parallèles, il apparaît pertinent de mentionner, ci-après, certaines spécificités des droits d'asile et d'extradition américains.

Le droit d'asile américain prévoit que le demandeur qui obtient l'asile peut résider aux Etats-Unis durant une année, au terme de laquelle les centres des services de la citoyenneté et de l'immigration des Etats-Unis (U.S. Citizenship and Immigration Service, USCIS) examine s'il peut être admis aux Etats-Unis en tant qu'immigrant. L'octroi de l'asile est donc limité temporellement.

S'agissant de l'établissement des faits, le personnel de l'*USCIS* utilise une base de données en ligne comprenant notamment des informations sur les pays, de la jurisprudence, des manuels, des procédures, des formulaires et des statistiques. Les agents qui traitent des demandes d'asile peuvent, avec l'accord de leur supérieur, adresser une requête en vue d'obtenir des informations sur les droits de l'homme et les conditions de vie dans le pays d'origine à la Section de recherches des informations sur le pays d'origine (USCIS Country of Origin Information Research Section, COIRS) qui gère le *Resource Information center* (RIC). Les réponses sont publiées dans la documentation consultable en ligne. L'USCIS peut également solliciter un avis ou des informations du Ministère de la Sécurité nationale sur des cas individuels ou des

---

of a challenge under CAT or FARRA is subject to judicial review under the Administrative Procedure Act or in habeas corpus proceedings. Thus far, most reviewing courts have found that CAT and its implementing legislation have carved a limited exception to the judicially created rule of non-inquiry. However, the circuits have split on the issue of whether judicial review of CAT-based claims in extradition proceedings has nonetheless been barred by statute».

[375] BASSIOUNI (2008), p. 316.

[376] BASSIOUNI (2014), p. 209.

[377] BASSIOUNI (2008), p. 317.

[378] BASSIOUNI (2014), p. 212: «Extradition is, so far, the process that offers the greatest due process protections and legal standards and the right to judicial review. The asylum and immigration processes (…) offer much less protection in terms of due process for the person including substantive and procedural norms that favor the government, much more than in respect to extradition. Moreover, the legal and evidentiary standards are lesser, thus giving government additional advantages in obtaining the intended outcome of forceful removal and even surrender to a state whose extradition request has been denied or may be denied».

[379] BASSIOUNI (2014), pp. 206 et 207.

catégories de demandes. Ledit Ministère peut fournir à l'*USCIS* des informations détaillées sur le pays d'origine, sur les persécutions et les tortures subies par des personnes dans une situation analogue ainsi qu'une évaluation de l'exactitude des assertions du requérant. L'officier préposé aux demandes d'asile peut encore recourir à d'autres moyens ou à d'autres autorités pour obtenir des informations, tels que l'*Asylum Virtual Library* (AVL), le Département d'Etat, l'*Office of fraud detection and national security* (FDNS), les Ambassades et consulats à l'étranger, les Ambassades étrangères aux Etats-Unis, le *Forensics Document Laboratory* (FDL) pour l'examen des documents présentés, l'Organisation internationale de police criminelle (O.I.P.C. - Interpol, Interpol) et les différentes agences de lutte contre le crime[380].

En droit de l'extradition, le droit américain connaît le système du *probable cause*[381].

Conclusions à la première partie

La solution qui prédomine actuellement en Suisse et dans les sept pays étudiés est celle d'avoir deux procédures distinctes. Les autorités compétentes en matière d'asile et d'extradition examinent chacune de son côté le risque encouru par la personne en cas de refoulement ce qui ne veut pas dire que les procédures se déroulent en vase clos. Trois pays se distinguent toutefois. Il s'agit du Royaume-Uni où une autorité de première instance est commune aux deux procédures et du Canada où une autorité statue sur les deux demandes simultanément. Il s'agit ensuite des Etats-Unis qui apparaissent comme le seul pays où les deux procédures se déroulent de manière totalement séparée, sans interaction entre les autorités. Les solutions divergent toutefois quant à la priorité d'une procédure sur l'autre, respectivement quant à la primauté d'une décision sur l'autre.

Dans la majorité des Etats étudiés ainsi qu'en Suisse, ces deux domaines du droit sont en théorie sur un même pied. Mais dans la pratique, on doit admettre que le droit des réfugiés et de l'asile jouit d'une certaine prééminence sur le droit de l'extradition. L'article 59 LAsi tend d'ailleurs à le rappeler en disposant que toutes les autorités suisses sont liées par les décisions rendues en matière d'asile. Le Haut Commissariat pour les réfugiés, bien qu'il exprime l'avis que les deux procédures doivent se dérouler en parallèle et qu'une priorité doit être accordée à la procédure d'asile, tolère néanmoins que d'autres solutions soient appliquées. Ainsi, rien n'empêche que les Etats statuent

[380] US Asylum Division 2006, pp. 37 à 40.

[381] Selon Bassiouni, le standard de probable cause en matière d'extradition équivaut à celui utilisé aux auditions préliminaires dans les procédures criminelles fédérales (BASSIOUNI [2014], p. 909). L'admissibilité de la preuve tombe dans le pouvoir discrétionnaire du juge de l'extradition (BASSIOUNI [2014], p. 900). Dans la pratique, il suffira à l'Etat requérant de résumer les faits et d'indiquer pour chacun d'eux l'élément de preuve sur lequel il se base pour affirmer qu'un fait donné s'est produit. Dans le cadre de l'audition, le gouvernement américain peut maintenir ses conclusions, produire de la documentation supplémentaire ou des témoignages oraux. La personne concernée peut fournir une réponse à la *complaint* ainsi que des documents considérés comme des preuves. Elle peut présenter des preuves supplémentaires à l'audition ainsi que des témoignages. Toutefois. les preuves fournies ne peuvent être de nature exculpatoire ou contredire les preuves du gouvernement mais seulement les expliquer (BASSIOUNI 2014, pp. 901 et 923; BASSIOUNI [2008], p. 301;). Il existe néanmoins des exceptions à cette règle lorsque les preuves fournies par l'individu révèlent que les preuves en possession du gouvernement américain ont été fabriquées ou sont fausses ou en l'absence de probable cause. La ligne de démarcation entre preuve exculpatoire et preuve explicatoire n'est pas toujours claire et n'est pas facile à établir. La question de l'étendue de la preuve explicatoire tombe dans le pouvoir discrétionnaire du juge de l'extradition (BASSIOUNI [2014], p. 923).

sur la demande d'extradition indépendamment de la reconnaissance du statut de réfugié, à la condition toutefois que le juge de l'extradition établisse les faits de manière complète. Le Haut Commissariat pour les réfugiés est ainsi bien conscient de l'existence de pratiques et de solutions différentes dans les pays. Il adopte donc une attitude pragmatique en invitant les Etats, qui ne tiennent pas compte du statut de réfugié dans le cadre de la procédure d'extradition, à analyser toutes les circonstances du cas avant de décider du renvoi d'un individu. Implicitement, à notre avis, le Haut Commissariat pour les réfugiés admet que le droit de l'asile ne prime pas le droit de l'extradition et qu'il importe peu, dès lors, de savoir, qui statue sur la question des risques encourus en cas de non-refoulement pour autant que l'ensemble des circonstances du cas soit pris en compte.

Même si en Allemagne, en Autriche et en Italie deux autorités différentes statuent de manière indépendante sur les demandes d'asile et d'extradition, leur droit interne prévoit des normes qui assimilent le refus de l'extradition à l'octroi d'une forme d'asile ou prévoient même un droit d'asile à la personne poursuivie politiquement ou qui est empêchée d'exercer de manière effective les libertés démocratiques garanties par la Constitution. Ainsi, en vertu de l'article 16a chiffre 1 *GG*, si la personne est considérée comme étant politiquement poursuivie elle bénéficie de l'asile. En quelque sorte, le juge de l'extradition en refusant l'extradition au motif que la personne est poursuivie politiquement lui reconnaîtra *de facto* l'asile.

Si un droit national prévoit que le juge de l'extradition n'est pas lié par la décision en matière d'asile, cela ne signifie pas que l'on ne va pas tenir compte de la procédure d'asile et des décisions qui y sont prises. Ainsi en Allemagne, en Autriche, en Italie et en France, même s'il est prévu que le juge de l'extradition n'est pas lié par la décision en matière d'asile, l'octroi de l'asile fera néanmoins obstacle à une extradition. En outre, la procédure d'extradition sera ou pourra être suspendue dans l'attente de la décision en matière d'asile, comme c'est le cas en Allemagne, en Autriche, en France et au Royaume-Uni. Le Canada est pratiquement le seul pays qui prévoit la suspension de la procédure d'asile en faveur de la procédure d'extradition en cas d'application de l'article 105 LIPR. En Suisse, depuis l'entrée en vigueur de la Loi de coordination on dénombre trois cas où le Tribunal fédéral et le Tribunal pénal fédéral ont suspendu la procédure d'extradition dans l'attente de la décision en matière d'asile. Mais il existe aussi deux cas où le Tribunal administratif fédéral et le Tribunal fédéral ont suspendu la procédure d'asile dans l'attente de la décision en matière d'extradition.

A l'instar de la solution suisse, plusieurs pays prévoient des instances de recours communes en matière d'asile et d'extradition. Tel est le cas, en France, en Allemagne, en Autriche, en Italie et au Canada. La solution suisse n'est donc pas originale sur ce point.

En substance, on peut ainsi affirmer que la solution suisse reflète en grande partie celles en vigueur en Allemagne, en Autriche et en France. Cela n'est d'ailleurs pas étonnant puisque des représentants de ces trois pays avaient été invités par le groupe de travail mis sur pied par l'Office fédéral de la justice à venir lui exposer leur pratique.

L'Italie et la France notamment ne connaissent pas de normes qui règlent les relations entre les deux procédures. En Suisse, la Loi de coordination règle surtout les cas où les deux procédures sont pendantes simultanément. A l'opposé, le Royaume-Uni et le Canada prévoient dans leur droit des normes qui non seulement règlent les cas où les deux procédures sont pendantes simultanément, mais aussi lorsque la procédure d'asile a été clôturée par une décision favorable à la personne. De telles normes présentent indéniablement l'avantage d'offrir une sécurité juridique à la personne concernée et aux praticiens.

Il ressort de ce qui précède que les solutions adoptées en Suisse et dans les différents Etats examinés ne prévoient pas de manière absolue l'indépendance des procédures. A notre avis, cela traduit la complexité particulière de la problématique asile-extradition notamment en ce qui concerne l'établissement et l'appréciation des faits. La question de l'établissement et de l'appréciation des faits est d'ailleurs récurrente dans la lecture des commentaires sur les droits nationaux, notamment les critiques formulées par Lagodny sur la pratique allemande. Ainsi, pour cet auteur la condition *sine qua non* du maintien de procédures parallèles passe par un examen circonstancié des faits par le juge de l'extradition. Par conséquent, même si l'asile et l'extradition poursuivent des objectifs différents, les autorités compétentes dans les deux procédures doivent examiner si une personne encourt le risque d'une atteinte à sa liberté ou à son intégrité en cas de refoulement. Cette question est indépendante du domaine du droit où elle se pose. Il s'ensuit que le juge de l'asile et celui de l'extradition doivent examiner cette question avec le même soin. Le droit de l'asile ne prime donc pas le droit de l'extradition.

Les affaires A., B., C., N. et V. ont révélé que l'Office fédéral de la justice ne s'était pas livré à un examen approfondi des risques de poursuite discriminatoire et de torture en cas de remise à l'Etat requérant. La question qui se pose est dès lors de savoir si ce manquement est dû aux moyens à disposition du juge de l'extradition ou bien à la spécificité du droit de l'extradition qui peut amener le juge de l'extradition à faire l'impasse d'un examen plus approfondi des faits ? A mon avis, les deux causes expliquent les manquements qu'on a pu reprocher à l'Office fédéral de la justice. Les affaires analysées ont également révélé l'existence d'idées préconçues selon lesquelles le pouvoir d'examen du juge de l'extradition est plus limité que celui du juge de l'asile et le droit de l'asile prime le droit de l'extradition.

On peut donc légitimement se demander si le maintien de procédures parallèles se justifie encore au vu de la complexité de la matière, notamment de l'importance d'établir et d'apprécier les faits. Les solutions canadienne et britannique démontrent que la réunification des procédures n'est pas impossible. Cela présente l'avantage d'éviter des décisions contradictoires, car une seule autorité statue sur les deux demandes. Toutefois, ces solutions ne présentent pas que des avantages. On peut en effet craindre qu'en réunissant ces procédures au sein d'une seule autorité, des considérations de nature politique (migratoire, criminelle ou humanitaire) et non seulement juridiques pourraient influencer les décisions à prendre. A l'inverse, avec le maintien de deux autorités indépendantes, les différents intérêts en présence seraient mieux mis en balance assurant ainsi un véritable équilibre entre les biens protégés.

Il sera dès lors question dans la deuxième et la troisième parties de cette étude de vérifier si l'asile et l'extradition poursuivent ou non des objectifs différents, si le droit de l'asile prime effectivement le droit de l'extradition et si le pouvoir d'examen du juge de l'extradition est aussi large que celui du juge de l'asile. Nous émettons comme première hypothèse qu'aussi bien le droit de l'asile que le droit de l'extradition visent le même but si l'on se place du point de vue du principe de non-refoulement. Nous émettons ensuite comme seconde hypothèse que (plus) rien ne justifie la primauté de l'asile sur l'extradition. Nous émettons enfin l'hypothèse que le pouvoir d'examen du juge de l'extradition est aussi étendu que celui du juge de l'asile.

C'est au travers de l'analyse des définitions des notions de «réfugié», de «persécution», d'«asile» et d'«extradition» que nous proposerons de vérifier la première hypothèse. C'est ensuite au travers de l'analyse des principes de l'interdiction de l'extradition pour délits politiques, de non-discrimination, de l'interdiction de la torture et des peines ou traitements cruels, inhumains ou dégradants ainsi que du principe de non-refoulement que nous proposons de vérifier la seconde hypothèse. Quant à la troisième hypothèse, il sera procédé à une analyse des procédures d'asile et d'extradition ainsi que du pouvoir d'examen des autorités, du droit d'être entendu ainsi que du devoir de collaboration de l'individu, avec un accent particulier sur les concepts de preuve et de vraisemblance.

Partie II

Notions et définitions:

réfugié extraditionnel

Introduction à la deuxième partie

A priori tout oppose l'asile à l'extradition et l'on ne peut qu'adhérer à cette opinion si l'on s'arrête à leur seule définition éthymologique. Les droits de réfugiés, de l'asile et de l'extradition ont cependant plusieurs éléments en commun et notamment les notions de «persécution», de «délit politique», de «non-discrimination», de «torture», de «mauvais traitements» et de «non-refoulement».

Il apparaissait ainsi nécessaire de consacrer une part relativement importante de ce travail à l'analyse de ces différents termes en vue de montrer les points de convergences et de divergences entre les domaines de l'asile et de l'extradition.

La présente partie sera consacrée aux définitions des notions de «réfugié» (chap. 6), de «persécution» (chap. 7), d'«asile» (chap. 8) et d'«extradition» (chap. 9). Dans la troisième partie de ce travail, nous analyserons les notions de «délit politique», de «non-discrimination», de «torture», de «mauvais traitements» et de «non-refoulement» et plus précisément les principes de l'interdiction de l'extradition pour délits politiques (chap. 11), de non-discrimination (chap. 12), de l'interdiction de la torture et des traitements cruels, inhumains ou dégradants (chap. 13) et de non-refoulement (chap. 14).

Parmi les termes mentionnés, celui de «persécution» revêt un rôle central en tant qu'il constitue le point d'articulation ou de bascule entre l'asile et l'extradition. En effet, selon que la personne concernée est victime ou risque d'être victime ou non d'une persécution, l'asile peut lui être octroyé, ce qui entraînera le refus de l'extradition, et vice-versa. Au vu de l'importance que revêt la notion de «persécution», ce n'est pas par hasard qu'une large place lui sera accordée dans la présente partie.

Les notions de «délit politique», de «non-discrimination», de «torture» et de «mauvais traitements» constituent en droit suisse des motifs de refus de l'extradition. En les analysant, on s'aperçoit que l'extradition ne se limite donc pas à l'acte de remettre une personne à l'Etat qui la réclame, mais elle poursuit aussi le but de la protéger d'une persécution qui peut s'exercer sous la forme d'une poursuite illégitime. On peut alors constater à l'issue de cet examen que la définition au sens classique ou au sens étroit de l'extradition que l'on rencontre habituellement dans les instruments de coopération internationale et dans la littérature ne reflète pas entièrement la fonction protectrice du droit de l'extradition. Pour mieux rendre compte de cette fonction, une définition au sens large de l'extradition sera ainsi proposée au chiffre 9.4.

La personne dont l'extradition est refusée pour des motifs qui sont également pertinents en matière d'asile remplira à première vue les conditions pour la reconnaissance de la qualité de réfugié. Mais en droit de l'extradition, la personne concernée pourra bénéficier d'une certaine forme d'asile alors même qu'elle ne remplit pas toutes les conditions pour une telle reconnaissance, si bien que l'on peut constater que le droit de l'extradition propose une définition du réfugié plus large que le droit des réfugiés et de l'asile (cf. chap. 10 et not. ch. 10.4).

Au terme de cette deuxième partie on pourra ainsi observer que l'asile et l'extradition sont l'avers et le revers d'une même pièce, liés entre eux par des notions et des principes.

Chapitre 6 Notion et définition de réfugié

Le terme «réfugié» (Flüchtling, rifugiato, refugee) est la notion-clé du droit de l'asile et se situe au centre de l'examen de la demande d'asile, car en définissant les personnes qui remplissent les conditions pour la reconnaissance de la qualité de réfugié l'on détermine en principe également les personnes ayant besoin de protection[382].

Le droit international opère habituellement une distinction entre le droit d'asile, qui est reconnu comme étant un droit de l'Etat, et le droit des réfugiés, qui appartient aux individus[383]. Le droit des réfugiés est «un droit subjectif (...) qui doit trouver application lorsque les conditions objectives sont réunies»[384]. Il «est explicitement consacré par la [Convention de 1951], ainsi que par son Protocole de 1967»[385]. Ces deux instruments ne traitent toutefois pas de l'octroi de l'asile, même s'«il existe des références à l'asile dans l'Acte final de la Conférence de plénipotentiaires, ainsi que dans le préambule de la Convention»[386].

La Convention de 1951 est «aujourd'hui, le principal instrument régissant la protection des réfugiés»[387]. Elle définit le réfugié à son article 1(A) paragraphe 2 en relation avec son Protocole de 1967. La Convention de 1951 n'est toutefois pas le seul instrument qui contient une définition du réfugié. On en trouve également dans le Statut du Haut Commissariat des Nations Unies pour les réfugiés[388] et dans des textes de portée régionale[389].

Selon l'article 1(A) paragraphe 2 de la Convention de 1951, le réfugié est la personne «qui, (…) craignant avec raison d'être persécutée du fait de sa race, de sa religion, de sa nationalité, de son appartenance à un certain groupe social ou de ses opinions politiques, se trouve hors du pays dont elle a la nationalité et qui ne peut ou, du fait de cette crainte, ne veut se réclamer de la protection de ce pays; ou qui, si elle n'a pas de

---

[382] Manuel SEM, Article D1, p. 4, et Manuel OSAR, p. 169.
[383] MATTHEY (2012), p. 7.
[384] MATTHEY (2012), p. 7.
[385] MATTHEY (2012), p. 7.
[386] HCR (2011), par. 25.
[387] HATHAWAY, p. 212.
[388] «Le Statut contient également des définitions des personnes sur lesquelles s'exerce le mandat du Haut Commissaire. Ces définitions sont très semblables – mais non tout à fait identiques – à la définition contenue dans la Convention de 1951. Selon les définitions du Statut, le mandat du Haut Commissaire s'exerce sans application de date limite ni de limitation géographique. Ainsi, une personne qui répond aux critères du Statut du Haut Commissariat des Nations Unies pour les réfugiés peut se réclamer de la protection de l'Organisation des Nations Unies, assurée par le Haut Commissaire, qu'elle se trouve ou non dans un pays qui est partie à la Convention de 1951 ou au Protocole de 1967 ou qu'elle ait été ou non reconnue par le pays d'accueil comme réfugié en vertu de l'un ou l'autre de ces instruments. Etant donné qu'ils ressortissent au mandat du Haut Commissaire, ces réfugiés sont généralement dénommés "réfugiés relevant du mandat"» (HCR [2011] par. 15 et 16).
[389] En Europe, on trouve une définition du réfugié dans la Directive 2011/95/UE du Parlement européen et du Conseil du 13 décembre 2011 concernant les normes relatives aux conditions que doivent remplir les ressortissants des pays tiers ou les apatrides pour pouvoir bénéficier d'une protection internationale, à un statut uniforme pour les réfugiés ou les personnes pouvant bénéficier de la protection (Directive 2011/95/UE, Nouvelle Directive Qualification; DQ; Journal officiel no L 337/9 du 30.12.2011). «En Amérique latine, la question de l'asile diplomatique et de l'asile territorial fait l'objet d'un certain nombre d'instruments régionaux, dont le Traité de droit pénal international de Montevideo (1889), l'Accord de Caracas sur l'extradition (1911), la Convention de La Havane sur l'asile (1928), la Convention de Montevideo sur l'asile politique (1933), la Convention de Caracas sur l'asile diplomatique (1954) et la Convention de Caracas sur l'asile territorial (1954; HCR [2011] par. 21); en Afrique, l'Assemblée des chefs d'Etat et de gouvernement de l'Organisation de l'Unité africaine a adopté le 10 septembre 1969 la Convention régissant les aspects propres aux problèmes des réfugiés en Afrique (HCR [2011] par. 22).

nationalité et se trouve hors du pays dans lequel elle avait sa résidence habituelle à la suite de tels évènements, ne peut ou, en raison de ladite crainte, ne veut y retourner».

Seul celui qui remplit cumulativement toutes les conditions posées par cette définition peut se voir reconnaître la qualité de réfugié[390]. Cette reconnaissance est de nature déclaratoire et non constitutive, «(...) ce qui signifie qu'on ne devient pas un réfugié grâce à la décision des autorités, mais qu'une personne est un réfugié dès qu'elle réalise les éléments constitutifs de la notion de réfugié»[391].

Cette précision sur la nature déclaratoire de la reconnaissance de la qualité de réfugié n'est pas sans importance pour la suite du présent travail. En effet, même si le législateur suisse a réservé au seul Secrétariat d'Etat aux migrations la compétence pour décider sur la reconnaissance de la qualité de réfugié, cela ne veut pas dire que d'autres autorités ne peuvent pas constater qu'un individu remplit (au moins *a priori*) les conditions pour une telle reconnaissance. Nous aurons l'occasion d'y revenir au chiffre 10.4.

La définition donnée par l'article 1(A) paragraphe 2 de la Convention de 1951 se compose des trois éléments ou des trois conditions générales suivantes[392]: «avoir quitté le pays d'origine, avoir cessé toute relation avec ce pays et avoir subi ou craindre une persécution»[393]. La notion de «persécution» se décompose à son tour dans les sous-éléments suivants: «[l']intensité de la persécution, [le] caractère ciblé de la persécution, [les] motifs déterminés de la persécution, [l']actualité de la persécution déjà subie ou de la crainte fondée de persécution [et l']absence d'une possibilité de refuge interne (dans le pays d'origine)»[394]. Avant de nous pencher sur la notion de persécution et de ses différents éléments (cf. chap. 7), arrêtons-nous brièvement sur les trois conditions générales précitées.

Pour être reconnu comme réfugié, l'individu doit se trouver hors du pays dont il a la nationalité ou, pour l'apatride, hors du pays dans lequel il avait sa résidence habituelle, car il a fui ce pays[395]. Cette règle ne souffre aucune exception[396] si bien que «[c]elui qui n'a pas quitté son pays ne peut donc pas être un "réfugié"»[397]. Si l'individu présente sa demande d'asile depuis le pays donné pour persécuteur, par exemple auprès d'une ambassade suisse ou directement au Secrétariat d'Etat aux migrations, il n'y a pas lieu de se prononcer sur la qualité de réfugié. Dans un tel cas de figure la décision ne peut porter que sur l'autorisation d'entrée en Suisse en vue d'établir les faits lorsque l'on ne peut exiger de l'individu qu'il demeure dans le pays de séjour ou de domicile ou qu'il se rende dans un autre pays[398]. L'autorisation d'entrée est toutefois refusée si la qualité

[390] Manuel SEM Article D1, p. 4; Manuel OSAR, p. 169. Cf. aussi HCR (1992), par. 28 et STÖCKLI nos 11.4 et 11.5, p. 525.
[391] Manuel OSAR, p. 169. Cf. aussi HCR (1992), par. 28 et STÖCKLI no 11.5, p. 525, et Manuel OSAR, p. 164.
[392] HCR (2011), par. 88.
[393] Manuel OSAR, p. 169.
[394] Manuel OSAR, p. 170; JICRA 1995/2 consid. 3a (décision de principe). Pour HATHAWAY, p. 217, «une personne doit remplir six critères pour être considérée comme réfugiée: 1) [elle] doit se trouver hors de son pays. 2) Elle doit courir un risque réel. 3) Le risque en question doit représenter une atteinte grave. 4) Cette atteinte résulte d'un défaut de protection de la part de l'Etat. 5) Le risque découle d'une atteinte à une forme protégée de statut civil ou politique. 6) La personne doit avoir besoin d'une protection et en être digne». Hailbronner considère que la définition du réfugié basée sur la persécution individuelle, politique, religieuse ou raciale n'est plus pertinente pour la majorité des réfugiés qui fuient une guerre civile, une occupation militaire ou des désastres naturels (p. 858). Cf. aussi Manuel OSAR 2016, p. 165.
[395] Manuel OSAR, p. 170.). Cf. aussi Manuel OSAR 2016, p. 166.
[396] HCR (2011), par. 88.
[397] Manuel OSAR, p. 170. Cf. aussi HATHAWAY, p. 218.). Cf. aussi Manuel OSAR 2016, p. 166.
[398] Manuel OSAR, p. 170; JICRA 1997/15 consid. 2b et 2c (décision de principe); ATAF 2012/3 consid. 2.3.

de réfugié est à exclure ou que l'asile ne peut être accordé et que la personne doit être renvoyée. Le Tribunal administratif a en effet jugé que dans de tels cas l'octroi d'une autorisation d'entrée en Suisse serait contraire à la logique de la loi, lorsque la question du renvoi se pose[399].

Pour être reconnu comme réfugié, l'individu ne peut pas en raison de circonstances indépendantes de sa volonté ou ne veut pas se réclamer de la protection de son pays d'origine[400], ou de résidence habituelle pour l'apatride, en raison de la crainte d'être persécuté. En d'autres termes, «il faut soi-même ne maintenir durablement aucune relation avec l'Etat prétendument (sic) persécuteur»[401].

Enfin, l'individu doit avoir subi ou craindre une persécution pour des motifs donnés. Cette crainte doit être fondée («craignant avec raison»). La persécution est passée, actuelle ou future. Elle est causée par la main de l'homme (Menschenhand) et la personne ne peut bénéficier d'une protection ou ne veut se réclamer de la protection de son Etat d'origine.

La définition de réfugié donnée par la Convention de 1951 n'est toutefois pas univoque[402]. Selon Maiani, son «"sens véritable" (...) n'a jamais été proclamé par la Cour internationale de justice (CIJ)»[403] (art. 38 de la Convention de 1951). D'ailleurs, selon Hathaway, le Haut Commissariat des Nations Unies pour les réfugiés n'a pas d'autorité pour imposer son interprétation de la définition du réfugié selon la Convention de 1951[404]. Il s'ensuit que «plusieurs "sens véritables", souvent contradictoires, ont été attribués à la définition et à ses différents éléments constitutifs (...). Son interprétation revient en dernière instance aux autorités des Etats contractants eux-mêmes»[405].

Le droit suisse a ainsi élaboré sa propre définition du réfugié à l'article 3 LAsi. Au sens de l'alinéa 1 de cette disposition, «sont des réfugiés les personnes qui, dans leur Etat d'origine ou dans le pays de leur dernière résidence, sont exposées à de sérieux préjudices ou craignent à juste titre de l'être en raison de leur race, de leur religion, de leur nationalité, de leur appartenance à un groupe social déterminé ou de leurs opinions politiques». Seul celui qui correspond en tous points à cette description est un réfugié au sens du droit suisse[406].

A la lecture de l'article 3 LAsi, on constate que la définition suisse du réfugié n'est pas rédigée comme celle qui figure à l'article 1(A) paragraphe 2 de la Convention de 1951[407]. Elle n'utilise pas le terme de persécution, mais parle de préjudices, et ne précise pas l'élément d'extranéité consistant pour l'individu à se trouver hors de son pays d'origine ou de dernière résidence[408]. Ces différences ne sont toutefois qu'apparentes. L'article 3

[399] ATAF 2012/26 consid. 7.1 (où la qualité de réfugié reposait uniquement sur des motifs subjectifs survenus après la fuite); ATAF 2011/10 consid. 7 (en cas d'indignité).
[400] Manuel OSAR, p. 171; HCR (2011), par. 97 à 100.
[401] Manuel OSAR, p. 171. Cf. aussi MANUEL SEM, Article D1, p. 6.
[402] MAIANI (2009), p. 21.
[403] MAIANI (2009), p. 20.
[404] HATHAWAY/FOSTER, p. 3.
[405] MAIANI (2009), pp. 20 et 21. Cf. aussi HATHAWAY, p. 217.
[406] Manuel SEM, Article D1, p. 4.
[407] MAIANI (2009), p. 22.
[408] MATTHEY (2012), p. 13.

LAsi et l'article 1(A) paragraphe 2 de la Convention de 1951 sont identiques de par leur contenu[409]. La définition matérielle de la LAsi reprend en substance celle de la Convention de 1951. Etant donné que cette dernière est un instrument de droit international public, la qualité de réfugié octroyée sur la base des dispositions de la Convention lie les autorités suisses. Il s'ensuit qu'un réfugié au sens de la Convention de 1951 remplit automatiquement les conditions de l'article 3 LAsi, car la législation suisse reconnaît la qualité de réfugié dans une mesure plus large que ne le fait la Convention de 1951. La LAsi doit dès lors être comprise en tenant compte de la Convention de 1951 et de son interprétation[410], si bien qu'il ne peut y avoir qu'une seule véritable interprétation[411].

En droit suisse, pour déterminer ce qu'il faut entendre par «réfugié», il y a donc lieu de se rapporter aux définitions légales contenues à l'article 1(A) paragraphe 2 de la Convention de 1951 en relation avec son Protocole de 1967 et à l'article 3 LAsi[412].

Entre la LAsi et la Convention de 1951, on rencontre également une définition du réfugié dans la Directive 2011/95/UE du Parlement européen et du Conseil du 13 décembre 2011 concernant les normes relatives aux conditions que doivent remplir les ressortissants des pays tiers ou les apatrides pour pouvoir bénéficier d'une protection internationale, à un statut uniforme pour les réfugiés ou les personnes pouvant bénéficier de la protection (Directive 2011/95/UE, Nouvelle Directive Qualification; DQ)[413]. Même si cette Directive ne s'applique pas en Suisse, «qui n'y est pas formellement liée (...), il serait tout de même préférable [en vertu de l'article 113 LAsi] que [notre pays] ne s'éloigne pas des standards européens dans le traitement des réfugiés et des personnes bénéficiaires de la protection subsidiaire»[414]. La manière dont le réfugié est appréhendé par le droit européen est donc également pertinente pour le droit suisse.

Ces considérations sur la notion de réfugié nous amènent encore à procéder à des distinctions.

Les réfugiés au sens matériel du droit de l'asile doivent être distingués des «réfugiés relevant du mandat», des «réfugiés de la violence» ou «réfugiés de facto» ainsi que des «réfugiés au sens formel».

---

[409] COSSY, p. 19. Dans la note de bas de page no 22, Cossy précise que la «définition contenue dans la LAsi est plus large, dans le sens où, au titre de sérieux préjudices, le législateur a inclus la notion de pression psychique insupportable».
[410] Manuel SEM, Article D1, p. 4. Cf. aussi Manuel OSAR, p. 169 et MAIANI (2009), p. 22, pour qui la formulation suisse se veut une «clarification» du texte conventionnel.
[411] «[M]ême si chaque Etat partie interprète la définition du réfugié de manière indépendante (...) il convient de donner à la Convention de 1951 une signification qui lui est propre (...) sans se laisser influencer par les caractéristiques particulières du système juridique d'un Etat contractant quel qu'il soit. En principe, il ne peut donc y avoir qu'une seule véritable interprétation» (HATHAWAY, p. 217, citant la Chambre des Lords).
[412] STÖCKLI no 11.4, p. 525.
[413] Journal officiel no L 337/9 du 30.12.2011. Selon l'art. 2 let. d DQ, «on entend par: "réfugié", tout ressortissant d'un pays tiers qui, parce qu'il craint avec raison d'être persécuté du fait de sa race, de sa religion, de sa nationalité, de ses opinions politiques ou de son appartenance à un certain groupe social, se trouve hors du pays dont il a la nationalité et qui ne peut ou, du fait de cette crainte, ne veut se réclamer de la protection de ce pays, ou tout apatride qui, se trouvant pour les raisons susmentionnées hors du pays dans lequel il avait sa résidence habituelle, ne peut ou, du fait de cette crainte, ne veut y retourner et qui n'entre pas dans le champ d'application de l'article 12».
[414] Centre suisse de compétence pour les droits humains, http://www.skmr.ch/frz/domaines/migration/nouvelles/directive-ue.html?zur=89 (lien vérifié le 15.3.2016).

Les «réfugiés relevant du mandat» sont les individus qui répondent «aux critères du Statut du Haut Commissariat des Nations Unies pour les réfugiés. [Ils peuvent ainsi] se réclamer de la protection de l'Organisation des Nations Unies, assurée par le Haut Commissaire, qu'[ils] se trouve[nt] ou non dans un pays qui est partie à la Convention de 1951 ou au Protocole de 1967 ou qu['ils aient] été ou non reconnu[s] par le pays d'accueil comme réfugié[s] en vertu de l'un ou l'autre de ces instruments»[415]. Les «réfugiés de la violence» ou «réfugiés de facto» ne sont pas individuellement persécutés, mais fuient leur pays notamment pour des raisons de violences généralisées, guerres, violations des droits humains ou autres troubles[416]. Les «réfugiés au sens formel» «sont les proches parents de réfugiés reconnus qui, sans être eux-mêmes individuellement persécutés, se voient reconnaître le statut de réfugié "par leur famille" [art. 51 LAsi]» [417].

Chapitre 7 Notion et définition de la persécution

7.1 Absence de définition universelle et notion de «sérieux préjudices» du droit suisse

La notion de «persécution» (Verfolgung, persecuzione, persecution) est le point central de la définition de réfugié. Elle constitue à nos yeux l'élément charnière entre le droit des réfugiés et de l'asile, d'un côté, et le droit de l'extradition, de l'autre. En effet, en présence d'une demande d'arrestation, respectivement d'extradition, selon que l'on retiendra l'existence ou non d'une persécution ou d'un risque de persécution, on optera soit pour la reconnaissance de la qualité de réfugié, soit pour l'extradition.

Nonobstant son importance, l'article 1(A) paragraphe 2 de la Convention de 1951 ne définit pas la «persécution», ni ne précise les intérêts qui doivent être atteints ou menacés et avec quelle intensité pour que l'on puisse parler de persécution[418]. Le Haut Commissariat des Nations Unies pour les réfugiés admet d'ailleurs lui-même qu'«il n'y a pas de définition universellement acceptée de la "persécution" et les diverses tentatives de définition ont rencontré peu de succès»[419]. Les auteurs de la Convention de 1951 avaient en effet intentionnellement renoncé à définir les termes «être persécuté» car ils avaient reconnu l'impossibilité d'énumérer par avance toutes les formes de mauvais traitements qui permettraient aux personnes de pouvoir se réclamer de la protection de la Convention de 1951[420]. Pour Maiani, «l'imprécision du texte conventionnel (...) est une indication forte en faveur d'une application évolutive et contextuelle du terme "persécution" (...), mais elle laisse la porte ouverte également à des interprétations fort restrictives, (...) et est la source d'importantes divergences sur le plan international»[421].

[415] HCR (2011), par. 16.
[416] MATTHEY (2012), p. 14 et MANUEL SEM, Article D1, pp. 5 et 6.
[417] MATTHEY (2012), pp. 14 et 15. Cf. aussi MANUEL SEM, Article D1, p. 6.
[418] MAIANI (2009), pp. 24 et 25; HATHAWAY/FOSTER, p. 182; SFH, p. 174, et Manuel OSAR 2016, 166.
[419] HCR (2011), par. 51, et HCR (1992), par. 51. L'art. 9 DQ apparaît quant à lui plus détaillé et plus précis.
[420] HATHAWAY/FOSTER, p. 182.
[421] MAIANI (2009), pp. 25 et 26.

L'approche qui prédomine actuellement pour déterminer les droits qui doivent être touchés pour retenir une persécution est celle basée sur les droits de l'homme[422]. Ainsi, d'après Hathaway et Foster, il y a lieu de se référer aux standards posés par le droit international des droits de l'homme, car eux seuls permettent de déterminer les risques débouchant sur des sérieux préjudices et de s'abstraire des contingences culturelles[423]. Même si cette approche présente l'intérêt d'aboutir à un certain consensus, elle ne fait toutefois pas l'unanimité d'après Maiani: «l'approche consistant à [ancrer] le concept de persécution à un standard objectif et universel (...) est (...) propice à l'émergence d'un consensus international. Mais il serait erroné de penser que cette approche réalise, aujourd'hui, un tel consensus. D'une part, (...) elle ne fait pas l'unanimité en doctrine et en jurisprudence. D'autre part, l'approche "droits de l'homme" constitue une vaste école de pensée, au sein de laquelle coexistent des positions significativement différentes»[424].

La question qui se pose dès lors est de savoir quels intérêts doivent être atteints et avec quelle intensité pour que l'on puisse retenir une persécution[425].

Un examen de la littérature permet de constater que la doctrine n'est pas unanime sur la question de savoir si le risque de déni de n'importe quel droit constitue un sérieux préjudice[426]. Cela dépasserait le cadre de cette thèse que de passer en revue les différents points de vue exprimés. Ce n'est pas non plus le but de ce travail de trancher en faveur de l'une ou l'autre des opinions. Nous nous permettrons toutefois de présenter quelques points de vue qui donnent un aperçu des différentes tendances.

Pour Epiney, Waldmann, Egbuna-Joss et Oeschger, la persécution est une atteinte d'une certaine intensité aux droits fondamentaux[427]. Pour Haines, la Convention de 1951 protège les personnes contre le «risque de préjudice d'un type qui soit incompatible avec l'obligation élémentaire de protection due par un Etat à sa propre population»[428]. Cet auteur propose ainsi de définir la persécution comme «l'absence continue ou générale de protection étatique à l'égard de l'un des droits fondamentaux reconnus par la communauté internationale (...) qui figurent dans ce qu'on appelle la *Déclaration internationale des droits de l'homme*, qui comprend la *Déclaration universelle des droits de l'homme* (DUDH), (...) [*le Pacte international relatif aux droits économiques, sociaux et culturels du 16 décembre 1966 (Pacte ONU I*[429]*) et le Pacte ONU II*]. [A] ces instruments, il faut ajouter la *Convention de 1965 sur l'élimination de toutes les formes de discrimination raciale*[430], la *Convention de 1979 sur l'élimination de toutes les formes de discrimination à l'égard des femmes*[431] et la *Convention de 1989 sur les droits de l'enfant*»[432]. Toujours selon Haines, «[l]a question de savoir si le préjudice redouté

[422] HATHAWAY/FOSTER, pp. 193 et 194. Cf. aussi SFH, pp. 174ss, et Manuel OSAR 2016, pp. 166ss. D'après Hathaway et Foster, cette approche des droits de l'homme est celle qui prédomine dans les Etats de la Common Law et qui est majoritairement adoptée par les Etats de la Civil Law et la DQ. Toujours selon ces auteurs, cette approche est désormais aussi acceptée par le HCR et massivement approuvée par la doctrine. Même les juridictions qui ne l'ont pas explictement adoptée y font néanmoins référence (HATHAWAY/FOSTER, pp. 196 et 197).
[423] HATHAWAY/FOSTER, p. 194.
[424] MAIANI (2009), p. 26.
[425] MAIANI (2009), p. 25.
[426] HATHAWAY/FOSTER, p. 200.
[427] EPINEY/WALDMANN/EGBUNA-JOSS/OESCHGER (2008), p. 7.
[428] HAINES, p. 372.
[429] RS 0.103.1.
[430] RS 0.104.
[431] RS 0.108.
[432] RS 0.107; HAINES, pp. 372 et 373.

atteint le niveau d'une persécution ne repose pas sur une application rigide ou mécanique de ces catégories de droits, mais sur l'évaluation d'un ensemble complexe de facteurs qui incluent non seulement la nature du droit menacé, mais aussi la nature de la menace ou de la restriction et la gravité du préjudice redouté»[433]. Pour Haines, «la persécution est composée de deux éléments séparés mais essentiels, à savoir le risque de préjudice grave et l'absence de protection de l'Etat»[434].

Pour le Haut Commissariat des Nations Unies pour les réfugiés, on peut déduire de l'article 33 de la Convention de 1951, «que des menaces à la vie ou à la liberté pour des raisons de race, de religion, de nationalité, d'opinions politiques ou d'appartenance à un certain groupe social sont toujours des persécutions. D'autres violations graves des droits de l'homme — pour les mêmes raisons [—] constitueraient également des persécutions. La question de savoir si d'autres actions préjudiciables ou menaces de telles actions constituent des persécutions dépendra des circonstances de chaque cas, compte tenu de l'élément subjectif»[435]. Ainsi du point de vue du Haut Commissariat, tous les droits de l'homme sont visés. L'intensité de l'atteinte varie toutefois selon le droit protégé: si pour la vie et la liberté de simples menaces suffiront, s'agissant des autres droits de l'homme, la violation doit être plus grave. Pour Chetail, «[l]a persécution est définie, dans la pratique majoritaire des Etats parties à la Convention de 1951, comme constituant une violation grave des droits de l'homme, indépendamment de la nature des droits fondamentaux mis en cause. Elle englobe le qualificatif de traitement inhumain ou dégradant mais demeure plus large que celui-ci»[436]. Selon Wennholz, toute violation des droits de l'homme constitue une persécution au sens de la Convention de 1951[437].

Selon Hathaway et Foster, même si des distinctions sont opérées entre différents droits de l'homme, le principe qui se dégage actuellement est de considérer que tous les droits de l'homme sont sur un pied d'égalité et indivisibles[438]. C'est aussi l'opinion exprimée par Haines, pour qui tous les droits de l'homme et les libertés fondamentales sont universels, indissociables, interdépendants et intimement liés[439]. Si l'on s'en remet à ces trois auteurs, il ne ferait dès lors aucun sens de procéder à des distinctions. Ce qui serait décisif pour retenir une persécution c'est l'existence d'un préjudice qui révèle l'absence de protection[440].

Au niveau européen, l'article 9 paragraphe 1 de la Nouvelle Directive Qualification parle d'actes de persécution en les définissant de la manière suivante: «1. Pour être considéré comme un acte de persécution au sens de l'article 1[er], section A, de la [Convention de 1951], un acte doit: a) être suffisamment grave du fait de sa nature ou de son caractère répété pour constituer une violation grave des droits fondamentaux de l'homme, en particulier des droits auxquels aucune dérogation n'est possible en vertu de l'article 15, paragraphe 2, [CEDH]; ou b) être une accumulation de diverses mesures, y compris des violations des droits de l'homme, qui soit suffisamment grave pour

[433] HAINES, p. 374.
[434] HAINES, p. 375.
[435] HCR (2011), par. 51 et 52.
[436] CHETAIL (2004), p. 181.
[437] WENNHOLZ, p. 5. Cf. aussi SPESCHA/KERLAND/BOLZLI, p. 372.
[438] HATHAWAY/FOSTER, p. 207.
[439] HAINES, p. 374.
[440] HATHAWAY/FOSTER, p. 182, et HAINES, p. 375.

affecter un individu d'une manière comparable à ce qui est indiqué au point a)». Selon Maiani[441], l'article 9 paragraphe 1 donne une indication de méthode claire en faveur d'une interprétation du concept de persécution basée sur les droits de l'homme[442]. Pour le reste, à ses yeux, cette disposition ne va pas sans poser des problèmes d'interprétation, notamment s'agissant des notions de «droits fondamentaux de l'homme» et de «droits de l'homme». Maiani en conclut néanmoins que cette disposition ne s'oppose pas à une interprétation large des notions de «droits fondamentaux de l'homme» et de «droits de l'homme». Ainsi, si la notion de «droits fondamentaux de l'homme» «ne recouvre pas tous les droits de l'homme, (...) elle recouvre forcément des droits autres que les droits intangibles selon la CEDH»[443]. Quant à la notion de «droits de l'homme», «les meilleurs arguments plaident (...) pour une interprétation à la lumière des instruments universels des droits de l'homme»[444].

En droit suisse, l'article 3 LAsi utilise l'expression «sérieux préjudices» en lieu et place du terme «persécution» et précise son sens à l'alinéa 2: «Sont notamment considérés comme de sérieux préjudices la mise en danger de la vie, de l'intégrité corporelle ou de la liberté, de même que les mesures qui entraînent une pression psychique insupportable. Il y a lieu de tenir compte des motifs de fuite spécifiques aux femmes». Selon Maiani, «par cette reformulation, le législateur suisse a voulu clarifier le sens du texte conventionnel (...). Pour le reste, l'apport "clarificateur" de l'article 3 [alinéa] 2 LAsi est très limité»[445]. Selon l'Organisation suisse d'aide aux réfugiés, l'article 3 LAsi vise la violation ou la mise en danger de biens individuels de haut rang, mais il faut également garder à l'esprit que des violations à d'autres droits de l'homme, qui ne sont pas dirigés contre la vie ou la liberté, peuvent aussi constituer une persécution[446]. Pour l'ancienne Commission de recours en matière d'asile, le terme de persécution doit être entendu dans un sens large. Il englobe non seulement les sérieux préjudices au sens de l'article 3 LAsi, mais aussi les obstacles au renvoi, en particulier le traitement contraire aux droits de l'homme des articles 3 CEDH et 3 de la Convention de 1984. Toutefois, sous le concept élargi de persécution seuls tombent les préjudices subis ou craints qui sont provoqués par la main de l'homme (Menschenhand)[447]. Dans un arrêt du 4 novembre 2013, le Tribunal administratif fédéral semble s'être fondé sur l'approche basée sur les droits de l'homme pour retenir qu'une détention en isolation de douze ans est assimilable à de la torture[448].

[441] L'interprétation de Maiani se réfère à l'art. 9 par. 1 de l'ancienne version de la DQ (Directive 2004/83/CE du Conseil du 29.4.2004 concernant les normes minimales relatives aux conditions que doivent remplir les ressortissants des pays tiers ou les apatrides pour pouvoir prétendre au statut de réfugié ou les personnes qui, pour d'autres raisons, ont besoin d'une protection internationale, et relatives au contenu de ces statuts [JO 2004 L 304/12]). Etant donné que l'art. 9 par. 1 de la Nouvelle DQ n'a subi que des retouches «esthétiques», l'analyse qu'en fait cet auteur garde ici toute sa pertinence.
[442] MAIANI (2009), p. 29.
[443] MAIANI (2009), pp. 28 et 29.
[444] MAIANI (2009), p. 29.
[445] MAIANI (2009), p. 31.
[446] SFH, p. 175, et Manuel OSAR 2016, p. 167.
[447] Arrêt du TAF E-7087/2010 du 29.3.2011 consid. 4.2; JICRA 2004/5 consid. 4c aa; JICRA 1993/17 consid. 3b (décision de principe).
[448] SFH, p. 175, et Manuel OSAR 2016, p. 167, note de bas de page no 17 avec renvoi à l'arrêt du TAF du 4.11.2013 (D-515/2013).

Si l'on résume les différentes approches présentées ci-dessus, on s'aperçoit que pour certains auteurs la persécution est une atteinte aux droits fondamentaux alors que pour d'autres, tous les droits de l'homme sont concernés. Il existerait donc une différence entre droits fondamentaux et droits de l'homme. Que faut-il dès lors entendre par «droits fondamentaux» et «droits de l'homme» ?

Dans la doctrine suisse, Andreas Auer, Malinverni et Hottelier définissent les droits fondamentaux comme des droits appartenant à l'individu garantis par l'Etat et dirigés contre ce dernier, qui sont mis en œuvre par la loi et protégés par le juge et qui concernent, de par leur contenu, une finalité essentielle de l'Etat: la liberté, l'Etat de droit, l'Etat social et la démocratie[449]. Font partie des droits fondamentaux les libertés, les garanties de l'Etat de droit, les droits sociaux et les droits politiques. Parmi ces droits, «les libertés (…) occupent une place particulière (...). Les libertés, ce sont par exemple la liberté d'expression, la garantie de la propriété, la liberté religieuse, la liberté économique, la liberté de réunion, la liberté personnelle, la liberté d'association, la liberté de presse»[450]. Ces libertés «protègent un *comportement humain* déterminé»[451]. Les garanties de l'Etat de droit viennent limiter l'activité étatique «dans le but de soumettre l'Etat au respect de quelques règles essentielles prévues par la Constitution, telles que le principe d'égalité et l'interdiction des discriminations, l'interdiction de l'arbitraire, les garanties de procédure ou l'interdiction du déni de justice formel»[452]. Les garanties se distingueraient des libertés de par le fait qu'elles ne peuvent subir de restrictions[453]. Par droits sociaux, il faut notamment entendre «le droit au logement, le droit à des conditions minimales d'existence, le droit de grève, le droit au travail, le droit à un enseignement suffisant et gratuit, le droit à l'assistance juridique gratuite»[454]. Selon Andreas Auer, Malinverni et Hottelier, «les droits sociaux subissent en général des restrictions plus importantes que celles que connaissent les libertés»[455]. Enfin les droits politiques présentent tous les traits des droits fondamentaux. Ils «se définissent par l'ensemble des compétences que l'ordre juridique reconnaît au *citoyen*»[456].

Par «droits de l'homme», il faut entendre, selon Mahon, l'une des expressions utilisées pour décrire les «droits fondamentaux». Ces deux expressions «sont parfois utilisées comme des synonymes. Elles sont pourtant porteuses de conceptions idéologiques différentes et s'inscrivent dans une perspective historique»[457]. Pour Andreas Auer, Malinverni et Hottelier, l'expression «droits de l'homme» «s'applique indistinctement aux libertés, aux garanties de l'Etat de droit et aux droits sociaux, dans la mesure où ils sont consacrés par des instruments internationaux, universels ou régionaux (...) [L]'expression "droits de l'homme" indique que ces droits découlent de l'existence même ou de la nature de l'homme, qu'ils ne dépendent pas donc pas d'une reconnaissance étatique formelle et que leur respect est autant un devoir moral qu'une obligation juridique»[458]. Si l'on se réfère à ces auteurs, les notions de «droits

[449] AUER/MALINVERNI/HOTTELIER (II) nos 6 à 11, p. 6-8.
[450] AUER/MALINVERNI/HOTTELIER (II) no 12, p. 8.
[451] AUER/MALINVERNI/HOTTELIER (II) no 13, p. 9.
[452] AUER/MALINVERNI/HOTTELIER (II) no 19, p. 10.
[453] AUER/MALINVERNI/HOTTELIER (II) no 24, p. 11.
[454] AUER/MALINVERNI/HOTTELIER (II) no 25, p. 12.
[455] AUER/MALINVERNI/HOTTELIER (II) no 31, p. 13.
[456] AUER/MALINVERNI/HOTTELIER (II) no 13, p. 32.
[457] MAHON (2015) no 2, p. 3.
[458] AUER/MALINVERNI/HOTTELIER (II) no 38, p. 15.

fondamentaux» et de «droits de l'homme» se recoupent, mais elles peuvent aussi recouvrir des réalités différentes. Ceci expliquerait donc les distinctions opérées par certains auteurs et la Nouvelle Directive Qualification entre «droits fondamentaux» et «droits de l'homme».

Parmi les droits fondamentaux reconnus en droit international certains forment un noyau dur (le Conseil fédéral utilise aussi les termes «essence des droits fondamentaux») qui ne souffrent aucune dérogation[459]. Ainsi «aucun intérêt public, si important soit-il, ne peut prévaloir contre lui»[460] (cf. art. 36 al. 4 Cst.). Mais ce concept de noyau dur ne représente pas une notion uniforme. On s'accorde néanmoins pour afirmer que font partie de ce noyau dur l'interdiction de la torture et des peines ou traitements cruels, inhumains ou dégradants, l'interdiction de la peine de mort ou l'interdiction de la censure[461]. Tous les droits fondamentaux ne seraient donc pas sur un pied d'égalité. Cette différence se traduirait par l'intensité exigée pour retenir une persécution.

---

[459] Rapport additionnel du CF FF 2011 3401, pp. 3431ss. En droit suisse, les droits fondamentaux énoncés dans la Cst. ne revêtent pas tous la même valeur. Il existerait un noyau dur de droits fondamentaux qui ne souffrent aucune dérogation mais qui n'est pas clairement défini par la Cst. Ainsi selon le Conseil fédéral, «[l]a Constitution ne fixe pas de critères clairs permettant de qualifier nettement un aspect d'un droit fondamental comme son noyau dur. Toutefois, les formulations telles que "... est interdit" ou "nul ne peut être contraint de ..." suggèrent le caractère absolu d'un droit, bien qu'elles ne soient pas tout à fait conclusives. Néanmoins, la doctrine et la jurisprudence reconnaissent comme étant l'essence du droit à la vie ou de la garantie de l'intégrité physique et psychique l'interdiction de la peine de mort (art. 10, al. 1, 2e phrase, Cst.) et l'interdiction de la torture et de tout autre traitement ou peine cruels, inhumains ou dégradants (art. 10, al. 3, Cst.) (...). Les auteurs de la Constitution auraient pu permettre aux citoyens de mieux distinguer quels sont les droits intangibles en adoptant des formulations plus parlantes (...). En ne le faisant pas, ils ont cependant laissé libre cours à l'évolution de la doctrine en matière d'essence des droits fondamentaux. Il incombe aux autorités fédérales et plus particulièrement au Tribunal fédéral de dégager quel est le noyau dur de chaque droit fondamental (...). De plus, le constituant reste libre de contribuer au développement de l'essence des droits fondamentaux en adoptant des normes explicites. L'essence des droits fondamentaux évoquée explicitement dans le texte de la Constitution ou largement reconnue par la doctrine et la jurisprudence comprend:
– l'interdiction de l'infliction arbitraire de la mort, c'est-à-dire l'interdiction pour l'Etat de tuer suite à l'usage d'une violence qui n'était pas absolument nécessaire pour atteindre un but légitime, étroitement défini (par ex: situation de nécessité en cas de prise d'otage; cf. art. 10, al. 1, 1re phrase, Cst.);
– l'interdiction de la peine de mort (art. 10, al. 1, 2e phrase, Cst.);
– l'interdiction de la torture et de tout autre traitement ou peine cruels, inhumains ou dégradants (art. 10, al. 3, Cst.); la narco-analyse comme méthode d'établissement de la vérité dans les procédures judiciaires, les stérilisations forcées, les mesures de détention visant à anéantir la personnalité du détenu sont des violations de l'essence des droits fondamentaux;
– le droit d'obtenir de l'aide dans des situations de détresse (voir art. 12 Cst.[...]);
– l'interdiction des mariages forcés (voir art. 14 Cst.);
– le droit de ne pas être contraint à adhérer ou à appartenir à une communauté religieuse, à accomplir un acte religieux ou à suivre un enseignement religieux (art. 15, al. 4, Cst.);
– l'interdiction faite à l'Etat de contraindre une personne à s'identifier en son for intérieur à l'opinion d'autrui (voir art. 16 Cst.);
– l'interdiction de la censure préalable systématique (art. 17, al. 2, Cst.);
– le droit de parler la langue de son choix dans le domaine privé (voir art. 18 Cst.);
– l'interdiction d'expulser des ressortissants suisses (au sens de leur ordonner de quitter le territoire national avec défense de rentrer en Suisse; art. 25, al. 1, 1re phrase, Cst.);
– l'interdiction de refouler ou d'extrader une personne sur le territoire d'un Etat dans lequel il risque la torture ou tout autre traitement ou peine cruels et inhumains (art. 25, al. 3, Cst.);
– l'interdiction de porter atteinte à la propriété en tant qu'institution juridique (voir art. 26 Cst.) par exemple du fait d'une imposition à effet confiscatoire ou du fait du remplacement de la propriété par des droits de jouissance conférés par l'Etat;
– l'interdiction faite à l'Etat de contraindre une personne à exercer une profession donnée ou une activité économique donnée (voir art. 27 Cst.).
Cette liste ne saurait être exhaustive. Le contenu de l'essence des droits fondamentaux ne peut être déterminé que par un processus incessant, qui lui permettra de continuer de remplir sa fonction de protection absolue quels que soient les développements juridiques et l'évolution de la société. Le Tribunal fédéral, qui examine les cas d'espèce, n'a reconnu à ce jour cette garantie que de manière ponctuelle. Toutefois, les arrêts dans lesquels il a nié toute violation de l'essence des droits fondamentaux sont aussi des marqueurs importants. Quant à l'opinion de la doctrine sur le contenu de ce noyau dur, elle ne peut être considérée comme plus ou moins consolidée que pour une partie des libertés. De plus, il ne règne pas aujourd'hui de consensus général sur l'existence d'une essence du principe de l'égalité et des garanties de procédure de la Constitution» (Rapport additionnel du CF FF 2011 3401, pp. 3429-3431.

[460] MAHON (2015) no 39, p. 67

[461] MAHON (2015) no 40, p. 68.

Ainsi pour le Haut Commissariat des Nations Unies pour les réfugiés des menaces à la vie ou à la liberté suffisent pour retenir une persécution. Pour les autres droits de l'homme, les violations doivent être plus graves[462]. Pour Maiani, certains préjudices atteignent indiscutablement l'intensité requise par l'article 1(A) de la Convention de 1951, à savoir les menaces à la vie et à la liberté (cf. art. 31 et 33 de la Convention de 1951), la torture et les mauvais traitements ainsi que certains traitements dirigés principalement contre les femmes et les enfants (viol et exploitation sexuelle, mutilations génitales, violences domestiques). Maiani admet toutefois qu'au-delà «les contours de la notion de persécution deviennent vite contestés. [Dès lors, la question qui se pose] (...) n'est pas celle de s'accorder sur la classification de tel ou de tel autre traitement, mais bien sur une méthode»[463].

Pour pouvoir retenir une persécution en droit de l'asile suisse, il faut qu'elle soit intense, mais aussi ciblée, motivée, actuelle et ne pas offrir d'alternative de refuge interne dans le pays d'origine ou de résidence habituelle. Nous allons reprendre et analyser ces différents éléments ci-dessous.

7.2 Eléments de la définition de la persécution

7.2.1 Intensité de la persécution et préjudices sérieux

Pour être pertinents en matière d'asile, la persécution respectivement le préjudice sérieux doivent atteindre une certaine intensité. Celle-ci doit être «telle que la poursuite du séjour ou le retour du requérant dans le pays persécuteur ne puisse pas être raisonnablement exigé de lui»[464], car il ne peut plus y mener une vie digne d'un être humain. En droit suisse, est avant tout prise «en considération la mise en danger des biens juridiques élémentaires que sont le droit à la *vie*, le droit à l'*intégrité corporelle* et la *liberté* personnelle»[465]. Les atteintes à d'autres droits sont suffisamment intenses, lorsqu'elles rendent si difficile la vie dans l'Etat persécuteur, que la personne ne peut s'y soustraire qu'en prenant la fuite à l'étranger. Lorsque prises individuellement les atteintes ne sont pas assez intenses, elles peuvent néanmoins conduire à l'octroi de l'asile lorsqu'elles sont combinées (p. ex. courtes périodes de détention au cours desquelles la personne est soumise à de mauvais traitements) ou se cumulent (plusieurs périodes de brève détention)[466].

Ainsi, les menaces directes et sérieuses à la vie (coups de feu, peine de mort, refus d'une aide médicale ou suppression d'eau potable), la torture et les traitements inhumains et dégradants, y compris certains traitements qui sont principalement dirigés contre les femmes et les enfants (viol et exploitation sexuelle, mutilations génitales ou violences domestiques) remplissent toujours la condition de l'intensité[467], sans que l'on ne puisse

[462] HCR (2011), par. 51 et 52.
[463] MAIANI (2009), p. 26.
[464] Manuel OSAR, p. 171. Cf. aussi SFH, p. 177, et Manuel OSAR 2016, p. 168.
[465] Manuel OSAR, p. 171. Cf. aussi SFH, p. 176, Manuel OSAR 2016, p. 168, et JICRA 1997/14 (décision de principe) consid. 2a et 4d) ee) où la CRA a considéré que le demandeur d'asile avait été victime de crimes contre l'humainité et avait été ainsi soumis à des persécutions en principe déterminantes en matière de reconnaissance de la qualité de réfugié.
[466] Manuel SEM, Article D5, p. 5.
[467] Manuel SEM, Article D5, pp. 4 et 5; POSSE-OUSMANE/PROGIN-THEUERKAUF, art. 5 LAsi no 72, p. 29. Cf. aussi SFH, p. 176, et Manuel OSAR 2016, p. 168.

exiger que les atteintes soient répétées ou exercées sur une certaine durée, que des séquelles demeurent ou qu'un traitement médical ait été ou soit nécessaire. De même le fait que les blessures soient guérissables n'est pas décisif[468]. La peine de mort n'est toutefois pertinente en droit des réfugiés et de l'asile que si la condamnation à cette peine est arbitraire[469]. S'agissant de l'atteinte à la santé, elle «peut être aussi bien de nature physique que psychique. Les atteintes à l'intégrité psychique sont considérées comme une mise en danger de l'intégrité corporelle lorsqu'elles provoquent une altération maladive de l'état mental de la victime. Si tel n'est pas le cas, elles doivent plutôt être prises en compte dans le cadre de l'appréciation des éléments susceptibles de conclure à l'existence d'une pression psychique insupportable»[470].

Par privation de liberté, il faut entendre une restriction à la liberté de mouvement. Constituent une restriction de la liberté non seulement les privations de la liberté proprement dite, mais aussi des mesures telles que la déportation, le bannissement, la résidence surveillée et l'expulsion de son pays d'orgine[471]. La privation de la liberté doit être d'une certaine durée pour être prise en considération. Il faut toutefois «tenir compte dans chaque cas d'espèce des circonstances concrètes de la privation de liberté, comme par exemple les conditions de la détention ou le degré de respect en général des droits humains par les forces de sécurité»[472]. Il ressort de la jurisprudence internationale que pour être pertinentes en matière d'asile l'arrestation et la privation de la liberté doivent être illégales. Si elles sont légales, il faut ensuite examiner si elles sont arbitraires. Si elles sont légales et non arbitraires, on devra s'assurer que la personne détenue est traitée avec humanité et avec respect de sa dignité[473]. Il est également possible que plusieurs privations de liberté de courte durée se cumulent, de telle sorte que la crainte durable d'une prochaine atteinte puisse causer une pression psychique insupportable, sans oublier que de courtes détentions peuvent aussi être des indices d'une crainte fondée d'une persécution future[474].

Pour Hathaway, la Convention de 1951 admet également que la privation des libertés civiles et politiques fondamentales est une raison suffisante pour demander une protection internationale de substitution. En outre, les atteintes aux droits sociaux et économiques essentiels sont de plus en plus souvent reconnues comme relevant de la persécution[475]. De telles atteintes correspondent à pemière vue à la notion de «pression psychique insupportable» au sens de l'article 3 alinéa 2 LAsi.

[468] Manuel SEM, Article D5, p. 5.
[469] HATHAWAY/FOSTER, p. 208.
[470] POSSE-OUSMANE/PROGIN-THEUERKAUF, art. 5 LAsi, no 75, p. 30; Manuel SEM, Article D5, p. 5.
[471] Manuel SEM, Article D5, p. 6; POSSE-OUSMANE/PROGIN-THEUERKAUF, art. 5 LAsi, no 78, p. 30.
[472] Manuel OSAR, pp. 171 et 172. Cf. aussi Manuel SEM, Article D5, p. 7.
[473] HATHAWAY/FOSTER, p. 240.
[474] Manuel SEM, Article D5, p. 7.
[475] HATHAWAY, p. 220 et HATHAWAY/FOSTER, p. 228.

Dans un arrêt publié à l'ATAF 2010/28, le Tribunal administratif fédéral donne la définition suivante de la pression psychique insupportable (on remarquera au passage que cette instance procède à une distinction entre «libertés» et «droits fondamentaux»): «[i]l y a pression psychique insupportable lorsque certains individus ou une partie de la population sont victimes de mesures systématiques constituant des atteintes graves ou répétées à des libertés et à des droits fondamentaux et qu'au regard d'une appréciation objective celles-ci atteignent une intensité et un degré tels qu'elles rendent impossible ou difficilement supportable la poursuite de la vie ou d'une existence conforme à la dignité humaine, de telle sorte que n'importe quelle personne confrontée à une situation analogue aurait été contrainte de fuir le pays» [476].

Constituent une pression psychique insupportable les graves empiètements sur «la liberté d'expression, la liberté de la presse, la liberté de réunion ou la liberté de conscience et de religion ou [les] atteintes *répétées* à la liberté personnelle et à l'intégrité corporelle qui, prises individuellement, ne présenteraient pas le degré d'intensité requis. Si les préjudices sont économiques (par exemple la perte de travail pour des motifs politiques), il faut, selon la jurisprudence, que le requérant d'asile en ait perdu tous ses moyens d'existence et qu'il ait ainsi été empêché de mener une vie conforme à la dignité humaine «ou alors à des conditions aggravées ne pouvant être raisonnablement exigées de sa part de sorte qu'elle ne peut plus échapper à cette situation qu'en prenant la fuite à l'étranger»[477]. Selon la pratique suisse, les entraves à l'épanouissement personnel sont des mesures susceptibles d'entraîner une pression psychique insupportable [478]. En d'autres termes, il faut entendre par pression psychique insupportable les mesures étatiques qui ne sont pas directement dirigées contre des biens tels que la vie, la liberté et l'intégrité corporelle, mais qui sont si sérieuses et intensives qu'elles empêchent d'une autre manière la personne de mener une existence conforme à la dignité humaine[479]. De telles mesures peuvent aussi être «qualifiées de "sérieux préjudices" (...). Leur identification [reste néanmoins] toute entière entre les mains des instances d'application»[480].

Pour admettre l'existence d'une pression psychique insupportable, il faut en règle générale que des atteintes étatiques se soient effectivement produites. En outre, les mesures de persécution doivent d'un point de vue objectif apparaître si intenses qu'il ne puisse plus être raisonnablement exigé de la personne poursuivie qu'elle continue de vivre dans son pays d'origine. Ce qui est donc décisif ce n'est pas la manière dont la personne poursuivie a vécu la situation d'un point de vue subjectif, mais de savoir si, aux yeux de personnes extérieures, la pression psychique est devenue insupportable au point de rendre impossible la poursuite d'une vie conforme à la dignité humaine dans le pays d'origine[481]. Les chicanes et les discriminations, qui considérées comme telles n'atteignent pas l'intensité requise, peuvent devenir pertinentes en matière d'asile si elles durent longtemps ou se reproduisent régulièrement, empêchent ainsi le

[476] ATAF 2010/28 consid. 3.3.1.1; Manuel SEM, Article D5, p. 7.
[477] Manuel OSAR 2016, p. 169 avec renvoi not. à l'ATAF 2011/16 consid. 5.1; STÖCKLI no 11.15, p. 530; POSSE-OUSMANE/PROGIN-THEUERKAUF, art. 5 LAsi, no 83, p. 31.
[478] Manuel SEM, Article D5, p. 6; POSSE-OUSMANE/PROGIN-THEUERKAUF, art. 5 LAsi, no 78, p. 30.
[479] JICRA 2005/21 consid. 10.3.1, 1996/28 consid. 3c) dd); 1993/20 consid. 3a et 1993/7 consid. 3a, b et c. Cf. aussi Manuel SEM, Article D5, p. 7, ACHERMANN/HAUSAMMANN, p. 79, et STÖCKLI no 11.15, p. 530.
[480] MAIANI (2009), pp. 31 et 32. Cf. aussi ACHERMANN/HAUSAMMANN, p. 75.
[481] JICRA 2005/21 consid. 10.3.1, 2000/17 consid. 11b et 1996/28 consid. 3c) dd). Cf. aussi Manuel OSAR, pp. 172 et 173.

déroulement prévu de la vie quotidienne et provoquent une peur permanente de subir de nouvelles mesures[482].
Pour l'Organisation suisse d'aide aux réfugiés, les exigences posées par l'ancienne Commission de recours en matière d'asile sont élevées pour retenir une pression psychique insupportable[483].

S'agissant de la discrimination, le Haut Commissariat des Nations Unies pour les réfugiés précise que ce n'est que dans des circonstances particulières que la descrimination équivaudra à des persécutions. Tel sera le cas «lorsque les mesures discriminatoires auront des conséquences gravement préjudiciables pour la personne affectée, par exemple de sérieuses restrictions du droit d'exercer un métier, de pratiquer sa religion ou d'avoir accès aux établissements d'enseignement normalement ouverts à tous. Lorsque les mesures discriminatoires ne sont pas graves en elles-mêmes, elles peuvent néanmoins amener l'intéressé à craindre avec raison d'être persécuté si elles provoquent chez lui un sentiment d'appréhension et d'insécurité quant à son propre sort. La question de savoir si ces mesures discriminatoires par elles-mêmes équivalent à des persécutions ne peut être tranchée qu'à la lumière de toutes les circonstances de la situation. Cependant, il est certain que la requête de celui qui invoque la crainte des persécutions sera plus justifiée s'il a déjà été victime d'un certain nombre de mesures discriminatoires telles que celles qui ont été mentionnées ci-dessus et que, par conséquent, un effet cumulatif intervient»[484]. La notion de discrimination fera l'objet d'une analyse plus détaillée au chapitre 12.

Au niveau européen, pour la Nouvelle Directive Qualification, l'acte de persécution au sens de l'article 1(A) de la Convention de 1951 doit aussi revêtir une certaine intensité (cf. ci-dessus ch. 7.1 à propos de l'art. 9 par. 1 DQ). Le paragraphe 2 de l'article 9 énumère de manière non exhaustive certaines «formes» de persécution en apportant des précisions: «2. Les actes de persécution, au sens du paragraphe 1, peuvent notamment prendre les formes suivantes: a) violences physiques ou mentales, y compris les violences sexuelles; b) les mesures légales, administratives, de police et/ou judiciaires qui sont discriminatoires en soi ou mises en œuvre d'une manière discriminatoire; c) les poursuites ou sanctions qui sont disproportionnées ou discriminatoires; d) le refus d'un recours juridictionnel se traduisant par une sanction disproportionnée ou discriminatoire; e) les poursuites ou sanctions pour refus d'effectuer le service militaire en cas de conflit lorsque le service militaire supposerait de commettre des crimes ou d'accomplir des actes relevant du champ d'application des motifs d'exclusion visés à l'article 12, paragraphe 2; [et] f) les actes dirigés contre des personnes en raison de leur genre ou contre des enfants».

Parmi les éléments intéressants ressortant de cette énumération, il y a lieu de relever que l'article 9 paragraphe 2 lettre b confirme que «la discrimination peut constituer en elle-même une forme de persécution, et ce en ligne avec les indications du [Haut Commissariat des Nations Unies pour les réfugiés]»[485].

---

[482] Manuel SEM, Article D5, p. 8.
[483] Manuel OSAR, p. 173. Cf. aussi MAIANI (2009), pp. 33 et 34; ATAF 2010/28 consid. 3.3.1.1 et JICRA 1996/28 consid. 3c dd.
[484] HCR (2011), par. 54 et 55.
[485] MAIANI (2009), p. 29.

En synthèse, pour être considérée comme une persécution respectivement un préjudice sérieux, l'atteinte doit être d'une certaine intensité. Si pour les biens juridiques tels que la vie ou l'intégrité corporelle, il n'est pas nécessaire que l'atteinte soit continue ou répétée, il en va différemment pour la pression psychique insupportable, les chicanes et les discriminations. Quant à la liberté personnelle, c'est en fonction des circonstances (conditions de détention, durée ou répétition) que l'on pourra retenir l'existence d'une persécution.

7.2.2 Absence de protection adéquate: théorie de la protection

Dans sa décision de principe du 8 juin 2006, l'ancienne Commission de recours en matière d'asile a abandonné son ancienne théorie de l'imputabilité et adopté la théorie de la protection (Schutztheorie)[486] rendant ainsi sa pratique plus conforme à la *ratio legis* et au but de la Convention de 1951[487]. Cette dernière «accorde [en effet] une protection internationale aux personnes qui ne peuvent se réclamer d'aucune protection dans leur pays d'origine indépendamment du fait que l'Etat ne veuille ou ne puisse la leur assurer»[488].

Désormais, la pertinence d'une persécution pour l'octroi de la qualité de réfugié dépend de l'existence d'une protection adéquate assurée par l'Etat d'origine ou de dernière résidence ou à certaines conditions par un quasi-Etat[489]. Dès lors, en présence de persécutions, il faut vérifier si l'Etat désapprouve ces procédés et prend des mesures appropriées pour les faire cesser. S'il met en œuvre des contrôles efficaces dans les domaines menacés, engage des poursuites pénales effectives à l'encontre des auteurs de ces actes et aménage des mesures de protection à l'endroit des victimes, il satisfait à son devoir de protection. Toutefois, pour des raisons socio-culturelles et personnelles, il peut arriver que des femmes renoncent à demander la protection de l'Etat (p. ex. en cas de viol). Dans de telles circonstances, la volonté de l'Etat de protéger ses citoyens peut être appréciée à la lumière de son système juridique et de sa jurisprudence. Le rapport entre la fréquence de tels incidents et la prise effective de mesures pénales contre leurs auteurs fournit également un point de repère[490].

Il n'y a pas de protection lorsque la persécution est étatique, lorsqu'elle est le fait d'une entité quasi étatique et que l'Etat n'a pas d'influence dans la région placée sous l'emprise de ladite entité ou lorsque la persécution est le fait d'acteurs non étatiques et que la victime ne peut obtenir de protection adéquate. Ces différents aspects vont être détaillés ci-après.

[486] JICRA 2006/18 (décision de principe) consid. 7 et 8.
[487] JICRA 2006/18 (décision de principe) consid. 7.5.5. Cf. aussi Manuel SEM, Article D2, p. 1.
[488] Manuel OSAR, p. 177.
[489] Manuel SEM, Article D2, p. 1.
[490] Manuel SEM, Article D2, p. 9. Cf. JICRA 1996/16 consid. 4c.

a) Acteurs de la persécution

aa) Caractère étatique de la persécution

La persécution étatique est toujours le fait d'organes étatiques, dont font partie non seulement ceux qui exercent formellement une fonction au sein de l'organisation de l'Etat, mais encore ceux qui de manière informelle sont les protagonistes de la volonté étatique ou qui de façon générale représentent un élément du système politique en place[491]. On procède à une distinction entre persécution étatique «directe» et persécution étatique «indirecte». La persécution émane directement de l'Etat lorsqu'elle est le fait de ses organes. Elle est exercée de manière indirecte si l'Etat en est coresponsable, parce que celui-ci soutient, encourage, consent ou tolère sans rien faire la persécution et n'assure donc pas de protection à la personne concernée[492]. Si les actes de persécution sont le fait de l'Etat ou de ses organes, la crainte est fondée parce que *de facto* aucun moyen de protection adéquat n'est disponible dans le pays d'origine[493].

ab) Caractère quasi étatique de la persécution

La persécution quasi étatique présuppose qu'un groupement «privé» ou qu'une organisation «privée» quelconque qui ne fait juridiquement et officiellement pas partie de l'Etat central exerce un pouvoir de fait sur une partie du territoire national et sur la population qui y réside. Cette organisation doit disposer d'un pouvoir comparable à celui de l'Etat central lorsqu'elle exerce sur le territoire qu'elle domine et sur la population qui y réside une influence effective, stable et durable. Cette organisation pourra être considérée comme un persécuteur au sens de la LAsi si l'Etat central n'exerce pas d'influence dans la région en question, c'est-à-dire s'il n'est pas en mesure d'assurer la protection des personnes persécutées. En présence d'une persécution quasi étatique, on examinera si le requérant peut trouver protection dans la partie de son pays qui n'est pas placée sous le pouvoir du persécuteur. L'alternative de fuite interne devra avoir un certain degré de durabilité ou de pérennité pour être considérée comme effective. En revanche, si deux autorités sont engagées dans un conflit armé, la fuite dans une région sous contrôle d'un des belligérants ne procurera, en principe, pas une protection effective contre les persécutions de l'autre tant que durent les combats. La possibilité de fuite interne dans une région soumise au pouvoir central ou à un autre pouvoir quasi étatique, non persécuteur, enlève à la persécution quasi étatique son caractère déterminant en matière d'asile[494].

[491] Manuel SEM, Article D2, p. 4.
[492] JICRA 1996/16 consid. 4c) aa).
[493] Manuel SEM, Article D2, p. 5. Cf. aussi JICRA 1996/16 consid. 4c.
[494] Manuel SEM, Article D2, p. 7. Cf. aussi JICRA 1997/14 (décision de principe) consid. 6b et 2000/2 consid. 9a.

ac) Caractère non étatique de la persécution

Une persécution non étatique est une persécution qui n'est le fait ni d'un Etat, ni d'entités quasi étatiques. En vertu de la théorie de la protection, une persécution non étatique devient déterminante pour la reconnaissance de la qualité de réfugié si la victime ne peut obtenir une protection adéquate dans son pays d'origine ou à tout le moins sur une autre partie du territoire de celui-ci. Dès lors, le pays d'accueil n'est pas contraint d'accorder une protection si l'Etat d'origine respecte son obligation de protéger ses citoyens. En présence de victimes de persécutions commises par des acteurs non étatiques (p ex. le mari, un particulier, une famille, une organisation criminelle), il s'agit donc de déterminer d'une part si la personne peut obtenir une protection dans son pays d'origine et, d'autre part, quel est le degré de protection qui lui est accordé[495]. Il s'ensuit que la persécution peut donc aussi être le fait de privés[496]. Les victimes de persécutions «privées» ne sont toutefois des réfugiés que si ces persécutions sont sciemment tolérées par les autorités ou si les autorités refusent ou sont incapables d'offrir une protection efficace.

b) Acteurs de la protection

Ni la Convention de 1951, ni la LAsi ne citent expressément les acteurs de la protection, à la différence de la Nouvelle Directive Qualification qui, à son article 7 paragraphe 1 lettres a et b, reconnaît uniquement comme acteurs de protection: «a) l'Etat; ou b) des partis ou organisations, y compris des organisations internationales, qui contrôlent l'Etat ou une partie importante du territoire de celui-ci, pour autant qu'ils soient disposés à offrir une protection et en mesure de le faire».

En droit suisse, l'acteur de la protection doit revêtir les caractéristiques d'un Etat ou d'une entité quasi étatique, ce qui exclut la protection d'un niveau institutionnel inférieur comme la protection offerte par les (grandes) familles, les clans ou sur une base privée-individuelle. Par contre, le Tribunal administratif fédéral a reconnu la qualité d'acteur de la protection aux organisations internationales[497].

c) Degré et type de protection

A la différence de l'article 7 paragraphes 2 et 3 de la Nouvelle Directive Qualification[498], ni la Convention de 1951, ni la LAsi ne prévoient de critères pour déterminer quand il y a protection.

---

[495] Manuel SEM, Article D2, pp. 8 et 9.
[496] JICRA 2006/18 (décision de principe) consid. 10.2.3.
[497] Manuel SEM, Article D2, p. 8; ATAF 2008/5 consid. 4.1; JICRA 2006/18 (décision de principe) consid. 10.2.3. Cf. aussi SFH, p. 186, et Manuel OSAR 2016, p. 178.
[498] Selon l'art. 7 par. 2 et 3 DQ, «2. la protection contre les persécutions ou les atteintes graves doit être effective et non temporaire. Une telle protection est généralement accordée lorsque l'Etat, des partis ou organisations, y compris des organisations internationales, qui contrôlent l'Etat ou une partie importante du territoire de celui-ci, prennent des mesures raisonnables pour empêcher les persécutions ou les atteintes graves, entre autres lorsqu'ils disposent d'un système judiciaire effectif permettant de déceler, de poursuivre et de sanctionner les actes constituant une persécution ou une atteinte grave, et lorsque le demandeur a accès à cette protection. 3. Lorsqu'ils déterminent si une organisation internationale contrôle un Etat ou une partie importante de son territoire et si elle fournit une protection au sens du par. 2, les Etats membres tiennent compte des orientations éventuellement données par les actes de l'Union en la matière».

Pour le droit suisse, on ne peut exiger d'un Etat qu'il garantisse une protection absolue et durable à tous ses citoyens et en tous lieux mais à tout le moins une protection effective et raisonnable [499]. L'Etat doit avoir à disposition des infrastructures de protection qui fonctionnent, qui sont efficaces (en particulier des organes de police et un système légal et judiciaire permettant une réelle poursuite pénale) et qui sont objectivement accessibles sur place à la victime de persécutions et ce indépendamment de son sexe ou de son appartenance ethnique ou religieuse. D'autre part, cette protection doit aussi pouvoir être accessible d'un point de vue individuel. En effet, il arrive que l'on ne peut exiger, pour des motifs socio-culturels (p. ex. une femme victime d'un viol), qu'une personne demande protection[500].

7.2.3 Caractère ciblé de la persécution

a) En général

Même si la Convention de 1951 et la LAsi ne la prévoient pas comme condition pour la reconnaissance de la qualité de réfugié, une persécution doit être ciblée, à savoir qu'elle doit toucher concrètement le requérant d'asile. En effet, il n'y a pas de persécution pour un motif relevant de l'asile si l'Etat atteint le requérant simplement par hasard ou par effet-réflexe[501]. L'Organisation suisse d'aide aux réfugiés relève toutefois qu'«[a]u niveau international, la doctrine et la jurisprudence renoncent (...) de plus en plus à l'exigence du ciblage individuel d'une persécution lorsqu'il existe une situation de violence générale due à des effets politiques» [502] à l'instar de ce qui se passe actuellement en Syrie.

Une persécution est ciblée lorsque l'Etat ou le tiers persécuteur veut atteindre certaines personnes déterminées et qu'il intervient pour ce motif de manière concrète dans leur sphère privée protégée ou menace de le faire. L'individu doit être visé concrètement et personnellement par ces persécutions, peu importe que le persécuteur connaisse d'emblée ou non sa victime de manière précise. Ainsi, l'exigence du caractère ciblé de la persécution est déjà donnée lorsque la victime appartient au groupe contre lequel le persécuteur veut agir et qu'en outre l'effet de la persécution se manifeste à son égard[503]. On ne peut pas exiger que le persécuteur ait précisément voulu atteindre la personne persécutée mais qu'il l'ait effectivement atteinte.

Les préjudices résultant de la situation générale en matière de droits de l'homme prévalant dans un pays et qui touchent tout le monde de la même manière ne sont pas considérés comme des persécutions[504]. Dans un tel cas de figure, pour fonder une demande d'asile, le requérant doit en sus fournir «des éléments montrant qu'il a été

[499] Manuel SEM, Article D2, p. 9 et JICRA 2006/18 (décision de principe) consid. 10.3.2 et 1996/28 consid. 3 c) aa). Cf aussi SFH, p. 184, et Manuel OSAR 2016, p. 176.
[500] Manuel SEM, Article D2, p. 9; JICRA 2006/18 (décision de principe) consid. 10.3.2.
[501] Manuel SEM, Article D3, pp. 3 et 6; POSSE-OUSMANE/PROGIN-THEUERKAUF, art. 5 LAsi, no 34, p. 22; JICRA 1998/17 consid. 4c) bb). Cf. aussi SFH, p. 179, et Manuel OSAR 2016, p. 171.
[502] Manuel OSAR 2016, p. 171.
[503] Manuel SEM, Article D3, p. 4.
[504] Manuel SEM, Article D3, p. 4; Manuel OSAR, p. 178.

personnellement touché par des actes de persécution concrets dirigés contre lui ou qu'il craint avec raison d'être victime d'actes de ce type»[505].

b) Persécution de groupe ou collective

En présence d'une persécution de groupe ou d'une persécution collective, «un requérant peut [exceptionnellement] être dispensé de démontrer qu'il fait l'objet d'une persécution individuelle dirigée contre lui»[506].

Si la persécution vise un groupe de personnes liées par des caractéristiques communes comme l'appartenance ethnique ou religieuse, qui se démarque du reste de la population, on est alors en présence d'une persécution de groupe ou collective[507]. Les mesures de persécution doivent être ciblées, fréquentes et durables et en principe dirigées contre tous les membres de la communauté ou une grande partie d'entre eux, de telle sorte que chacun d'entre eux éprouve une crainte fondée d'être lui-même persécuté avec une grande probabilité[508]

Selon la pratique suisse, la seule appartenance au groupe visé par une persécution ne suffit pas en principe pour reconnaître la qualité de réfugié. Bien plus, les conditions fixées par l'article 3 LAsi doivent être remplies de manière cumulative (préjudices sérieux, persécution motivée, intensité de la persécution). Le requérant doit tout d'abord prouver son appartenance au groupe visé. Comme pour l'examen de la persécution individuelle, il y a lieu d'examiner si les actes de persécution sont dirigés contre le groupe pour l'un des motifs mentionnés à l'article 3 alinéa 1 LAsi. Il y a lieu ensuite d'examiner si la mesure prise à l'encontre du groupe atteint l'intensité du préjudice sérieux retenu par l'article 3 LAsi, si elle dépasse ce que subissent d'autres parties de la population et si elle se produit avec une certaine fréquence. Il y a lieu enfin de vérifier si la persécution est actuelle et si la possibilité de fuite fait défaut[509]. Il découle des conditions ainsi posées à la reconnaissance d'une persécution collective que chaque membre de la collectivité aura lui-même une forte probabilité d'être persécuté et ainsi une crainte objectivement fondée[510].

On ne peut sans autres déduire de la persécution d'individus ou de personnes isolées que l'on est en présence d'une persécution collective. Pour conclure à l'existence d'une persécution collective à partir d'une persécution individuelle, la motivation du persécuteur doit être reconnaissable. Les préjudices intenses et ciblés doivent bien plus avoir pour but d'atteindre si possible l'ensemble des membres de la collectivité ou une grande majorité d'entre eux. Plus il existe de signes que l'Etat ou un tiers persécuteur agit effectivement contre un goupe, plus on peut présumer que l'on est en présence d'une mise en danger des membres de ce groupe. Dans le cas concret, il peut alors suffire

[505] Manuel OSAR 2016, p. 171.
[506] POSSE-OUSMANE/PROGIN-THEUERKAUF, art. 5 LAsi, no 37, p. 23.
[507] Manuel SEM, Article D3, p. 5.
[508] ATAF 2011/16 consid. 5; JICRA 1995/1 consid. 6a.
[509] Manuel SEM, Article D3, p. 5; ATAF 2011/16 consid. 5. Cf. aussi JICRA 2006/1 consid. 4.3 et 1995/1 consid. 6a.
[510] ATAF 2011/16 consid. 5. Cf. aussi SFH, pp. 179 et 180, et Manuel OSAR 2016, pp. 171 et 172.

pour la preuve de la qualité de réfugié de rendre vraisemblable l'appartenance au groupe[511].

De l'aveu même de l'ancienne Commission de recours en matière d'asile et du Tribunal administratif fédéral, les exigences posées pour la reconnaissance d'une persécution collective sont très élevées[512].

c) Persécution réfléchie et persécution par effet-réflexe

Lorsque des tiers, par exemple des membres d'une famille de personnes persécutées qui sont elles-mêmes insaisissables, sont soumis à des représailles, on parle alors de persécution réfléchie (Reflexverfolgung)[513]. Pour désigner ce type de persécution, la langue allemande utilise le terme *Sippenhaft* qui veut dire littéralement coresponsabilité familiale ou de clan[514].

Si la victime est touchée personnellement et concrètement, même si ces mesures visent finalement à atteindre la personne initialement poursuivie et que les autres exigences en la matière sont satisfaites, la personne faisant office de «substitut» est elle aussi considérée comme persécutée au sens de la LAsi [515]. Il importe peu que la victime soit poursuivie pour les mêmes motifs et pour les mêmes buts que la personne initialement visée. Ce qui compte pour le motif de la persécution c'est l'intention initiale du persécuteur et non les effets sur la personne finalement persécutée[516].

On distingue la persécution réfléchie de la persécution par effet-réflexe.

La personne qui, à la suite d'un événement quelconque, est atteinte personnellement «par hasard et par effet-réflexe» et subit de ce fait un préjudice ne sera pas considérée comme persécutée, car la condition du but de la persécution fait défaut (p. ex. perte d'un emploi suite à l'expropriation du titulaire de l'entreprise). Toutefois, lorsque le persécuteur non seulement s'accommode des effets indirects de la persécution sur des tiers mais compte pour ainsi dire sur de telles conséquences, il y a alors caractère ciblé de la persécution. Quant au motif de la persécution, il peut également être déterminant pour l'octroi de l'asile. En effet, l'Etat, tout en poursuivant son but principal consistant à persécuter directement la personne vraiment concernée, veut atteindre indirectement des tiers dépendant de la personne principale[517].

---

[511] Manuel SEM, Article D3, pp. 5 et 6; ATAF 2011/16 consid. 5.
[512] ATAF 2013/12 consid. 6 et 2011/16 consid. 5.1; JICRA 2006/1 consid. 4.3.
[513] Manuel SEM, Article D3, p. 6. Cf. aussi JICRA 1993/6 consid. 4.
[514] JICRA 1994/5.
[515] JICRA 1993/6 consid. 4, 1994/5 consid. 3h et i et 1994/17 consid. 3b; Manuel SEM, Article D3, p. 6. 2. «En dépit des récentes réformes législatives intervenues dans l'optique d'une adhésion à l'UE, le danger de persécution réfléchie contre des membres de familles d'activistes présumés du PKK (ou d'autres mouvements séparatistes kurdes ou considérés comme tels ne peut actuellement être exclu (consid. 10.2.3; confirmation de la jurisprudence)». (JICRA 2005/21, regeste).
[516] WERENFELS, p. 205. «La pression exercée sur la parenté d'activistes politiques recherchés par la police est un moyen de répression utilisé en Turquie (consid. 3b). S'agissant des membres de la famille d'une personne persécutée pour raison politique, qui sont ressortissants d'un pays pratiquant de telles représailles, il y a lieu d'être moins strict dans l'appréciation de la vraisemblance de menaces de persécution (consid. 4)» (JICRA 1993/6, regeste).
[517] Manuel SEM, Article D3, pp. 6 et 7.

d) Guerre et situations analogues

La guerre, la guerre civile, les troubles ou autres situations analogues ne constituent pas des motifs d'asile en soi. En effet, le droit d'asile ne sert pas à protéger les victimes de tels évènements[518]. Toutefois, lorsqu'une personne n'est pas simplement sujette aux mêmes risques et restrictions que la population dans son ensemble de son Etat d'origine, mais qu'elle est touchée comme personne individuelle dans un sens classique à cause d'un motif relevant de l'asile et touchée de manière intense, on doit reconnaître une motivation de persécution pertinente du point de vue de l'asile[519]. Les conditions de l'article 3 LAsi devront donc également être remplies[520]. Si une partie en conflit poursuit l'objectif de s'en prendre à la population civile et qu'elle procède à des attaques dirigées contre elle, de telles attaques reposent en règle générale sur un motif de persécution relevant de l'asile[521].

7.2.4 Motifs de persécution

Pour que l'individu puisse être reconnu comme réfugié, la persécution doit reposer sur un des cinq motifs énumérés de manière exhaustive dans la LAsi et la Convention de 1951 (race, religion, nationalité, appartenance à un certain groupe social et opinions politiques)[522]. Par conséquent, si d'autres motifs entraînent une persécution, ils ne seront pas déterminants en matière d'asile. Une réglementation légale aussi précise ne permet pas de prendre en considération les violations générales des droits de l'homme. Par ailleurs, les tortures et les sévices n'entraînent l'octroi de l'asile que s'ils ont été commis pour l'un des motifs précités. Toutefois, si le requérant craint à juste titre d'être torturé pour un motif qui n'est pas déterminant en matière d'asile (p. ex. une infraction de droit commun), il convient d'examiner la question du caractère licite de l'exécution du renvoi au regard de l'article 3 CEDH. Les différents motifs ne se laissent pas toujours clairement distinguer. Ils se recoupent souvent ou se présentent de manière combinée[523].

a) Race

La notion de «race» doit être entendue dans son sens social le plus large[524]. «[Elle inclut] l'appartenance aux différents types de groupes ethniques qui, dans le langage courant, sont qualifiés de "race". Souvent cette notion comprendra également l'appartenance à un groupe social déterminé d'origine commune formant une minorité au sein d'une population plus importante»[525]. Elle «englobe la race au sens étroit, la couleur de la peau,

[518] Manuel SEM, Article D3, p. 7.
[519] JICRA 1998/17 consid. 4c) bb).
[520] Manuel SEM, Article D3, p. 7.
[521] Manuel OSAR, p. 181. Cf. aussi Manuel OSAR 2016, p. 173.
[522] Manuel SEM, Article D4, p. 1; Manuel OSAR, p. 181; KÄLIN (1990), p. 92. L'art. 2 let. d DQ reprend de manière exhaustive les mêmes motifs. Cf. aussi Manuel OSAR 2016, p. 180.
[523] Manuel SEM, Article D4, p. 1. Selon l'OSAR, le Tribunal administratif renonce généralement à désigner le motif: «In der Schweizerischen Praxis spielt die Zuordnung zu einem bestimmten Motiv nur selten eine Rolle. Meistens verwendet das Bundesverwaltungsgericht eine eigene Umschreibung, welche alle fünf Motive umfasst und auf eine genaue Zuordnung zu einem Motiv verzichtet». Cf. aussi SFH, pp. 188 et 189, et Manuel OSAR 2016, pp. 180 et 181.
[524] Manuel SEM, Article D4, p. 5; SFH, p. 189, et Manuel OSAR 2016, p. 181.
[525] HCR (2011) par. 68; HCR (1992) par. 68.

l'ascendance, l'origine nationale ou même les moeurs particulières»[526]. Le motif basé sur la race «est étroitement lié au concept de "nationalité"»[527].

Selon le Haut Commissariat des Nations Unies pour les réfugiés, «[l]a discrimination fondée sur la race est universellement condamnée comme l'une des violations les plus flagrantes des droits de l'homme. La discrimination raciale est donc un élément important à prendre en considération pour déterminer l'existence de persécutions»[528].

b) Religion

Une persécution «basée sur la religion comprend toutes les mesures intervenant dans les conflits sur la "juste" conception et peut ainsi aussi toucher des personnes athées»[529]. Une personne est poursuivie pour des motifs religieux lorsqu'elle est victime de mesures coercitives en raison de son appartenance à une communauté religieuse particulière, de ses croyances religieuses, de sa foi, de sa participation à des services religieux ou de sa conversion (violation de la liberté religieuse «positive»). Les personnes athées et les incroyants peuvent également être soumis à une persécution religieuse si l'Etat veut les punir de leur incroyance ou les forcer à adopter une croyance déterminée (violation de la liberté religieuse «négative»)[530]. Il faut encore distinguer le motif de la persécution des effets de cette dernière sur la personne visée. La simple appartenance à une communauté religieuse ne suffit pas en général pour fonder la reconnaissance de la qualité de réfugié. Il en va de même de la simple discrimination basée sur l'appartenance à une communauté religieuse, aussi longtemps que celle-ci ne conduit pas une pression psychique insupportable[531].

Cette persécution «peut prendre diverses formes [comme] l'interdiction de faire partie d'une communauté religieuse, de célébrer le culte en public ou en privé, de donner ou de recevoir une instruction religieuse, de faire du prosélytisme, ou également la mise en oeuvre de mesures discriminatoires graves envers des personnes du fait qu'elles pratiquent leur religion ou appartiennent à une communauté religieuse donnée»[532].

---

[526] Manuel OSAR, p. 181. Cf. aussi Manuel SEM, Article D4, p. 5 et art. 10 ch. 1 let. a DQ. Cf. aussi Manuel OSAR 2016, p. 181.
[527] HATHAWAY, p. 223.
[528] HCR (2011), par. 68.
[529] Manuel OSAR 2016, p. 182; cf. aussi KÄLIN (1990), p. 93, et SFH, p. 190; Arrêt du TAF D-3357/2006 du 9.7.2009.
[530] Manuel SEM, Article D4, p. 5. Cf. aussi KÄLIN (1990), p. 92. Selon l'art. 10 ch.1 let. b DQ, «la notion de religion recouvre, en particulier, le fait d'avoir des convictions théistes, non théistes ou athées, la participation à des cérémonies de culte privées ou publiques, seul ou en communauté, ou le fait de ne pas y participer, les autres actes religieux ou expressions d'opinions religieuses, et les formes de comportement personnel ou communautaire fondées sur des croyances religieuses ou imposées par ces croyances».
[531] Manuel SEM, Article D4, p. 5: «Die blosse Zugehörigkeit zu einer bestimmten Religionsgemeinschaft reicht in der Regel nicht aus, um die Flüchtlingseigenschaft zu begründen. So verneinte das Bundesverwaltungsgericht in einem neueren Urteil beispielsweise das Vorliegen einer Kollektivverfolgung für die Glaubensgemeinschaft der Yeziden in der Türkei (BVGE 2013/11. Zur Gezieltheit der Verfolgungsmassnahmen vgl. D3 Die Gezieltheit der Nachteile). Ebensowenig genügen einfache Diskriminierungen aufgrund der Zugehörigkeit zu einer bestimmten Religionsgemeinschaft, solange diese nicht zu einer unerträglichen psychischen Belastung führen (vgl. dazu D5 Die Auswirkungen der Verfolgung)». Cf. aussi HCR (1992) par. 73.
[532] HCR (2011) par. 72; HCR (1992) par. 72.

c) Nationalité

La notion de «nationalité» ne se limite pas au sens de «citoyenneté» ou de «nationalité au sens juridique»[533]. Par «nationalité» il faut entendre «l'appartenance à un groupe ethnique ou linguistique et peut parfois recouvrir certains aspects de la notion de "race"»[534]. La persécution basée sur la nationalité «comprend également les préjudices infligés à des apatrides lorsqu'elle se base sur l'absence de citoyenneté»[535]. Dans le domaine de la persécution basée sur l'appartenance ethnique, il arrive souvent qu'il y ait des chevauchements entre nationalité et race[536].

d) Groupe social

C'est le critère qui suscite la plus grande controverse[537]. Il «sert en quelque sorte de clause générale»[538]. Il est mentionné dans la Convention de 1951 ainsi que dans la LAsi pour combler d'éventuelles lacunes de protection laissées par les quatre autres motifs de persécution. Ce critère a été rédigé de manière suffisamment large pour qu'il soit possible d'y inclure de nouvelles acceptions[539].

Selon la pratique constante du Secrétariat d'Etat aux migrations, l'on est en présence d'un groupe social déterminé lorsqu'un groupe de personnes sur la base de caractéristiques innées et immuables se distingue clairement d'autres groupes et sur la base de ces caractéristiques subit des mesures de persécution ou craint d'en subir[540]. Ce critère concerne également les personnes qui présentent une caractéristique sociale commune notamment la même origine, le même mode de vie, le même statut social à travers la même profession, la même famille[541]. «A certaines conditions, ce motif de persécution peut s'appliquer à certaines formes de persécution spécifiques aux femmes»[542] ou à la persécution en raison d'une orientation ou d'une identité sexuelle, par exemple des personnes homosexuelles. Dans ces cas, la distinction entre une (simple) discrimination et la persécution pertinente pour l'asile dépend de l'intensité de l'atteinte[543]. La collectivité en cause doit être formée avant la survenance de la persécution[544].

Deux thèses se distinguent quant à la portée de ce critère. Pour l'une, «un groupe social au sens de la Convention de 1951 est un ensemble d'individus qui partagent une caractéristique qu'ils ne peuvent pas modifier (...). [L'autre] met l'accent sur les caractéristiques qui, indépendamment du fait qu'elles sont immuables ou protégées, font

---

[533] POSSE-OUSMANE/PROGIN-THEUERKAUF, art. 5 LAsi, no 51, p. 26.
[534] HCR (2011) par. 74. Cf. aussi SFH, p. 189, et Manuel OSAR 2016, p. 181.
[535] Manuel OSAR 2016, p. 181; Manuel SEM, Article D4, p. 6; KÄLIN (1990), p. 94; HCR (1992) par. 74; HATHAWAY, p. 223. Cf. aussi SFH, p. 189. L'art. 10 ch. 1 let. c DQ définit la notion de nationalité de manière large, notamment comme «l'appartenance à un groupe soudé par son identité culturelle, ethnique ou linguistique, ses origines géographiques ou politiques communes, ou sa relation avec la population d'un autre Etat».
[536] Manuel SEM, Article D4, p. 6.
[537] HATHAWAY, p. 225.
[538] Manuel OSAR, p. 182.
[539] Manuel SEM, Article D4, p. 7.
[540] Manuel SEM, Article D4, p. 7.
[541] Manuel SEM, Article D4, p. 7.
[542] Manuel OSAR, p. 182.
[543] Manuel OSAR, p. 182; Manuel SEM, Article D4, p. 7; Arrêt du TAF E-7192/2006 du 12.2.2007 consid. 4.5.
[544] Manuel SEM, Article D4, p. 7.

de ceux qui les partagent un groupe à part aux yeux de la société ou du pouvoir. C'est donc la "perception sociale" — voire la stigmatisation sociale — qui fait d'un ensemble d'individus un "groupe social" au sens de la Convention de 1951»[545].

Pour Kälin, deux conditions cumulatives doivent être remplies pour que l'on puisse admettre l'existence d'une persécution. La répression ne doit tout d'abord toucher que des personnes qui se distinguent par une caractéristique sociale commune. En d'autres termes, ces personnes ne seraient pas persécutées si elles n'avaient pas cette qualité. Ensuite, la référence ou la manière concrète de procéder à cette distinction ne doit pas pouvoir se justifier concrètement mais apparaître illégitime[546].

Une persécution peut se fonder sur l'identité sexuelle d'une personne, son orientation sexuelle ou sur la manière de s'identifier et de se conformer aux rôles et critères sociaux attribués aux hommes et aux femmes. «Cette conception permet non seulement de tenir compte de la situation spécifique des femmes dans le domaine de l'asile, mais également de celle de certains hommes, notamment ceux exposés à des persécutions en raison de leur orientation sexuelle ou de leur identité de genre»[547]. L'orientation sexuelle et l'identité de genre sont du reste considérées comme des parties fondamentales de l'identité humaine à l'instar des cinq caractéristiques qui constituent le fondement de la définition du réfugié[548].

Barzé-Loosli distingue entre les notions de «genre» et de «sexe». «Le genre fait référence aux relations entre les femmes et les hommes basées sur des identités, des statuts, des rôles et des responsabilités définies ou construites socialement ou culturellement et qui sont attribués aux hommes et aux femmes[. Le] sexe fait référence à une définition biologique (l'identité sexuelle). En d'autres termes, les relations "genre" sont fondées sur la hiérarchie des rôles sociaux et le genre fait référence aux attentes spécifiques d'une société concernant la façon dont les hommes et les femmes doivent se comporter»[549]. La notion d'orientation sexuelle décrit la faculté d'une personne de se sentir intensément attirée d'un point de vue émotionnel et sexuel par une personne du

[545] La DQ reprend ces deux thèses à son art. 10 par. 1 let. d : «un groupe est considéré comme un certain groupe social lorsque, en particulier, ses membres partagent une caractéristique innée ou une histoire commune qui ne peut être modifiée, ou encore une caractéristique ou une croyance à ce point essentielle pour l'identité ou la conscience qu'il ne devrait pas être exigé d'une personne qu'elle y renonce, et ce groupe a son identité propre dans le pays en question parce qu'il est perçu comme étant différent par la société environnante». Le HCR «propose de concilier les deux approches au sein d'un seul test à double détente. D'abord, il faudrait examiner si une personne risque d'être persécutée en raison d'une caractéristique immuable ou protégée. Dans la négative, il faudrait encore examiner si elle fait néanmoins partie d'un ensemble de personnes, liées par une caractéristique commune, qui est perçue dans la société d'appartenance comme un groupe identifiable en tant que tel» (MAIANI [2009], p. 44). Dans un arrêt non publié E- 7192/2006 du 12.2.2007, le TAF a appliqué la définition de "groupe social"» retenue par le HCR. Le TAF a ainsi admis que le requérant d'ethnie albanaise, en tant qu'ex-membre de la police serbe au Kosovo, appartenait «à un groupe social au sens de la Convention de 1951 en se fondant sur l'immuabilité de cette caractéristique» (MAIANI [2009], p. 49). Cf. aussi SFH, p. 191, et Manuel OSAR 2016, p. 183.

[546] KÄLIN (1990), p. 95; Manuel SEM, Article D4, p. 7.

[547] Manuel SEM, Article D7, pp. 4 et 5.

[548] Manuel SEM, Article D7, p. 8. Selon le SEM, «lorsqu'un coming-out ou un changement de sexe est survenu en Suisse, cette nouvelle situation doit être appréciée sous l'angle de l'art. 54 LAsi (motifs subjectifs survenus après la fuite) (...) Le rejet d'une requête contenant des motifs liés à l'orientation sexuelle ou l'identité genre ne peut donc se fonder sur des arguments s'inspirant d'une possibilité d'échapper ou de se soustraire à toute forme de persécution en adoptant un mode de vie plus discret ou moins ostentatoire ("discrétion")» (Manuel SEM, Article D7, p. 9).

[549] BARZÉ-LOOSLI, p. 71. Cf. aussi Manuel SEM, Article D7, pp. 4 et 5. La DQ contient une disposition expresse sur le genre, l'identité de genre et l'orientation sexuelle qui précise, en l'étendant, la notion de groupe social: selon l'art. 10 ch. 1 let. d DQ, «en fonction des conditions qui prévalent dans le pays d'origine, un groupe social spécifique peut être un groupe dont les membres ont pour caractéristique commune une orientation sexuelle. L'orientation sexuelle ne peut pas s'entendre comme comprenant des actes réputés délictueux d'après la législation nationale des Etats membres. Il convient de prendre dûment en considération les aspects liés au genre, y compris l'identité de genre, aux fins de la reconnaissance de l'appartenance à un certain groupe social ou de l'identification d'une caractéristique d'un tel groupe».

même sexe, de l'autre sexe ou des deux et qui entend s'engager dans des relations sexuelles avec elle. Par identité sexuelle, il y a lieu de comprendre le sentiment profond et personnel d'appartenir à un sexe, qui correspond ou non au sexe à la naissance[550].

L'alinéa 1 de l'article 3 LAsi ne contient aucune référence au genre, à l'identité ou à l'orientation sexuelle. La Suisse, comme de nombreux autres Etats, s'est ainsi inspirée de l'un des motifs reconnus, à savoir le «groupe social déterminé» pour développer une pratique sur ces questions[551].

Dans une décision de principe du 9 octobre 2006[552], l'ancienne Commission de recours en matière d'asile a considéré qu'il y a motif de persécution pertinent au titre de l'article 3 alinéa 1 LAsi lorsque la persécution est uniquement liée au genre. La persécution d'une femme en raison de son sexe constitue un motif de persécution relevant du droit des réfugiés indépendamment de la question de savoir si elle forme avec d'autres personnes un groupe social. «Un poids déterminant [a ainsi été donné] au fait que l'appartenance de genre était à la base, sinon de la persécution, du moins de l'absence de protection»[553].

A ce jour le Secrétariat d'Etat aux migrations reconnaît sept groupes sociaux déterminés[554] : les victimes de mutilations génitales féminines[555] ; les victimes de violences domestiques[556]; les victimes de mariages forcés[557]; les victimes de législations discriminatoires[558] ; les victimes de politique de l'enfant unique/avortement forcé/stérilisation[559]; les victimes de crimes d'honneur[560]; et les victimes en raison de l'orientation sexuelle/l'identité de genre[561].

---

[550] HRUSCHKA/PORTMAN, p. 148.
[551] Manuel SEM, Article D7, p. 6.
[552] JICRA 2006/32 (décision de principe) consid. 8.
[553] MAIANI (2009), pp. 48 et 49.
[554] Manuel SEM, Article D7, pp. 6 à 9.
[555] «Seule une crainte future de [mutilation génitale féminine] est déterminante pour la reconnaissance de la qualité de réfugié et non celle déjà subie (...). L'issue de la requête dépendra ensuite de la protection susceptible d'être obtenue dans le pays d'origine. Si des mères ou des parents font valoir un tel motif pour leur/s fille/s, soit qu'ils ne pourraient pas la/les protéger contre une telle mutilation, le SEM considère que leur attitude peut être assimilée à une attitude oppositionnelle de nature à conduire à la reconnaissance de la qualité de réfugié» (Manuel SEM, Article D7, pp. 6 et 7).
[556] «Ce type de situations est pris en compte étant donné que la pratique a démontré que de nombreuses femmes requérant l'asile en Suisse sont issues de sociétés de type patriarcal où, pour des motifs culturels, traditionnels voire religieux, l'Etat n'est que rarement disposé à intervenir dans les conflits familiaux» (Manuel SEM, Article D7, p. 7).
[557] «Le SEM considère que lorsqu'au moins un des futurs partenaires est placé en situation de contrainte en vue du mariage, les conditions d'un mariage forcé sont remplies. En outre, l'allégation relative à un mariage forcé se fonde principalement sur le refus de se soumettre à un tel mariage et subsidiairement, sur d'autres motifs, tels que, par exemple, la crainte d'une [mutilation génitale forcée] ou celle d'être victime d'un crime d'honneur» (Manuel SEM, Article D7, p. 7).
[558] «En principe, la situation générale à laquelle sont confrontées les femmes provenant de ce type de pays n'est pas déterminante en matière d'asile étant donné qu'une femme n'est pas plus touchée que toutes les autres dans le pays concerné. Toutefois, en présence de sérieux préjudices au sens de la loi sur l'asile, la qualité de réfugié peut être reconnue lorsque l'attitude oppositionnelle invoquée par la requérante ou le refus de respecter une législation discriminatoire doit être assimilée (*sic*) à la notion d'opinion politique» (Manuel SEM, Article D7, p. 7).
[559] «Comme pour les victimes de législations discriminatoires, la reconnaissance de la qualité de réfugié présuppose que les individus invoquant ce type de situation soient, en raison de leur opposition à de telles mesures, plus durement touchés par la mise en œuvre d'une telle législation que d'autres personnes» (Manuel SEM, Article D7, p. 8).
[560] «Plusieurs pays où cette pratique est répandue ont ancré dans leur législation pénale des dispositions permettant aux auteurs de tels actes de jouir d'une réduction de peine voire de l'impunité» (Manuel SEM, Article D7, p. 8).
[561] «La seule existence d'une législation pénalisant des actes homosexuels ne constitue pas une atteinte à ce point grave pour être considérée comme une persécution. Cependant, une peine d'emprisonnement qui pénalise des actes homosexuels constitue un acte de persécution si elle est effectivement appliquée» (Manuel SEM, Article D7, p. 9).

e) Opinions politiques

Dans la pratique, les opinions politiques constituent le principal motif de persécution. La notion «d'opinions politiques» est entendue de manière large. Une opinion est politique lorsqu'elle exprime ou manifeste des critiques voire une simple prise de distance envers l'ordre étatique, social ou économique. En d'autres termes, est politique tout ce que l'Etat estime contraire à son existence, à son ordre intérieur, voire à sa légitimité. Une opposition ponctuelle contre l'Etat ne mettant pas en question l'ensemble de l'ordre gouvernemental mais uniquement certains de ses aspects peut suffire dans certaines situations pour déclencher une persécution politique. Même la défense d'un point de vue neutre peut être considérée comme une opinion politique[562].

Selon le Haut Commissariat des Nations Unies pour les réfugiés, il n'est pas nécessaire que l'intéressé ait exprimé des opinions ou que celles-ci soient parvenues à la connaissance des autorités. De même il n'est pas nécessaire que l'intéressé établisse que les autorités de son pays d'origine connaissaient ses opinions avant qu'il ne quitte le pays[563].

«Le motif des "*opinions politiques*" peut être retenu indépendamment des véritables idées politiques de la personne persécutée. Ce qui est déterminant, ce sont les idées qui lui sont attribuées par l'auteur de la persécution»[564].

f) Réalité et cumul des motifs de persécution

L'important n'est pas de savoir si une personne a telle ou telle caractéristique «mais d'examiner si le persécuteur les lui attribue, à tort ou à raison, et en tire un motif de persécution»[565]. Seule la volonté du persécuteur est ici déterminante. La persécution est ainsi reconnue en droit d'asile même quand le persécuteur attribue par erreur une de ces qualités au persécuté[566]. Les motifs de persécution se recouvrent partiellement et peuvent se cumuler[567]. Cependant, l'individu ne doit pas caractériser «de manière exacte

---

[562] Manuel SEM, Article D4, p. 9; KÄLIN (1990), p. 98. L'art. 10 let. e DQ définit la notion d'opinions politiques de la manière suivante: «la notion d'opinions politiques recouvre, en particulier, les opinions, les idées ou les croyances dans un domaine lié aux acteurs de la persécution potentiels visés à l'article 6, ainsi qu'à leurs politiques et à leurs méthodes, que ces opinions, idées ou croyances se soient ou non traduites par des actes de la part du demandeur».

[563] HCR (1992), par. 82 et 83: «[L]a persécution "du fait ... de ses opinions politiques" suppose que l'intéressé a des opinions qu'il a exprimées ou qui sont parvenues à la connaissance des autorités. [Il se peut aussi que] l'intéressé n'a pas exprimé ses opinions [, mais que l'on peut] raisonnablement penser que, compte tenu de la force de ses convictions, il sera tôt ou tard amené à le faire et qu'il se trouvera alors en conflit avec les autorités. Lorsqu'on peut raisonnablement envisager cette éventualité, on peut admettre que le demandeur craigne d'être persécuté du fait de ses opinions politiques. [L'intéressé] n'a pas à établir que les autorités de son pays d'origine connaissaient ses opinions avant qu'il ne quitte le pays. Il peut [les avoir cachées] et n'avoir jamais été victime de mesures discriminatoires ni de persécutions. Cependant, le simple fait qu'il refuse le bénéfice de la protection de son gouvernement ou qu'il refuse de retourner dans son pays peut révéler le véritable état d'esprit du demandeur et conduire à penser qu'il craint effectivement d'être persécuté (...). Pour apprécier le bien-fondé de ses craintes dans un tel cas, [il faut] examiner quelles seraient pour un demandeur ayant certaines dispositions politiques les conséquences d'un retour dans son pays. Cela vaut tout particulièrement pour le réfugié "sur place"»; cf. aussi HCR (2011) par. 92 et 93.

[564] Manuel OSAR, p. 182; JICRA 1996/17 consid. 6.

[565] Manuel OSAR, p. 182. Cf aussi MAIANI (2009), p. 41. Ce raisonnement est explicitement énoncé à l'art. 10 ch. 2 DQ: «lorsque l'on évalue si un demandeur craint avec raison d'être persécuté, il est indifférent qu'il possède effectivement la caractéristique liée à la race, à la religion, à la nationalité, à l'appartenance à un certain groupe social ou aux opinions politiques à l'origine de la persécution, pour autant que cette caractéristique lui soit attribuée par l'acteur de persécution».

[566] Manuel SEM, Article D4, p. 4; JICRA 1996/17 consid. 6.

[567] MAIANI (2009), pp. 41 et 42.

le motif pour lequel il est exposé à la persécution»[568]. Selon Maiani, «[l]a Convention de 1951 ne postule point un lien causal entre le motif conventionnel et les actes du persécuteur, mais bien entre le motif conventionnel et le risque d'être persécuté» [569]. Le lien doit être considéré établi lorsque l'un des motifs conventionnels motive «les actes du persécuteur *ou* l'absence de protection de la part des autorités (...). Pour prouver le lien causal, il ne faut aucunement démontrer une *intention* discriminatoire chez le persécuteur ou chez les autorités. Il suffit de démontrer l'existence d'un traitement différentiel y compris dans la prestation d'une protection adéquate»[570].

7.2.5 Crainte fondée de persécution

Peut être reconnu comme réfugié celui qui est actuellement persécuté, qui l'a été dans le passé ou qui a fui afin d'échapper à une persécution future[571]. L'asile peut aussi être octroyé à un individu pour des motifs survenus après la fuite voire encore après la disparition du risque de persécution. Ces différents cas de figure vont être exposés ci-après.

a) Moment de la persécution

aa) Persécution actuelle

L'asile doit être octroyé aux personnes qui ont un besoin actuel de protection. En vertu de l'article 3 LAsi, celui qui au moment du départ de l'Etat d'origine est persécuté par les autorités est — dès lors que les autres conditions à la reconnaissance de la qualité de réfugié sont remplies cumulativement — reconnu comme réfugié. Le besoin de protection est manifeste. Tel est le cas d'une personne qui échappe de peu à une arrestation motivée politiquement ou qui s'évade d'une prison[572].

---

[568] MAIANI (2009), p. 41. D'après le HCR, «[s]ouvent, la personne qui demande la reconnaissance du statut de réfugié peut n'avoir pas, elle-même, véritablement conscience des motifs pour lesquels elle craint d'être persécutée. Elle n'est cependant pas tenue d'analyser son cas au point de pouvoir identifier ces motifs de façon très précise. C'est à l'examinateur qu'il appartient, lorsqu'il cherche à établir les faits de la cause, de déterminer le ou les motifs pour lesquels l'intéressé craint d'être victime de persécutions et de décider s'il satisfait à cet égard aux conditions énoncées dans la définition de la Convention de 1951» (HCR (2011) par. 66 et 67).

[569] MAIANI (2009), pp. 42 et 43. Pour le HCR, «le lien causal est satisfait: (1) lorsqu'il y a un risque réel d'être persécuté(e) par un agent non-étatique [sic] pour des raisons qui sont liées à l'un des motifs de la Convention, que le manque de protection de l'Etat soit lié à la convention ou non; ou (2) lorsque le risque d'être persécuté(e) par un agent non étatique [sic] n'est pas lié à un motif de la convention, mais le motif de l'incapacité ou du manque de volonté de l'Etat à offrir sa protection est contenu dans la convention (HCR 2008 HCR/GIP/02/02. Selon Maiani, le point (2) se réfère à l'incapacité de l'Etat liée à un motif conventionnel (Maiani [2009], p. 43).

[570] MAIANI (2009), p. 43.

[571] «[La Convention de 1951 définit le réfugié comme toute personne qui craint avec raison d'être persécutée. La LAsi définit la notion de réfugié de manière identique mais] l'exprime en distinguant deux "*groupes*" de réfugiés: ceux qui ont déjà subi des actes de persécution lorsqu'ils ont fui (..."*sont exposées à de sérieux préjudices*"...) et ceux qui ont fui des actes de persécution imminents (..."*craignent à juste titre de l'être*"...). Les réfugiés qui ont fui une persécution déjà subie sont en règle générale présumés avoir une crainte fondée d'y être encore exposés à l'avenir (Manuel OSAR, pp. 186 et 187).

[572] Manuel SEM, Article D6, p. 4.

ab) Persécution passée

On parle de persécution antérieure ou passée, si elle «a déjà eu lieu ou a déjà commencé au moment de la fuite (par exemple si l'intéressé a déjà été détenu ou maltraité, si une poursuite pénale est dirigée contre lui ou s'il est recherché pour ses activités politiques)»[573]. Une persécution passée est déterminante selon la Convention de 1951 et la LAsi lorsqu'elle persiste ou s'il existe des indices d'une persécution future[574].

En règle générale, la pratique suisse reconnaît aussi comme réfugiés les personnes qui, une fois la persécution terminée (p. ex. à la sortie de prison), demandent l'asile. Cette pratique se fonde sur la présomption qu'une persécution passée peut se reproduire, ce qui permet de conclure à une crainte fondée de persécution future. Il est alors admis que la situation de persécution est actuelle ou qu'un risque de récidive existe. Cependant, cette présomption ne vaut que s'il existe un lien de causalité matériel et temporel suffisamment étroit entre les derniers préjudices subis et la fuite, à savoir si les préjudices subis constituaient la raison du départ[575]. A défaut d'un tel lien, «la qualité de réfugié du requérant d'asile doit en principe être niée»[576]. Ce lien de causalité temporel «est interrompu lorsqu'un certain temps s'est écoulé entre la persécution subie et le départ du pays persécuteur. Le délai "toléré" ne peut être défini de manière générale, mais sa durée dépend des circonstances concrètes du cas d'espèce»[577]. La causalité temporelle fait défaut si plusieurs mois s'écoulent entre la persécution et la fuite (selon les cas, ce délai va de plus de six mois à une année)[578].

Toutefois, bien qu'en général un réfugié saisisse la première occasion donnée pour prendre la fuite, le fait de laisser s'écouler un laps de temps plus long entre la survenance de la persécution et le moment du départ ne signifie pas pour autant que le danger de persécution n'existait pas ou qu'il n'était pas sérieux[579]. Des motifs objectifs plausibles ou des raisons personnelles peuvent en effet expliquer un départ différé[580]. Tel est le cas «pour la personne qui a été emprisonnée et torturée une année avant de fuir si, pendant cette année, elle s'est cachée à l'intérieur de son pays et a préparé sa fuite dans la clandestinité»[581]. Il en va de même si ce délai est dû à un manque d'argent, à des contraintes en raison de la situation des membres de la famille qui restent ainsi qu'à des motifs subjectifs ou à une réaction individuelle à la répression subie, tels qu'un état de choc, la paralysie psychique après une torture subie ou des problèmes de santé[582]. L'absence de relation temporelle ne veut donc pas dire que la reconnaissance de la qualité de réfugié est définitivement exclue mais signifie seulement que la présomption est mise en échec. Reste au requérant à rendre crédibles d'autres circonstances lui faisant craindre une persécution future[583].

---

[573] Manuel OSAR, p. 187. Cf. aussi JICRA 1999/7 consid. 4b.
[574] Manuel SEM, Article D6, p. 4.
[575] ATAF 2010/57 consid. 2.4; Manuel SEM, Article D6, p. 4; KÄLIN (1990), p. 127; Manuel OSAR, p. 187. Cf. aussi JICRA 1999/7 consid. 4b.
[576] Manuel OSAR, p. 188.
[577] Manuel OSAR, p. 187. Cf. aussi JICRA 1999/7 consid. 4b, 1996/25 consid. 5b) cc), Manuel SEM, Article D6, pp. 4 et 5 et cf. Manuel OSAR 2016, p. 194;
[578] Manuel SEM, Article D6, p. 4.
[579] JICRA 1996/25 consid. 5b) cc).
[580] Manuel OSAR, p. 187. Cf. aussi JICRA 1996/25 consid. 5b) cc) et Manuel SEM, Article D6, p. 5.
[581] Manuel OSAR, p. 187. Cf. aussi Manuel OSAR 2016, pp. 194 et 195.
[582] Manuel SEM, Article D6, p. 5; JICRA 1996/25 consid. 5b) cc).
[583] Manuel SEM, Article D6, p. 5. Cf. aussi SFH, p. 203, et Manuel OSAR 2016, p. 195.

«En règle générale, les changements de la situation objective dans le pays d'origine, intervenus entre la fin de la persécution alléguée, respectivement le moment du départ du pays et celui du prononcé de la décision sur la demande d'asile sont pris en considération pour l'appréciation de la qualité de réfugié»[584].

ac) Persécution future (crainte fondée)

Est également réfugié celui qui craint à juste titre une persécution future.

La crainte est fondée lorsqu'il existe une forte probabilité que les mesures de persécution redoutées se réaliseront dans un proche avenir. En d'autres termes, la persécution ne doit pas seulement constituer une éventualité lointaine mais une menace hautement probable. Il ne pourrait s'agir d'une crainte se rapportant à des événements ou des faits purement hypothétiques qui pourraient se produire dans un avenir plus ou moins lointain[585].
On déduit des termes «... craignant avec raison d'être persécutée...» que la crainte de persécution future doit être à la fois objective et subjective[586]. En d'autres termes, si la personne concernée doit éprouver une peur subjective de la persécution à venir, cette peur doit être objectivement fondée au vu des circonstances concrètes et effectives. Dans la pratique suisse, il est accordé davantage d'importance aux circonstances objectives qu'aux sentiments subjectifs[587].

Sur le plan objectif, cette crainte doit être fondée sur des indices concrets qui peuvent laisser présager l'avènement, dans un avenir peu éloigné et selon une haute probabilité, de mesures déterminantes selon l'article 3 LAsi. Il ne suffit pas, dans cette optique, de se référer à des menaces hypothétiques, qui pourraient se produire dans un avenir plus ou moins lointain[588].

---

[584] Manuel OSAR, p. 187.
[585] Manuel SEM, Article D6, p. 6. Cf. JICRA 1993/21. Les critères de la haute (beachtlich) probabilité d'une persécution future ne doivent cependant pas être mis a priori sur pied d'égalité avec les critères de la vraisemblance prépondérante (überwiegend) de l'art. 7 al. 2 LAsi de la qualité de réfugié ou avec la probabilité considérable (erheblich) de violations des droits de l'homme au sens de l'article 3 CEDH. Hautement probable signifie davantage que simplement possible à l'avenir. Le terme prépondérant signifie que la probabilité qu'un événement se produise est beaucoup plus grande que la probabilité qu'il ne se produise pas. La notion de probabilité considérable (art. 3 CEDH) implique en revanche une menace de nature grave et générale. Certes, les limites sont floues et doivent être interprétées selon le cas d'espèce. Ainsi, des éléments tels que des mesures prises antérieurement contre le requérant et l'attitude de l'Etat d'origine dans des cas analogues ou à l'endroit de membres de sa famille doivent être pris en compte (Manuel SEM, Article D6, p. 6).
[586] ATAF 2010/57 consid. 2.5: «La crainte face à des persécutions à venir, telle que comprise à l'art. 3 LAsi, contient un élément objectif, au regard d'une situation ancrée dans les faits, et intègre également dans sa définition un élément subjectif. Sera reconnu comme réfugié celui qui a de bonnes raisons, c'est-à-dire des raisons objectivement reconnaissables pour un tiers (élément objectif), de craindre (élément subjectif) d'avoir à subir selon toute vraisemblance et dans un avenir prochain une persécution». Cf. aussi JICRA 1994/24 consid. 8b et 1993/11 consid. 4c; Manuel SEM, Article D6, p. 6; Manuel OSAR, p. 188; Manuel OSAR 2016, pp. 195 et 196; JICRA 2005/21 consid. 7.1, 2004/1 consid. 6a, 2000/9 consid. 5a et 1993/11 consid. 4c.
[587] JICRA 2004/1.
[588] ATAF 2010/57 consid. 2.5.

Ainsi, une persécution subie précédemment doit être appréciée à sa juste valeur même si elle remonte déjà à quelques années. Celui qui a déjà été victime de mesures de persécution étatiques a des raisons objectives d'avoir une crainte (subjective) plus prononcée que celui qui est en contact pour la première fois avec les services de sécurité de l'Etat[589]. De simples éventualités de persécutions futures ne suffisent donc pas. Il faut qu'existent des indices réels et concrets d'une menace concrète qui amènerait n'importe quel être humain dans une situation analogue à craindre une persécution et par conséquent à fuir[590], comme l'existence d'un mandat d'arrêt ou d'un acte d'accusation, des arrestations ou la surveillance du lieu de domicile et de ses environs[591]. L'on tiendra également compte dans cette évaluation des «circonstances concrètes et objectives, de la situation générale du pays d'origine en matière de droits humains, des modèles de persécution "usuellement" appliqués, du comportement général des organes étatiques à l'égard de personnes ou de groupes de personnes dont la situation est comparable à celle du requérant d'asile, etc. [ainsi que des] formes de persécution largement appliquées dans certains pays que sont la persécution réfléchie ou celle impliquant des proches»[592].

La crainte de persécution future doit aussi être établie d'un point de vue subjectif. Si cet élément subjectif doit être objectivé, on ne peut toutefois s'abstraire des sentiments et du vécu de l'individu[593].

Il doit ainsi être tenu compte des antécédents de l'intéressé, notamment de l'existence de persécutions antérieures et de son appartenance à un groupe ethnique, religieux, social ou politique l'exposant plus particulièrement à de telles mesures. En particulier, celui qui a déjà été victime de mesures de persécution a des raisons objectives d'avoir une crainte (subjective) plus prononcée que celui qui en est l'objet pour la première fois[594].

L'appréciation de la crédibilité du recourant doit résulter d'une évaluation globale de toutes ses allégations. Il faut peser les arguments et indices parlant en faveur ou en défaveur de la vraisemblance des faits invoqués[595]. Il y a lieu de relever qu'en Turquie, la simple existence d'une fiche politique concernant un demandeur d'asile permet d'admettre, en règle générale, une crainte fondée d'une persécution future déterminante en matière d'asile[596].

---

[589] JICRA 1993/11 consid. 4c.
[590] Manuel SEM, Article D6, p. 6; JICRA 1993/21 consid. 3.
[591] Manuel OSAR, p. 189.
[592] Manuel OSAR, p. 189. Cf. aussi Manuel OSAR 2016, p. 196; JICRA 2005/21 consid. 9ss, en particulier consid. 10.3 et 1993/6 consid. 4.
[593] «L'élément subjectif de la crainte fondée s'apprécie d'abord de manière objectivée et est ainsi évalué en fonction du sentiment qu'aurait une personne raisonnable et réfléchie placée dans une situation comparable marquée par le danger de mesures de persécution. Toutefois, on ne peut se contenter du sentiment fictif d'un tiers raisonnable dans une situation comparable; il faut aussi prendre en considération ce que le requérant d'asile a déjà vécu et son degré de conscience au sujet des conséquences possibles de la persécution (menace de détention et de mauvais traitements, etc)» (Manuel OSAR, p. 188). Cf. aussi Manuel OSAR 2016, p. 196.
[594] ATAF 2010/57 consid. 2.5.
[595] JICRA 1993/11 consid. 4c.
[596] ATAF 2010/9 consid. 5.

b) Motifs survenus après la fuite

Au sens de l'article 1(A) paragraphe 2 de la Convention de 1951 est également un réfugié, celui qui fait valoir une crainte de persécution pour des motifs survenus après la fuite du pays. Ainsi selon Maiani, la Convention de 1951 inclut «les réfugiés sur "place", c'est-à-dire les personnes qui se trouvent déjà hors de leur pays d'origine lorsque le risque de persécution survient» [597] et ce peu importe si cela résulte ou non des activités du requérant. «La seule question pertinente est, en effet, celle de savoir si les activités du requérant d'asile l'exposent ou non à un risque de persécution dans le pays d'origine»[598].

Le droit suisse procède toutefois à une distinction entre «motifs subjectifs» et «motifs objectifs» survenus après la fuite.

Dans le premier cas de figure le requérant d'asile se voit uniquement reconnaître la qualité de réfugié, sous réserve de l'alinéa 4 de l'article 3 et pour autant que toutes les autres conditions de la qualité de réfugié soient remplies, mais ne se verra pas accorder l'asile (art. 54 LAsi)[599]. Dans le second cas de figure, «les motifs objectifs postérieurs à la fuite conduisent à l'octroi de l'asile, dans la mesure où les autres conditions de l'article 3 LAsi sont remplies et qu'aucune clause d'exclusion de l'asile — par exemple l'indignité (art. 53 LAsi) — ne s'y oppose»[600].

Etant donné les conséquences juridiques différentes qui en découlent, les motifs subjectifs et les motifs objectifs postérieurs à la fuite doivent être clairement distingués. Alors que les motifs subjectifs relèvent du comportement du requérant d'asile, les motifs objectifs sont des circonstances ou des événements se produisant indépendamment de sa personne[601].

Une amélioration de la situation dans l'Etat d'origine qui intervient entre le moment du départ du requérant et le moment où la décision en matière d'asile est rendue est une circonstance qui doit être supportée par l'intéressé. Il en va ainsi d'une amnistie[602]. Il y

---

[597] MAIANI (2009), p. 60.
[598] MAIANI (2009), p. 60.
[599] Manuel SEM, Article D8, p. 4.
[600] «En effet, l'article 54 LAsi intitulé "Motifs subjectifs survenus après la fuite" prévoit que l'asile n'est pas accordé à la personne qui n'est devenue un réfugié au sens de l'article 3 LAsi qu'en quittant son Etat d'origine ou de provenance ou en raison de son comportement ultérieur. Les motifs subjectifs postérieurs à la fuite, même s'ils sont déterminants pour la reconnaissance de la qualité de réfugié, conduisent toujours à l'exclusion de l'asile (...) L'alinéa 4 de l'article 3 LAsi dispose que ne sont pas des réfugiés les personnes qui font valoir des motifs résultant du comportement qu'elles ont eu après avoir quitté leur pays d'origine ou de provenance s'ils ne constituent pas l'expression de convictions ou d'orientations déjà affichées avant leur départ ni ne s'inscrivent dans le prolongement. A première vue, l'alinéa 4 de l'article 3 LAsi exclut donc de la reconnaissance de la qualité de réfugié les personnes concernées. Cependant, l'alinéa 4 de l'article 3 LAsi réserve *in fine* l'application de la [Convention de 1951]. Ainsi, toute personne concernée par l'alinéa 4 de l'article 3 LAsi mais qui répond aux critères de la définition de l'article [1(A) paragraphe 2 de la [Convention de 1951] sera reconnue réfugiée en vertu de cette dernière disposition (mais non en vertu de l'article 3 LAsi)» (Manuel SEM, Article D8, p. 5).
[601] «Ce traitement distinct s'explique par l'origine différente des motifs invoqués. Les motifs subjectifs survenus après la fuite du pays relèvent du comportement du requérant d'asile, alors que les motifs objectifs "sont dus à des circonstances et à des événements se produisant dans le pays d'origine ou de provenance de l'intéressé indépendamment de sa personne". Un renversement de pouvoir ou une vague de répression subite et imprévisible dans le pays d'origine peut notamment justifier une crainte de persécution déterminante en matière d'asile (...). Il est question de motifs objectifs survenus après la fuite lorsque des circonstances extérieures sur lesquelles le requérant d'asile ne pouvait avoir aucune influence conduisent à un risque de persécution» (Manuel SEM, Article D8, p. 5).
[602] KÄLIN (1990), p. 131.

a cependant lieu d'examiner si le requérant risque d'être à nouveau l'objet de persécutions après son retour éventuel.

c) Octroi de l'asile après disparition du risque de persécution

La détermination de la qualité de réfugié est fixée au moment où la décision est prise.

Selon l'article 1(C) chiffre 5 de la Convention de 1951, la «Convention cessera (...) d'être applicable à toute à toute personne visée par les dispositions de la section A ci-dessus: 5. [s]i, les circonstances à la suite desquelles elle a été reconnue comme réfugiée ayant cessé d'exister, elle ne peut plus continuer à refuser de se réclamer de la protection du pays dont elle a la nationalité». Toutefois, l'article 1(C) chiffre 5 de la Convention de 1951 ne s'appliquera pas au réfugié visé à l'article 1(A) paragraphe 1 «qui peut invoquer, pour refuser de se réclamer de la protection du pays dont il a la nationalité, des raisons impérieuses tenant à des persécutions antérieures». Cette disposition constitue une exception à la règle de la fin de la qualité de réfugié suite à un changement fondamental de la situation dans l'Etat d'origine.

Par «raisons impérieuses», il faut entendre avant tout des évènements traumatisants à long terme, comme cela a été admis pour les survivants du massacre de Srebrenica[603]. «Il s'agit en principe des personnes qui ont vécu des évènements impliquant des persécutions d'une brutalité extrême, des traitements inhumains et dégradants ou des tortures, ayant provoqué le départ et qui ont eu pour conséquence un état de troubles post-traumatiques permanents. L'existence de tels troubles peut aussi être due à des mauvais traitements infligés à des proches»[604]. Cependant, l'intéressé doit établir qu'il remplissait, au moment de son arrivée en Suisse, toutes les conditions mises à l'octroi du statut de réfugié. Si tel n'est pas le cas, notamment si le lien de causalité temporel est interrompu, il ne saurait d'aucune manière se prévaloir de raisons impérieuses susceptibles de faire reconnaître sa qualité de réfugié[605].

Dans une décision du 25 mai 1993, l'ancienne Commission de recours en matière d'asile a considéré pour la première fois que ces raisons impérieuses ne doivent pas seulement être prises en compte lors d'une révocation de l'asile mais déjà lors de l'examen portant sur la reconnaissance de la qualité de réfugié. Par conséquent, il faut examiner si un requérant d'asile peut se prévaloir de raisons impérieuses pouvant justifier un refus de retourner dans son pays d'origine. La qualité de réfugié doit lui être reconnue, malgré l'absence de crainte fondée de persécutions, si un retour dans l'ancien Etat persécuteur n'est pas raisonnablement exigible pour des raisons impérieuses fondées sur une persécution subie dans le passé[606].

---

[603] JICRA 1995/16 consid. 6d et 1997/14 (décision de principe).
[604] POSSE-OUSMANE/PROGIN-THEUERKAUF, art. 5 LAsi, no 21, p. 20 avec renvois à JICRA 1997/14 (décision de principe) consid. 7e)-g), 1996/42 consid. 7e, 1996/10 consid. 4b et 1995/16 consid. 6d.
[605] JICRA 1999/7 consid. 4b et 4d (précision de la jurisprudence).
[606] JICRA 1993/31 consid. 10.

7.2.6 Absence de possibilité de refuge interne

La question du refuge interne n'est expressément réglée ni par la LAsi, ni par la Convention de 1951[607]. Il a toutefois été déduit de l'article 1(A) paragraphe 2 de ladite Convention que la personne concernée doit être «exposée à des actes de persécution dans *tout le territoire* de son pays pour pouvoir remplir les conditions de la définition de réfugié. Si ce risque n'existe que dans une partie ou région du pays, elle dispose de ce qu'on appelle une "possibilité de refuge interne" ou "alternative de fuite interne" et ne peut être reconnue comme réfugié (...), car il existe bel et bien une protection possible dans son pays, même si c'est dans une autre région que la sienne»[608].

Sur le plan international, les conditions d'existence d'une alternative de protection interne excluant la reconnaissance de la qualité de réfugié sont recensées principalement par les Principes directeurs du Haut Commissariat des Nations Unies pour les réfugiés[609]. Il en ressort principalement que la zone de réinstallation interne doit être accessible au requérant d'asile et lui garantir la sécurité[610]. La situation personnelle du requérant doit également être prise en compte pour déterminer l'existence ou non d'une alternative de protection interne[611]. Les facteurs relatifs à la situation personnelle couvrent non seulement les éléments relatifs à la situation personnelle du requérant d'asile concerné (tels l'âge, le sexe, l'état de santé, ou les liens familiaux), mais aussi les conditions générales régnant dans cette zone, comme la sécurité, le respect des droits de l'homme, et les conditions économiques de subsistance. L'alternative de protection interne n'est ainsi pas donnée si la personne persécutée dans une région de son pays est contrainte de se rendre dans une autre partie de celui-ci où son existence serait menacée»[612].

C'est dans le cadre d'un examen individuel, en considération des spécificités du pays qu'il y a lieu de juger si on peut exiger de manière réaliste sur la base de la situation concrète au lieu de refuge que la personne concernée s'y installe et se construise une nouvelle existence[613]. Toutefois, selon le Tribunal administratif fédéral, si la situation dans la zone de refuge est touchée par une guerre, une guerre civile ou une situation de violence générale ou si la personne concernée au lieu de refuge est soumise à un danger concret pour des motifs personnels, par exemple si elle ne peut pas recevoir les soins médicaux nécessaires ou risque de tomber avec une grande vraisemblance dans une

[607] Arrêt du TAF E-4537/2010 du 8.1.2013 consid. 4.1.
[608] Manuel OSAR, pp. 189 et 190.
[609] Principes directeurs sur la protection internationale no. 4: "La possibilité de fuite ou de réinstallation interne" dans le cadre de l'application de l'Article 1A(2) de la Convention de 1951 et/ou du Protocole de 1967 relatifs au statut des réfugiés, 23 juillet 2003, http://www.unhcr.fr/4ad2f805e.html (lien vérifié le 15.3.2016).
[610] «S'agissant de la première condition, la zone de réinstallation interne doit être accessible à l'intéressé, tant sur les plans pratique et juridique qu'en termes de sécurité (...) Précisément, il n'existe pas de possibilité de réinstallation interne si l'accès à cette zone est entravé par des obstacles ne pouvant être raisonnablement surmontés. On ne peut en effet exiger du requérant qu'il s'expose à des dangers physiques pour atteindre la zone de réinstallation interne envisagée ou qu'il traverse la région à l'origine de ses persécutions pour y accéder. Autrement dit, le requérant doit avoir la garantie juridique de se rendre dans cette zone, d'y entrer, et d'y demeurer. Quant à la deuxième condition, la zone de réinstallation interne doit garantir à l'intéressé la sécurité, ce qui suppose qu'il y soit durablement à l'abri de toute persécution. Une telle exigence est satisfaite lorsque dite zone est hors de portée des persécuteurs, que le requérant ne court pas le risque d'y être exposé à des persécutions locales et qu'il n'encourt aucun risque d'être renvoyé au lieu où il craint d'être persécuté (...) L'alternative de protection interne n'est en particulier pas donnée si le requérant est exposé dans cette zone à des menaces à ce point graves qu'elles le contraindraient de revenir vers son lieu de persécution originel». (Arrêt du TAF E-4537/2010 du 8.1.2013 consid. 4.2.1 et 4.2.2 avec renvoi aux Principes directeurs sur la protection internationale no. 4 du HCR, par. 10-12 et 19.
[611] Arrêt du TAF E-4537/2010 du 8.1.2013 consid. 4.2.
[612] Arrêt du TAF E-4537/2010 du 8.1.2013 consid. 4.3.2.2 avec renvois à JICRA 1996/1 (décision de principe) consid. 5b et 5c et 2006/25 consid. 8.3 et à l'ATAF 2011/51 consid. 8. Cf. aussi SFH, p. 187, et Manuel OSAR 2016, p. 179.
[613] Manuel SEM, Article D10, p. 5; ATAF 2011/51 consid. 8.5.2.

pauvreté totale et serait ainsi livrée à la famine, à l'invalidité voire même à la mort, on ne pourra dès lors parler d'une alternative de fuite interne réaliste[614].

Selon l'Organisation suisse d'aide aux réfugiés, si l'établissement dans la zone de refuge interne est rendue impossible pour des motifs relevant de la Convention de 1951, la possibilité de refuge interne devra être niée[615]. Une décision de non-entrée en matière faute d'indices de persécution ne peut ainsi être fondée sur la seule allusion à l'alternative de fuite interne[616].

7.3 Poursuite, norme ou sanction légitime ou illégitime ?

En principe un Etat est légitimé à se protéger contre des atteintes à son existence, à son intégrité, à son ordre et à sa sécurité publics. Dès lors, on ne peut lui reprocher de prendre des mesures à l'encontre de délits politiques[617], de poursuivre et de juger les criminels de droit commun, ni de tolérer sans se défendre des attaques internes ou externes contre son intégrité[618].

Les mesures d'intérêt public deviennent illégitimes dès que l'Etat intervient à l'encontre d'une personne, pour des raisons non plus d'intérêt public, mais liées à un motif d'asile. Il faut que les mesures étatiques prises ou envisagées apparaissent objectivement — au vu de l'ensemble des circonstances — disproportionnées par rapport aux buts d'intérêt public poursuivis, et inspirées par des considérations politiques ou analogues. La condamnation (non exécutée) ou la poursuite pénale est pertinente en matière d'asile lorsque l'Etat admet clairement qu'il cherche à atteindre la personne poursuivie pour des motifs d'ordre politique ou analogue, qu'il lui impute pour les mêmes motifs un délit qu'elle n'a pas commis ou encore qu'il aggrave la situation de l'auteur du délit de droit commun pour des motifs déterminants en matière d'asile[619]. En cas de troubles ou de guerre civile, lorsque les mesures de persécution «dépassent largement le cadre des intérêts publics à protéger et comportent des moyens disproportionnés (par exemple des actes de torture ou des mauvais traitements d'une certaine gravité) (...), l'Etat persécuteur pourra se voir reprocher de vouloir s'en prendre aux opposants en raison de leur appartenance ethnique, religieuse ou raciale ou du soutien apporté à la partie adverse en conflit en raison de cette appartenance»[620].

Dès lors, étant donné que «[l]a délimitation entre [persécution légitime et persécution illégitime] n'est (...) pas toujours facile à opérer»[621], deux questions délicates peuvent

[614] ATAF 2011/51 (arrêt de principe) consid. 8.5.3.
[615] «L'existence d'une possibilité de refuge interne devrait être niée si les conditions de vie inacceptables sont dues en partie au moins à une politique étatique basée sur des motifs de persécution relevant de l'asile (par exemple, interdiction de l'accès à certaines professions, taxation fiscale excessive et arbitraire et autres discriminations visant seulement un groupe de population déterminé) et que, par leur intensité, elles provoquent une pression psychique insupportable. La question de la possibilité de l'alternative de la fuite interne ne se résume pas à celle de savoir si d'emblée toute persécution peut être exclue, mais consiste à déterminer si, selon les circonstances, il existe une protection contre les persécutions dans certaines parties déterminées du pays. En pareil cas, l'examen de la demande d'asile s'impose, lequel implique qu'il soit au préalable entré en matière sur cette demande» (Manuel OSAR, p. 190).
[616] JICRA 2004/5 consid. 4c) dd), 1996/1 (décision de principe) et 1993/17 (décision de principe).
[617] Manuel SEM, Article D2, p. 5.
[618] Manuel SEM, Article D2, p. 1 et Article D4, p. 6; KÄLIN (1990), p. 99.
[619] JICRA 1996/29 consid. 2g et 1996/34 consid. 3.
[620] Manuel OSAR, pp. 184 et 185. Cf. aussi Manuel OSAR 2016, p. 188.
[621] Manuel OSAR, p. 182. Cf aussi SFH, p. 197, et Manuel OSAR 2016, p. 189.

se poser au sujet de l'Etat d'origine des personnes en fuite. Quelles sont les actions de cet Etat qui sont légitimes car poursuivant un intérêt public, et quelles sont celles qui relèvent d'un motif de persécution entraînant la reconnaissance de la qualité de réfugié tout en sachant que la persécution illégitime n'est pas toujours déterminante en matière d'asile ?[622]

Selon Kälin, une persécution étatique est en général illégitime et par conséquent pertinente en matière d'asile lorsque les critères suivants sont remplis de manière cumulative: la persécution doit limiter des activités juridiquement protégées qu'elles soient religieuses, ethno-culturelles, sociales ou politiques ou elle doit être exclusivement dirigée contre une personne en raison de ses caractéristiques raciales, religieuses, ethniques, sociales ou politiques. La persécution ne doit pas être légitime, à savoir qu'elle ne doit pas servir à sauvegarder les intérêts publics reconnus par l'Etat. Enfin, la persécution doit être disproportionnée et ainsi aller au-delà de ce qui est raisonnable et nécessaire à la protection et à la sauvegarde de l'intérêt public. Des indices d'une disproportion apparaissent notamment lorsque l'intervention de l'Etat s'exerce de manière plus importante contre des personnes présentant les caractéristiques mentionnées dans la loi sur l'asile que sur le reste de la population (polit-malus)[623].

La sanction d'une infraction au droit en vigueur ne constitue habituellement pas une persécution au sens de la LAsi. La personne qui fuit une poursuite pénale légitime faisant suite à la commission d'une infraction n'est en principe pas un réfugié. En effet, le réfugié est la victime — voire la victime potentielle — d'une injustice et non une personne fuyant la justice[624]. «Dans certains cas cependant, cette distinction peut être assez confuse»[625].

Une sanction peut devenir pertinente en matière d'asile si elle vise à restreindre l'exercice de droits généralement reconnus aux individus dans un Etat de droit, si les méthodes appliquées pendant la procédure pénale (par exemple, recours à la torture pendant la garde à vue) apparaissent disproportionnées ou constituent une violation grossière des droits humains ou encore si la sévérité de la peine est disproportionnée et a été infligée pour un motif relevant de l'asile (polit-malus)[626].

---

[622] Cf. KÄLIN (1990), p. 99; WERENFELS, p. 245ss.
[623] KÄLIN (1990), p. 123.
[624] Manuel SEM, Article D4, p. 6; HCR (2011) par. 56; KÄLIN (1990), p. 99; HATHAWAY/FOSTER, p. 243.
[625] HCR (2011) par. 57.
[626] ATAF 2014/28 et 2013/25. Cf. aussi SFH, p. 198, et Manuel OSAR 2016, p. 190; HATHAWAY/FOSTER, p. 244. «Il est des pays où l'exercice de certains droits fondamentaux (liberté de conscience et de croyance, liberté d'expression, liberté de presse, liberté de réunion, etc.) est punissable déjà en vertu de la loi. Dans un Etat de droit, ces libertés et leur exercice vont pourtant de soi (...). Si des requérants d'asile invoquent une persécution basée sur la violation prétendue ou effective d'une norme pénale réprimant l'exercice d'une liberté, il faut examiner si cette norme correspond aux principes généraux de l'Etat de droit tels qu'ils ressortent par exemple de la [DUDH]. Si tel n'est pas le cas, il s'agira en règle générale d'une persécution illégitime (...). [L]orsque la punition se base sur une norme légale non discutable sous l'angle du droit d'asile, mais que sa quotité ou sa nature ou encore les méthodes appliquées pendant la procédure pénale (par exemple, recours à la torture pendant la garde à vue) apparaissent disproportionnées ou constituent une violation grossière des droits humains (...), il faut toujours admettre qu'il s'agit d'une persécution relevant de l'asile si la quotité élevée de la peine ou la violation des droits humains repose sur un motif relevant de l'asile (polit-malus). En cas de torture infligée à des opposants politiques, l'existence d'un tel motif devrait toujours être reconnue. Il en va de même des cas où un Etat ne se sert d'une norme pénale que comme prétexte pour exercer une persécution politique» (Manuel OSAR, p. 183). Cf. aussi Manuel OSAR 2016, p. 190.

7.4 Répression des déserteurs et des réfractaires

Depuis le 29 septembre 2012 la LAsi contient une norme à l'alinéa 3 de l'article 3 LAsi qui prévoit que «[n]e sont pas des réfugiés les personnes qui, au motif qu'elles ont refusé de servir ou déserté, sont exposées à de sérieux préjudices ou craignent à juste titre de l'être. Les dispositions de la [Convention de 1951] sont réservées». Ainsi, lorsque le requérant allègue des motifs pertinents sous l'angle du droit d'asile, il est réputé avoir la qualité de réfugié et obtient l'asile en Suisse[627]. Dans le cas contraire, il sera renvoyé de Suisse, à moins que l'exécution du renvoi ne s'avère illicite[628].

Les déserteurs sont les personnes qui abandonnent sans permission l'armée alors que les réfractaires sont celles qui se soustraient au recrutement en prenant la fuite[629].

La désertion et la soustraction au recrutement sont pertinentes en matière d'asile si la sanction remplit notamment les conditions d'un «polit-malus»[630], si elle vise à punir le refus «de se battre dans l'intérêt d'une puissance externe contre ses propres compatriotes ou de s'en prendre aux membres d'une minorité ethnique ou religieuse déterminée et que l'individu est ainsi placé dans un grave conflit de conscience» [631] ou encore lorsqu'elle vise le refus d'accomplir le service militaire si celui-ci implique la participation à des actes prohibés par le droit international et proscrits par la communauté internationale[632].

Etant donné que la Convention de 1951 lie la Suisse, même si l'alinéa 3 de l'article 3 LAsi sera reconduit au-delà du 28 septembre 2015, son impact reste néanmoins limité[633].

Chapitre 8 Notions et définitions de l'asile, du requérant d'asile et de la demande d'asile

8.1 Asile

Le terme asile (Asyl, asilo, asylum) se distingue du terme de réfugié, en tant que «[l]'asile est une protection particulière qu'un Etat accorde à un étranger (...) [alors que] la notion de réfugié est une qualité attribuée à un étranger qui en remplit les conditions»[634].

Contrairement à la notion de réfugié, ni la Convention de 1951, ni la LAsi ne définissent l'asile[635], ce qui fait dire à Wouters que ce terme n'a pas de signification commune en droit international[636].

---

[627] Message du CF du 26.5.2010 concernant la modification de la loi sur l'asile, FF 2010 4035, 4066.
[628] Message du CF du 26.5.2010 concernant la modification de la loi sur l'asile, FF 2010 4035, 4037.
[629] Manuel OSAR, p. 185.
[630] JICRA 2001/15 consid. 8d) da), 2004/2 consid. 6b) aa) et 2006/3 consid. 4.10 où l'on utilise les termes de "malus absolu".
[631] Manuel OSAR, p. 185 où l'on trouve encore d'autres exemples.
[632] JICRA 2002/19 consid. 6d.
[633] POSSE-OUSMANE/PROGIN-THEUERKAUF, art. 5 LAsi, no 34, p. 22. Cf. aussi SFH, pp. 216 et 217.
[634] NGUYEN (2003), p. 405.
[635] NGUYEN (2003), p. 405.
[636] WOUTERS, p. 23.

Etymologiquement, le terme asile vient du latin *asylum* et du grec *asulon* qui signifie un «[l]ieu inviolable (...) où se réfugie une personne poursuivie»[637].

A la session de Bath de 1950, l'Institut de droit international (IDI) définissait, à l'article 1er de ses résolutions, l'asile comme «la protection qu'un Etat accorde sur son territoire ou dans un autre endroit relevant de certains de ses organes à un individu qui est venu la rechercher»[638]. Pour Wouters, le terme «asile» se rapporte à la protection ou au droit de vivre sans subir d'entraves et d'atteintes accordé par un Etat (freedom from seizure or harm)[639]. Selon Roland Bersier, cité par Matthey, «l'asile s'entend comme l'accès du territoire offert à certains étrangers persécutés ou menacés et le refus de leur extradition à leur pays d'origine»[640].

On distingue l'asile territorial de l'asile diplomatique ou extraterritorial. L'asile territorial «est un terme global pour désigner l'ensemble des mesures de protection accordées par un Etat dans l'exercice souverain de ses responsabilités aux réfugiés qui se trouvent sur son territoire. Il peut supposer une protection permanente dans des conditions qui permettent au réfugié de s'intégrer dans une nouvelle communauté»[641]. L'asile diplomatique ou extraterritorial est l'asile accordé dans des Ambassades ou dans d'autres dépendances d'un Etat localisées sur le territoire d'un autre Etat. Toutefois, vu que la personne n'est pas hors du territoire de son pays, elle ne peut donc être considérée comme réfugiée aux termes de la Convention de 1951[642]. Le cas de Julian Assange, qui bénéficie de l'asile auprès de l'Ambassade de l'Equateur au Royaume-Uni, en est un exemple illustratif.

On rencontre également le terme d'«asile politique», par lequel on entend le refus d'extrader des activistes politiques[643]. L'article 19 *ARHG* parle d'*Auslieferungsasyl* pour désigner le refus d'extrader une personne qui risque un traitement discriminatoire. L'asile n'est donc pas propre aux droits des réfugiés et de l'asile, mais se déduit également du droit de l'extradition. En effet, en application du principe de non-refoulement, aussi longtemps que le juge de l'extradition n'aura pas examiné la demande d'extradition et en particulier le risque encouru par la personne d'être victime d'une atteinte à son intégrité ou d'un traitement discriminatoire, cette dernière bénéficiera en quelque sorte du droit de demeurer provisoirement sur le territoire suisse et le cas échéant d'un certain asile. Lorsque le juge de l'extradition refuse l'extradition aux motifs que la personne est victime d'une poursuite pour des motifs discriminatoires ou qu'elle risque une atteinte à sa vie, à sa liberté ou à son intégrité pour des motifs discriminatoires, elle ne pourra pas être extradée et remplira *a priori* les conditions pour la reconnaissance du statut de réfugié. Tant que la personne pourra demeurer en Suisse — d'autant plus si elle y réside légalement — elle bénéficiera d'une forme d'asile, car

---

[637] Nouveau Petit Robert, 2008.
[638] INSTITUT DE DROIT INTERNATIONAL, http://www.idi-iil.org/idiF/resolutionsF/1950_bath_01_fr.pdf.
[639] WOUTERS, p. 23.
[640] MATTHEY (2012), p. 5.
[641] HCR (1989), par. 8, p. 3.
[642] Ainsi, «[d]ans certains pays, en particulier dans des pays d'Amérique latine, il existe une tradition de l'"asile diplomatique", consistant à accorder refuge aux prévenus ou aux condamnés politiques dans des ambassades étrangères. Si une personne qui trouve ainsi refuge dans une ambassade peut être considérée comme étant hors de la juridiction de son pays, elle n'est toutefois pas hors du territoire de son pays et ne peut donc être considérée comme réfugiée aux termes de la Convention de 1951» (HCR [1992], note de bas de page no 11). Cf. Convention sur l'asile diplomatique, OEA, 1954 (http://www.whatconvention.org/fr/convention/201 [lien vérifié le 3.1.2016])
[643] VENA, p. 3.

la souveraineté territoriale empêchera l'Etat requérant de mettre la main sur elle. Nous aurons l'occasion d'y revenir dans le cadre de la définition élargie de l'extradition.

L'asile est une prérogative de l'Etat et non un droit de l'individu. Certes l'article 14 DUDH consacre explicitement un droit à l'asile, en stipulant, que «[d]evant la persécution toute personne a le droit de chercher asile et de bénéficier de l'asile en d'autres pays». Selon Matthey, «[s]ur ce point, la DUDH se distingue largement des autres normes relatives à l'asile. Cette affirmation positive du droit d'asile n'a (...) été reprise explicitement que par (...) la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne, qui ne semble cependant pas attribuer d'effet concret à ce droit. Il en va de même pour la portée de l'article 14 [DUDH]: émanant d'une résolution de l'Assemblée générale des Nations Unies, elle ne bénéficie que d'une autorité morale, mais ne dispose pas d'effet contraignant»[644]. Ainsi, la Convention de 1951 ne consacre pas de droit à l'asile qui constitue dès lors «une faculté de l'Etat qui n'est nullement tenu légalement de l'accorder à celui qui le lui demande. C'est un principe du droit international public (...). [E]n droit international public, le droit public subjectif à l'asile n'est pas reconnu à l'individu»[645]. De même, en droit suisse, le réfugié n'a pas de droit constitutionnel à obtenir l'asile. Il a néanmoins le droit sur la base des droits international et interne à un traitement correct de sa demande d'asile[646]. A l'inverse, l'article 16a chiffre 1 *GG* prévoit explicitement un droit d'asile à la personne qui est poursuivie politiquement. De même, en Italie, l'article 10 paragraphes 3 et 4 de la *Costituzione* consacre un droit à l'asile pour la personne qui est empêchée d'exercer de manière effective les libertés démocratiques garanties par la *Costituzione*.

8.2 Requérant d'asile et demande d'asile

On trouve chez Nguyen la définition suivante du requérant d'asile: «[e]st requérant d'asile [Asylersuchende, asilante, asylum seeker] un étranger qui a déposé une demande d'asile au sens de l'article 18 LAsi et qui n'a pas encore fait l'objet d'une décision définitive et exécutoire»[647].

On entend par demande d'asile toute manifestation de volonté par laquelle une personne demande à la Suisse de la protéger contre des persécutions (art. 18 LAsi)[648]. Elle peut être présentée oralement, par écrit ou même par signes ou par gestes. Le Secrétariat d'Etat aux migrations n'entre pas en matière sur une demande d'asile si une telle demande fait justement défaut.

[644] MATTHEY (2012), pp. 40 et 41.
[645] NGUYEN (2003), p. 405.
[646] STÖCKLI no 11.34, p. 537.
[647] NGUYEN (2003), p. 413.
[648] Arrêt du TF 1A.52/2005 du 12.4.2005 consid. 2.3.

Toutefois, l'absence de demande ne signifie pas que la personne n'a pas besoin de protection, dès lors que l'Etat a l'obligation d'enquêter d'office sur toute situation de besoin de protection internationale[649]. Ce qui fait dire au Juge Pinto de Albuquerque que «le principe de non-refoulement s'applique (...) même à ceux qui n'ont pas exprimé leur souhait d'être protégés. En conséquence, ni l'absence d'une demande explicite d'asile, ni le fait qu'une demande d'asile n'est pas étayée par des éléments suffisants ne peuvent exonérer l'Etat concerné de l'obligation de non-refoulement vis-à-vis de tout étranger ayant besoin d'une protection internationale»[650]. Les seules exceptions à l'interdiction du refoulement sont fournies par l'article 33 paragraphe 2 de la Convention de 1951[651].

Sont assimilés à une demande d'asile au sens de l'article 18 LAsi la requête tendant à la protection temporaire (cf. art. 69 al. 1 LAsi) et la demande de regroupement familial «émanant d'un réfugié admis provisoirement lorsqu'il est invoqué que les membres de la famille dont le regroupement est sollicité sont en danger dans le pays étranger où ils se trouvent»[652].

Chapitre 9 Notion et définition de l'extradition

9.1 Vers une définition au sens large de l'extradition

L'extradition (Auslieferung, estradizione, extradition) est une institution de droit international. Elle est une forme de coopération internationale en matière pénale[653] mise en place entre les Etats ou entre un Etat et une institution internationale, comme un tribunal pénal international (TPI)[654], pour surmonter les inconvénients liés à la souveraineté territoriale et ainsi éviter qu'une personne faisant l'objet d'une poursuite pénale n'en tire profit pour se soustraire à la justice. Le droit de l'extradition fait partie de la discipline du droit pénal international. Il revêt des traits du droit pénal et du droit international public[655]. Il est avant tout un droit conventionnel, ce que rappelle l'article 1er alinéa 1 EIMP en réservant notamment les accords internationaux.

---

[649] «Aucune conclusion négative automatique ne peut être tirée de l'absence de demande d'asile ou d'éléments suffisants pour étayer une telle demande, dès lors que l'Etat a l'obligation d'enquêter d'office sur toute situation de besoin de protection internationale, en particulier lorsque, comme l'a souligné la Cour européenne des droits de l'homme, les faits qui constituent le risque pour le requérant "étaient notoires [avant le transfert de celui-ci] et faciles à vérifier à partir d'un grand nombre de sources"» (opinion concordante du Juge Pinto de Albuquerque dans l'arrêt de la CourEDH *Hirsi Jamaa et al. c. Italie* du 23.2.2012 [GC], no 27765/09, p. 65). L'arrêt *Hirsi Jamaa et al.* réaffirme donc l'interdiction du refoulement. «Ce principe implique plusieurs conséquences procédurales: [l]es Etats ont l'obligation d'informer un étranger de son droit de demander une protection internationale et de lui garantir l'accès à une procédure. En cas de risque de violation de l'art. 3 CEDH, les Etats doivent prévoir la possibilité de faire surseoir à l'exécution d'une décision négative (effet suspensif). De plus, l'art. 4 du Protocole no 4 oblige les Etats à garantir aux personnes concernées une procédure individuelle, équitable et effective permettant de protéger les demandeurs d'asile sur la base d'une évaluation personnelle du risque de préjudice encouru» (OUSAME/PROGIN-THEUERKAUF/CHODOROWSKA, p. 30).

[650] Opinion concordante du Juge Pinto de Albuquerque dans l'arrêt de la CourEDH *Hirsi Jamaa et al. c. Italie* du 23.2.2012 [GC], no 27765/09, p. 65.

[651] KAPFERER no 219, p. 76.

[652] Manuel OSAR, p. 59; ATAF 2007/19 consid. 3.3.

[653] HEIMGARTNER, p. 2.

[654] KAPFERER, note de bas de page no 3, p. 3. Avec les Tribunaux pénaux internationaux, on utilise le terme de transfert ou de remise plutôt que d'extradition.

[655] HEIMGARTNER, p. 1.

En concluant des traités, les Etats s'obligent, à des conditions déterminées, à se livrer réciproquement les personnes recherchées ayant trouvé refuge sur leur territoire (cf. p. ex. art. 1er de la Convention européenne d'extradition du 13 décembre 1957 [CEExtr][656]). En l'absence de traité, les Etats n'ont aucune obligation d'extrader une personne, mais se réservent la faculté d'y procéder. Cette faculté est rappelée à l'article 32 EIMP qui dispose que «[t]out étranger peut être remis aux fins de poursuite pénale ou d'exécution d'une sanction privative de liberté à l'Etat qui a le droit de connaître de l'infraction et qui demande l'extradition ou qui accepte, à la demande de la Suisse, une délégation de poursuite pénale ou d'exécution».

Contrairement à la notion de réfugié, on ne trouve pas de définition de l'extradition dans un instrument de portée universelle tel que la Convention de 1951. On trouve néanmoins une définition «standard» de l'extradition à l'article premier du modèle de «Traité type d'extradition» adopté par l'Assemblée générale de l'Organisation des Nations Unies (ONU) dans sa résolution 45/116 puis modifié par elle dans sa résolution 52/88[657]. Ce «Traité type d'extradition» sert à l'élaboration de conventions en matière d'extradition, ce qui peut contribuer à dégager un consensus entre les Etats à propos d'une définition de l'extradition.

Si le but premier de l'extradition est d'empêcher qu'un individu ne se soustraie à une poursuite ou à l'exécution d'une peine en le remettant à l'Etat requérant[658], l'extradition ne peut avoir lieu à n'importe quelle condition ni au mépris des droits de la personne. Le droit de l'extradition vise en effet à concilier deux objectifs. Il s'agit d'une part de permettre la livraison d'une personne pour qu'elle réponde de ses actes. Il s'agit d'autre part de protéger ceux dont la remise est demandée pour empêcher que celle-ci ait lieu dans des circonstances où ils subiraient une injustice ou une oppression. Dans de tels cas, les Etats exigent généralement des garanties avant de remettre une personne[659].

Selon Rouget, si «à l'origine l'extradition est une procédure essentiellement politique qui ne met en jeu que les rapports interétatiques [et qui a été conçue] pour favoriser les relations entre les Etats et leur coopération, le droit extraditionnel, fondé sur des conventions bilatérales et multilatérales ou sur le droit national, s'est graduellement plié aux exigences du respect de l'Etat de droit et des droits de l'homme. Ainsi, par rapport aux origines de l'institution, la réglementation de l'extradition a eu pour effet paradoxal d'assurer une meilleure protection de la liberté individuelle des personnes réclamées par un Etat étranger et de les protéger contre l'arbitraire»[660]. En effet, selon Decocq, «le droit commun, tel qu'il résulte des conventions d'extradition courantes, des coutumes internationales issues de celle-ci, enfin, de la loi (...) considère la livraison d'un délinquant à la justice étrangère comme un acte grave, qui, par respect de la liberté individuelle et de l'honneur de l'Etat, doit être soumis à de strictes garanties de fond et

[656] RS 0.353.1.
[657] https://www.unodc.org/tldb/pdf/Extradition%20FR.pdf (lien vérifié le 29.8.2015).
[658] HEIMGARTNER, p. 4.
[659] NICHOLLS/MONTGOMERY/KNOWLES/DOOBAY/SUMMERS no 1.02, p. 3: «Laws governing extradition seek to reconcile two objectives that are of concern that recognize the rule of law. One objective is to give effect to the principle that, in the ordinary way, persons in one state who are credibly accused of committing serious crimes triable in another state should be surrendered to that other state to answer for their alleged misdeeds. The second objective is to protect those whose surrender is sought against such surrender in circumstances where they would suffer injustice or oppression. States ordinarily seek to provide safeguards against the surrender of those within their borders in such circumstances».
[660] ROUGET, p. 169.

de forme»[661]. Rouget relève qu'«[u]n véritable "statut de l'extradable" s'est ainsi progressivement constitué. L'institution s'est dotée de règles fondamentales et de nombreuses exigences de fond et de forme qui s'imposent à l'Etat requérant comme à l'Etat requis: double incrimination, double punissabilité, principe de spécialité, exclusion des infractions politiques, militaires ou fiscales et des demandes d'extradition ayant un but politique, respect du principe *ne bis in idem*, non-extradition des nationaux et des réfugiés, respect de la procédure et des droits de la défense, etc. Du respect de ces principes découlent des droits dont les individus réclamés peuvent se prévaloir»[662]. En effet, selon Vincent Coussirat-Coustère et Pierre-Michel Eisemann, cités par Rouget, «les conventions d'extradition ne sont pas seulement des mécanismes de coopération entre Etats, mais représentent, par les garanties qu'elles procurent et les formalités substantielles qu'elles imposent, une sauvegarde au profit de l'intéressé contre les livraisons arbitraires»[663].

L'extradition dans son sens juridique ne se résume donc pas à la simple action de remettre un individu à un Etat. On ne peut en effet saisir toute la portée de l'extradition sans inclure dans sa définition les conditions auxquelles doit satisfaire l'extradition et surtout les motifs de son refus. En posant des conditions à une remise, le droit de l'extradition poursuit donc aussi un but de protection. Or, les définitions que l'on rencontre généralement dans la littérature ne font pas état de cette fonction protectrice. Ainsi à côté de définitions au sens étroit ou au sens classique de l'extradition, il y a lieu de proposer une définition élargie de l'extradition pour mieux traduire toute sa portée.

9.2 Extradition au sens étroit

Etymologiquement, la notion d'«extradition» est composée des termes latins *ex* (hors de) et *tradere* (livrer) et traduit l'«action de livrer»[664] hors d'un lieu.

Le Petit Robert définit l'extradition comme la «[p]rocédure internationale permettant à un Etat de se faire livrer un individu poursuivi ou condamné et qui se trouve sur le territoire d'un autre Etat dont il n'est pas ressortissant»[665].

Dans le «Manuel sur l'entraide judiciaire et l'extradition» élaboré par l'Office des Nations Unies contre la drogue et le crime (ONUDC), l'extradition est définie comme «la procédure officielle par laquelle un Etat demande le retour forcé d'une personne accusée ou reconnue coupable d'un crime pour qu'elle soit jugée ou purge une peine dans l'Etat requérant»[666].

[661] DECOCQ, p. 412.
[662] ROUGET, pp. 169 et 170.
[663] ROUGET, p. 170.
[664] Nouveau Petit Robert 2008; Larousse, dictionnaire étymologique et historique du français, 1994.
[665] Nouveau Petit Robert 2008.
[666] ONUDC, p. 19.

Dans le modèle de «Traité type d'extradition» adopté par l'Assemblée générale de l'Organisation des Nations Unies, on peut déduire de l'article premier une définition de l'extradition: «[l]es Parties s'engagent à se livrer réciproquement, sur leur demande et conformément aux dispositions du présent Traité, les personnes recherchées aux fins de procédures dans l'Etat requérant pour une infraction donnant lieu à extradition ou aux fins d'infliger ou de faire exécuter une peine relative à une telle infraction». On trouve des définitions rédigées en des termes similaires à l'article 1er CEExtr et dans plusieurs conventions bilatérales en matière d'extradition conclues par la Suisse tels que le Traité d'extradition du 14 novembre 1990 entre la Suisse et les Etats-Unis d'Amérique (TExUS)[667] et le Traité d'extradition du 7 octobre 1993 entre la Suisse et le Canada (TExCAN)[668]. Ainsi, à titre d'exemple, on peut déduire de l'article 1er CEExtr la définition suivante de l'extradition: «[l]es Parties Contractantes s'engagent à se livrer réciproquement, selon les règles et sous les conditions déterminées par les articles suivants, les individus qui sont poursuivis pour une infraction ou recherchés aux fins d'exécution d'une peine ou d'une mesure de sûreté par les autorités judiciaires de la Partie requérante».

En droit interne suisse, il n'y a pas dans l'EIMP de disposition consacrée explicitement à une définition de l'extradition. Une telle définition peut néanmoins se déduire de l'article 32 EIMP[669]. Selon cette disposition, «[t]out étranger peut être remis aux fins de poursuite pénale ou d'exécution d'une sanction privative de liberté à l'Etat qui a le droit de connaître de l'infraction et qui demande l'extradition ou qui accepte, à la demande de la Suisse, une délégation de poursuite pénale ou d'exécution».

Sur son site web, l'Office fédéral de la justice définit l'extradition comme «[l]a remise par la contrainte d'une personne recherchée à l'Etat requérant par l'Etat requis à des fins de poursuite pénale ou d'exécution d'une peine»[670].

Dans la doctrine suisse, Zimmermann définit l'extradition comme «la remise par l'Etat requis d'une personne qui se trouve sur son territoire et qui est poursuivie ou condamnée pénalement dans l'Etat requérant, en vue du jugement ou de l'exécution de la peine»[671]. Pour Heimgartner, «Die Auslieferung ist das Verfahren zwischenstaatlicher Zusammenarbeit in Strafsachen, durch welches ein Staat eine sich auf seinem Staatsgebiet befindliche Person einem anderen Staat zum Zweck der Strafverfolgung bzw. -vollstreckung übergibt»[672].

De cette énumération de définitions, on constate qu'il y a principalement deux approches pour définir l'extradition. L'une qui consiste à mettre l'accent sur l'aspect procédural de l'extradition, l'autre, sur l'action de remettre la personne. De ces deux approches, la première est celle qui reflète le mieux la pratique de l'extradition. En effet, l'extradition proprement dite, qui se traduit par la remise forcée de la personne à l'Etat requérant, a lieu au terme d'une procédure de nature officielle au cours de laquelle on

[667] RS 0.353.933.6. L'art. 1 ch. 1 TExUS ajoute un élément supplémentaire, à savoir: l'extradition vise aussi les personnes qui ont été reconnues coupables et qui ne sont donc pas encore condamnées.
[668] RS 0.353.923.2.
[669] Cf. FIOLKA, art. 32 IRSG, no 4, p. 374.
[670] https://www.bj.admin.ch/bj/fr/home/sicherheit/rechtshilfe/strafsachen/auslieferung.html (lien vérifié le 8.12.2015.
[671] ZIMMERMANN no 4, p. 8.
[672] HEIMGARTNER, p. 3.

examine si les conditions à une extradition (ressortissant étranger, compétence de l'Etat requérant, affaire pénale[673], double punissabilité, délit extradable, absence de motifs de refus, etc.) sont (partiellement) remplies ou non. Si les conditions à une extradition sont (partiellement) remplies, l'Office fédéral de la justice décide d'accorder l'extradition. Dès que la décision d'extradition est exécutoire, ledit Office ordonne l'extradition et remet la personne poursuivie à des agents de l'Etat requérant.

Au vu de ce qui précède et dans le but concilier les deux approches, on peut définir l'extradition comme la procédure au terme de laquelle la personne recherchée est remise par la contrainte à l'Etat requérant en vue de la poursuite pénale ou l'exécution d'une peine. Nous allons reprendre les différents éléments de cette définition ci-après

9.2.1 Procédure

Il y a autant de façons de réglementer et de pratiquer l'extradition qu'il existe d'Etats, «car c'est généralement dans la législation d'un Etat ou dans les traités qu'il a conclus que les règles de procédure sont notamment énoncées»[674]. Ainsi, chaque Etat décide à quelles conditions il veut soumettre l'octroi de l'extradition et pour quels motifs il refuse de donner suite à une demande de coopération et en particulier à une demande d'extradition.

Ce n'est pas ici le propos de présenter de manière détaillée la procédure d'extradition. Celle-ci fera en effet l'objet d'une présentation assez exhaustive dans la quatrième partie de ce travail. On se limitera donc dans les prochains paragraphes à en dresser les principaux traits.
La procédure d'extradition débute toujours par une demande d'extradition. Une telle demande devra satisfaire à des conditions formelles et matérielles. En outre, la personne bénéficie d'un certain nombre de droits de procédure. Alors que les conditions formelles et matérielles dépendront en premier lieu du traité liant la Suisse à l'Etat étranger, les droits procéduraux sont par contre prévus dans le droit interne.

Ainsi, à réception d'une demande d'extradition, l'Office fédéral de la justice doit examiner si la demande satisfait aux conditions formelles fixées dans un traité et dans l'EIMP. En substance, l'Office fédéral de la justice doit vérifier que la demande a bien été transmise par la voie prévue, qu'elle revêt la forme écrite, qu'elle indique l'objet et le motif de la demande, qu'elle contient en original ou en copie certifiée conforme un titre de détention, la qualification juridique des faits, un bref exposé des faits essentiels ou encore le texte des dispositions légales applicables au lieu de commission de l'infraction. Le respect de ces conditions formelles est nécessaire en vue de permettre d'examiner les conditions matérielles de l'extradition et l'existence de motifs de refus de l'extradition. L'Office fédéral de la justice doit en effet aussi examiner que les conditions matérielles prévues dans le traité respectivement dans l'EIMP sont remplies, à savoir que les faits sont punissables dans les deux Etats (condition de la double punissabilité) d'une peine d'au moins un an de prison (délit extradable) et qu'aucun motif ne s'oppose à l'extradition. Les motifs de refus vont faire l'objet d'un examen

[673] Cf. FIOLKA, Art. 32 IRSG, no 5, p. 374.
[674] ONUDC no 93, pp. 42 et 43.

approfondi tout au long de ce travail et notamment au chiffre 9.3 ci-dessous. Dans le cadre de la procédure d'extradition, la personne visée par une demande d'extradition bénéficie d'un certain nombre de droits procéduraux. Il s'agit des droits d'être entendu, de s'exprimer, de recevoir une décision motivée et de pouvoir former un recours contre elle. Ces droits vont être exposés de manière détaillée dans la cinquième partie de ce travail.

Le droit de l'extradition prévoit néanmoins le cas de figure où la personne peut renoncer à la procédure d'extradition et demander sa remise sans délai à l'Etat requérant. De la sorte, elle renonce à la procédure formelle d'extradition et aux droits conférés par celle-ci, notamment aux droits d'être entendu et de recours[675]. On parle alors d'extradition simplifiée (cf. art. 54 EIMP). Au vu de ses effets, le consentement à l'extradition est entouré d'un certain nombre de gardes-fous (consentement recueilli par une autorité judiciaire dans un procès-verbal, délai de réflexion pour le retrait de l'accord et retrait du consentement aussi longtemps que l'extradition n'est pas ordonnée). Même si la personne demande à être extradée, cela ne dispense toutefois pas l'Office fédéral de la justice d'examiner que toutes les conditions à une extradition sont remplies.

9.2.2 Acte de remise (extradition proprement dite)

Dès que la décision d'extradition est exécutoire, l'Office fédéral de la justice informe l'Etat requérant que l'extradition est accordée et à quelles conditions, et ordonne son exécution. Concrètement, si l'extradition est demandée par un Etat limitrophe, la personne recherchée est conduite à la frontière concernée et remise aux agents de l'Etat requérant. Dans le cas contraire, l'Office fédéral de la justice invite l'Etat concerné à dépêcher une escorte policière pour la prise en charge de l'extradable en principe dans un des aéroports suisses.

9.2.3 Formes et distinctions

L'extradition peut revêtir différentes formes. Pour la présente étude, l'on va retenir uniquement la distinction entre l'extradition ordinaire ou formelle et l'extradition simplifiée. L'extradition est ordinaire ou formelle lorsque l'extradable s'oppose à l'extradition, ce qui amène l'Office fédéral de la justice à devoir rendre une décision d'extradition. L'extradition est simplifiée lorsque l'intéressé consent à son extradition. L'Office fédéral de la justice donnera alors acte à la personne de son accord et ordonnera son extradition.

L'extradition ne doit pas être confondue avec les mesures d'éloignement du droit des étrangers tels que le renvoi, le renvoi en vertu des Accords d'association Dublin, le refoulement ou l'expulsion au sens des articles 64, 64a, 67 et 68 de la Loi fédérale du 16 décembre 2005 sur les étrangers (LEtr)[676] ou l'expulsion politique au sens de l'article

[675] cf. art. 54 EIMP; Accord du 10.2.2003 entre le Conseil fédéral suisse et le Gouvernement de la République française relatif à la procédure simplifiée d'extradition et complétant la Convention européenne d'extradition du 13.12.1957 (RS 0.353.934.92); art. 18 TExUS.
[676] RS 142.20.

121 alinéa 2 Cst[677]. L'extradition se distinguera également de l'expulsion pénale au sens du futur article 66a du Code pénal (CP)[678].

L'extradition se distingue également de l'extradition illégale ou déguisée. Tel est le cas lorsque deux ou plusieurs Etats «s'entendent sur une remise directe qui court-circuite toutes les procédures d'extradition, au mépris des droits de la personne recherchée»[679] ou lorsqu'un Etat procède à la capture d'un fugitif «sur le territoire d'un autre Etat, en violation de la souveraineté de ce dernier et sans son accord»[680].

9.3 Motifs de refus de l'extradition

L'extradition ne peut avoir lieu à n'importe quelle condition. Divers motifs peuvent ainsi s'y opposer. Dans les prochains paragraphes nous allons passer en revue les différents motifs de refus de l'extradition, ce qui va nous permettre de constater que le droit de l'extradition poursuit également l'objectif de protéger la personne.

On trouve divers motifs-types de refus de l'extradition dans le «Manuel sur l'entraide judiciaire et l'extradition» de l'Office des Nations Unies contre la drogue et le crime et dans le modèle de «Traité type d'extradition» de l'Organisation des Nations Unies. Dans son manuel, l'Office des Nations Unies contre la drogue et le crime parle de motifs «traditionnels» de refus. Nous commencerons par les présenter, pour ensuite exposer les motifs de refus du droit suisse, en nous limitant — par souci de simplification — à ceux énoncés dans l'EIMP.

9.3.1 Motifs traditionnels de refus de l'extradition

Pour l'Office des Nations Unies contre la drogue et le crime, les motifs «traditionnels» de refus de l'extradition sont les suivants:

- «Non-extradition de nationaux
- Inquiétudes quant à la sévérité de la peine dans l'Etat requérant
- Questions liées aux droits de l'homme quant à la peine encourue ou à l'équité du procès dans l'Etat requérant
- Non-extradition pour les délits fiscaux
- Non-extradition pour les délits politiques»[681].

[677] RS 101.
[678] RS 311.0. Cf. Message du CF FF 2013 5373 et le Projet de modification FF 2013 5457.
[679] ZIMMERMANN no 207, p. 209.
[680] ZIMMERMANN no 208, p. 210.
[681] UNODC, p. 49.

Dans le «Traité type d'extradition», on trouve les motifs de refus de l'extradition aux articles 3 et 4. L'article 3 énonce les motifs obligatoires, alors que l'article 4 mentionne les motifs facultatifs.

Selon l'article 3, «l'extradition ne sera pas accordée:

a) Si l'infraction pour laquelle l'extradition est demandée est considérée par l'Etat requis comme une infraction de caractère politique. Ne seront pas considérées comme des infractions politiques les infractions au sujet desquelles les Parties sont tenues, aux termes d'une convention multilatérale, d'engager des poursuites lorsqu'elles n'accordent pas l'extradition, pas plus que les infractions dont les Parties seront convenues qu'elles ne sont pas des infractions politiques aux fins d'extradition;

b) Si l'Etat requis a de sérieux motifs de croire que la demande d'extradition a été présentée en vue de poursuivre ou de punir une personne en raison de sa race, de sa religion, de sa nationalité, de son origine ethnique, de ses opinions politiques, de son sexe ou de son statut, ou qu'il pourrait être porté atteinte à la situation de cette personne pour l'une de ces raisons;

c) Si l'infraction pour laquelle l'extradition est demandée est une infraction au regard de la loi militaire, mais non au regard de la loi pénale ordinaire;

d) Si un jugement définitif a été prononcé dans l'Etat requis à raison de l'infraction pour laquelle l'extradition est demandée;

e) Si l'individu dont l'extradition est demandée ne peut plus, en vertu de la législation de l'une ou l'autre des Parties, être poursuivi ou puni, en raison du temps qui s'est écoulé ou d'une amnistie ou de toute autre raison;

f) Si l'individu dont l'extradition est demandée a été ou serait soumis dans l'Etat requérant à des tortures et autres peines ou traitements cruels, inhumains ou dégradants ou s'il n'a pas bénéficié ou ne bénéficierait pas des garanties minimales prévues, au cours des procédures pénales, par l'art[icle] 14 du Pacte ONU II;

g) Si le jugement de l'Etat requérant a été rendu en l'absence de l'intéressé et si celui-ci n'a pas été prévenu suffisamment tôt du jugement et n'a pas eu la possibilité de prendre des dispositions pour assurer sa défense, et n'a pas pu ou ne pourra pas faire juger à nouveau l'affaire en sa présence».

En vertu de l'article 4, «l'extradition peut être refusée:

a) Si l'individu dont l'extradition est demandée est un ressortissant de l'Etat requis. Lorsque l'Etat requis refuse l'extradition pour ce motif, il devra, si l'autre Etat le demande, soumettre l'affaire aux autorités compétentes, afin que des poursuites puissent être engagées contre l'intéressé pour l'infraction ayant motivé la demande d'extradition;

b) Si les autorités compétentes de l'Etat requis ont décidé de ne pas engager de poursuites contre l'intéressé à raison de l'infraction pour laquelle l'extradition est demandée, ou de mettre fin aux poursuites engagées contre ladite personne à raison de ladite infraction;

c) Si des poursuites à raison de l'infraction pour laquelle l'extradition est demandée sont en cours dans l'Etat requis contre l'individu dont l'extradition est demandée;

d) Si l'infraction pour laquelle l'extradition est demandée est punie de mort dans l'Etat requérant, sauf si celui-ci donne à l'Etat requis des assurances suffisantes à l'effet que la peine de mort ne sera pas prononcée ou, si elle l'est, ne sera pas appliquée. S'il refuse l'extradition pour ce motif, l'Etat requis, si l'autre Etat le demande, soumettra l'affaire aux autorités compétentes, afin que des poursuites puissent être engagées contre l'intéressé pour l'infraction ayant motivé la demande d'extradition;

e) Si l'infraction pour laquelle l'extradition est demandée a été commise hors du territoire de l'une ou l'autre Partie et que, selon sa législation, l'Etat requis n'est pas compétent en ce qui concerne les infractions commises hors de son territoire dans des circonstances comparables;

f) Si l'infraction pour laquelle l'extradition est demandée est considérée par la législation de l'Etat requis comme ayant été commise en tout ou en partie sur son territoire. S'il refuse l'extradition pour ce motif, l'Etat requis, si l'autre Etat le demande, soumettra l'affaire aux autorités compétentes, afin que des poursuites puissent être engagées contre l'intéressé pour l'infraction ayant motivé la demande d'extradition;

g) Si l'individu dont l'extradition est demandée a été jugé ou risquerait d'être jugé ou condamné dans l'Etat requérant par une juridiction d'exception ou un tribunal spécial;

h) Si l'Etat requis, tout en prenant aussi en considération la nature de l'infraction et les intérêts de l'Etat requérant, considère qu'étant donné les circonstances de l'affaire l'extradition de l'individu en question serait incompatible avec des considérations humanitaires, compte tenu de l'âge, de l'état de santé ou d'autres circonstances personnelles dudit individu».

En résumé, l'extradition doit ou peut être refusée pour des motifs tenant à la nature de l'infraction (politique[682], militaire[683] ou fiscale[684]), aux motifs de la demande (poursuite discriminatoire[685]), à l'identité des faits[686], à l'extinction de la poursuite ou de la peine suite notamment à la prescription de l'action pénale ou de la peine[687], à la compétence juridictionnelle[688], à la nationalité de l'individu relevant de l'Etat requis[689], au type de peine (peine de mort[690]), au risque de torture ou de peines ou traitements cruels, inhumains ou dégradants[691], au non-respect des règles de procédures et d'équité et des droits de la défense[692] (p. ex. en cas de jugement par contumace[693]), au renvoi pour jugement à un tribunal d'exception ou à un tribunal spécial ou pour l'exécution d'une condamnation prononcée par un tel tribunal[694] ou à des motifs humanitaires (état de santé ou âge)[695].

9.3.2 Motifs de refus du droit suisse: généralités

L'EIMP ne contient pas seulement des dispositions régissant les rapports en matière d'extradition de la Suisse avec les autres membres de la communauté internationale, mais institue aussi des garanties personnelles en faveur de l'extradé. Ces garanties consistent, en premier lieu, dans une référence aux principes énoncés dans la CEDH. Elles reprennent, en second lieu, les règles contenues dans la CEExtr (notamment les art. 3, 11 et 14 CEExtr). Certaines d'entre elles participent de l'ordre public suisse opposable à l'Etat étranger en particulier lorsque la Suisse n'est pas liée à lui par un traité. D'autres sont des éléments de l'ordre public international qui s'imposent à tout Etat qu'il soit ou non lié à la Suisse par un traité[696].

L'EIMP prévoit explicitement aux articles 2 à 5, 7, 35, 36, 37 et 38 des motifs d'irrecevabilité ou d'inadmissibilité, des motifs obligatoires et des motifs facultatifs de refus de l'extradition. En sus des motifs énoncés de manière explicite, on peut également déduire des articles 1er alinéa 3, 1a, 47 et 53 EIMP des motifs de refus de l'extradition.

Certains motifs, qui ne sont pas énoncés dans l'EIMP, peuvent aussi entraîner le refus de l'extradition. Dans la pratique, il arrive ainsi que la personne concernée s'oppose à son extradition en invoquant l'article 8 CEDH (respect de la vie privée et motifs humanitaires). Un motif de refus peut aussi découler d'une situation de conflit dans l'Etat requérant.

---

[682] Cf. aussi art. 3 par. 1 CEExtr.
[683] Cf. aussi art. 3 par. 1 CEExtr.
[684] Cf. aussi art. 4 CEExtr.
[685] Cf. aussi art. 3 par. 2 CEExtr.
[686] Cf. aussi art. 8 et 9 CEExtr.
[687] Cf. aussi art. 10 CEExtr.
[688] Cf. aussi art. 7 CEExtr.
[689] Cf. aussi art. 10 CEExtr.
[690] Cf. aussi art. 11 CEExtr.
[691] Cf. aussi art. 3 CEDH, 7 Pacte ONU II, 3 Convention de 1984, 11 CEExtr et 25 al. 3 Cst.
[692] Cf. réserve de la France à l'art. 1 CEExtr.
[693] Cf. aussi art. 6 CEExtr et 25. al. 1 Cst.
[694] Cf. aussi réserve de la Suisse à l'art. 1 CEExtr.
[695] Cf. aussi réserve de la France à l'art. 1 CEExtr.
[696] ATF 111 Ib 138 consid. 6, p. 145.

Les motifs d'irrecevabilité ou d'inadmissibilité sont énoncés aux articles 2 à 5 EIMP. On peut inclure dans cette liste l'article 1er alinéa 3 EIMP.

Ainsi, la demande d'extradition, mais aussi d'arrestation, est irrecevable ou inadmissible, si:

- la poursuite ne vise pas une affaire pénale ou vise une affaire pénale mais qu'en vertu du droit étranger aucun juge ne sera saisi (art. 1er al. 3 EIMP);

- la procédure à l'étranger n'est pas conforme aux principes de procédure fixés par la CEDH ou par le Pacte ONU II (art. 2 let. a EIMP);

- la procédure à l'étranger tend à poursuivre ou à punir une personne en raison de ses opinions politiques, de son appartenance à un groupe social déterminé, de sa race, de sa confession ou de sa nationalité (art. 2 let. b EIMP);

- la procédure à l'étranger risque d'aggraver la situation de la personne en raison de ses opinions politiques, de son appartenance à un groupe social déterminé, de sa race, de sa confession ou de sa nationalité (art. 2 let. c EIMP);

- la procédure à l'étranger présente d'autres défauts graves (art. 2 let. d EIMP);

- la procédure vise un acte qui, selon les conceptions suisses, revêt un caractère politique prépondérant, constitue une violation des obligations militaires ou d'obligations similaires ou paraît dirigé contre la défense nationale ou la puissance défensive de l'Etat requérant (art. 3 al. 1 EIMP);

- la procédure vise un acte qui paraît tendre à diminuer des recettes fiscales ou contrevient à des mesures de politique monétaire, commerciale ou économique (art. 3 al. 3 EIMP);

- l'importance des faits ne justifie pas la procédure (art. 4 EIMP);

- l'exécution de la demande implique des mesures de contrainte et que la prescription absolue empêche, en droit suisse, d'ouvrir une action pénale ou d'exécuter une sanction (art. 5 al. 1 let. c EIMP);

- en cas de *ne bis in idem* (art. 5 EIMP).

L'extradition est refusée, si:

- la personne est manifestement innocente notamment sur la base d'une preuve par alibi (art. 47 et 53 EIMP);

- la personne est de nationalité suisse (art. 7 EIMP)

- la demande se fonde sur une sanction prononcée par défaut et que la procédure de jugement n'a pas satisfait aux droits minimums de la défense reconnus à toute personne accusée d'une infraction (art. 37 al. 2 EIMP);

- la personne risque la peine de mort ou a été condamnée à une telle peine ou que celle-ci sera exécutée (art. 37 al. 3 EIMP);

- l'intéressé sera soumis à un traitement portant atteinte à son intégrité corporelle (art. 37 al. 3 EIMP);

- un tribunal d'exception a été ou sera saisi (art. 38 al. 1 let. c EIMP).

- la demande d'extradition risque de porter atteinte à la souveraineté, à la sûreté, à l'ordre public suisse ou à d'autres intérêts essentiels de la Suisse (art. 1a EIMP).

Certains des motifs de refus obligatoires que nous venons d'énumérer sont absolus. Ainsi, la demande d'extradition est irrecevable sans exception si la poursuite n'est pas de nature pénale ou vise une affaire pénale mais qu'en vertu du droit étranger aucun juge ne sera saisi; si le délit est de nature politique; si la personne est innocente ou n'est pas la personne recherchée ou si la prescription est atteinte. D'autres motifs de refus obligatoires ne sont pas absolus, car l'extradition peut être accordée moyennant la fourniture de garanties pour pallier les atteintes aux droits de la personne ou moyennant le consentement de la personne. Il en va ainsi en cas de nationalité suisse de l'individu; en cas de jugement par contumace; en cas de risque d'être jugé par un tribunal d'exception ou de devoir purger une peine prononcée par un tel tribunal; en cas de peine de mort, de torture ou d'autre traitement prohibé; ou en cas de violation des droits de procédure. S'agissant du principe de non-discrimination, ce motif de refus obligatoire est absolu si la poursuite pénale concerne des faits inventés de toutes pièces pour mettre la main sur une personne pour des motifs discriminatoires. Par contre, si la poursuite concerne un délit réellement commis par la personne, mais que celle-ci risque un traitement discriminatoire, l'extradition peut être accordée contre la fourniture de garanties. Enfin, même si certains motifs de refus sont obligatoires, la Suisse conserve un pouvoir discrétionnaire d'accorder ou de refuser l'extradition. Elle décide en effet selon ses conceptions si l'extradition risque de porter atteinte à la souveraineté, à la sûreté, à l'ordre public suisse ou à d'autres intérêts essentiels de la Suisse ou si un acte revêt un caractère politique prépondérant. De même, l'article 2 EIMP ne définit pas ce qu'il faut entendre par les termes «principes de procédure», «opinions politiques, groupe social, race, confession ou nationalité» ou encore par les termes «défauts graves», ce qui donne une certaine marge de manoeuvre au juge de l'extradition lorsqu'il examine ces motifs de refus.

On trouve également dans l'EIMP des motifs de refus facultatifs. L'extradition peut ainsi être refusée, si:

- les faits relèvent de la juridiction suisse (art. 35 al. 1 let. b EIMP);
- la Suisse est en mesure d'assumer la poursuite ou l'exécution de la peine et que le reclassement social de la personne poursuivie le justifie (37 al. 1 EIMP);
- en cas de guerre ou de situation analogue.

Nous allons reprendre dans les paragraphes qui suivent ces différents motifs de refus et les analyser.

9.3.3 Motifs de refus obligatoires du droit suisse

a) Affaire pénale (art. 1er al. 3 EIMP)

En vertu de son article 1er alinéa 3, l'EIMP «ne s'applique qu'aux affaires pénales dans lesquelles le droit de l'Etat requérant permet de faire appel au juge». On peut déduire de cette disposition trois motifs de refus de l'extradition.

L'Office fédéral de la justice est tout d'abord tenu de vérifier si la poursuite vise une affaire pénale, car «[l]a coopération judiciaire internationale en matière pénale est accordée, par définition, pour la poursuite d'infractions pénales dont la répression relève de la compétence des autorités judiciaires de l'Etat requérant»[697]. Par conséquent, l'extradition ne peut être accordée pour des fins exclusivement civiles ou administratives[698]. Si la poursuite vise une affaire pénale, l'Office fédéral de la justice doit ensuite examiner si le droit de l'Etat requérant permet de faire appel au juge[699]. Enfin, «[l]'octroi de la coopération judiciaire présuppose que l'Etat requérant soit compétent pour poursuivre les auteurs des infractions en cause. Autrement dit, l'acte qui motive la demande d'entraide doit relever de la compétence pénale de cet Etat. C'est à chaque Etat qu'il appartient de définir les limites de son pouvoir juridictionnel, tout en veillant à ne pas dépasser les limites assignées par le droit des gens»[700].

[697] ZIMMERMANN no 560, p. 557. Cf. aussi ATF 123 II 161 (entraide) et 118 Ib 457 (entraide).
[698] Pour que l'action pénale soit ouverte dans l'Etat requérant, une inculpation ou une accusation formelle n'est pas indispensable. Il suffit que dans l'Etat requérant une poursuite pénale soit exercée (arrêt non publié du TF P 1263/79 du 21.9.1979 consid. 2). Ainsi, une procédure judiciaire proprement dite n'est pas nécessaire et une enquête préliminaire suffit. L'entraide peut être accordée à une autorité non judiciaire, voire à une autorité administrative à condition qu'elle puisse aboutir au renvoi d'accusés devant un tribunal compétent pour connaître des infractions à raisons desquelles la coopération a été demandée (ATF 123 II 161 consid. 3a, p. 165 [entraide]).
[699] ATF 123 II 161 (entraide).
[700] MOREILLON, art. 1 EIMP, no 10 avec renvoi à l'ATF 126 II 212 consid. 6, pp. 213 et 214 (entraide).

b) Procédure à l'étranger (art. 2 EIMP)

Une demande d'extradition est irrecevable «s'il y a lieu d'admettre que la procédure à l'étranger: a. n'est pas conforme aux principes de procédure fixés par la [C]onvention européenne du 4 novembre 1950 de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, ou par le Pacte international du 16 décembre 1966 relatif aux droits civils et politiques; b. tend à poursuivre ou à punir une personne en raison de ses opinions politiques, de son appartenance à un groupe social déterminé, de sa race, de sa confession ou de sa nationalité; c. risque d'aggraver la situation de la personne poursuivie, pour l'une ou l'autre des raisons indiquées sous let[tre] b; ou d. présente d'autres défauts graves» (art. 2 EIMP).

L'article 2 EIMP «a pour but d'éviter que la Suisse ne prête son concours, [notamment par le biais de l'extradition], à des procédures qui ne garantiraient pas à la personne poursuivie un standard de protection minimal correspondant à celui offert par le droit des Etats démocratiques, défini en particulier par la CEDH ou le Pacte ONU II, ou qui heurteraient des normes reconnues comme appartenant à l'ordre public international»[701]. «La Suisse, elle-même, contreviendrait à ses obligations internationales en accordant délibérément l'extradition à un Etat où il existe des motifs sérieux de penser qu'un risque de traitement contraire à la CEDH ou au Pacte ONU II menace l'intéressé»[702].

Cette disposition «contient non seulement les droits fondamentaux indérogeables mais également d'autres garanties de procédure qui, intrinsèquement, ne pourront à elles seules faire échec à la demande d'entraide qu'en cas de violation caractérisée. Il s'agit du droit à un contrôle juridictionnel de la légalité de la détention (art. 5 CEDH) et du droit à ne pas subir de traitements inhumains ou dégradants (art. 3 CEDH). Quant au droit au respect de la vie privée et familiale (art. 8 CEDH), il doit être examiné avec grande réserve»[703]. Contrairement à ce que semble indiquer le titre de l'article 2 EIMP, cette disposition ne vise donc pas seulement les défauts de la procédure, mais aussi le danger de violation de règles matérielles[704]. De plus, l'article 2 EIMP «traite de la procédure et des garanties telles qu'elles sont accordées dans l'Etat requérant. Le juge suisse qui doit se prononcer sur la recevabilité de la demande se référera non pas à son propre ordre public national, mais devra porter un jugement de valeur sur le déroulement de la procédure à l'étranger»[705], sur les affaires internes de l'Etat requérant en particulier sur son régime politique et son système judiciaire, sur ses institutions, sur sa conception des droits fondamentaux et leur respect ainsi que sur l'indépendance et l'impartialité du pouvoir judiciaire[706].

L'article 2 EIMP tend à la protection de la personne poursuivie elle-même et non de tiers. Elle seule pourra alléguer de manière vraisemblable en quoi consistent les vices invoqués ainsi que leurs incidences concrètes sur sa propre situation. Ainsi, s'il s'avère que l'accusé est domicilié dans un Etat tiers non susceptible de l'extrader directement à

[701] ATF 125 II 356 consid. 8a, p. 364, 123 II 161 consid. 6a, pp. 166 et 167 (entraide), 122 II 140, 115 Ib 68 (entraide), 111 Ib 138, 109 Ib 64 et 108 Ib 408; MOREILLON, art 2 EIMP, no 2.
[702] ATF 123 II 161 consid. 6a, p. 167, et 121 II 296 consid. 3b, p. 299.
[703] MOREILLON, art. 2 EIMP, nos 4 et 5.
[704] SUMMERS no 8, p. 57; Arrêt de la CourEDH *Soering c. Royaume-Uni* du 7.7.1989, no 14038/88.
[705] MOREILLON, art. 2 EIMP, no 1.
[706] ATF 125 II 356 consid. 8a, p. 364 (entraide), et 123 II 161 consid. 6b, p. 167 (entraide).

l'Etat requérant, il n'est pas *a priori* touché de manière concrète par les défauts allégués[707].

L'article 2 EIMP contient un certain nombre de notions indéterminées qui ne permettent pas de saisir d'emblée toute sa portée. Nous allons les examiner dans les prochains paragraphes.

ba) Défauts de la procédure dans l'Etat requérant (art. 2 let. a EIMP)

L'article 2 lettre a EIMP réserve le cas où la procédure à l'étranger n'est pas conforme aux principes de procédure fixés dans la CEDH ou dans le Pacte ONU II. La Suisse elle-même contreviendrait à ses propres obligations internationales qui découlent de la ratification de ces instruments internationaux de protection des droits de l'homme en accordant l'extradition à un Etat où il existe des motifs sérieux de penser qu'un risque de traitement contraire à la CEDH ou au Pacte ONU II menace l'intéressé[708]. «D'un autre côté, la CEDH elle-même tend à assurer un juste équilibre entre l'intérêt général de la collectivité et les impératifs de la sauvegarde des droits fondamentaux, en tenant compte de l'intérêt à voir traduire en justice les délinquants présumés qui fuient à l'étranger et en évitant la création de havres de sécurité pour ces fugitifs qui saperaient les fondements de l'extradition»[709]. Une violation ou le risque de violation de la CEDH ou du Pacte ONU n'entraîne donc pas *de facto* le refus de l'extradition[710].

Une lecture de l'article 2 lettre a EIMP ne permet toutefois pas de saisir ce que recouvre exactement cette disposition. Nous aurons l'occasion d'y revenir au chiffre 9.3.6 ci-dessous. On peut déjà anticiper ce qui va y être dit en relevant que, dans la pratique, l'article 2 lettre a EIMP est interprété de manière plutôt restrictive. Seules des violations graves des droits de l'homme sont concernées de sorte que l'on s'en remet pour la correction d'erreurs de procédure aux autorités de recours de l'Etat requérant[711]. En résumé, «[l]a procédure pénale dans l'Etat requérant doit ainsi respecter les règles applicables en matière de détention et garantir un procès équitable»[712]. Sont donc concernés les standards minimums institués par la CEDH et le Pacte ONU II[713], à savoir notamment l'interdiction de la torture et des traitements cruels, inhumains ou dégradants (art. 3 CEDH et 7 Pacte ONU II)[714], le droit à la liberté et à la sûreté (art. 5 CEDH et 9 Pacte ONU II) et les garanties de procédure, dont le respect vaut pour toutes les parties au procès et pour tous les aspects du procès équitable tels que la durée raisonnable de la procédure, l'équité de la procédure, la séparation des fonctions de la poursuite et du jugement, l'indépendance et l'impartialité du juge de fond, l'égalité des armes, les droits d'être entendu, de recourir et de ne pas s'incriminer ou encore la présomption d'innocence[715].

---

[707] ATF 125 II 356 consid. 8b, p. 365 (entraide); arrêt du TF 1A.147/2002 du 12.9.2002 consid. 5.2.
[708] Arrêt du TPF RR.2007.99-111 du 10.9.2007 consid. 4.2; ZIMMERMANN no 223, pp. 227 et 228.
[709] Arrêt du TPF RR.2007.99-111 du 10.9.2007 consid. 4.2 citant l'arrêt de la CourEDH *Soering c. Royaume-Uni* du 7.7.1989, no 14038/88, par. 87.
[710] Arrêt du TPF RR.2007.99-111 du 10.9.2007 consid. 4.4.
[711] SUMMERS nos 12 et 13, p. 57; arrêt du TPF RR.2015.177 du 13.8.2015 consid. 5.2.
[712] ZIMMERMANN no 684, p. 703.
[713] ATF 111 Ib 138 consid. 4, p. 142.
[714] Arrêts du TPF RR.2013.229 du 16.10.2013 consid. 8.1 et RR.2009.163 du 22.7.2009 consid. 3.6.
[715] ZIMMERMANN nos 684 et 685, pp. 703 et 704.

Si l'on doit constater le risque d'une violation de la CEDH ou du Pacte ONU II, selon la gravité de l'atteinte, soit l'extradition est refusée, soit elle est accordée moyennant la fourniture de garanties appropriées par l'Etat requérant[716].

bb) Clause de non-discrimination (art. 2 let. b et c EIMP)

L'article 2 lettres b et c EIMP renferme le principe de non-discrimination[717] en disposant ce qui suit: «b. la demande de coopération en matière pénale est irrecevable s'il y a lieu d'admettre que la procédure à l'étranger tend à poursuivre ou à punir une personne en raison de ses opinions politiques, de son appartenance à un groupe social déterminé, de sa race, de sa confession ou de sa nationalité; c. ou risque d'aggraver la situation de la personne poursuivie pour l'une ou l'autre des raisons indiquées sous let[tre] b».

Les lettres b et c de l'article 2 EIMP visent deux hypothèses différentes bien qu'elles puissent se recouper[718]. L'hypothèse d'une procédure pénale lancée pour des motifs discriminatoires (art. 2 let. b EIMP) et l'hypothèse d'une procédure pénale légitime qui risque d'aggraver la situation de la personne en raison de ses opinions politiques, de son appartenance à un groupe social déterminé, de sa race, de sa confession ou de sa nationalité (art. 2 let. c EIMP).

L'article 2 lettres b et c EIMP est calqué sur l'article 3 paragraphe 2 CEExtr[719]. Ces deux normes s'inspirent directement de l'article 33 paragraphe 1 de la Convention de 1951[720]. L'extradition doit en effet être refusée, au regard de l'article 3 paragraphe 2 CEExtr, lorsque la personne recherchée remplit les conditions posées à la reconnaissance du statut de réfugié, laquelle dépend de critères analogues, rappelés à l'article 3 LAsi[721]. L'article 2 lettre c EIMP est toutefois libellé de manière différente de l'article 3 paragraphe 2 seconde phrase CEExtr, ce qui ne va pas sans poser quelques problèmes d'interprétation. En effet, si c'est à première vue la procédure engagée qui doit tendre à aggraver la situation de la personne en raison de ses opinions politiques, de son appartenance à un groupe social déterminé, de sa race, de sa confession ou de sa nationalité, la jurisprudence laisse entendre que la cause de cette aggravation ne se limite pas à la procédure pénale. Nous aurons l'occasion d'y revenir au chiffre 9.3.6.

---

[716] SUMMERS no 18, p. 60.
[717] ZIMMERMANN no 628, p. 636 et note de bas de page no 669 où il est indiqué que l'on désigne la clause de non-discrimination comme la «clause anglaise» parce qu'elle a été énoncée – pour la première fois, semble-t-il – à l'art. 5 du traité franco-anglais de 1876. On parle plus fréquement de clause de «discrimination», terme auquel Zimmermann préfère celui de clause de «non-discrimination», qui indique mieux son but d'éviter que la personne poursuivie dans l'Etat requérant y soit en butte à un traitement discriminatoire. Quant à Rouiller, il évoque dans ce contexte la notion de «protection élargie» du délit politique (pp. 40 à 46).
[718] SUMMERS no 22, p. 61.
[719] Message du CF FF 1976 II 430, 465.
[720] KÄLIN, pp. 241 et 248
[721] ATF 122 II 373 consid. 2d in fine, p. 381; Rouiller, pp. 42-45.

bc) Autres défauts graves (art. 2 let. d EIMP)

L'article 2 lettre d EIMP concerne d'autres hypothèses que celles visées aux lettres a à c[722]. Selon Summers, la lettre d contient l'ordre public suisse[723]. A notre avis, elle renvoie aussi à l'ordre public international[724]. L'article 2 lettre d EIMP permet à la Suisse de refuser sa coopération «lorsque la procédure à l'étranger présente d'autres défauts graves». Il s'agit d'une «clause générale et subsidiaire. Elle est générale en ce sens qu'elle vaut pour toutes les formes de coopération, et subsidiaire, parce qu'elle vise tous les motifs qui, sans justifier de manière spéciale l'exclusion de la coopération, pourraient d'une manière ou d'une autre vicier la procédure étrangère au point d'empêcher la Suisse d'y prêter la main. Le défaut doit être irrémédiable»[725] et doit concerner la procédure étrangère et non la procédure suisse. On peut évoquer par exemple le cas où les faits pour lesquels la demande est présentée seraient manifestement impunis dans l'Etat requérant[726], le cas où l'autorité requérante ne serait manifestement pas compétente[727] ou «celui où la personne poursuivie le serait sur la base d'une loi pénale rétroactive»[728]. Il faut que le cas soit limpide[729].

c) Nature de l'infraction (art. 3 EIMP)

L'article 3 alinéas 1 et 3 EIMP envisage plusieurs hypothèses d'irrecevabilité d'une demande de coopération tenant à la nature de l'infraction. L'alinéa 2 apporte des tempéraments à l'alinéa 1.

L'article 3 alinéa 1 EIMP dispose que «[l]a demande est irrecevable si la procédure vise un acte qui, selon les conceptions suisses revêt un caractère politique prépondérant, constitue une violation des obligations militaires ou d'obligations similaires ou paraît dirigé contre la défense nationale ou la puissance défensive de l'Etat requérant». Selon l'article 3 alinéa 3 EIMP, «[l]a demande est également irrecevable si elle vise un acte qui paraît tendre à diminuer des recettes fiscales ou contrevient à des mesures de politique monétaire, commerciale ou économique».

On peut d'emblée relever à la lecture de ces deux alinéas de l'article 3 EIMP que même s'ils prévoient des motifs obligatoires de refus, l'autorité dispose d'un pouvoir discrétionnaire pour décider d'accorder ou non l'extradition. En effet, c'est «... selon les conceptions suisses ...» que le juge de l'extradition apprécie si l'un des motifs énoncés s'oppose à l'extradition. En outre, cette disposition ne définit pas ce qu'il faut entendre par délit politique.

---

[722] ATF 115 Ib 68 consid. 5a, p. 87 (entraide).
[723] SUMMERS no 29, p. 62.
[724] Dans un arrêt du 25.11.2015 (RR.2015.287 + RP.2015.70), le TPF laisse entendre que la let. d ne renferme pas uniquement l'ordre public suisse: «Die Schweiz prüft die Auslieferungsvoraussetzungen des EAUe auch im Lichte ihrer grundrechtlichen völkerrechtlichen Verpflichtungen. Einem Ersuchen wird nicht entsprochen, wenn Gründe für die Annahme bestehen, dass das ausländische Verfahren den Grundsätzen der EMRK oder des UNO-Pakt II nicht entspricht oder andere schwere Mängel aufweist (Art. 2 Abs. 1 lit. a und d IRSG)» (consid. 4.2).
[725] ZIMMERMANN no 692, p. 712; arrêt du TPF RR.2009.309 + RP.2009.45 du 16.3.2010 consid. 5.2
[726] Arrêt du TPF RR.2009.309 + RP.2009.45 du 16.3.2010 consid. 5.2.
[727] SUMMERS no 29, p. 62.
[728] ZIMMERMANN no 692, p. 713; Arrêt du TPF RR.2009.309 + RP.2009.45 du 16.3.2010 consid. 5.2. Cf. aussi ATF 113 Ib 257 (entraide).
[729] ZIMMERMANN no 692, p. 713.

Nous allons reprendre aux lettres suivantes ces différents motifs d'inadmissibilité.

ca) Nature politique (art. 3 al. 1 et 2 EIMP)

L'article 3 alinéa 1 EIMP énonce comme premier motif d'inadmissibilité la nature politique ou le caractère politique prépondérant de l'acte visé par la procédure. Nous aurons l'occasion de revenir de manière plus approfondie sur la notion de délit politique au chapitre 11. Ce que l'on peut déjà dire ici c'est que l'extradition est refusée si l'infraction est de nature politique (délit politique absolu) ou s'il s'agit d'un délit de droit commun qui a été commis pour des motifs politiques (délit politique relatif ou délit politique connexe). L'alinéa 2 lettres a à d de l'article 3 EIMP apporte toutefois plusieurs tempéraments au caractère politique de l'acte. Ainsi, «[l]'allégué selon lequel l'acte revêt un caractère politique n'est recevable en aucun cas si a. l'acte est un génocide; b. l'acte est un crime contre l'humanité; c. l'acte est un crime de guerre; d. l'acte semble particulièrement répréhensible du fait que l'auteur, en vue d'exercer une contrainte ou une extorsion, a mis en danger ou a menacé de mettre en danger la vie et l'intégrité corporelle de personnes, notamment par un détournement d'avion, par l'utilisation de moyens d'extermination massifs, par le déclenchement d'une catastrophe ou par une prise d'otage».

cb) Nature militaire ou caractère analogue (art. 3 al. 1 EIMP)

Selon l'article 3 alinéa 1 EIMP, «la demande[, notamment d'extradition,] est irrecevable si la procédure vise un acte qui, selon les conceptions suisses, (...) constitue une violation des obligations militaires ou d'obligations similaires, ou paraît dirigé contre la défense nationale ou la puissance défensive de l'Etat requérant».

Selon Zimmermann, «[p]ar délits militaires, on entend exclusivement ceux commis par des agents des forces armées et dirigés contre des biens militaires. Entrent ainsi dans cette catégorie notamment la désertion, l'insoumission, la mutinerie, la trahison et la fuite devant l'ennemi»[730]. L'extradition sera donc refusée indépendamment de la question de savoir si la personne risque un traitement discriminatoire ou si la peine infligée constitue un *polit malus*.

Au chiffre 7.4 ci-dessus, on a eu l'occasion de voir que les déserteurs et les réfracataires ne sont pas considérés comme des réfugiés à moins que les requérants d'asile n'allèguent des motifs pertinents sous l'angle du droit d'asile[731]. On trouve dans la jurisprudence en matière d'extradition un exemple où le Tribunal pénal fédéral semble avoir adopté les critères appliqués en matière d'asile pour assimiler la désertion à un délit politique. Il s'agit d'un arrêt du 22 novembre 2012 dans lequel ledit Tribunal s'est penché sur le cas d'une personne qui prétendait que la poursuite pour lésions corporelles aurait en fait été lancée contre elle pour la punir d'avoir déserté l'armée. Pour le tribunal, si la désertion n'est pas un délit politique, elle peut avoir selon les circonstances un caractère politique prépondérant lorsqu'elle constitue une forme de résistance contre

[730] ZIMMERMANN no 631, p. 640.
[731] Message du CF du 26.5.2010 concernant la modification de la loi sur l'asile, FF 2010 4035, 4066.

une guerre injuste et de la sorte peut également se traduire comme un acte contre la puissance d'un Etat[732]. Cet arrêt est critiqué par Zimmermann qui considère que le Tribunal pénal fédéral est allé trop loin dans son interprétation du délit politique[733]. L'opinion de Zimmermann ne peut être partagée. On ne peut en effet reprocher au Tribunal pénal fédéral d'avoir repris à son compte la pratique en vigueur en matière d'asile pour examiner les cas des déserteurs. Force est toutefois de constater que si l'extradition avait été demandée pour désertion, elle aurait été refusée indépendamment des motifs pour lesquels la personne était véritablement recherchée car il s'agit d'un délit militaire.

cc) Nature fiscale, monétaire, commerciale ou économique (art. 3 al. 3 EIMP)

Selon l'article 3 alinéa 3 EIMP, «[l]a demande [d'extradition] est irrecevable si la procédure vise un acte qui paraît tendre à diminuer des recettes fiscales ou contrevient à des mesures de politique monétaire, commerciale ou économique. Toutefois, il peut être donné suite: a. à une demande d'entraide au sens de la troisième partie de la présente loi si la procédure vise une escroquerie en matière fiscale; b. à une demande d'entraide au sens de toutes les parties de la présente loi si la procédure vise une escroquerie fiscale qualifiée au sens de l'[article 14 alinéa 4] de la loi fédérale du 22 mars 1974 sur le droit pénal administratif [DPA[734]]».

Avant l'entrée en en vigueur de la Convention d'application du 19 juin 1990 de l'Accord de Schengen du 14 juin 1985 entre les gouvernements des Etats de l'Union économique Benelux, de la République fédérale d'Allemagne et de la République française relatif à la suppression graduelle des contrôles aux frontières communes [CAAS][735] et de l'article 3 alinéa 3 EIMP, l'extradition ne pouvait être accordée pour les délits fiscaux. Désormais, si l'extradition ne peut être accordée pour la soustraction fiscale, elle est par contre possible pour les délits en matière de fiscalité indirecte, comme le non-paiement ou le remboursement indû de la taxe sur la valeur ajoutée, ou en cas d'escroquerie fiscale qualifiée (art. 14 al. 4 DPA), ce qui réduit la portée de cette disposition aux délits en matière de fiscalité directe. En dehors de ces hypothèses, le critère décisif, selon la jurisprudence pour distinguer le délit en matière de fiscalité directe du délit de droit commun est l'obtention indue d'une prestation à la charge du fisc[736].

---

[732] Arrêt du TPF RR.2012.15 + RP.2012.5 du 22.11.2012 consid. 4.3.
[733] ZIMMERMANN no 619, p. 629
[734] RS 313.0. L'art. 14 al. 4 DPA est libellé comme suit: «[c]elui qui, par métier ou avec le concours de tiers, se sera procuré ou aura procuré à un tiers un avantage illicite particulièrement important ou aura porté atteinte de façon particulièrement importante aux intérêts pécuniaires ou à d'autres droits des pouvoirs publics en commettant une infraction au sens des [alinéas] 1 ou 2 dans les domaines des contributions ou des douanes, sera puni d'une peine privative de liberté de cinq ans au plus ou d'une peine pécuniaire. En cas de peine privative de liberté, une peine pécuniaire est également prononcée». Cette disposition opère un renvoi aux al. 1 et 2 de l'art. 14 DPA dont le contenu est le suivant: «1 [c]elui qui aura astucieusement induit en erreur l'administration, une autre autorité ou un tiers par des affirmations fallacieuses ou par la dissimulation de faits vrais ou les aura astucieusement confortés dans leur erreur, et aura de la sorte, pour lui-même ou pour un tiers, obtenu sans droit une concession, une autorisation, un contingent, un subside, le remboursement de contributions ou une autre prestation des pouvoirs publics ou aura évité le retrait d'une concession, d'une autorisation ou d'un contingent, sera puni de l'emprisonnement ou de l'amende. 2 Lorsque l'attitude astucieuse de l'auteur aura eu pour effet de soustraire aux pouvoirs publics un montant important représentant une contribution, un subside ou une autre prestation, ou de porter atteinte d'une autre manière à leurs intérêts pécuniaires, la peine sera l'emprisonnement pour un an au plus ou l'amende jusqu'à concurrence de 30 000 francs».
[735] Journal officiel de l'UE n° L 239 du 22/09/2000 p. 0019 - 0062.
[736] ZIMMERMANN no 632, p. 642; arrêt du TPF RR.2008.275/RP.2008.50 du 5.2.2009 consid. 2.2: «En droit suisse, celui qui, sur la base de documents faux, falsifiés ou au contenu inexact, trompe les autorités fiscales sur des faits déterminants

L'article 3 alinéa 3 EIMP ne précise pas ce qu'il faut entendre exactement par «... acte qui paraît tendre à diminuer des recettes fiscales ...». C'est donc en fonction des conceptions suisses que l'on va retenir l'existence ou non d'un délit fiscal[737]. Une certaine marge de manoeuvre est ainsi laissée au juge de l'extradition.

Par acte qui contrevient à des mesures de politique monétaire, commerciale ou économique, on vise les infractions aux «prescriptions restreignant le libre trafic des paiements et les dispositions de type protectionniste limitant l'importation, l'exportation et le transit de certaines marchandises»[738].

d) Cas de peu d'importance (art. 4 EIMP)

Selon l'article 4 EIMP, «la demande[, notamment d'extradition,] est rejetée si l'importance des faits ne justifie pas la procédure».

L'article 4 EIMP constitue une application du principe de la proportionnalité (art. 5 al. 2 Cst.). Cette disposition «vise avant tout les bagatelles, mais aussi les cas dans lesquels l'octroi de la coopération représenterait une mesure excessivement dure pour la personne visée et une charge disproportionnée pour l'administration — par exemple si l'extradition est demandée pour l'exécution d'une très courte peine»[739]. La CEExtr ne contient aucune disposition analogue à l'article 4 EIMP. L'article 2 CEExtr exige simplement que les faits soient passibles dans les deux Etats d'un an au moins de privation de liberté. La CEExtr tient donc précisément compte du principe de la proportionnalité en imposant un seuil minimum de peine. «En dehors de cette hypothèse, on ne saurait parler de cas "bagatelle" ni appliquer l'article 4 EIMP pour refuser l'extradition»[740]. Le droit conventionnel, qui doit prévaloir, n'autorise pas l'Etat requis à examiner librement s'il s'agit ou non d'un cas bagatelle. Seule est déterminante l'importance des peines susceptibles d'être prononcées[741].

---

pour la taxation fiscale, dans le dessein d'obtenir une taxation fiscale inexacte qui lui est favorable ou un remboursement indû – comme par exemple la taxe sur la valeur ajoutée – doit être jugé à la lumière du droit pénal fiscal (escroquerie fiscale aux sens des art. 14 al. 2 DPA, 24 al. 1 OEIMP, 3 al. 3 EIMP [...]. En revanche, celui qui, de son propre gré, prend la décision d'obtenir un enrichissement illégitime pour lui-même ou des tiers, et induit les autorités en erreur en faisant valoir de manière astucieuse des prétentions fictives de remboursement fiscaux de personnes existantes ou inventées et qui, au moyen de titres faux ou vrais, en obtient le paiement effectif, commet une escroquerie de droit commun au sens de l'art. 146 al. 1 CP au préjudice de la communauté concernée».

[737] ATF 107 Ib 264 consid. 4a, p. 270.

[738] ZIMMERMANN no 633, p. 643.

[739] ZIMMERMANN no 655, p. 669; arrêt du TPF BH.2006.33 du 11.1.2007 consid. 4.3.

[740] Arrêt du TF 1A.247/2004 du 25.11.2004 consid. 2.2.

[741] Arrêt du TF 1A.59/2000 du 10.3.2000 consid. 2a. Pour le Conseil fédéral, l'art. 4 EIMP doit garantir le respect du principe de la proportionnalité en matière d'atteintes aux libertés individuelles (FF 1976 II 430, p. 447). En ce qui concerne l'extradition d'une personne en vue de l'exécution d'une peine ou d'une mesure de sûreté déjà prononcée, la CEExtr se fonde sur la sanction infligée. Elle doit être d'au moins quatre mois (art. 2 par. 1 CEExtr). Pour sa part, l'EIMP est muette sur ce point. Le Message du Conseil fédéral précise que l'extradition «ne semble plus conforme au principe de la proportionnalité, lorsqu'elle est demandée en vue de l'exécution d'une peine privative de liberté dont *il ne reste à accomplir* qu'une durée inférieure à trois mois. [Pour le Conseil fédéral, t]el doit être le critère décisif et non pas, comme d'après la [CEExtr], l'étendue de la sanction *prononcée*». (FF 1976 II 430, p. 447 ; ATF 112 Ib 59; MOREILLON, art. 4, no 4, p. 182; ZIMMERMANN no 655, p. 669). La jurisprudence s'en tient toutefois, en cas d'application de la CEExtr, à la règle selon laquelle c'est la peine prononcée qui doit être d'au moins quatre mois et non le solde de peine (arrêt du TPF RR.2009.169 + 135 / RP.2009.15 + 17 du 22.1.2010).

e) Extinction de l'action (art. 5 EIMP)

L'article 5 alinéa 1 lettres a et b EIMP dispose ce qui suit: «1. la demande [d'extradition] est irrecevable, a. si en Suisse ou dans l'Etat où l'infraction a été commise, le juge: 1 a prononcé, statuant au fond, un acquittement ou un non-lieu, ou 2 a renoncé à infliger une sanction ou s'est abstenu provisoirement de la prononcer; b. si la sanction a été exécutée ou ne peut l'être selon le droit de l'Etat qui a statué». On vise ici le cas du «*ne bis in idem*» qui est un motif s'opposant à l'extradition. Cette règle «est parfois inscrite dans les traités (...). Elle est toutefois jugée si importante qu'elle s'applique même si le traité n'en souffle mot»[742]. L'article 5 alinéa 1 lettre b EIMP pourrait également viser l'amnistie prononcée dans l'Etat requérant[743].

Quant à l'article 5 alinéa 1 lettre c EIMP, il dispose que «la demande est irrecevable si l'exécution de la demande implique des mesures de contrainte et que la prescription absolue empêche en droit suisse d'ouvrir une action pénale ou d'exécuter une sanction». On vise ici la prescription absolue comme motif de refus de l'extradition. Les délais de prescription se mesurent au jour où l'autorité suisse prend des mesures de contrainte pour l'exécution de la demande[744]. Selon Zimmermann, «[l]a prescription ne ressortit pas à l'ordre public international»[745].

f) Nationalité suisse (art. 25 al. 1 Cst. et 7 EIMP)

Selon l'article 25 alinéa 1 Cst., «les Suisses et les Suissesses ne peuvent être expulsés du pays; ils ne peuvent être remis à une autorité étrangère que s'ils y consentent». L'article 7 alinéa 1 EIMP est un rappel de cette interdiction en précisant la forme du consentement et la possibilité de le révoquer: «aucun citoyen suisse ne peut être extradé ou remis sans son consentement écrit à un Etat étranger pour y faire l'objet d'une poursuite pénale ou d'une mesure d'exécution. Le consentement est révocable tant que la remise n'a pas été ordonnée». Cette disposition s'oppose uniquement à l'extradition d'un ressortissant suisse[746].

La raison d'être des articles 25 alinéa 1 Cst. et 7 alinéa 1 EIMP s'explique par l'idée que dans «la conception classique, l'Etat répugne à remettre à un autre Etat, pour y être jugé ou y purger sa peine, l'un de ses ressortissants dont il craint qu'il puisse être discriminé à raison même de sa nationalité ou parce qu'il ne parle pas la langue du procès intenté contre lui à l'étranger»[747].

---

[742] ZIMMERMANN no 663, p. 674; D'AUMERIES, p. 218.
[743] ZIMMERMANN no 679, p. 697. Cf. aussi art. 9 CEExtr. en relation avec l'art. 2 par. 2 let. b ii) PA I CEExtr.et art. 4 PA II CEExtr.; cf. en outre arrêt du TPF RR.2013.212 du 19.11.2013 consid. 4.1.3 et 4.1.4.
[744] Arrêt du TPF RR.2015.304 + RR.2016.31 + RP.2016.3 + RP.2016.8 du 23.5.2016 c. 6.1.
[745] ZIMMERMANN no 671, p. 687.
[746] FIOLKA, Art. 7 IRSG, no 17, p. 159.
[747] ZIMMERMANN no 701, p. 727.

g) Innocence (alibi; art. 47 al. 1 let. b et 53 EIMP)

Il n'appartient pas à l'Office fédéral de la justice de rechercher si la personne est innocente ni non plus d'examiner sa culpabilité, mais seulement d'examiner les questions essentielles du droit extraditionnel (nationalité, double punissabilité, existence d'un délit fiscal ou politique, prescription ou juridiction suisse). L'Office fédéral de la justice est lié par l'exposé des faits et n'a donc pas à examiner si ce dernier est exact ou de procéder à un examen des preuves, vu que l'Etat requérant n'a pas à les produire, pour autant que la description de faits ne comporte pas de lacunes, de contradictions ou d'erreurs manifestes, si les faits n'existent manifestement pas ou qu'il est certainement exclu de mettre à la charge de l'individu les faits constitutifs d'une infraction retenue contre lui[748]. C'est, en effet, au juge du fond étranger et non au juge de l'extradition qu'il appartient de se prononcer sur la culpabilité de la personne visée par la demande d'extradition. Cette règle ne souffre d'exceptions que s'il s'agit de s'assurer que l'individu arrêté est bien la personne recherchée ou de vérifier l'existence d'un alibi invoqué par la personne poursuivie[749].

Le droit suisse prévoit la possibilité pour l'individu de faire valoir la preuve de l'alibi. Le terme alibi est mentionné aux articles 47, alinéa 1 lettre b, et 53 EIMP. Il ne peut pas être étendu à toute preuve de l'innocence de la personne poursuivie, mais doit être comprise dans son sens littéral, c'est-à-dire comme la preuve évidente, univoque et immédiate que la personne poursuivie ne se trouvait pas sur les lieux de l'infraction au moment de sa commission[750] ou qu'il y a erreur sur la personne. En d'autres termes, le fait allégué comme alibi doit conduire inéluctablement à ce que la personne soit reconnue innocente dans l'Etat requérant et remise en liberté, ce qui justifie le rejet de la demande d'extradition. La preuve de l'alibi n'implique pas une procédure de preuves dans chaque cas[751]. «Si le fait invoqué n'est pas clair, l'Office fédéral [de la justice]» communique les preuves à décharge à l'Etat requérant et l'invite à se prononcer à bref délai sur le maintien de la demande» (art. 53 EIMP)[752]. L'alibi allégué partiel ne peut être pris en considération[753]. Une version des faits différente de celle décrite dans la demande ou de simples arguments à décharge ne peuvent être pris en considération à ce titre. Néanmoins, la preuve d'une erreur sur la personne détenue peut être assimilée à un alibi et rendrait abusive, donc contraire au droit fédéral, la détention extraditionnelle[754].

Même si l'alibi n'est pas prévu par la CEExtr comme motif de refus de l'extradition et peut ainsi se trouver en contradiction avec l'obligation d'extrader découlant de son article 1er, la CEExtr n'interdit pas à l'Etat requis de vérifier un alibi et de contrôler de manière plus générale les preuves d'innocence fournies par l'extradable. D'autre part, si ce dernier produit un alibi, l'Etat requis peut en déduire que le mandat d'arrêt étranger et son exposé des faits contiennent une erreur et qu'il n'est plus lié par ces documents.

---

[748] Arrêts non publiés du TF 1A.238/1998 du 10.2.1999 consid. 3a et 1A.50/1991 du 9.8.1991 consid. 4; arrêt du TF P 337/82 consid. 4 non publié à l'ATF108 Ib 408.
[749] ATF 111 Ib 138 consid. 3, p. 141.
[750] ATF 113 Ib 276 consid. 3c, p. 283; arrêt du TPF RR.2007.173 du 19.11.2007 consid. 4.1; arrêts du TF 1A.280/2003 du 25.2.2004 consid. 1.2 et 1A.242/2003 du 2.12.2003 consid. 3.2; arrêt non publié 1A.30/1999 du 4.3.1999 consid. 3b.
[751] Arrêt non publié du TF A 129/85 du 15.5.1985 consid. 2e.
[752] ZIMMERMANN no 674, p. 692; arrêt du TPF RR.2014.30 + RP.2014.4 du 21.3.2014 consid. 3.1.
[753] ATF 123 II 279 consid. 2b p. 282 et arrêt du TF 1A.242/2003 du 2.12.2003 consid. 3.2.
[754] Arrêt non publié du TF G.32/1994 du 24.6.1994.

Dès lors, si l'alibi est évident et univoque, l'extradition doit être refusée en vertu déjà du principe général du droit extraditionnel qui veut que l'on évite une poursuite pénale injustifiée envers une personne manifestement innocente[755]. L'alibi n'a pas à être vérifié lorsque, par exemple, l'extradition de la personne réclamée a déjà été accordée pour d'autres faits[756].

h) Jugement par défaut (art. 37 al. 2 EIMP)

En vertu de l'article 37 alinéa 2 EIMP, «l'extradition est refusée si la demande se fonde sur une sanction prononcée par défaut et que la procédure de jugement n'a pas satisfait aux droits minimums de la défense reconnus à toute personne accusée d'une infraction, à moins que l'Etat requérant ne donne des assurances jugées suffisantes pour garantir à la personne poursuivie le droit à une nouvelle procédure de jugement qui sauvegarde les droits de la défense». L'article 37 alinéa 2 EIMP est directement inspiré de l'article 3 du Deuxième Protocole additionnel à la Convention européenne d'extradition du 17 mars 1978 (PAII CEExtr) [757]. Ces deux dispositions ont donc une teneur identique. Elles fixent les conditions pour l'extradition d'un condamné par défaut en imposant notamment le respect des droits de la défense[758]. Le droit d'être jugé en sa présence est un élément du droit au procès équitable, tel qu'il découle notamment de l'[article 29 alinéa 1 Cst.], ainsi que des [articles 6 CEDH et 14 paragraphe 3 lettre d Pacte ONU II]. Ces dispositions n'excluent pas la possibilité de juger l'accusé en son absence, pour autant que les droits minimums de la défense soient respectés. Cela implique notamment que l'accusé ait été cité régulièrement à comparaître et qu'il puisse, sous certaines conditions et selon des modalités à définir, obtenir le droit d'être rejugé»[759].

i) Tribunal d'exception (art. 38 al. 1 let. c EIMP et réserve de la Suisse à l'art. 1er CEExtr)

En vertu de l'article 38 alinéa 1 lettre c EIMP, «[l]a personne poursuivie ne peut être extradée à l'Etat requérant [qu'à la condition] qu'aucun tribunal d'exception ne puisse être saisi». Cette interdiction a pour fondement de soustraire l'intéressé à un tribunal d'exception. Le Conseil fédéral a fait une déclaration dans le cadre de l'article 1er CEExtr élargissant de la sorte les hypothèses de refus de l'extradition aux cas où la personne risque d'être déférée à un tribunal d'exception ou doit purger une peine prononcée par un tel tribunal[760].

La notion de tribunal d'exception est interprétée de façon restrictive par la jurisprudence. «Par tribunal d'exception, on entend celui établi en dehors des procédures constitutionnelles applicables, en vue de statuer dans un ou plusieurs cas concrets [voire un seul], constitué généralement après la commission des faits et qui dispose du pouvoir d'infliger des peines excédant celles du droit pénal commun de l'Etat considéré. Un

[755] ATF 113 Ib 276 (A 481/1986 du 28.1.1987) consid. 3c, p. 283.
[756] Arrêt du TPF RR.2007.28 du 21.3.2007 consid. 2.2.1; arrêt non publié du TF 1A.230/1999 du 2.11.1999.
[757] RS 0.353.12.
[758] FF 1995 III 1, p. 20.
[759] ZIMMERMANN no 688, pp. 707 et 708.
[760] Cf. aussi ZIMMERMANN no 686, p. 706; ATF 99 Ia 547 consid. 1b p. 552. L'art. 30 al. 1, 2ème phrase, Cst. interdit également les tribunaux d'exception.

tribunal spécial mais légalement voire constitutionnellement investi du pouvoir de connaître certaines infractions, dont les auteurs revêtent certaines qualités, ne peut être qualifié de tribunal d'exception»[761].

j) Traitement portant atteinte à l'intégrité corporelle (art. 37 al. 3 EIMP et déclaration de la Suisse à l'art. 11 CEExtr)

L'extradition est refusée si la personne sera soumise à un traitement portant atteinte à son intégrité corporelle, à moins que l'Etat requérant ne donne la garantie qu'elle n'y sera pas soumise (art. 37 al. 3 EIMP). Le refus d'extrader si l'Etat requérant ne donne pas la garantie demandée correspond au point de vue exprimé par notre pays lors de la ratification de plusieurs instruments multilatéraux dont la CEDH (cf. art. 3), le Protocole no 6 à la CEDH (cf. art. 1) et le Pacte ONU II (cf. art. 6, al. 2, et 7)[762].

La Suisse a également fait une déclaration dans le cadre de l'article 11 CEExtr[763] (peine capitale) en se réservant «le droit d'appliquer l'[article] 11 CEExtr, par analogie, également dans les cas où le droit de la partie requérante prévoit que le prévenu peut, à raison du fait donnant lieu à l'extradition, être astreint à subir une peine portant atteinte à son intégrité corporelle ou être soumis contre son gré à une mesure de cette nature». L'article 37 alinéa 3 EIMP et la déclaration de la Suisse à l'article 11 CEExtr visent deux hypothèses. Celle où le traitement infligé est une sanction prévue légalement (peine corporelle) et celle où le traitement est illégal. Dans les deux cas l'extradition est refusée à moins que l'Etat requérant ne fournisse la garantie qu'un tel traitement ne sera pas infligé.

k) Peine de mort (art. 37 al. 3 EIMP)

L'extradition est également refusée si la personne risque la peine de mort ou a été condamnée à une telle peine ou que celle-ci sera exécutée, à moins que l'Etat requérant ne donne la garantie qu'une telle sanction ne sera ni requise, ni prononcée, ni appliquée (art. 37 al. 3 EIMP).

l) Respect de la vie privée et motifs humanitaires (art. 8 CEDH)

Le respect de la vie privée et les motifs humanitaires ne font en principe pas obstacle à une extradition. La CEDH et la Cst. n'octroient aucun droit à l'individu de ne pas être extradé ou renvoyé pour ces motifs. De même, ni la CEExtr, ni l'EIMP ne prévoient de motifs de refuser l'extradition basés sur le respect de la vie privée et les motifs humanitaires notamment si la personne recherchée est malade, si son état de santé

[761] ZIMMERMANN no 687, pp. 706 et 707; ATF 108 Ib 408 consid. 7, p. 409 et 99 Ia 547 consid. 1b, p. 552. Cf. aussi GARRÉ no 9, p. 432.
[762] Message du CF FF 1995 III 1, p. 21.
[763] L'art. 11 CEExtr est ainsi libellé: «[s]i le fait à raison duquel l'extradition est demandée, est puni de la peine capitale par la loi de la Partie requérante et que, dans ce cas, cette peine n'est pas prévue par la législation de la Partie requise, ou n'y est généralement pas exécutée, l'extradition pourra n'être accordée qu'à la condition que la Partie requérante donne des assurances jugées suffisantes par la Partie requise, que la peine capitale ne sera pas exécutée».

nécessite un traitement médical ou en raison de son âge avancé. Cette approche est confirmée par une jurisprudence constante[764].

L'absence dans une loi ou un instrument international de motifs de refus tenant à la vie privée et aux motifs humanitaires ne signifie toutefois pas que le juge de l'extradition pourra faire fi du risque d'une atteinte au droit à la protection de la sphère familiale ou à l'état de santé de l'extradable en cas d'extradition. L'article 8 CEDH pourra ainsi à certaines conditions s'opposer à une extradition.

Selon l'article 8 CEDH, «1. [t]oute personne a droit au respect de sa vie privée et familiale, de son domicile et de sa correspondance. 2. Il ne peut y avoir ingérence d'une autorité publique dans l'exercice de ce droit que si cette ingérence est prévue par la loi et qu'elle constitue une mesure qui, dans une société démocratique, est nécessaire à la sécurité nationale, à la sûreté publique, au bien-être économique du pays, à la défense de l'ordre et à la prévention des infractions pénales, à la protection de la santé ou de la morale, ou à la protection des droits et libertés d'autrui».

Selon Besson et Kleber, «[l]a notion de vie privée couvre l'intégrité physique et morale d'une personne mais aussi la sphère intime des relations personnelles et le droit d'établir et d'entretenir des relations avec d'autres êtres humains. La vie privée est donc une notion plus large que celle de vie familiale»[765].

On déduit de l'article 8 CEDH qu'une atteinte au droit à la protection de la vie privée en tant que mesure de lutte contre la criminalité est justifiée (art. 8 ch. 2 CEDH). La CEDH ne confère pas de droit à ne pas être extradé[766]. Il en irait différemment si le danger existe que la mesure provoque la rupture directe des liens familiaux violant ainsi l'article 8 CEDH. En outre, un mauvais état de santé ou des conditions familiales extraordinaires peuvent exceptionnellement ou provisoirement constituer un obstacle à l'extradition en application de l'article 3 CEDH respectivement de l'article 8 CEDH[767]. Mais même lorsque l'individu présente un état de santé — par exemple psychique — préoccupant, cela n'entraîne pas *de facto* le refus de l'extradition. Il suffit que dans sa décision l'Office fédéral de la justice en tienne compte et s'engage à attirer l'attention des autorités étrangères sur cet aspect et les prie de prendre toutes les mesures requises[768]. En effet, il appartient à l'Etat requérant de déterminer les mesures à prendre en fonction des circonstances du cas (peine encore à purger, modalités de détention compatibles avec les soins que le recourant est en droit de recevoir[769] ou troubles dont souffre le recourant conciliables avec toute forme de détention, questions qui ressortissent au juge

[764] Arrêts du TPF RR.2010.126 du 1.9.2010 et RR.2010.2 du 5.2.2010. Certains Etats, à l'instar de la France, ont toutefois émis des réserves pour exclure l'extradition si la remise est susceptible d'avoir des conséquences d'une gravité exceptionnelle pour la personne réclamée, notamment en raison de son âge ou de son état de santé. Si l'Etat qui a formulé de telles réserves demande l'extradition à la Suisse, cette dernière, «comme Etat requis, peut opposer à l'Etat requérant les réserves qu'il a faites, alors même que la Suisse n'en aurait pas formulé d'analogues et se montrerait sur ce point plus favorable à l'extradition. [Mais] cela ne signifie pas que la Suisse comme Etat requis ne coopérerait avec l'Etat requérant que dans la même mesure que celui-ci serait disposé à prêter sa propre collaboration. L'Etat requis dispose en effet d'une marge d'appréciation à cet égard et le jeu des réserves ne doit pas conduire les Etats à ne s'entraider que dans la mesure de la réciprocité» (arrêt du TF 1A.262/2004 du 7.12.2004 consid. 4.1).
[765] BESSON/KLEBER, art. 8 CEDH, no 5, p. 32.
[766] ATF 117 Ib 210 consid. 3b) cc) p. 215. Dans sa thèse, de Courten considère que l'art. 8 CEDH, qui garantit le regroupement, familial, doit constituer un obstacle à l'extradition (p. 377).
[767] Arrêt du TF 1A.265/2003 du 29.1.2004 consid. 3.1.
[768] Cf. p. ex. arrêt du TF 1C_234/2016 du 24.5.2016 consid. 1.3.
[769] Arrêt du TF 1A.262/2004 du 7.12.2004 consid. 4.

du fond)[770]. Néanmoins, le Tribunal pénal fédéral considère que l'extradition doit être refusée s'il existe des motifs sérieux de croire que l'extradable sera détenu sans traitement médical adéquat d'une manière telle que sa santé ou sa vie serait gravement en danger, ce qui constituerait un traitement inhumain au sens de l'article 3 CEDH[771]. Le Tribunal pénal fédéral avait ainsi été amené à refuser une extradition en raison notamment de l'état de santé de l'extradable[772]. Récemment le Tribunal pénal fédéral a admis un recours et renvoyé l'affaire à l'Office fédéral de la justice pour nouvelle décision au motif que ledit Office n'avait pas examiné d'office la capacité de l'extradable à subir une détention. Pour le Tribunal pénal fédéral, une personne est incapable de subir la détention si celle-ci peut mettre en danger sa vie ou sa santé. L'Office fédéral de la justice aurait dû clarifier d'office et de manière complète, en confiant cette tâche à une personne disposant de compétences idoines, si l'état de santé du recourant faisait ou non obstacle à une extradition[773]. L'extradition reste néanmoins toujours possible moyennant fourniture de garanties jugées suffisantes pour éviter une mise en danger pour la santé, par exemple en permettant à la personne d'accéder à des soins médicaux suffisants[774].

Il n'existe véritablement qu'un seul cas dans la jurisprudence suisse où l'extradition a été refusée en raison uniquement de la situation familiale exceptionnelle de l'extradable. Le Tribunal fédéral s'était basé sur la Convention du 21 mars 1983 sur le transfèrement des personnes condamnées[775] et sur l'article 8 CEDH pour permettre à l'individu concerné de purger la peine infligée et se réinsérer en Suisse. Dans cet arrêt, le Tribunal fédéral, tout en soulignant les circonstances exceptionnelles du cas et en particulier de la situation familiale de l'intéressé (invalidité et idées suicidaires de la compagne, enfants en bas âge), avait procédé à une pesée des intérêts en présence et considéré que l'extradition du recourant n'apparaissait pas comme «"nécessaire" dans une société démocratique, parce qu'elle ne répondrait manifestement pas "au besoin social impérieux" exigé par la jurisprudence européenne au titre de cette nécessité»[776]. Le Tribunal fédéral «a toutefois eu l'occasion, dans une cause ultérieure, de préciser qu'un tel refus était tout à fait exceptionnel et n'entrait pas en ligne de compte dans d'autres circonstances (...). Ainsi, la jurisprudence affirme qu'un tel cas exceptionnel n'intervient qu'en présence de circonstances de fait inhabituelles relevant de relations familiales particulières»[777].

[770] Arrêts du TF 1A.139/2005 du 15.6.2005 consid. 3.2 et 1A.112/1998 du 19.6.1998 consid. 4.
[771] Arrêt du TPF RR.2014.296 du 11.2.2015 consid. 7.6.
[772] TPF 2008 24 (RR.2008.18 + 33 du 20.3.2008; affaire W., ch. 3.3.2, let. a).
[773] Arrêt du TPF RR.2015.231 + RR.2015.213 + RP.2015.42 du 26.1.2016 consid. 6. On peut se demander si cet arrêt constitue un revirement de la jurisprudence ou s'explique uniquement par la spécificité du cas. En effet, dans cette affaire, le TPF avait relevé que la Russie avait fait une réserve à l'art. 1er CEExtr pour refuser l'extradition pour des motifs humanitaires. Aux yeux du TPF, la capacité de subir la détention, autrement dit, l'état de santé de la personne, constituait dès lors une condition à l'extradition avec pour conséquence que l'OFJ aurait dû examiner d'office si l'Etat de santé de la personne s'opposait à son extradition. Au vu de ce raisonnement, tout porte à croire que cette jurisprudence ne devra être respectée que lorsque l'Etat requérant a formulé une telle réserve. Toutefois, le considérant 6.3.1 laisse penser que cette jurisprudence devra s'appliquer dans tous les cas où la détention risque de mettre en danger la vie ou la santé de la personne. Sur recours, le TF n'est pas entré en matière au motif qu'il n'y a pas de recours contre des décisions incidentes en dehors des cas énumérés à l'art. 93 LTF (arrêt du TF 1C_53/2016 du 8.2.2016). Affaire à suivre donc.
[774] Arrêts du TF 1C_234/2016 du 24.5.2016 consid. 1.3, 1C_314/2014 du 23.9.2014 consid. 4.2 et 1A.118/2003 du 26.6.2003 consid. 4.2.
[775] RS 0.343.
[776] Arrêt du TF 1A.263/1996 consid. 3e) dd) non publié à l'ATF 122 II 485.
[777] Arrêt du TPF RR.2015.180 du 4.9.2015 consid. 3.2.

9.3.4 Motifs de refus facultatifs du droit suisse

a) Juridiction suisse (art. 35 al. 1 let. b et 36 al. 1 EIMP)

La Suisse peut, en se fondant sur l'article 35 alinéa 1 lettre b EIMP, refuser l'extradition lorsque les faits poursuivis auraient été commis en tout ou partie sur son territoire[778]. La Suisse a ici la faculté et non l'obligation de refuser l'extradition. Cette disposition est complétée et doit être lue en relation avec l'article 36 alinéa 1 EIMP, en vertu duquel la Suisse peut exceptionnellement extrader la personne pour un fait poursuivi sur son territoire au cas où des circonstances particulières, notamment la possibilité d'une meilleure réinsertion sociale, le justifient[779]. L'article 36 alinéa 1 EIMP est une disposition potestative accordant à l'autorité d'extradition un très large pouvoir d'appréciation.

b) Réinsertion sociale (art. 37 al. 1 EIMP)

L'article 37 alinéa 1 EIMP prévoit la possibilité pour la Suisse de refuser l'extradition, «si [elle] est en mesure d'assumer la poursuite de l'infraction ou l'exécution du jugement rendu dans l'Etat requérant et que le reclassement social de la personne poursuivie le justifie». En présence d'un traité d'extradition qui ne prévoit pas un tel motif de refus, l'article 37 alinéa 1 EIMP ne trouve pas application.

c) Souveraineté, sûreté, ordre public et autres intérêts essentiels de la Suisse (art. 1a EIMP)

L'article 1a EIMP donne la faculté à la Suisse de refuser ou de limiter la coopération[780].

Notre pays «peut s'opposer à la coopération s['il] estime que l'exécution de la demande est de nature à porter atteinte à sa souveraineté, à sa sécurité, à son ordre public ou à d'autres de ses intérêts essentiels (art. 1a EIMP). Cette règle, que [la Suisse] doit appliquer conformément au principe de la bonne foi, [la] protège contre certains effets, dommageables pour [elle], que pourrait produire l'application de mesures coercitives nécessaires pour l'entraide internationale. C'est pour cette raison qu'elle n'est pas mentionnée dans les traités d'extradition qui ne concernent que des personnes physiques dont on voit mal comment leur remise pourrait mettre en jeu les intérêts vitaux de l'Etat (...). Néanmoins, l'[article 1a] EIMP vise toutes les formes de coopération que régit l'EIMP, y compris l'extradition»[781].

---

[778] ATF 117 Ib 210 consid. 3b) aa) p. 213.
[779] ATF 112 Ib 225 consid. 5b, p. 234. L'EIMP «n'impose aucune hiérarchie de critères (...), la possibilité d'un meilleur reclassement social ne constituant qu'un élément parmi d'autres. L'art. 36 al. 1 EIMP (de même que l'art. 37 EIMP) tend à ce que la personne poursuivie fasse l'objet d'une procédure unique pour l'ensemble des faits qui lui sont reprochés, en principe au lieu où s'est déroulée la plus grande part de l'activité délictueuse (...). Ce dernier critère, même s'il est souvent pris en compte dans la jurisprudence, ne saurait être considéré comme absolu. L'exigence d'une bonne administration de la justice (raisons d'économie de procédure) et notamment d'un jugement d'ensemble en cas de pluralité d'auteurs ou d'infractions (cf. art. 8 al. 1 let. c et d OEIMP en rapport avec l'art. 19 EIMP) peut apparaître comme prépondérant[e] dans certaines circonstances» (arrêt du TF 1C_515/2013 du 19.6.2013 consid. 1.2 et arrêt TPF RR.2013.177 du 30.8.2013 consid 3.2).
[780] NIGGLI/GÖHLICH no 2, p. 47.
[781] ZIMMERMANN no 710, p. 734.

L'article 1a EIMP renvoie à des notions indéterminées, ce qui donne à l'autorité compétente un pouvoir discrétionnaire d'accorder ou de refuser l'extradition. Etant donné que cette question est de nature purement politique et doit être résolue de façon indépendante d'une procédure devant le Tribunal pénal fédéral ou le Tribunal fédéral, il appartient au Département fédéral de justice et police (DFJP) de décider sur les cas prévus à l'article 1a EIMP (art. 17 al. 1 EIMP) avec recours éventuel au Conseil fédéral (art. 26 EIMP)[782].

Par «intérêts essentiels de la Suisse» on entend avant tout la défense de l'économie suisse considérée globalement et non pas seulement de certaines branches économiques[783]. «Ces intérêts ne peuvent être considérés comme menacés que dans des situations graves, par exemple en cas de risque d'embargo général sur les produits suisses ou d'exclusion systématique des entreprises suisses des marchés publics»[784].

Selon Zimmermann, l'ordre public suisse «est violé par une décision étrangère qui porte atteinte au sentiment de la justice de manière intolérable, en méconnaissance des dispositions fondamentales de l'ordre juridique suisse, à raison soit de la procédure suivie à l'étranger, soit du contenu de la décision. L'ordre public suisse s'oppose aussi à toute mesure de coopération (...) lorsque la procédure étrangère ne respecte pas les droits fondamentaux de la personne humaine (...) [ou] les garanties essentielles de la procédure»[785]. Zimmermann précise que «[c]'est au regard de la mesure demandée, prise isolément, que s'examine le point de savoir si l'ordre public s'oppose à l'entraide[.] L'autorité n'a pas à prendre en compte, sous cet angle, les sanctions auxquelles sont exposés, dans l'Etat requérant, les auteurs de l'infraction»[786]. Ainsi, une peine particulièrement sévère ne constitue en principe pas un obstacle à l'extradition. Une extradition ne peut être refusée que si la peine ne présente plus aucun rapport entre sa sévérité et la faute de son auteur et apparaît donc comme une peine-sanction intolérablement dure et inhumaine dans le sens de l'article 3 CEDH[787].

d) Guerres et situation analogues

Une situation de guerre ou des troubles sociaux et politiques dans l'Etat requérant peut influer sur la décision d'accorder ou non l'extradition, à tout le moins de l'accorder moyennant fourniture de garanties spécifiques. On trouve ainsi un exemple dans la jurisprudence récente où le Tribunal pénal fédéral avait pris en compte le conflit à l'est de l'Ukraine et conditionné l'extradition à la garantie que l'Ukraine détienne l'extradable dans une prison proche de Kiev[788].

[782] JAAC 70.5 consid. III/1 et 3 B. b.
[783] ZIMMERMANN, note de bas de page, no 1407, p. 734, et décision du CF du 4.2.1985 consid. 3a (JAAC 49.45).
[784] ZIMMERMANN, note de bas de page, no 1407, p. 734 et décision du CF du 26.10.2005 consid. b. a. (JAAC 70.5).
[785] ZIMMERMANN no 230, p. 238
[786] ZIMMERMANN no 710, p. 735.
[787] Arrêt du TPF RR.2010.154 du 11.11.2010 consid. 6.3.
[788] Arrêt du TPF RR.2014.328 du 23.4.2015 consid. 5.2.4.

9.3.5 Rapports entre les différents motifs de refus

Plusieurs des motifs de refus qui ont été examinés se recoupent, ce qui peut soulever des questions de délimitation notamment entre l'article 2, lettre a, et les articles 1a, 37, alinéas 2 et 3, et 38, alinéa 1 lettre c, EIMP ainsi qu'entre l'article 2, lettres b et c, et l'article 3 EIMP.

Les articles 1a et 2 lettre a EIMP entraînent tous deux le refus de l'extradition si la procédure étrangère présente des défauts. Ces deux dispositions divergent toutefois quant au point de vue à adopter pour retenir l'existence de défauts. Alors que pour l'article 2 lettre a EIMP ces défauts sont appréciés à l'aune du droit de procédure étranger et des instrumentaux internationaux tels que la CEDH et le Pacte ONU II, l'article 1a EIMP se réfère quant à lui à l'ordre public suisse.

Les articles 2, lettres b et c, et 3 EIMP ont pour but commun d'éviter que la personne ne soit victime d'un traitement discriminatoire en raison de la connotation politique des actes qui lui sont reprochés ou pour lesquels elle a été condamnée (cf. ch. 11.2 ci-dessous). L'analogie s'arrête ici car l'article 3 EIMP ne vise que l'hypothèse où la coopération est demandée pour des infractions de nature politique alors que l'article 2 lettres b et c EIMP fait obstacle à une extradition, quel que soit le délit reproché, si la personne risque un traitement discriminatoire, notamment pour des motifs politiques. En outre, alors que dans le cadre de l'article 2 lettres b et c EIMP on examine la situation dans l'Etat requérant, dans le cadre de l'article 3 EIMP le juge de l'extradition se place du point de vue du droit et des conceptions suisses pour apprécier la nature politique de l'acte, ce qui ne signifie toutefois pas qu'il ne tiendra pas compte des conceptions notamment juridiques et politiques en vigueur dans l'Etat requérant.

L'EIMP traite de la violation des droits de la défense dans au moins trois dispositions. Il s'agit des articles 2, lettre a, 37, alinéa 2, et 38, alinéa 1 lettre c, EIMP. Alors que la première de ces dispositions traite de manière générale du non-respect des droits de la défense, les deux autres dispositions visent les cas particuliers du jugement par défaut et du jugement par un tribunal d'exception. L'extradable peut ainsi invoquer tantôt la disposition générale, tantôt l'une des deux dispositions particulières lorsqu'il a été jugé par contumace ou lorsqu'il a été ou sera jugé par un tribunal d'exception. L'article 2 lettre a EIMP se distingue des deux autres dispositions sur les points suivants. Il concerne tout acte d'entraide alors que les deux autres dispositions visent spécifiquement l'extradition. L'article 2 lettre a EIMP ne prévoit pas la possibilité de demander des garanties contrairement aux articles 37 alinéa 2 et 38 alinéa 1 lettre c EIMP. Enfin, l'article 2 lettre a EIMP sanctionne d'irrecevabilité la demande étrangère alors que les articles 37, alinéa 2, et 38, alinéa 1 lettre c, EIMP n'entraînent le refus de l'extradition que si des garanties ne sont pas données.

Dans l'EIMP, le refus de l'extradition motivé par le risque de torture ou de mauvais traitements ou encore le risque d'être condamné ou de subir la peine de mort peut se déduire des articles 2, lettre a, et 37, alinéa 3, EIMP. Dans leur finalité ces deux dispositions visent à protéger l'extradable contre le refoulement en cas de risque de

tortures ou de mauvais traitements[789]. Pour le reste, elles ne recouvrent pas les mêmes hypothèses. Une interprétation littérale de l'article 2 lettre a EIMP laisse entendre que cette disposition s'applique lorsque ces traitements sont infligés dans le cadre de la procédure pénale à l'étranger. Or, si l'on se réfère à l'interprétation qu'en donne notamment le Tribunal pénal fédéral, sont également visés les actes qui ont été infligés en dehors d'une telle procédure[790]. Alors que l'article 37 alinéa 3 EIMP tend à prévenir un risque futur, l'article 2 lettre a EIMP tend aussi à sanctionner les actes de torture ou les mauvais traitements qui se sont produits par le passé. L'article 2 lettre a EIMP vise en outre tout acte d'entraide alors que l'article 37 alinéa 3 EIMP se limite à l'extradition. Contrairement à l'article 2 lettre a EIMP, l'article 37 alinéa 3 EIMP constitue la base légale dans l'EIMP pour demander des garanties[791]. Pour que le juge de l'extradition refuse l'extradition en raison d'actes de torture ou de mauvais traitements infligés ou susceptibles d'être infligés, cela signifie qu'il n'est pas possible de remédier aux vices de procédure découlant de tels actes ou de conjurer au moyen de garanties le risque de les subir en cas d'extradition.

9.3.6 Portée des motifs de refus de droit suisse en présence d'un traité

En présence d'un traité, la question se pose de savoir si les motifs de refus de l'extradition prévus dans l'EIMP s'appliquent ou non. La réponse à cette question dépend de plusieurs critères. Il s'agit tout d'abord de savoir si le traité contient un motif de refus ayant la même portée que celui contenu dans le droit interne. Si le traité ne contient pas de norme identique, il s'agit ensuite de déterminer si le motif de refus de droit interne relève de l'ordre public suisse ou de l'ordre public international. S'il relève de l'ordre public suisse, il y a lieu de vérifier si celui-ci a été réservé ou non dans le traité. Enfin, même en présence d'un traité, certains motifs de refus revêtent une telle importance qu'ils s'opposent à une extradition. Dans la jurisprudence, la question de la portée des normes internes s'est surtout posée au sujet de l'article 2 EIMP. Nous allons y revenir après avoir passé en revue les autres dispositions contenant des motifs de refus.

L'article 1er alinéa 1 EIMP consacre la primauté des accords internationaux sur l'EIMP. Un motif de refus prévu dans l'EIMP ne peut donc faire obstacle à une demande d'extradition si la convention liant l'Etat concerné à la Suisse ne le prévoit pas. Néanmoins, plusieurs dispositions de l'EIMP transposent en droit interne des normes relevant de l'ordre public international. Ainsi les normes contraignantes du droit international public, à l'instar de l'interdiction de la torture, priment les traités conclus par la Suisse[792].

Selon une jurisprudence constante, l'article 1a EIMP «n'est pas opposable aux Etats liés à la Suisse par des traités fondant l'obligation de coopérer et qui ne réservent pas la

[789] Pour un ex. d'où l'on peut déduire une telle interprétation: arrêt du TF 1A.215/2000 du 16.10.2000 consid. 6.
[790] Arrêts du TPF RR.2013.229 du 16.10.2013 consid. 8.1 et RR.2009.163 du 22.7.2009 consid. 3.6.
[791] Pour un ex. d'où l'on peut déduire une telle interprétation: arrêt du TPF RR.2009.169 + 135 / RP.2009.15 + 17 du 22.1.2010 consid. 8.4.
[792] FIOLKA, Art. 1 IRSG, nos 19 et 20, p. 40.

souveraineté, l'ordre public interne ou les intérêts essentiels de l'Etat requis»[793]. En présence d'un traité, il y a toutefois lieu d'examiner si les hypothèses prévues par l'article 1a EIMP ne sont pas également visées par l'article 2 EIMP, car cette dernière disposition renvoie non seulement à l'ordre public suisse, mais aussi à l'ordre public international, lequel prime le droit conventionnel.

Le refus de l'extradition en cas de poursuite pour délit politique (art. 3 EIMP) constitue un principe de base de l'extradition, si bien qu'un tel motif de refus est généralement prévu dans les traités. En outre, «[l]a jurisprudence a reconnu que la notion de délit politique comprend également la clause de non-discrimination comme norme impérative du droit international»[794].

S'agissant du principe du *ne bis in idem* (art. 5 al. 1 let. a et b EIMP), on a eu l'occasion de souligner que ce principe est jugé si important qu'il s'applique même en présence d'un traité qui ne prévoit pas un tel motif de refus[795]. Le Conseil fédéral considère d'ailleurs ce principe comme une règle impérative du droit international qui prime le traité[796]. Il en va différemment de la prescription qui ne ressortit pas à l'ordre public international. Si le traité ne prévoit pas un tel motif de refus, l'article 5 alinéa 1 lettre c EIMP ne peut s'opposer à une extradition.

En ce qui concerne les motifs de refus qui se fondent sur les cas bagatelles, le jugement par défaut et le tribunal d'exception, si en principe ces motifs doivent être contenus dans un traité pour qu'ils s'opposent à une extradition, ils renvoient néanmoins aux principes de proportionnalité, de respect des droits de procédure et des droits de la défense. En fonction des droits touchés et de la gravité des atteintes, ces motifs de refus peuvent donc s'appliquer en présence d'un traité[797].

Quant à l'interdiction de la torture et des mauvais traitements, elle relève de l'ordre public international. Il en va de même de l'interdiction de la peine de mort, qui, au niveau européen, fait actuellement partie des normes impératives du droit international[798].

Enfin, s'agissant du motif basé sur l'innocence, ce principe est si fondamental qu'il s'oppose à une extradition même si un tel motif n'est pas prévu dans un traité. Le Tribunal fédéral et le Tribunal pénal fédéral ont ainsi maintes fois répété que même si l'alibi n'est pas prévu par la CEExtr comme motif de refus de l'extradition et peut ainsi se trouver en contradiction avec l'obligation d'extrader découlant de son article 1er, la CEExtr n'interdit pas à l'Etat requis de vérifier un alibi et de contrôler de manière plus générale les preuves d'innocence fournies par l'extradable. D'autre part, si ce dernier produit un alibi, l'Etat requis peut en déduire que le mandat d'arrêt étranger et son exposé des faits contiennent une erreur et qu'il n'est plus lié par ces documents. Dès

[793] ZIMMERMANN no 710, pp. 734 et 735. S'agissant de l'ordre public interne, cf. arrêts du TF 1A.25/2002 du 13.3.2002 consid. 4 et 1A.199/2001 du 21.1.2002 consid. 3.1.
[794] ZIMMERMANN no 200, p. 202.
[795] ZIMMERMANN no 663, p. 674 ; D'AUMERIES, p. 218.
[796] Rapport additionnel du CF FF 2011 3401, p. 3414.
[797] Cf. FIOLKA, Art. 1 IRSG, no 23, p. 42 au sujet du jugement par défaut (art. 37 al. 2 EIMP) et de l'atteinte à l'intégrité (art. 37 al. 3 EIMP).
[798] ZIMMERMANN no 663, p. 674 ; D'AUMERIES, p. 218.
[798] Rapport additionnel du CF FF 2011 3401, p. 3414.

lors, si l'alibi est évident et univoque, l'extradition doit être refusée en vertu déjà du principe général du droit extraditionnel qui veut que l'on évite une poursuite pénale injustifiée envers une personne manifestement innocente[799].

La question de la portée de l'article 2 EIMP en présence d'un traité a donné lieu à la jurisprudence la plus abondante.

L'article 2 EIMP envisage différentes hypothèses aux lettres a, b et c qui n'ont pas la même portée en présence d'un traité. Quelles sont dès lors les droits protégés par l'article 2 EIMP qui s'appliquent en présence d'un traité ? En tentant de répondre à cette question, force est de constater que le Tribunal fédéral et le Tribunal pénal fédéral n'ont pas fait preuve de constance et de clarté.

Dans un ATF 111 Ib 138, le Tribunal fédéral indiquait que certaines des garanties personnelles en faveur de l'extradé instituées par l'EIMP participent de l'ordre public suisse opposable à l'Etat étranger lorsque la Suisse n'est pas liée à lui par un traité. D'autres sont des éléments de l'ordre public international qui s'imposent à tout Etat conventionnel ou non conventionnel[800].

Dans plusieurs arrêts, le Tribunal fédéral a considéré que les clauses d'exclusion visées à l'article 2 lettres a, b et c EIMP relèvent de l'ordre public interne[801] au respect duquel toute autorité doit veiller spontanément. Dès lors, compte tenu du principe de la primauté du droit international sur le droit interne[802], l'article 2 EIMP ne peut être appliqué comme tel aux procédures de coopération régies par des conventions sauf si l'accord contient expressément un renvoi à l'ordre public interne de la Suisse[803]. En revanche, l'article 2 EIMP s'applique sans discussion dans les relations entre la Suisse et un Etat tiers lorsque les deux Etats ne sont pas liés par un traité[804]. L'article 2 EIMP revêt aussi une importance si les accords internationaux ne prévoient rien d'autre aussi bien explicitement qu'implicitement, respectivement si le droit national pose des exigences moins strictes à la coopération. Demeure néanmoins réservé dans chaque cas le respect du noyau dur des droits de l'homme[805].

Dans d'autres arrêts, le Tribunal fédéral a considéré que l'article 2 EIMP s'applique même si le traité ne prévoit pas une telle norme. Ainsi, dans un arrêt du 31 août 1990, le Tribunal fédéral a considéré que l'article 2 EIMP, de par son contenu, se rapporte aux règles contraignantes du droit public international qui doivent être prises en compte en procédure d'extradition[806]. Dans un autre arrêt du 2 avril 2001, le Tribunal fédéral a déclaré que les garanties de procédure offertes par la CEDH et le Pacte ONU II font partie de l'ordre public international. La Suisse contreviendrait à ses obligations internationales en extradant une personne à un Etat où il existe de sérieux motifs de

[799] ATF 113 Ib 276 (A 481/1986 du 28.1.1987) consid. 3c, p. 283.
[800] ATF 111 Ib 138 consid. 6, p. 145.
[801] Arrêt du TF 1A.89/2000 du 19.6.2000 consid. 4c.
[802] ATF 122 II 485 (1A.263/1996) consid. 3a, p. 487.
[803] Arrêt du TF 1A.89/2000 du 19.6.2000 consid. 4c; ATF 112 Ib 342 consid. 2b, p. 346
[804] ATF 111 Ib 138 consid. 6, p. 145; 109 Ib 64 consid. 6, p. 70; 108 Ib 408 consid. 8, p. 410. Cf. aussi SUMMERS no 2, p. 56.
[805] SUMMERS no 2, p. 56.
[806] Arrêt non publié du TF 1A.123/1990 du 31.8.1990 consid. 4a.

penser qu'un risque de traitement contraire auxdits instruments menace la personne poursuivie[807]. Dans trois autres arrêts, le Tribunal pénal fédéral a jugé que les standards minimaux de protection des droits individuels résultant de la CEDH ou du Pacte ONU II font partie de l'ordre public international. Il cite au chapitre de ces droits l'interdiction de la torture ainsi que des traitements cruels, inhumains ou dégradants (art. 3 CEDH)[808].

Entre ces deux interprétations contradictoires, on trouve des arrêts du Tribunal fédéral et du Tribunal pénal fédéral où ces deux instances opèrent une distinction entre les conventions des droits de l'homme et l'ordre public international, comme si les droits de l'homme concernés n'avaient pas de place dans l'ordre public international[809]. Ainsi, on peut lire dans des arrêts que l'article 2 lettre a EIMP «a pour but d'éviter que la Suisse ne prête son concours par le biais de l'extradition à des procédures qui ne garantiraient pas à la personne poursuivie un standard de protection minimal correspondant à celui offert par le droit des Etats démocratiques défini en particulier par la CEDH ou le Pacte ONU II ou qui heurteraient des normes reconnues comme appartenant à l'ordre public international»[810]. Le Tribunal fédéral et le Tribunal pénal fédéral opèrent ainsi une distinction entre la CEDH ou le Pacte ONU II et l'ordre public international. Or, dans l'arrêt du 21 mars 2014 déjà cité, le Tribunal pénal fédéral indique que les standards minimaux de protection des droits individuels dérivant de la CEDH ou du Pacte ONU II font partie de l'ordre public international, confirmant de la sorte d'autres arrêts antérieurs[811]. Etant donné que les garanties offertes par ces instruments constituent un standard minimum, elles réservent la protection plus étendue qu'accorderaient d'autres dispositions du droit international ou du droit interne[812]. A l'instar de Schaffner, on doit ainsi constater que le contenu exact, en rapport notamment à l'ordre public international, ne se laisse pas déduire de manière univoque de la pratique suisse, même lorsque des principes fondamentaux tels que l'interdiction de la torture ou des peines ou traitements cruels, inhumains ou dégradants y sont contenus de manière incontestée. La portée de cette ambiguité n'est toutefois pas importante, dès lors qu'il s'agit de droit impératif qui limite la coopération. Pour Schaffner, il est établi que les droits de l'homme importants sont des éléments qui servent aussi bien à une compréhension large que restreinte de l'ordre public du point de vue des droits de l'individu dans la procédure d'entraide[813].

Ainsi, tous les droits visés par l'article 2 lettre a EIMP n'ont pas la même portée. Dès lors, quels sont les droits qui relèvent de l'ordre public international ?

Summers constate que l'article 2 lettre a EIMP est critiqué en partie par la doctrine pour sa portée trop large: une interprétation littérale de cette disposition aurait en effet pour conséquence que l'entraide serait refusée dès que le droit interne étranger ne serait pas

[807] Arrêt du TF 1A.30/2001 du 2.4.2001 avec référence aux ATF 125 II 356 et 123 II 161.
[808] Arrêts du TPF RR.2014.30 + RP.2014.4 du 21.3.2014 consid. 2.1 et RR.2013.229 du 16.10.2013 et RR.2009.163 du 22.7.2009 consid. 3.6.
[809] SCHAFFNER, p. 108.
[810] Arrêts du TPF RR.2007.142 du 22.11.2007 consid. 6.1 avec renvoi not. à l'ATF 126 II 324 consid. 4, p. 326. Cf. aussi RR.2007.99-111 du 10.9.2007 consid. 4.2 et
[811] Arrêts du TPF RR.2014.30 + RP.2014.4 du 21.3.2014 consid. 2.1 et arrêt du TPF RR.2007.142 du 22.11.2007 consid. 6.1.
[811] SCHAFFNER, p. 112.
[812] Arrêt du TF 1A.89/2000 du 19.6.2000 consid. 4d; ATF 126 II 324 consid. 4d, p. 327 (ZIMMERMANN estime que dans cet arrêt le TF a été audacieux [no 230, p. 227]); arrêt du TPF RR.2007.142 du 22.11.2007 consid. 6.1.
[813] SCHAFFNER, p. 112.

totalement conforme aux exigences de la CEDH et du Pacte ONU II. Une telle interprétation va donc clairement plus loin que les exigences posées par la CEDH elle-même[814]. Dans la pratique, l'article 2 EIMP lettre a EIMP est donc interprété de manière plutôt restrictive. Seules des violations graves des droits de l'homme sont concernées[815]. Sont ainsi visés les standards minimums institués par la CEDH et le Pacte ONU II[816]. Selon Summers, il est aujourd'hui incontesté que l'Etat requis assume une certaine responsabilité en particulier dans les domaines couverts par les articles 3 et 6 CEDH, mais aussi par les articles 2, 5 et 8 CEDH[817]. S'agissant de la CEDH, le Conseil fédéral «a confirmé à plusieurs reprises que la notion de "règles impératives du droit international" inclut également les garanties de la [CEDH] auxquelles on ne peut déroger même en état de nécessité, énumérées à l'art[icle] 15 CEDH: l'interdiction des exécutions arbitraires (art. 2 CEDH), l'interdiction de la torture (art. 3 CEDH), l'interdiction de l'esclavage et de la servitude (art. 4 [par. 1] CEDH), le principe "pas de peine sans loi" (art. 7 CEDH) et le droit à ne pas être jugé ou puni deux fois pour une même infraction (principe [*ne bis in idem*]; art. 4 du protocole no 7 [à la CEDH])»[818]. Quant au Pacte ONU II, les autorités fédérales «ont constaté, de manière ponctuelle, que les garanties [dudit] Pacte (...) auxquelles on ne peut déroger même en état de nécessité devaient être considérées comme des "règles impératives du droit international". Aux termes de l'art[icle] 4 [paragraphe 2] du Pacte II de l'ONU, l'existence d'un danger public exceptionnel "n'autorise aucune dérogation aux art[icles] 6, 7, 8 (par. 1 et 2), 11, 15, 16 et 18"»[819].

L'article 2 lettre a EIMP vise l'interdiction de la torture et des peines ou traitements inhumains ou dégradants. Etant donné que les articles 3 CEDH et 7 Pacte ONU II sont des normes péremptoires ou impératives du droit international (*ius cogens*), ces normes doivent être prises en compte dans une décision d'extradition sans égard au fait de savoir si la Suisse et l'Etat requérant sont liés par un traité ou une convention d'extradition[820]. L'article 2 lettre a EIMP s'applique donc en présence d'un traité lorsqu'il s'agit de protéger une personne d'un risque de torture ou de mauvais traitement.

En ce qui concerne les motifs liés aux défauts de procédure dans l'Etat requérant, pour Gonin, l'article 6 CEDH ne compte pas au nombre des droits appartenant au *ius cogens* régional[821]. Wennholz juge problématique de considérer que l'article 6 CEDH offre une protection absolue. Dès lors, pour Wennholz, mais aussi pour Weyeneth, seul un noyau dur de garanties doit se voir reconnaître une protection absolue[822]. La jurisprudence

[814] SUMMERS no 8, p. 57.
[815] SUMMERS nos 12 et 13, p. 57.
[816] ATF 111 Ib 138 consid. 4.
[817] SUMMERS no 8, p. 57.
[818] Rapport additionnel du CF FF 2011 3401, p. 3414.
[819] Rapport additionnel du CF FF 2011 3401, pp. 3414 et 3415.
[820] KAPFERER no 132, p. 48; BESSON/KLEBER, art. 3 CEDH, no 3, p. 4. Cf. aussi ATF 122 II 373 consid. 2d, pp. 379 et 380, et 109 Ib 64 consid. 6b) aa), p. 72, ZIMMERMANN no 654, pp. 665 et 666, et WEYENETH, p. 120 (qui place l'interdiction de la torture et des traitements inhumains ou dégradants dans l'ordre public universel).
[821] GONIN p. 233.
[822] WENNHOLZ, pp. 51 et 52: «Die Wertung des absoluten Charakters von Art. 3 EMRK lässt sich grundsätzlich auf die weiteren Garantien der EMRK übertragen, welche ebenso gemäß Art. 15 EMRK auch in Zeiten des Krieges und des Notstandes nicht außer Kraft gesetzt werden dürfen. d.h. auch das Recht auf Leben (Art. 2). das Verbot der Sklaverei (Art. 4 Abs. 1) und das Verbot der rückwirken den Anwendung von Strafgesetzten (Art. 7). Bezüglich des Rechts auf Leben gemäß Art. 2 EMRK sind nur willkürliche Tötungen umfasst, die nicht in Vollstreckung eines Todesurteils oder gemäß den Ausnahmen gemäß Abs. 2 der Vorschrift erfolgen. Auch Art. 2 EMRK vermittelt — wie entsprechend auch Art. 4 Abs. 1 EMRK — eine der fundamentalen Garantien des Grundrechtskatalogs der Konvention. Ob vor dem Hintergrund neuerer Praxis auch weitere Garantien der EMRK, etwa Art. 6 EMRK. per se Schutz vor Auslieferung oder

suisse a néanmoins admis que, sans ressortir au *ius cogens*, «les garanties essentielles de la procédure au sens des articles 5 et 6 CEDH relèvent de l'ordre public international»[823]. Selon Summers, l'extradition d'une personne peut être refusée selon l'article 6 CEDH lorsqu'elle est exposée au risque d'un déni de justice flagrant (*flagrant denial of justice*). Une simple violation de l'article 6 CEDH ne suffit donc pas[824]. Il s'ensuit qu'en cas de violation des «garanties essentielles» ou de déni de justice flagrant, l'article 2 lettre a EIMP s'applique en présence d'un traité.

L'article 2 lettres b et c EIMP exclut la coopération en cas de traitement ou de risque de traitement discriminatoire. Pour Weyeneth, l'interdiction de la discrimination appartient à l'ordre public international[825]. Pour Zimmermann, «la clause de non-discrimination est obligatoire. Cela découle du texte des traités et de la loi. La Suisse tient en outre cette clause comme une norme impérative qui s'impose à elle indépendamment de l'existence ou non de traités bilatéraux ou multilatéraux qui la lient à l'Etat requérant» [826] . Heimgartner, citant la doctrine, la jurisprudence ainsi qu'une recommandation no 9 du 27 juin 1980 du Comité des Ministres du Conseil de l'Europe aux Etats membres, est aussi de l'avis que la clause de non-discrimination relève de l'ordre public international[827]. Pour le Haut Commissariat des Nations Unies pour les réfugiés, «le principe de non-discrimination est un élément essentiel du système international de protection des droits de l'homme (...). La majorité des instruments relatifs aux droits de l'homme proscrivent toute discrimination dans des articles d'application générale qui étendent expressément à toutes les personnes les droits spécifiques qu'ils énoncent»[828]. Il y a lieu néanmoins de relever que Caroni et Taylan ne citent pas le principe de non-discrimination en tant que tel dans la liste des droits relevant du *ius cogens* mais uniquement la discrimination raciale[829]. Le Conseil fédéral ne mentionne pas non plus ce principe au rang de «règle impérative du droit international»[830]. Enfin, un traitement discriminatoire peut aussi se traduire par une violation de droits essentiels de procédure, si bien que le motif de refus basé sur la clause de non-discrimination peut se recouper avec l'une des hypothèses de la lettre a de l'article 2 EIMP.

L'article 2 lettres b et c EIMP s'applique donc non seulement en l'absence de traités mais aussi quand l'extradition est réglée conventionnellement[831].

Abschiebung begründen können, ist zu mindest insoweit problematisch. als diese eben keinen dergestalt absoluten Schutz vermitteln. Die Rechtsprechung des EGMR zu Art. 6 EMRK lässt eine Tendenz dahingehend erkennen. dass zumindest einem Kernbereich der Garantie entsprechend absoluter Schutz zuzusprechen sein». WEYENETH, p. 1118: «Die Garantien eines fairen Gerichtsverfahrens von Art. 6 EMRK stellen jedoch gemäss der Praxis der schweizerischen Gerichte nur dann eine Schranke der Amts- und Rechtshilfe dar, wenn eine schwere Einschränkung elementarer Gehalte infrage steht. Dabei wird insbesondere geprüft, ob der ersuchende Staat ein funktonierendes Justizwesen hat und die Justizbehörden hinreichend unabhängig und unparteiisch erscheinen. Ist dies der Fall, wird dem betroffenen grundsätzlich zugemutet, Verfahrensmängel vor den Gerichtsbehörden im Hauptverfahren zu rügen».

[823] ZIMMERMANN no 199, p. 201.

[824] SUMMERS no 10, p. 58. Cf. aussi Arrêt de la CourEDH *Ahorugeze c. Suède* du 27.10.2011, no 37075/09.

[825] WEYENETH, p. 120.

[826] ZIMMERMANN no 629, pp. 636.

[827] HEIMGARTNER, p. 123.

[828] HCR (1989), par. 30, p. 10; ÖZDEN, p. 6.

[829] CARONI/TAYLAN, p. 58.

[830] Rapport additionnel du CF FF 2011 3401, pp. 3414 et 3415.

[831] HEIMGARTNER, p. 123.

Avec l'article 2 lettre d EIMP, on est en présence d'une clause générale susceptible de viser, par définition, différents cas de figure qui ne sont pas déjà couverts par les autres lettres de l'article 2 EIMP, comme le cas où les faits pour lesquels la demande est présentée seraient manifestement impunis dans l'Etat requérant[832], où l'autorité requérante ne serait manifestement pas compétente[833] ou «celui où la personne poursuivie le serait sur la base d'une loi pénale rétroactive»[834]. Selon Summers, l'article 2 lettre d EIMP serait l'expression de l'ordre public suisse[835], mais la jurisprudence aurait laissé la question ouverte de savoir si cette disposition s'applique en présence d'un traité[836]. Pour Zimmermann, l'ordre public suisse serait directement applicable dans les relations avec des Etats liés à la Suisse par un Traité s'il a été expressément réservé[837]. A notre avis, vu le caractère de clause générale de la lettre d, on ne peut trancher *in abstracto* de manière définitive la portée de cette disposition. On en veut tout d'abord pour preuve le fait que la Cour européenne des droits de l'homme et le Comité des droits de l'homme interprètent de manière large la CEDH, respectivement le Pacte ONU II. En outre, le caractère absolu de l'article 3 CEDH s'étend également à d'autres garanties de la CEDH qui ne peuvent pas non plus subir de dérogations en cas de guerre ou d'état d'urgence au sens de l'article 15 CEDH comme l'interdiction de la loi pénale rétroactive (art. 7 CEDH)[838]. Enfin, le Conseil fédéral considère le principe «pas de peine sans loi» (art. 7 CEDH et 15 Pacte ONU II) comme une règle impérative du droit international. L'interdiction de la loi pénale rétroactive et le principe *nulla poena sine lege* ne sont donc pas uniquement le reflet de l'ordre public suisse.

Il découle de ce qui précède que plusieurs avis contradictoires ressortent tant de la doctrine que de la jurisprudence sur la portée de l'article 2 EIMP et des différents cas de figure qu'il prévoit. On peut tout de même retenir quelques principes de base en vue de l'application de cette norme en présence de traités d'extraditions.

Lorsque la Suisse et l'Etat requérant ne sont liés par aucun traité, l'article 2 EIMP s'applique sans exception. Si un traité d'extradition existe et que l'Etat requérant est partie à la CEDH et au Pacte ONU II, ces deux instruments vont donc également s'appliquer en sus du traité. On part en effet du principe que le contrôle du respect des droits fondamentaux va de soi, parce que l'Etat requérant est censé respecter l'un comme l'autre traité[839]. Lorsque l'Etat requérant est lié à la Suisse par un traité d'extradition et qu'il est partie non pas à la CEDH mais au Pacte ONU II, ce dernier instrument lui est opposable[840]. La procédure étrangère doit donc répondre matériellement aux garanties du Pacte ONU II[841]. Si la Suisse et l'Etat requérant sont liés par un traité d'extradition, mais que l'Etat requérant n'est partie ni à la CEDH ni au

[832] Arrêt du TPF RR.2009.309 + RP.2009.45 du 16.3.2010 consid. 5.2.
[833] SUMMERS no 29, p. 62.
[834] ZIMMERMANN no 692, p. 713.
[835] SUMMERS no 29, p. 62.
[836] SUMMERS no 31, p. 63.
[837] ZIMMERMANN no 692, p. 713.
[838] WENNHOLZ, p. 51.
[839] ATF 126 II 324 (entraide) consid. 4e, p. 328, 109 Ib 165 consid. 7c, pp. 173 et 174; arrêts non publiés du TF 1A.238/1997 du 30.10.1997 consid. 6b, 1A.147/1995 du 25.7.1995 consid. 5a et 1A.89/1995 du 16.5.1995 consid. 5b.
[840] ATF 123 II 595 consid. 5c) bb), p. 609 (entraide), 122 II 140 consid. 5, p. 142 (entraide); arrêts du TF 1A.159/1997 du 30.7.1997 consid. 3; 1A.295/1995 du l.5.1996 consid. 3, 1A.273/1995 du 10.1.1996 consid. 3 et 1A.218/1995 du 20.11.1995 consid. 2 (entraide). La question a été laissée indécise dans l'arrêt du TF 1A.236/1994 consid. 7 du 27.12.1994.
[841] ATF 123 II 511 consid. 7d, p. 526; arrêt du TF 1A.184/1997 du 16.9.1997 consid. 4b.

Pacte ONU II, l'article 2 EIMP va s'appliquer si les droits concernés relèvent de l'ordre public international ou du *ius cogens*[842].

9.4 Essai de définition au sens large de l'extradition

Une extradition ne peut avoir lieu qu'en respectant un certain nombre de conditions matérielles et procédurales.

Le droit de l'extradition prévoit, comme on l'a vu, plusieurs motifs de refus de l'extradition qui sont autant de moyens de protéger un individu contre son refoulement. Une personne ne pourra donc être livrée à l'Etat étranger si le délit reproché n'est pas de nature pénale, si cet Etat est incompétent pour la poursuivre, si la poursuite ou la condamnation est illégale ou illégitime, si la personne est innocente, si les droits de procédure ou de défense ont été ou seront violés, si la personne risque d'être victime respectivement a été victime d'arbitraire, de discrimination, de torture ou de toute autre peine ou traiment cruels, inhumains ou dégradants ou si elle risque ou a été jugée par un tribunal d'exception. Ces motifs de refus de l'extradition renvoient donc à des termes comme illégitimité, illégalité, inéquité, arbitraire ou discrimination.

Même si les motifs de refus sont divers et renvoient à des notions fort différentes, on peut néanmoins constater qu'ils ont un dénominateur commun à savoir le principe de non-discrimination. En effet, les motifs de refus qui ont été présentés répondent au souci de ne pas renvoyer une personne vers un Etat où elle a subi ou risque de subir un traitement distinct qui ne puisse être justifié ou qui soit justifié par des motifs pertinents en matière d'asile. Le droit de l'extradition a donc aussi pour fonction de protéger un individu contre un traitement discriminatoire en refusant une extradition ou à tout le moins en l'accordant moyennant fourniture de garanties.

Force est donc de constater que la définition au sens étroit de l'extradition ne rend pas compte de cette dimension protectrice. Par conséquent, si l'on veut saisir toute la portée du droit de l'extradition, une telle définition doit également intégrer cette fonction protectrice, ce qui permettra de dépasser la vision réductrice qui veut opposer l'extradition à l'asile.

Dans la littérature consultée, on ne trouve qu'une définition au sens strict de l'extradition qui tantôt met l'accent sur l'aspect procédural de l'extradition, tantôt sur l'acte de remise proprement dit. Une telle définition, comme on l'a dit, a le mérite d'être claire et succincte et a plus de chances d'emporter l'adhésion des Etats lors de la ratification de traités. A l'inverse une définition qui tienne compte des motifs de refus de l'extradition ne va pas sans poser de problèmes, car non seulement chaque Etat a sa conception de l'extradition, mais il faudrait en outre que l'on puisse s'entendre sur des notions telles que «délit politique», «illégitimité», «inéquité», «illégalité» ou «arbitraire». Il est également problématique d'intégrer dans une seule définition les différentes facettes de protection offertes par le droit de l'extradition. Tout en étant conscients de ces difficultés, nous proposons tout de même ci-après une définition de

[842] ZIMMERMANN no 199, p. 201.

l'extradition au sens large qui tienne compte aussi de cette fonction de protection, ce qui permet de constater que le droit de l'extradition et le droit des réfugiés et de l'asile ne sont pas si éloignés l'un de l'autre.

On pourrait ainsi définir l'extradition comme la remise par l'Etat requis d'un individu soupçonné d'avoir ou ayant commis des infractions de nature pénale, à un Etat qui est compétent pour en connaître, en vue de l'exercice d'une poursuite pénale légitime et équitable ou pour l'exécution d'une peine ou d'une mesure légitime et équitable ne portant pas atteinte à sa vie ou à son intégrité corporelle ou psychique et ayant été prononcée par un tribunal constitué selon les procédures légales et constitutionnelles.

Chapitre 10 Convergences et divergences des notions et définitions

10.1 Persécution ou poursuite légitime: point d'articulation

En comparant la notion de persécution et les motifs de refus de l'extradition, on constate que la notion de persécution constitue le point d'articulation ou le point de bascule entre le droit des réfugiés et de l'asile, d'une part, et le droit de l'extradition, d'autre part.

Le droit des réfugiés et de l'asile protège un individu d'une persécution. Pour être pertinente en matière d'asile la persécution doit avoir une certaine intensité et se baser sur des motifs déterminés (race, religion, nationalité, groupe social et opinions politiques). La persécution ne doit pas se justifier par un intérêt public. Elle se distingue ainsi d'une poursuite légitime. De son côté, l'extradition n'est accordée que si la poursuite est légitime ou si la condamnation est intervenue au terme d'une procédure ayant respecté les droits de l'individu. Dès lors, selon que l'on conclut à l'existence ou non d'une persécution ou d'une poursuite illégitime, l'extradition sera soit exclue, ce qui n'entraîne pas automatiquement l'octroi de l'asile, soit en principe accordée, ce qui ne signifie pas que la personne ne remplit pas les conditions pour être reconnue comme réfugié. Mais l'extradition peut aussi être refusée en l'absence de persécution pertinente en matière d'asile. En effet les atteintes à la vie, à l'intégrité corporelle et aux libertés individuelles sont aussi prises en compte en droit de l'extradition, mais à la différence de ce qui se passe en matière d'asile, l'atteinte ne doit pas se baser sur l'un des motifs énoncés dans la Convention de 1951 et dans la LAsi pour que l'extradition soit refusée. Ainsi, en cas de peine de mort, de torture ou de mauvais traitements, l'extradition sera en principe refusée sans qu'il ne soit nécessaire d'examiner d'éventuels motifs. Il en va de même en cas de poursuite pour délit politique, de désertion ou de soustraction au service militaire. Plus délicate est par contre la question des atteintes à d'autres libertés, telles que la liberté de religion ou d'expression. Ces atteintes ne s'opposent en principe pas à l'extradition à moins que la poursuite pénale ait été motivée par les opinions ou l'appartenance de la personne à un groupe social déterminé ou que la situation de la personne risque d'être aggravée pour de tels motifs. L'existence d'une poursuite pour des motifs discriminatoires ou le risque d'un traitement discriminatoire en cas d'extradition constitue le principal point de frictions entre les domaines de l'asile et de l'extradition, notamment lorsque les procédures concernées sont pendantes simultanément.

10.2 Principe de non-discrimination: point de frictions

L'article 2 lettres b et c EIMP contient la clause de non-discrimination. Les lettres b et c de l'article 2 EIMP visent deux hypothèses: celle d'une procédure pénale inventée de toutes pièces lancée pour des motifs discriminatoires (art. 2 let. b EIMP) et celle d'une procédure pénale légitime qui risque d'aggraver la situation de la personne en raison de ses opinions politiques, de son appartenance à un groupe social déterminé, de sa race, de sa confession ou de sa nationalité (art. 2 let. c EIMP). En cas de demande d'extradition à l'encontre d'un requérant d'asile, deux autorités vont être amenées à déterminer l'existence d'une poursuite ou d'un traitement discriminatoire, ce qui peut donner lieu à des frictions comme on a pu le voir dans l'affaire N.

Dans l'arrêt déjà cité du 7 juillet 2014 rendu dans l'affaire N., le Tribunal administratif fédéral constate tout d'abord que la demande d'extradition s'est basée sur le jugement du Tribunal de C. du 5 mars 2008 et les faits imputés au recourant dans ce cadre, sans aucunement se référer aux autres procédures pénales dirigées contre N. Il constate ensuite que cette demande et la décision de l'Office fédéral de la justice n'ont pas pu prendre en considération l'engagement politique de N. entre 2004 et 2009 et son degré d'intensité, ni les conséquences qu'il avait pu entraîner au motif que cette compétence revient au Tribunal pénal fédéral, qui ne s'était pas encore prononcé. Le Tribunal administratif fédéral a alors estimé qu'il lui incombait de se distancer du point de vue, par définition limité et spécifique, qu'impose un cadre légal strict aux autorités d'extradition, et de porter sur la situation du recourant un regard plus large. Toujours selon le Tribunal administratif fédéral, l'autorité d'extradition doit certes contrôler que la demande ne vise pas en fait un but de persécution de la personne poursuivie (art. 2 let. b EIMP; art. 3 al. 2 CEExtr). Toutefois, sa tâche principale est avant tout la vérification du respect de critères formels, à savoir le dépôt d'une demande régulière (art. 28 EIMP), l'existence d'une double incrimination (art. 35 al. 1 let. a EIMP) et la réalité d'une procédure pénale régulière dans le cas d'espèce (art. 37 al. 2 EIMP). En revanche, selon le Tribunal administratif fédéral, l'autorité extraditionnelle n'a pas à examiner le bien-fondé de la poursuite et la réalité des infractions imputées, hors le cas très spécifique de l'alibi évident (art. 53 al. 2 EIMP).

Si les appréciations du Tribunal administratif sur le pouvoir d'examen du juge de l'extradition s'adressent à première vue à l'Office fédéral de la justice, on a néanmoins le sentiment qu'elles visent le pouvoir d'examen de toutes les autorités compétentes en matière d'extradition.

Certes la compétence pour trancher la question de la nature politique du délit ou le risque d'un traitement discriminatoire a été confiée au Tribunal pénal fédéral en vertu de l'article 55 alinéa 2 EIMP. Il appartient toutefois à l'Office fédéral de la justice d'examiner d'office ces questions. Ce n'est que si cette autorité entend accorder l'extradition que le Tribunal pénal fédéral est mis à contribution pour apprécier le grief de délit politique ou de traitement discriminatoire. L'Office fédéral de la justice reste ainsi compétent pour décider sur l'extradition [843] et donc rejeter la demande d'extradition sur la base des articles 2 et 3 EIMP. Mais même lorsque l'Office fédéral

[843] Arrêt du TPF RR.2011.237 + RP.2011.43 du 11.11.2011 consid. 3.3.

de la justice entend accorder l'extradition et transmettre le dossier au Tribunal pénal fédéral avec sa proposition de rejeter les griefs de l'extradable, il devra quand même examiner ces derniers. Le raisonnement du Tribunal administratif fédéral ne peut donc être suivi.

Demeure néanmoins la question épineuse de savoir si le pouvoir d'examen du juge de l'extradition — toutes autorités confondues — se limite au cadre de la poursuite pénale ou si les autorités compétentes en matière d'extradition portent un regard sur la situation de la personne qui n'est pas limité au cadre de la demande d'extradition.

Une interprétation littérale de l'article 2 lettre c EIMP laisse apparaître que le pouvoir d'examen du juge de l'extradition se limite au cadre de la poursuite pénale. Or, une analyse de la doctrine et de la jurisprudence permet de constater que le pouvoir d'examen du juge de l'extradition est et doit être plus large.

L'article 2 lettres b et c EIMP est inspiré de l'article 3 paragraphe 2 CEExtr, qui a lui-même pour origine l'article 33 de la Convention de 1951. Néanmoins, cela n'empêche pas l'article 2 lettres b et c EIMP d'être libellé de manière plus restreinte que l'article 3 paragraphe 2 CEExtr.

L'article 3 paragraphe 2 CEExtr dispose que «l'extradition ne sera pas accordée si la Partie requise a des raisons sérieuses de croire que la demande d'extradition, motivée par une infraction de droit commun, a été présentée aux fins de poursuivre ou de punir un individu pour des considérations de race, de religion, de nationalité ou d'opinions politiques ou que la situation de cet individu risque d'être aggravée pour l'une ou l'autre de ces raisons».

Selon l'article 2 lettre b EIMP, «la demande de coopération en matière pénale est irrecevable s'il y a lieu d'admettre que la procédure à l'étranger: b. tend à poursuivre ou à punir une personne en raison de ses opinions politiques, de son appartenance à un groupe social déterminé, de sa race, de sa confession ou de sa nationalité. Selon l'article 2 lettre c EIMP «la demande de coopération en matière pénale est irrecevable s'il y a lieu d'admettre que la procédure à l'étranger: risque d'aggraver la situation de la personne poursuivie pour l'une ou l'autre des raisons indiquées sous let[tre] b».

Si la première partie de l'article 3 paragraphe 2 CEExtr et l'article 2 lettre b EIMP ont pratiquement le même contenu, la seconde partie de l'article 3 paragraphe 2 CEExtr se distingue de l'article 2 lettre c EIMP. Pour la CEExtr c'est la situation de la personne qui risque d'être aggravée pour l'un des motifs discriminatoires énoncés, alors que pour l'article 2 lettre c EIMP, c'est la procédure à l'étranger qui serait la cause de l'aggravation. Comme on peut le constater, la CEExtr ne désigne aucune cause.

Compte tenu de cette différence, avant de procéder à une interprétation de l'article 2 lettre c EIMP, arrêtons nous sur l'article 3 paragraphe 2 CEExtr pour saisir la portée de cette disposition. Dans l'affaire *Németh c. Canada*, la Cour suprême du Canada a été amenée à se pencher sur l'article 3 paragraphe 2 CEExtr pour interpréter l'article 44 LE. Elle s'est alors livrée à des considérations fort intéressantes. Selon la Cour suprême, la «situation» de l'intéressé énoncée à l'article 3 paragraphe 2 CEExtr ne se limite pas à

sa situation relative à la poursuite ou à la peine. L'article 3 paragraphe 2 CEExtr protège l'individu contre le refoulement qui risque de lui porter atteinte, que cette atteinte soit ou non strictement liée à la poursuite ou à la peine. La cause de l'aggravation de la situation de la personne ne se limite donc pas à la procédure à l'étranger[844]. Dans un arrêt récent, le Tribunal fédéral a interprété de manière identique cette disposition en indiquant que la seconde partie de l'article 3 chiffre 2 CEExtr concerne la «situation» de la personne de manière générale et s'étend aussi à des préjudices qui sont causés en dehors de la procédure pénale et en particulier au risque de torture. Cette disposition se recoupe de la sorte avec d'autres garanties de protection des droits de l'homme[845]. L'article 3 paragraphe 2 CEExtr s'applique ainsi aux personnes qui ne peuvent bénéficier des normes protectrices de la Convention de 1951[846]. En appliquant l'article 3 paragraphe 2 CEExtr, l'Office fédéral de la justice ne limite pas son pouvoir d'examen aux faits contenus dans la demande d'extradition.

S'agissant de l'interprétation de l'article 2 lettre c EIMP, il y a lieu de relever que dans son message à l'appui de l'EIMP, le Conseil fédéral indique que les lettres a et b de l'article 2 EIMP ont été reprises de la CEExtr (art. 3 par. 2)[847]. Le message ne mentionne donc pas la lettre c de l'article 2 EIMP. Ainsi, sur la base aussi bien du message du Conseil fédéral que d'une interprétation littérale de cette disposition, c'est la procédure à l'étranger qui doit être la cause de l'aggravation de la situation de la personne. Pour la doctrine et la jurisprudence fédérale, le risque d'une aggravation de la situation de la personne ne se limite pas au cadre de la poursuite pénale.

Il y a lieu tout d'abord de relever que Summers, tout comme d'ailleurs le Tribunal pénal fédéral dans un arrêt du 13 août 2014[848], ne font pas de distinction entre l'article 2 lettre c EIMP et l'article 3 paragraphe 2 CEExtr.

Ensuite, plusieurs arrêts du Tribunal fédéral et du Tribunal pénal fédéral permettent d'affirmer que l'article 3 paragraphe 2 CEExtr et l'article 2 lettre c EIMP ont une portée identique.

Selon une formule consacrée, l'application des lettres a et c de l'article 2 EIMP à un cas d'espèce contraint la Suisse à comparer la situation personnelle de l'individu recherché avec le système politique en vigueur dans l'Etat requérant. Elle l'oblige à porter un jugement de valeur sur les affaires intérieures actuelles de cet Etat, en particulier sur son régime politique, ses institutions, sa conception des droits individuels fondamentaux, la façon concrète dont ces droits sont respectés et, par-dessus tout, sur l'indépendance et l'objectivité de son appareil judiciaire. C'est donc la situation dans son ensemble qui est prise en compte et non seulement la poursuite pénale pour juger des risques encourus par la personne. A titre d'exemple, on peut citer l'ATF 111 Ib 138. Dans cet arrêt, qui concerne une demande d'extradition de la Tunisie, le Tribunal fédéral s'est livré à un examen de la situation non seulement de la personne à extrader, qui prétendait être poursuivie pour son actitvité politique, mais aussi de la situation générale qui prévalait

[844] *Németh c. Canada (Justice)*, [2010] CSC 56, 3 RCS 281, dispositif.
[845] Arrêt du TF 1C_274/2015 du 12.8.2015 consid. 6.1.2.
[846] Arrêt du TF 1C_274/2015 du 12.8.2015 consid. 6.3.2.
[847] Message du CF FF 1976 II 430, p. 465.
[848] Summers no 19 p. 60; arrêt du TPF RR.2014.111 + RR.2014.135 + RP.2014.43 du 13.8.2014 consid. 8.2.

à l'époque des faits en Tunisie, ainsi que des autres membres de l'organisation politique à laquelle appartenait l'extradable. Le Tribunal fédéral y rejette les griefs de poursuite discriminatoire du recourant en considérant qu'il n'a pas prétendu que les troubles sociaux qui ont agité la Tunisie à la fin de l'année 1983 et au début de l'année 1984 ont aggravé la situation des membres de son parti restés au pays, ni que ceux-ci aient été impliqués. Cet arrêt démontre que le juge de l'extradition ne limite pas son pouvoir d'examen à la demande d'extradition. Les affaires M., U. et V. (ch. 3.3.1, lettres m, v et u) constituent d'ailleurs trois autres exemples où l'on voit que le juge de l'extradition ne limite pas son pouvoir d'examen à la seule procédure pénale. Enfin, dans un arrêt du 11 août 2015, le Tribunal pénal fédéral indique que l'extradition doit aussi être refusée si la situation de la personne risque d'être aggravée pour des motifs liés à la race, à la nationalité, aux opinions religieuses ou politiques de la personne[849]. Cet arrêt récent confirme donc l'interprétation large qui doit être faite de l'article 2 lettre c EIMP[850].

Même si l'article 2 lettre c EIMP est libellé de manière plus restreinte que l'article 3 paragraphe 2 CEExtr, sa portée n'est donc pas limitée. Une telle conclusion s'impose d'ailleurs d'un point de vue logique. On voit mal en effet le juge suisse de l'extradition étendre son pouvoir d'examen à la situation générale de la personne lorsque l'Etat requérant est partie à la CEExtr et le restreindre lorsqu'il doit examiner des demandes provenant d'Etats qui n'ont pas conclu de traité avec la Suisse. En outre, si l'article 2 lettre c EIMP restreint le pouvoir d'examen du juge de l'extradition, cela signifie que cette norme est plus favorable à la coopération que l'article 3 paragraphe 2 CEExtr. Par conséquent la coopération devrait plutôt se baser sur l'EIMP et non sur la CEExtr pour examiner le risque d'aggravation de la situation de la personne en cas d'extradition. Or, dans aucun arrêt du Tribunal fédéral et du Tribunal pénal fédéral, l'article 3 paragraphe 2 CEExtr n'a été écarté au profit de l'article 2 lettre c EIMP en application du principe de faveur. Néanmoins, pour éviter tout problème d'interprétation de l'article 2 lettres c EIMP, il serait judicieux de procéder à une correction rédactionnelle de cette disposition en vue de la faire parfaitement coïncider avec l'article 3 paragraphe 2 CEExtr dont elle est issue (cf. ch. 28.1.2 let. a).

Si le juge de l'extradition n'est pas limité dans son pouvoir d'examen, il doit donc examiner et apprécier les faits de la même manière que le juge de l'asile. Comment peut-on dès lors expliquer que dans l'affaire N. l'Office fédéral de la justice n'a pris en compte ni les condamnations antérieures, qui ne faisaient pas l'objet de la demande d'extradition, ni l'activisme politique de N. ? Cela s'explique tout d'abord par le principe de la confiance qui gouverne les relations entre Etats en matière d'extradition. L'Etat requérant n'est pas censé agir pour des motifs dissimulés. Cela s'explique également par le principe de la spécialité qui régit également le droit de l'extradition. Selon ce principe, l'Etat requérant ne peut poursuivre la personne que pour les faits et lui faire subir uniquement les condamnations qui font l'objet de la demande

[849] Arrêt du TPF RR.2015.181 + RP.2015.33 du 11.8.2015 consid. 4.2: «Die Auslieferung wird ebenfalls nicht bewilligt, wenn der ersuchte Staat ernstliche Gründe hat zur Annahme, das gleiche Auslieferungsersuchen wegen einer nach gemeinem Recht strafbaren Handlung sei gestellt worden, um eine Person aus rassischen, religiösen, nationalen oder auf politischen Anschauungen beruhenden Erwägungen zu verfolgen oder zu bestrafen, oder dass die verfolgte Person der Gefahr einer Erschwerung ihrer Lage aus einem dieser Gründe ausgesetzt wäre (Art. 3 Abs. 2 EAUe; vgl. auch Art. 2 lit. b und c IRSG)».

[850] Il y a lieu également de citer un arrêt très récent du TPF où ce dernier a annulé la décision d'extradition et invité l'OFJ a évaluer la situation en Turquie suite au putsch manqué et plus particulièrement à la suspension de la CEDH arrêt du TPF RR.2016.126 + RP.2016.31 du 6.9.2016.

d'extradition. Mais la règle de la spécialité signifie aussi que l'Etat requérant doit donner l'opportunité à la personne de quitter son territoire. N. était donc protégé par ce principe. Non seulement l'Etat requérant ne pouvait lui faire subir d'autres condamnations ou le poursuivre pour d'autres faits, mais s'il entendait le faire, il aurait été tenu de laisser N. quitter son territoire ou demander à la Suisse l'extension de l'extradition. En vertu du principe de la spécialité, l'Office fédéral de la justice n'aurait vraisemblablement pas procédé à une analyse plus complète de la situation de N. vu que ce dernier ne risquait pas de subir les condamnations antérieures. En outre, l'Office fédéral de la justice ne semble pas s'être demandé si les différentes condamnations et arrestations pouvaient constituer une pression psychique insupportable et donc une persécution. Le principe de la spécialité n'explique dès lors pas tout. Une méconnaissance des notions de persécution et de pression psychique insupportable pourrait également constituer une explication.

10.3 Asile et extradition: fonction de protection

Au terme de l'examen de la définition de réfugié et des motifs de refus de l'extradition, on s'aperçoit que les droits des réfugiés, de l'asile et de l'extradition poursuivent l'objectif commun de protéger une personne contre le risque de subir une persécution.

Il y a lieu néanmoins de relever que la protection offerte par le droit de l'extradition ne se limite pas aux cas où la poursuite est illégitime. Ainsi, même en présence d'une poursuite totalement légitime, le juge de l'extradition devra s'assurer que les droits de l'extradable seront respectés en cas d'extradition. Ce dernier bénéficiera donc sous certains aspects d'une protection plus large en droit de l'extradition qu'en droit des réfugiés et de l'asile. De son côté, le juge de l'asile n'est pas lié par le traité d'extradition liant la Suisse à l'Etat requérant, ni d'ailleurs par les principes de confiance et de spécialité. Des atteintes aux droits de la personne qui ne sont pas pertinentes en matière d'extradition, mais qui pourraient constituer une pression psychique insupportable, seront prises en compte par le juge de l'asile et pourraient conduire à la reconnaissance du statut de réfugié.

Dès lors non seulement les droits des réfugiés, de l'asile et de l'extradition poursuivent un objectif commun de protection, mais les protections offertes par ces domaines juridiques tendent à se compléter. Dans la troisième partie de ce travail, nous nous pencherons sur les principes de non-extradition pour délits politiques, d'interdiction de la torture et des peines ou traitements cruels, inhumains ou dégradants, de non-discrimination et de non-refoulement. L'analyse de ces principes nous confortera dans le constat que les droits concernés, loin de s'exclure, offrent un continuum de protections à l'individu.

10.4 Définition du réfugié en droit de l'extradition

La personne dont l'extradition est refusée au motif qu'elle risque une poursuite discriminatoire ou un traitement discriminatoire remplit *a priori* tous les critères de la définition du réfugié. Mais à la différence du droit des réfugiés et de l'asile, pour pouvoir bénéficier d'une protection en droit de l'extradition, l'individu n'a pas besoin de la demander, car le juge de l'extradition doit examiner d'office si la personne est poursuivie pour des motifs discriminatoires. L'individu n'a pas besoin non plus de se trouver sur le territoire de l'Etat requis. En effet et comme nous le verrons, ce n'est pas seulement la demande d'extradition qui sera refusée mais toute demande de coopération, telle que la demande de recherche et d'arrestation, alors même que la personne concernée ne viendra jamais en Suisse. Il n'est pas nécessaire non plus que l'individu ait cessé toute relation avec son pays d'origine ou de dernière résidence pour pouvoir bénéficier d'une protection.

Ainsi, si l'on transpose tous les éléments et les sous-éléments de la définition de réfugié (avoir quitté le pays d'origine, avoir cessé toute relation avec ce pays, avoir subi ou craindre une persécution, intensité de la persécution, caractère ciblé de la persécution, motifs déterminés de la persécution, actualité de la persécution déjà subie ou de la crainte fondée de persécution et l'absence d'une possibilité de refuge interne dans le pays d'origine) à la personne dont l'extradition est refusée pour des motifs discriminatoires en vertu de l'article 2 lettres b et c EIMP (clause de non-discrimination), on constate que l'individu concerné est une personne qui se trouve à l'étranger (avoir quitté l'Etat d'origine ou de dernière résidence), qui n'a pas nécessairement cessé toute relation avec son pays d'origine ou l'intention de le faire (cessation de toute relation), qui risque une atteinte à son intégrité en cas de remise ou qui subit ou subira une atteinte à sa liberté de par l'existence d'une demande de recherche et d'arrestation ou une pression psychique insupportable (avoir subi ou craindre une persécution), qui est directement visée par la persécution (caractère ciblé de la persécution), laquelle revêt un caractère étatique (caractère étatique de la persécution), en raison de ses opinions politiques, de son appartenance à un groupe social déterminé, de sa race, de sa confession ou de sa nationalité ou que sa situation risque d'être aggravée pour l'une ou l'autre de ces raisons (motifs déterminés de la persécution). En raison de l'existence d'un mandat d'arrêt, d'une demande d'arrestation ainsi que d'une demande d'extradition, la persécution est actuelle ou future (actualité de la persécution ou crainte de subir une persécution). Enfin, comme la persécution revêt un caractère étatique et que la personne doit être remise par la contrainte directement aux autorités de l'Etat requérant, elle ne pourra pas bénéficier d'un refuge interne (absence d'une possibilité de refuge interne).

Au vu de ce qui précède, on peut donc constater que la définition du réfugié en droit de l'extradition est beaucoup plus large qu'en droit des réfugiés. Dès lors, l'individu qui ne remplit pas tous les critères pour la reconnaissance de la qualité de réfugié et l'obtention de l'asile, pourra néanmoins bénéficier en droit de l'extradition d'une protection contre une persécution discriminatoire. Etant donné que la reconnaissance de la qualité de réfugié a un caractère déclaratoire et non pas constitutif, ce qui signifie qu'une personne est un réfugié dès qu'elle en réalise les éléments constitutifs[851], en refusant de donner suite à une demande de coopération respectivement en refusant d'extrader une personne car elle subit ou risque de subir une atteinte à sa vie, à son intégrité ou à sa liberté pour des motifs discriminatoires, les autorités compétentes en matière d'extradition lui reconnaissent par la même occasion la qualité de réfugié. On trouve ainsi chez Marugg le concept de réfugié de droit extraditionnel (auslieferungsrechtlicher Flüchtlingsbegriff)[852]. Cette reconnaissance n'est donc pas l'apanage du juge de l'asile. En outre, si la personne peut demeurer en Suisse, elle bénéficiera *de facto* également d'un asile, car le principe de souveraineté empêchera l'Etat requérant de s'emparer d'elle. Cette protection pourra d'ailleurs aussi déployer des effets hors de notre territoire dans la mesure où la Suisse aura notamment la faculté d'informer le Secrétariat d'Interpol que l'arrestation ou l'extradition de la personne a été refusée au motif qu'elles violent le droit international public. Interpol pourra ainsi effacer de sa banque de données la recherche lancée contre la personne et inviter ses Etats-membres à en faire de même dans leurs banques de données et à refuser toute collaboration avec l'Etat requérant dans le cas d'espèce.

Conclusions à la deuxième partie

Au terme de cette seconde partie, on peut procéder à au moins trois constats.

On peut tout d'abord constater qu'il n'y a pas de définition universellement acceptée des notions de réfugié, de persécution, d'asile et d'extradition. Surtout, il n'y a pas d'autorité qui puisse imposer aux Etats une définition des notions de réfugiés et de persécution. Les Etats conservent ainsi une certaine latitude pour les définir. Rien n'empêche donc la Suisse d'adopter une définition plus large du réfugié, qui englobe les motifs de refus de l'extradition.

Si l'on s'arrête ensuite à une définition purement littérale du terme extradition on ne peut que conclure que tout l'oppose à l'asile. Or, une analyse des motifs de refus de l'extradition permet de constater que l'extradition a aussi pour but d'offrir une protection à la personne qui fait notamment l'objet d'une poursuite discriminatoire. Le fait que les protections offertes par ces deux domaines juridiques ne se superposent pas entièrement démontre qu'elles tendent à se compléter.

Enfin, en refusant l'extradition au motif que la personne concernée risque un traitement discriminatoire, le juge de l'extradition lui reconnaît en quelque sorte la qualité de réfugié. On peut dès lors déplorer que l'EIMP ne contienne pas une norme identique à l'article 16a chiffre 1 *GG*, ce qui permettrait au juge de l'extradition de régler

[851] Manuel OSAR, p. 169. Cf. aussi HCR (1992) par. 28 et STÖCKLI no 11.5, p. 525.
[852] MARUGG, pp. 33 et 34.

directement le statut de la personne et d'éviter que deux autorités distinctes doivent examiner les mêmes questions et statuer au moyen de deux décisions séparées sur le droit de la personne de demeurer en Suisse. On pourrait ainsi saisir l'opportunité d'une modification de l'EIMP pour y introduire une disposition similaire à l'article 16a chiffre 1 *GG*. Nous aurons l'occasion d'y revenir dans la sixième partie de ce travail.

Partie III

Principes en droits des réfugiés, de l’asile et de l’extradition:

Protections à géométrie variable

Introduction à la troisième partie

Les droits des réfugiés, de l'asile et de l'extradition partagent des principes communs. Il s'agit des principes de non-discrimination, d'interdiction de la torture et des peines ou traitements cruels, inhumains ou dégradants et de non-refoulement.

En droit (international) des droits de l'homme, ces principes sont énoncés de manière implicite ou explicite dans la Charte ONU, la DUDH, le Pacte ONU II, la Convention de 1984, la CEDH ou la Cst. Ces textes sont des sources communes aux domaines des réfugiés, de l'asile et de l'extradition. Les juges de l'asile et de l'extradition doivent donc en tenir compte lorsqu'ils examinent et statuent sur une demande d'asile respectivement sur une demande d'extradition. On retrouve également ces trois principes dans les sources spécifiques au droit des réfugiés et de l'asile. La Convention de 1951 se réfère ainsi explicitement dans son préambule à la Charte ONU et à la DUDH et concrétise ces principes. Il en va de même de la LAsi qui réserve la Convention de 1951. En règle générale, les instruments internationaux en matière d'extradition mentionnent au moins implicitement les principes de non-discrimination, d'interdiction de la torture et des peines ou traitements cruels, inhumains ou dégradants et de non-refoulement. Il en va ainsi par exemple du Statut d'Interpol qui interdit rigoureusement à son article 3 (parfois appelé «clause de neutralité») à Interpol et à ses Etats membres toute activité ou intervention dans des questions ou affaires présentant un caractère politique, militaire, religieux ou racial. En droit interne, on trouve ces principes aux articles 2, 3 et 37 EIMP.

A première vue, ces trois principes semblent ne rien avoir en commun. Leur analyse permet toutefois de constater qu'ils tendent à se superposer en tout ou en partie. Ainsi, si l'on prend le principe de non-refoulement, l'on constate qu'il est issu des deux autres principes. En effet, c'est parce que la discrimination ou la torture est interdite qu'une personne ne peut être refoulée sur le territoire de l'Etat où elle risque une telle atteinte à ses droits. Mais ces principes ont aussi une portée plus ou moins large selon les domaines concernés d'où la nécessité de les analyser séparément au risque d'être redondant.

En sus de ces principes, le droit de l'extradition est également régi par le principe de l'interdiction de l'extradition pour délits politiques. A priori, ce principe n'est pas commun aux droits des réfugiés, de l'asile et de l'extradition. Toutefois, selon Chetail, il constitue «la matrice conceptuelle et normative de ce qui deviendra plus tard le droit international des réfugiés. Son apport est double. Il porte sur les deux concepts[-]clés du droit contemporain des réfugiés: la définition du réfugié et le principe de non-refoulement»[853]. En outre, le droit des réfugiés et de l'asile s'inspire de la définition du délit politique arrêtée par le droit de l'extradition pour déterminer s'il y a persécution politique. Le principe de non-extradition pour délits politiques exerce ainsi une certaine influence en matière de droit des réfugiés et de l'asile même si on le trouve uniquement dans le droit extraditionnel. Il y a donc lieu d'intégrer ce principe dans l'analyse qui va suivre. Cette dernière aura pour objectif d'examiner la portée de ces quatre principes pour la protection de l'individu en droit des droits de l'homme, en droit des réfugiés et

[853] CHETAIL (2013), p. 83.

de l'asile ainsi qu'en droit de l'extradition. Si la protection offerte devait être identique, voire si le droit de l'extradition devait offrir à un individu une protection plus large que le droit des réfugiés et de l'asile, il y aura lieu dès lors de se demander si la primauté du droit de l'asile sur le droit de l'extradition respectivement si la primauté de la décision en matière d'asile sur la décision du juge de l'extradition se justifient encore.

A côté des quatre principes susmentionnés, d'autres principes encore gouvernent le droit des réfugiés et de l'asile et le droit de l'extradition. Il s'agit du principe de la bonne foi ou de la confiance, du principe de spécialité ainsi que du principe «*inclusion before exclusion*». Alors que les deux premiers principes sont spécifiques au droit de l'extradition, le dernier est propre au droit des réfugiés et de l'asile. Toutefois, comme nous allons le voir, les principes de la bonne foi et de la spécialité exercent également une influence en droit des réfugiés et de l'asile.

Nous allons débuter cette analyse par le principe de non-extradition pour délits politiques au vu de son influence sur le droit des réfugiés et de l'asile.

Chapitre 11 Principe de non-extradition pour délits politiques

Le principe de non-extradition pour délits politiques est propre au domaine de l'extradition. C'est donc en toute logique que nous débuterons l'analyse de ce principe par le droit de l'extradition. Mais avant d'y procéder, il y a lieu de s'arrêter sur la notion de délit politique. Etant donné qu'une étude approfondie de cette notion dépasserait le cadre de ce travail, on se limitera à la définition donnée en droit suisse de l'extradition par la doctrine et la jurisprudence.

11.1 Notion de délit politique

L'allégation par la personne poursuivie que les actes qui lui sont reprochés ont un caractère politique soulève l'une des questions les plus délicates du droit de l'extradition[854]. En règle générale, l'exception politique constitue un motif de refus d'extrader. Selon Jean-Bernard Schmid, cité dans le Manuel de l'Office des Nations Unies contre la drogue et le crime, un tel motif de refus «pose parfois un problème, car ce qui constitue un délit politique est mal défini»[855]. En effet, «[d]u point de vue strictement juridique, le délit politique est rebelle à toute définition, étant donné le caractère contingent du qualificatif "politique"»[856]. On ne trouvera ainsi dans aucun traité signé par la Suisse une définition de la notion de délit politique[857]. Les Etats parties disposent à cet égard d'un large pouvoir pour apprécier le caractère politique d'une infraction. En effet, «[l]a mise en oeuvre du concept juridique de délit politique (...) dépend (...) étroitement de la philosophie des Etats concernés»[858].

[854] SCHULTZ (1953), p. 407.
[855] Manuel ONUDC no 122, p. 54.
[856] SZABO, p. 6. Cf. aussi PAPADATOS, p. 70.
[857] ATF 101 Ia 602 consid. 6a, p. 604, et arrêt du TPF RR.2009.231 du 15.9.2009 à propos de l'art. 3 CEExtr.
[858] ROUILLER, p. 25. Cf. art. 3 par. 1 CEExtr qui réserve la faculté des Etats de déterminer ce qu'il faut entendre par infraction politique: «[l]'extradition ne sera pas accordée si l'infraction pour laquelle elle est demandée est considérée par la Partie requise comme une infraction politique ou comme un fait connexe à une telle infraction».

Le juge suisse de l'extradition examine ainsi librement le caractère politique de l'infraction, notamment pour déterminer si les circonstances d'une telle infraction peuvent être considérées comme établies[859]. Il applique la notion de délit politique telle qu'elle découle du droit suisse en se plaçant du point de vue suisse et au regard du droit suisse sans tenir compte de la loi et de la pratique du pays requérant[860]. En d'autres termes, c'est en fonction des conceptions suisses et non de celles de l'Etat requérant que l'on va considérer que l'acte revêt un caractère politique prépondérant. Toutefois, cela ne signifie pas que le juge suisse ne tiendra pas compte de la situation dans l'Etat requérant du point de vue aussi bien politique que législatif et constitutionnel et qu'il ne regardera pas la conception des libertés fondamentales de la personne et le respect dont jouissent de telles libertés, l'indépendance et l'objectivité de l'appareil judiciaire dudit Etat. L'absence de réciprocité dans l'appréciation du caractère politique d'une infraction, c'est-à-dire le fait que l'Etat requérant considérerait comme politiques des infractions qui ne le sont pas selon le droit suisse et refuserait l'extradition dans des cas analogues ne fait pas obstacle à l'extradition[861]. Ces différences de conceptions tendent toutefois à s'estomper en présence de délits graves. En effet, les traités multilatéraux adoptés pour combattre les formes les plus graves de criminalité réduisent la portée politique de telles infractions. Il en va ainsi des instruments universels contre le terrorisme qui interdisent aux Etats parties de rejeter la demande d'extradition d'un autre Etat (relative à toute infraction prévue par une convention) au motif qu'elle concerne une infraction politique, une infraction connexe à une infraction politique ou une infraction inspirée par des mobiles politiques[862].

Si c'est donc en fonction des conceptions suisses que le juge de l'extradition va surtout apprécier le caractère politique d'une infraction, il y a lieu néanmoins de relever qu'en droit interne, ni l'EIMP en ses articles 3 et 55 alinéa 2, ni le Code pénal suisse du 21 décembre 1937 (CP)[863] en son titre 13 consacré aux crimes ou délits contre l'Etat et la défense nationale, ne définissent le délit politique[864]. En l'absence de définitions conventionnelle et légale du délit politique, il y a donc lieu de se référer à la doctrine et à la jurisprudence du Tribunal fédéral et du Tribunal pénal fédéral.

Dans les instruments internationaux[865] aussi bien que dans la doctrine et la jurisprudence du Tribunal fédéral et du Tribunal pénal fédéral, on procède à une distinction entre délit politique absolu, délit politique relatif ou infraction inspirée par des mobiles politiques, et délit politique connexe. La définition du délit politique se déduit de la notion de délit politique absolu.

Si l'application du délit politique soulève peu de problèmes lorsque sont en cause des actes politiques absolus, des questions délicates se posent quand l'extradition est demandée pour un délit politique relatif. «La relativisation, dans ce sens, du concept de [délit politique] oblige alors l'Etat requis à porter une appréciation difficile sur les circonstances politiques qui, dans l'Etat étranger, ont entouré la commission du délit»[866].

[859] ATF 125 II 569 consid. 9b, p. 578, et 90 I 298, p. 299.
[860] ATF 90 I 298, p. 299.
[861] ATF 101 Ia 602 consid. 6, pp. 604ss.
[862] Manuel ONUDC no 122, p. 54.
[863] RS 311.0.
[864] Arrêt non publié du TF A 275/84 du 3.10.1984 consid. 1.
[865] P. ex. Convention internationale du 15.12.1997 pour la répression des attentats terroristes à l'explosif (RS 0.353.21).
[866] ROUILLER, p. 25.

11.1.1 Délit politique absolu

«Le délit politique absolu (...) ne donne jamais lieu à extradition même s'il est réprimé par la législation des deux Etats concernés»[867].

Selon la jurisprudence fédérale, constitue un délit politique absolu — ou délit politique pur — celui qui est dirigé exclusivement contre l'organisation politique et sociale de l'Etat requérant[868]. En d'autres termes, il s'agit d'«une agression immédiate contre l'Etat ou ses institutions fondamentales. Les seuls biens juridiques protégés ainsi lésés sont l'existence, l'indépendance ou l'ordre constitutionnel de l'Etat et non pas les biens juridiques privés. Le délit politique absolu ne comporte donc aucun élément propre à l'apparenter à un délit de droit commun. Sont par exemple des délits politiques absolus les actes révolutionnaires comme la sédition, l'insurrection ou la tentative de coup d'Etat, de même que la haute trahison, la fondation ou la reconstitution d'un mouvement politique interdit ou dissous, l'appartenance à un tel mouvement ou la simple participation à ses activités, la diffusion d'opinions hostiles au pouvoir en violation des dispositions légales qui restreignent la liberté d'expression, le franchissement illégal d'une frontière pour quitter un pays dont le gouvernement limite la libre circulation de ses ressortissants»[869]. En outre, ce but doit faire partie des éléments constitutifs de l'infraction[870]. «Ces deux conditions sont cumulatives» [871]. En ce sens, le délit politique absolu est en relation immédiate avec des évènements politiques[872].

L'article 3 alinéa 3 EIMP «assimile au délit politique proprement dit la violation des prescriptions pénales qui accompagnent les mesures de politique monétaire, commerciale ou économique. Ces prescriptions sont en effet toujours inspirées, de près ou de loin, par des mobiles d'ordre politique et leur application a souvent pour conséquence une atteinte aux intérêts d'autres Etats. Elles ne visent pas à combattre la criminalité mais à assurer le succès d'une politique nationale»[873].

Selon le Tribunal pénal fédéral, la désertion peut également avoir selon les circonstances un caractère politique prépondérant lorsqu'elle constitue une forme de résistance contre une guerre injuste et de la sorte peut également se traduire comme un acte contre la puissance d'un Etat[874].

---

[867] ROUILLER, p. 26.
[868] ATF 125 II 569 consid. 9b, p. 578; 90 I 298, p. 299; ROUILLER, p. 26.
[869] ROUILLER, pp. 26 et 27. Cf. aussi HEIMGARTNER, pp. 110 et 111; FELCHLIN, pp. 92ss; SCHULTZ (1953), p. 415; ZIMMERMANN no 618, p. 628; KAPFERER no 77, p. 28; STEIN, p. 65; KÄLIN (1982), p. 213. Pour des autres exemples dans la jurisprudence: arrêt du TPF RR.2008.53 du 8.5.2008 ou ATF 132 II 469 consid. 2.2, p. 472.
[870] ATF 125 II 569 consid. 9b, p. 578; arrêt du TPF RR.2009.231 du 15.9.2009 consid. 2.1.3; ROUILLER, p. 26.
[871] ZIMMERMANN no 618, p. 628.
[872] Arrêt du TPF RR.2009.231 du 15.9.2009 consid. 2.1.3; ATF 125 II 569 consid. 9b, pp. 577ss.
[873] ROUILLER, p. 28.
[874] Arrêt du TPF RR.2012.15 + RP.2012.5 du 22.11.2012. Cette jurisprudence est critiquée par ZIMMERMANN (no 619, p. 629).

11.1.2 Délit politique relatif

«Une infraction qui ne vise pas directement l'Etat et ses institutions n'est pas un délit politique absolu quand bien même son objectif final serait de compromettre ou d'anéantir l'organisation politique et sociale de l'Etat. Elle bénéficiera cependant aussi de l'immunité du droit extraditionnel si son auteur démontre qu'elle revêt un caractère politique prépondérant»[875].

Constitue un délit politique relatif — ou délit politique complexe — l'infraction de droit commun qui revêt néanmoins un caractère politique prépondérant compte tenu de la nature des circonstances, des mobiles et des buts qui ont déterminé l'auteur à agir et apparaissent prédominants aux yeux de l'Etat requis. Le délit politique relatif, inspiré par la passion politique, doit toujours avoir été commis dans le cadre d'une lutte pour ou contre le pouvoir et se situer en rapport de connexité étroit et direct, clair et net, avec l'objet de cette lutte[876]. Le délit politique peut également viser à soustraire quelqu'un à un pouvoir excluant toute forme d'opposition[877]. Il faut en outre que le mal causé soit proportionné à l'objectif politique poursuivi et que les intérêts en cause doivent être suffisamment importants, sinon pour justifier, du moins excuser dans une certaine mesure le délit[878]. Les critères de proportionnalité et de prépondérance politique de l'acte sont les seuls opérationnels pour une définition claire du délit politique relatif[879]. «On exige ainsi de l'auteur qu'il ait pesé soigneusement son acte, de telle sorte que celui-ci pouvait raisonnablement lui sembler propre à entraîner, au-delà de son résultat immédiat, une modification concrète de l'ordre politique établi. L'importance des intérêts en jeu doit en outre expliquer la démarche de l'intéressé, si ce n'est la justifier. Sous réserve des actes commis en période révolutionnaire, une infraction contre la vie — et aussi, [selon Rouiller], une infraction contre l'intégrité corporelle ou contre la liberté des individus — ne témoignera de l'idéal de son auteur que si elle représentait pour lui l'*ultima ratio*. Il faut, en d'autres termes, que les circonstances aient fait du délit en cause le seul moyen concevable d'atteindre le but politique poursuivi (...). Ces règles font ainsi une large place au principe de la proportionnalité. Elles privent de l'immunité extraditionnelle celui pour qui le crime est un moyen ordinaire de la lutte politique et celui qui tente de créer, par la violence aveugle, un climat de terreur propice à l'accomplissement de ses desseins politiques, aussi bien que celui qui met à profit les troubles sociaux pour satisfaire des intérêts personnels et égoïstes»[880].

---

[875] ROUILLER, p. 29. Cf. aussi KAPFERER no 77, p. 28.

[876] ATF 125 II 569 consid. 9b, p. 578; ATF 90 I 298, p. 299; ZIMMERMANN no 619, p. 629. Cf. aussi HEIMGARTNER, pp. 112 et 113; ROUILLER, p. 29; FELCHLIN, pp. 116ss; SCHULTZ (1953), p. 420; STEIN, p. 67; KÄLIN (1982), pp. 214 et 215. Pour d'autres exemples de jurisprudence: Arrêt du TPF RR.2009.231 du 15.9.2009 consid. 2.1.3; ATF 131 II 235 consid. 3.2, p. 245; 128 II 355 consid. 4.2, pp. 364 et 365.

[877] ATF 101 Ia 416 consid. 6b; ATF 90 I 298, p. 300.

[878] ATF 125 II 569 consid. 9b, p. 578; arrêt du TPF RR.2009.231 du 15.9.2009 consid. 2.1.3; ZIMMERMANN no 619, p. 629.

[879] ZIMMERMANN note de bas de page no 610, p. 629. Cf. aussi KAPFERER nos 78 et 79, p. 29; pour d'autres exemples de jurisprudence: ATF 131 II 235 consid. 3.2, p. 245; 130 II 337 consid. 3.2, p. 343; 128 II 355 consid. 4.2, p. 365; 125 II 569 consid. 9b, p. 578.

[880] ROUILLER, pp. 29 et 30. «En présence d'homicides, d'assassinats et d'actes terroristes, le juge de l'extradition n'exclut pas de facto le caractère politique mais procède à une pesée d'intérêts. On assimile ainsi l'homicide au délit politique relatif lorsqu'il est commis à des fins politiques dans une période révolutionnaire, dans le cadre d'une guerre civile ou d'un conflit armé ouvert» (ZIMMERMANN no 619, p. 630. Cf aussi ATF 109 Ib 64 consid. 6a, pp. 71ss, et 106 Ib 297 consid. 4, pp. 301ss). «Pour obtenir la protection du délit politique relatif, il faut que l'auteur du crime ait pu espérer raisonnablement que son acte aurait pu avoir pour conséquence, au-delà du résultat immédiat, une modification de l'organisation politique ou sociale de l'Etat. L'assassinat peut ainsi apparaître comme la dernière ressource lorsque la personne visée [, par exemple le chef d'un Etat totalitaire,] incarne pratiquement le système politique de l'Etat de sorte qu'on puisse penser que sa disparition entraînera la chute du régime ou à tout le moins une modification de ce système»

S'agissant des infractions contre le patrimoine commises avec ou sans violence, «[i]l est (...) peu probable qu'un caractère politique prépondérant [leur] soit reconnu (...). Il n'y a pas, en règle générale, une connexité assez étroite entre ces actes et le but politique allégué»[881].

L'extradition demandée pour la participation à une organisation terroriste soulève des questions délicates parce que la délimitation entre lutte de libération et action terroriste est difficile à établir[882]. Confrontée à de telles situations, l'autorité doit décider après avoir suffisamment clarifié les faits et leur contexte[883]. Ainsi, il ne suffit pas de prétendre qu'une personne appartient à une organisation terroriste, il faut encore qu'une demande d'extradition décrive ce qu'elle a commis elle-même comme infractions.

11.1.3 Délit politique connexe

«On assimile [au délit politique relatif] les actes connexes»[884]. Par fait connexe à une infraction politique, on entend l'acte punissable selon le droit commun, mais qui bénéficie aussi d'une certaine immunité parce qu'il a été accompli parallèlement à un délit politique, avant ou après un délit politique, généralement pour préparer, faciliter, assurer ou masquer la commission de celui-ci, voire en procurer ultérieurement l'impunité[885]. Il en va ainsi de l'instigation à faux témoignage dans le cadre d'une instruction ouverte du chef du délit de lèse-majesté, car une telle instigation continue «l'atteinte portée à l'Etat par ce délit politique absolu, puisqu'elle visait à empêcher que le trouble en résultant pour l'ordre social ne soit réparé par le prononcé d'une sanction pénale»[886].

(ZIMMERMANN no 619, p. 630. Cf. aussi Rouiller, p. 31; ATF 131 II 235 consid. 3.3, p. 245, 130 II 337 consid. 3.3, p. 343, et 106 Ib 297 consid. 4, p. 302). En dehors de circonstances exceptionnelles, «l'assassinat d'un chef d'Etat, d'un magistrat, d'un fonctionnaire ou d'un adversaire idéologique n'est en principe jamais un délit politique relatif» (ROUILLER, p. 31). Il l'est encore moins lorsque l'assassinat politique «a été commis dans un Etat pluraliste et démocratique où la compétition pour le pouvoir s'exerce dans des formes pacifiques» (ZIMMERMANN no 619, p. 630. Cf. aussi ROUILLER, p. 31). «Le recours à des moyens terroristes — tel l'utilisation d'explosifs pour des attentats aveugles — ne peut en règle générale être assimil[é] à un délit politique protégé, car de tels moyens peuvent frapper non seulement des adversaires politiques, mais aussi des tiers, et cela encore moins lorsqu'un tel objectif de terreur n'est pas pris en compte par les auteurs comme une conséquence fortuite d'un tel acte, mais comme un objectif important, voire essentiel de celui-ci. En pareil cas, la condition de proportionnalité des moyens n'est pas remplie» (ZIMMERMANN no 619, p. 630. Cf. aussi ROUILLER, pp. 34 et 35; ATF 110 Ib 280 consid. 6d, p. 286).

[881] ROUILLER, pp. 32 et 33. «Le Tribunal fédéral ne l'a, semble-t-il, admis qu'une seule fois et il y a longtemps [dans un cas d'attaque d'une] banque d'Etat organisée en pleine période révolutionnaire par un parti politique engagé sérieusement dans la lutte pour le pouvoir, qui n'avait pas d'autres moyens d'obtenir les fonds nécessaires au succès de son combat» (ROUILLER, p. 33).

[882] ATF 133 IV 76 consid. 3.8, p. 85, 133 IV 58 consid. 5 et 5.3.2, pp. 63ss, 131 II 235 consid. 3.3, p. 245, et 130 II 337 consid 3.3, p. 343; ZIMMERMANN no 619, p. 630.

[883] ATF 133 IV 58 consid. 5, pp. 63ss; arrêt du TPF RR.2007.2/25 du 25.4.2007 consid. 5.2; ZIMMERMANN no 619, p. 631.

[884] ROUILLER, p. 33.

[885] ATF 125 II 569 consid. 9b, p. 578; ZIMMERMANN no 620, p. 631. Cf. aussi ROUILLER, p. 33; KÄLIN (1982), p. 214.

[886] ROUILLER, pp. 33 et 34.

11.1.4 Evolution et champ d'application du concept de délit politique en droit de l'extradition

Comme le relève Zimmermann, le contexte dans lequel l'exception du délit politique a été conçue a radicalement changé[887]. La tendance à réduire la portée de ce principe a été amorcée par l'adoption de l'article 3 paragraphe 3 CEExtr, inspiré par la législation belge[888], qui dispose que pour l'application de la CEExtr l'attentat à la vie d'un chef d'Etat ou d'un membre de sa famille ne sera pas considéré comme infraction politique. La portée de l'article 3 paragraphe 1 CEExtr a encore été restreinte par l'adoption de l'article 1er du Protocole additionnel à la CEExtr (PAI CEExtr)[889].

Le développement du terrorisme mondial et du droit humanitaire a également conduit les Etats à adopter des instruments internationaux, à l'instar des instruments internationaux réprimant les délits d'une certaine gravité[890], qui tendent à exclure du moins à réduire la portée du délit politique[891]. Le but visé est de priver de l'immunité l'auteur de crimes déterminés, alors même que ceux-ci revêtiraient *in casu* un caractère politique prépondérant[892]. Il y a lieu néanmoins de relever que l'article 13 chiffre 1 CERT rétablit la faculté pour les Etats de considérer comme un délit politique des actes définis comme terroristes[893].

En droit interne, le législateur s'est calqué sur cette tendance en reprenant à l'article 3 alinéa 2 EIMP le contenu de l'article 1er PAI CEExtr. Ainsi, selon l'article 3 alinéa 2 EIMP, «[l]'allégué selon lequel l'acte revêt un caractère politique n'est recevable en aucun cas si: (a) l'acte est un génocide; (b) l'acte est un crime contre l'humanité; (c) l'acte est un crime de guerre; (d) l'acte semble particulièrement répréhensible du fait que l'auteur, en vue d'exercer une contrainte ou une extorsion, a mis en danger ou a menacé de mettre en danger la vie et l'intégrité corporelle de personnes, notamment par

---

[887] «Le contexte dans lequel l'exception du délit politique a été conçue a changé radicalement par rapport à la situation qui prévalait encore dans la première partie du XXème siècle, du moins pour ce qui concerne les relations entre les Etats démocratiques. A l'égard de ceux-ci, la coopération n'est en général pas refusée au motif que l'acte poursuivi dans l'Etat requérant serait de nature politique. Dans le cercle des pays européens, la conquête des droits démocratiques est achevée et l'on ne saurait admettre que des conflits minoritaires puissent, dans ces Etats, prendre une tournure violente justifiant l'octroi à leurs auteurs d'une quelconque immunité» (ZIMMERMANN no 627, pp. 634 et 635). Cf aussi arrêt du TF 1A.80/2004 + 1A.116/2004 du 8.7.2004.

[888] SCHULTZ (1970), p. 16; FELCHLIN, pp.193 ss.

[889] RS 0.353.11. Selon l'art. 1 PAI CEExtr, «[p]our l'application de l'article 3 de la Convention, ne seront pas considérées comme infractions politiques: a. les crimes contre l'humanité prévus par la Convention pour la prévention et la répression du crime de génocide, adoptée le 9 décembre 1948 par l'Assemblée générale des Nations Unies [RS 0.311.11]; b. les infractions prévues aux articles 50 de la Convention de Genève de 1949 pour l'amélioration du sort des blessés et des malades dans les forces armées en campagne [RS 0.518.12], 51 de la Convention de Genève de 1949 pour l'amélioration du sort des blessés, des malades et des naufragés des forces armées sur mer [RS 0.518.23], 130 de la Convention de Genève de 1949 relative au traitement des prisonniers de guerre [RS 0.518.42]; c. toutes violations analogues des lois de la guerre en vigueur lors de l'entrée en application du présent Protocole et des coutumes de la guerre existant à ce moment, qui ne sont pas déjà prévues par les dispositions susvisées des Conventions de Genève».

[890] Il en va ainsi en droit international de la Convention du 9.12.1948 pour la prévention et la répression du crime de génocide (art. VII); de la CERT (art. 1er); de la Convention du 20.12.1988 des Nations Unies contre le trafic illicite de stupéfiants et de substances psychotropes (art. 3, par. 10) ; de la Convention internationale du 15.12.1997 pour la répression des attentats terroristes à l'explosif (art. 11); de l'art. 3 par. 3 CEExtr ou encore de l'art. 1er PAI CEExtr.

[891] Arrêt du TPF RR.2009.231 du 15.9.2009 consid. 2.1.1.

[892] Vitu plaide même la supression de la distinction entre meurtre politique et meurtre de droit commun (p. 370).

[893] L'art. 13 ch. 1 CERT dispose que «[t]out Etat peut, au moment de la signature ou au moment du dépôt de son instrument de ratification, d'acceptation ou d'approbation, déclarer qu'il se réserve le droit de refuser l'extradition en ce qui concerne toute infraction énumérée dans l'article 1er qu'il considère comme une infraction politique, comme une infraction connexe à une infraction politique ou comme une infraction inspirée par des mobiles politiques, à condition qu'il s'engage à prendre dûment en considération, lors de l'évaluation du caractère de l'infraction, son caractère de particulière gravité, y compris a. qu'elle a créé un danger collectif pour la vie, l'intégrité corporelle ou la liberté des personnes; ou bien b. qu'elle a atteint des personnes étrangères aux mobiles qui l'ont inspirée; ou bien c. que des moyens cruels ou perfides ont été utilisés pour sa réalisation».

un détournement d'avion, par l'utilisation de moyens d'extermination massifs, par le déclenchement d'une catastrophe ou par une prise d'otage».

Enfin, «[l]'adoption d'instruments internationaux (...) [et] l'évolution de la doctrine et de la jurisprudence récentes (...) montrent que le débat s'est déplacé. Il ne s'agit plus tant aujourd'hui pour l'Etat requis de déterminer si l'acte est de nature politique que de s'assurer que la personne poursuivie bénéficiera dans l'Etat requérant d'un procès et d'un traitement équitables (...). Le champ d'application de l'exception du délit politique a ainsi tendance à se réduire, au point qu'il n'est plus guère envisageable d'y recourir, hormis l'hypothèse où la coopération serait demandée par un Etat totalitaire ou dans lequel règne l'arbitraire»[894]. La Convention de 1996 sur l'extradition entre Etats membres de l'Union européenne constitue d'ailleurs «le point d'orgue de cette évolution puisqu'elle a consacré le principe même de la suppression de l'exception pour infraction politique. Cette Convention célèbre de la sorte, au sein de l'Union européenne, la fin du traitement particulier de la criminalité politique et de l'exception qu'elle constituait dans le régime extraditionnel»[895].

11.2 Principe de non-extradition pour délits politiques en droit de l'extradition

Le droit de l'extradition est dominé par le principe de non-extradition en cas de délits politiques. Plusieurs motifs d'ordre juridique, humanitaire, éthique, politique ou relevant de la solidarité envers des combattants de la liberté ont été avancés pour justifier une telle interdiction[896].

Le principe de non-extradition en cas de délits politiques est énoncé en des termes péremptoires dans le Manuel de l'Office des Nations Unies contre la drogue et le crime, le modèle de «Traité type d'extradition» de l'Organisation des Nations Unies, le droit international et le droit interne de l'extradition, en prévoyant que l'extradition «n'est pas accordée»[897], «n'aura pas lieu»[898], «sera refusée»[899] ou que «les crimes ou délits politiques sont exceptés»[900] ou que la demande d'extradition «est irrecevable»[901], posant ainsi une obligation à l'Etat requis de refuser l'extradition si le délit a un caractère politique.

---

[894] ZIMMERMANN no 627, p. 635.
[895] BRIBOSIA/WEYEMBERGH, p. 81.
[896] D'après le «Manuel sur l'entraide judiciaire et l'extradition» de l'ONUDC, l'exception à l'extradition «relative aux délits politiques se fonde sur trois principes de base: la reconnaissance de la dissidence politique, la garantie des droits de l'accusé et la protection des [E]tats tant requérant que requis» (no 121, p. 53). Selon Zimmermann, «la doctrine classique justifie cette exception à la coopération par une pluralité de motifs. Le premier est juridique, et tient au fait que l'Etat requis ne réprimerait pas le délit politique pour lequel la coopération est demandée. Le second relève de considérations humanitaires, car la personne poursuivie n'est pas toujours assurée de bénéficier, dans l'Etat requérant, d'un procès équitable lorsqu'elle est accusée de ce type de délit. Le troisième motif est d'ordre éthique: le droit à la résistance contre l'oppression peut justifier le recours à des moyens extrêmes. Le quatrième est politique, tant il peut paraître prudent, pour l'Etat requis, de ne pas s'immiscer dans les affaires intérieures de l'Etat requérant. Le cinquième procède du réflexe d'auto-défense et de solidarité qu'éprouvent les Etats démocratiques envers les combattants de la liberté en butte à la répression de régimes autoritaires» (ZIMMERMANN no 614, pp. 622 et 623). Enfin, un autre motif tiendrait au fait que même si une justice politique se déroule dans le cadre d'une procédure relevant de l'Etat de droit, un procès équitable n'est d'emblée pas possible (CAPUTO, p. 170, citant A. MEHLICH).
[897] Cf. art. 3 par. 1 CEExtr ou art. 3 TExAUS.
[898] Cf. art. art. 3 du Traité d'extradition du 27.2.1923 entre la Suisse et l'Uruguay ou l'art. III du Traité d'extradition du 23.7.1932 entre la Suisse et le Brésil.
[899] Cf. art. 3 TExCAN.
[900] Cf. art. 2 du Traité du 9.7.1869 entre la Suisse et la France sur l'extradition réciproque des malfaiteurs.
[901] Cf. art. 3 al. 1 EIMP.

Au niveau des conventions multilatérales et bilatérales signées par la Suisse, on trouve notamment ce principe à l'article 3 paragraphe 1 CEExtr qui dispose que «[l]'extradition ne sera pas accordée si l'infraction pour laquelle elle est demandée est considérée par la Partie requise comme une infraction politique ou comme un fait connexe à une telle infraction»; à l'article XI du traité anglo-suisse du 26 novembre 1880 lequel prévoit qu'«aucun criminel fugitif ne sera extradé si le délit pour lequel l'extradition est demandée revêt le caractère d'un délit politique»; ou à l'article 3 TExUS qui prévoit que «[l]'Etat requis refuse d'accorder l'extradition si les actes pour lesquels elle a été demandée constituent une infraction politique». En droit interne, le principe de non-extradition pour délits politiques est consacré à l'article 3 alinéa 1 EIMP.

Ce principe s'applique indépendamment de la question de savoir si la poursuite est légitime ou non pour autant que l'on soit en présence d'un délit politique absolu, relatif ou connexe. Mais comme on l'a vu au chiffre 11.1.4 ci-dessus, le principe de non-extradition pour délits politiques tend à subir une certaine érosion pour des raisons tenant à la lutte contre le terrorisme et à l'évolution du droit humanitaire.

11.3 Nature du principe de non-extradition pour délits politiques

«Initialement conçue pour obtenir le retour de personnes soupçonnées d'avoir commis des délits politiques, l'extradition s'est développée et a évolué pour couvrir aujourd'hui une pléthore d'infractions pénales»[902]. Dans cette évolution, le délit politique est devenu une exception à la coopération.

Pour Felchlin, la non-extradition pour délits politiques est un principe généralement reconnu dans les traités et largement concrétisé dans les lois nationales[903], sans toutefois faire partie, selon Zimmermann, des principes généraux du droit des gens qui peuvent justifier le refus de la coopération due en application des traités et ce pour deux motifs. Tout d'abord, même si le motif de refus est énoncé sous une forme péremptoire ou qu'il est mentionné au titre des motifs obligatoires de refus de l'extradition, l'Etat requis conserve une certaine latitude pour qualifier un acte de politique. Ce principe est ensuite tempéré d'exceptions qui en atténuent la portée[904]. Ces exceptions sont connues sous les termes de «clause belge» et de «clause suisse». La «clause belge» est notamment énoncée à l'article 3 paragraphe 3 CEExtr qui prévoit que l'attentat à la vie d'un Chef d'Etat ou d'un membre de sa famille ne sera pas considéré comme infraction politique. La «clause suisse» permet à un Etat d'évaluer au cas par cas l'allégation d'une motivation politique de l'acte reproché[905]. En outre, certains Etats n'appliquent pas ce principe, notamment les Etats appartenant à un système politique homogène[906]. Enfin, la portée de l'exception du délit politique tend à se réduire s'il est accompagné d'actes de violence, notamment d'actes terroristes. Enfin, comme nous le verrons au chapitre 14 consacré au principe de non-refoulement, l'article 33 de la Convention de 1951 ne protège que l'individu victime d'une poursuite politique illégitime. Cette protection lui

[902] Manuel ONUDC no 92, p. 41.
[903] FELCHLIN, p. 139.
[904] H. HEIDE, pp. 11 et 13.
[905] CHIAVARIO, p. 46.
[906] STEIN, p. 350.

sera néanmoins refusée pour des raisons de sécurité nationale ou d'ordre public (art. 32 par. 1 de la Convention de 1951) ou s'il y aura des raisons sérieuses de considérer cet individu comme un danger pour la sécurité ou comme une menace pour la communauté du pays où il se trouve (art. 33 par. 2 de la Convention de 1951).

Pour Stein, l'exception du délit politique ne peut pas être vue comme une interdiction contraignante ou comme une objection relevant d'une règle internationale de nature coutumière contre l'obligation d'extrader[907]. Elle serait plutôt un droit de nature coutumière et non une obligation pour les Etats[908].

Au vu de ce qui précède, il y a lieu d'admettre que le principe de non-extradition pour délits politiques ne revêt pas le caractère de *ius cogens* ni ne relève du droit international public. Il ne constitue pas non plus une règle générale de droit international[909].

11.4 Principe de non-extradition pour délits politiques en droit des droits de l'homme

La Charte des Nations Unies, la DUDH et les autres instruments de protection des droits de l'homme tels que le Pacte ONU II et la CEDH ont pour but de garantir les libertés permettant notamment l'expression d'idées politiques, telles que la liberté de pensée, la liberté d'expression et la liberté de réunion[910]. Ces textes n'empêchent toutefois pas que des restrictions soient apportées aux libertés garanties si ces restrictions reposent sur la loi et sont nécessaires à la protection de la sécurité, de l'ordre et de la santé publique, de la morale ou des libertés et droits fondamentaux d'autrui[911].

Ainsi, les instruments de protection des droits de l'homme tels que le Pacte ONU II et la CEDH, pour ne citer que ces deux instruments, ne contiennent pas d'interdiction absolue de l'extradition pour des délits politiques. Cela ne signifie toutefois pas que ces instruments ne vont pas faire obstacle à une extradition dans un cas concret, notamment si la personne risque une atteinte à ses droits fondamentaux[912].

Contrairement à la protection offerte par les instruments de protection des droits de l'homme, celle offerte par le principe de non-extradition pour délits politiques intervient donc indépendamment d'un risque concret de violation des droits de l'individu.

---

[907] STEIN, p. 350.
[908] KÄLIN (1982), p. 210.
[909] H. HEIDE, pp. 13.
[910] Cf. p. ex. art. 18ss du Pacte ONU II et 10 et 11 CEDH.
[911] Cf. aussi art. 18, par. 3, art. 19, par. 3 let. b, ou art. 21 du Pacte ONU II ainsi que les art. 10, par. 2. et 11 par. 2 CEDH.
[912] STEIN, p. 351.

11.5 Principe de non-extradition pour délits politiques en droit des réfugiés et de l'asile

Un Etat peut légitimement se défendre contre des attaques visant son intégrité, ses organes, ses institutions et leur fonctionnement. En effet, on ne peut «reprocher à un Etat de s'en prendre aux criminels; de même, aucun Etat n'a le devoir de tolérer sans se défendre des attaques internes ou externes contre son intégrité territoriale. Si l'acte de persécution repose sur un motif relevant de l'asile, on parle de persécution *illégitime* et dans les autres cas de persécution *légitime*. La délimitation entre ces deux types de persécution n'est toutefois pas toujours facile à opérer» [913]. Ainsi, tout acte de persécution n'est pas constitutif de la qualité de réfugié.

Il s'ensuit que la personne qui a commis un délit politique et qui est donc légitimement poursuivie ne se verra pas, en principe, reconnaître la qualité de réfugié respectivement accorder l'asile.

Le principe de l'interdiction de l'extradition pour délits politiques offre ainsi une protection plus large que le droit des réfugiés et de l'asile, car il s'oppose au refoulement d'une personne même si la poursuite est légitime. De plus, comme nous le verrons au chapitre 14 consacré au principe de non-refoulement, le droit de l'extradition s'opposera au refoulement d'une personne même si elle ne bénéficiera plus de la protection de l'article 33 de la Convention de 1951 pour les raisons énoncées aux articles 32, paragraphe 1, et 33 paragraphe 2 de la Convention de 1951. Enfin, si à première vue, le principe de non-extradition pour délits politiques est circonscrit au domaine de l'extradition, il peut déployer des effets en droits de l'asile et des étrangers. Ni le juge de l'asile, ni l'autorité compétente dans le domaine des étrangers qui doit décider d'un renvoi ne pourront faire abstraction de la décision du juge de l'extradition sur le grief de délit politique et ce surtout si la personne risque de subir un traitement discriminatoire ou de voir sa situation aggravée en raison de ses opinions ou de ses activités politiques.

Chapitre 12 Principe de non-discrimination

12.1 Notion de «non-discrimination»

Le respect de la dignité humaine se manifeste notamment dans l'interdiction des discriminations[914].

Selon Kleber, «il est pratiquement impossible de donner une définition de la notion de discrimination et de son contenu en droit qui emporterait le consensus général. En outre, au niveau international, ni la DUDH, ni le Pacte ONU et encore moins la CEDH ne proposent de définition de la discrimination»[915]. On trouve par contre des définitions dans la Convention du 18 décembre 1979 sur l'élimination de toutes les formes de discrimination à l'égard des femmes, dans la Convention du 21 décembre 1965 sur l'élimination de toutes les formes de discrimination raciale et dans la Convention du 13

[913] Manuel OSAR, p. 183. Cf. aussi Manuel OSAR 2016, p. 189.
[914] PULVER no 5, p. 6.
[915] KLEBER, p. 13.

décembre 2006 relative aux droits des personnes handicapées. En droit suisse, l'article 8 alinéa 2 Cst. ne renferme aucune définition de cette notion[916].

Le Comité des droits de l'homme (CDH) donne la définition suivante de la discrimination: «le terme discrimination, tel qu'il est utilisé dans le Pacte [ONU II], doit être compris comme s'entendant de toute distinction, exclusion, restriction ou préférence fondée notamment sur la race, la couleur, le sexe, la langue, la religion, les opinions politiques ou autres, l'origine nationale ou sociale, la fortune, la naissance ou toute autre situation, et ayant pour effet ou pour but de compromettre ou de détruire la reconnaissance, la jouissance ou l'exercice par tous, dans des conditions d'égalité, de l'ensemble des droits de l'homme et des libertés fondamentales»[917].

Dans un avis consultatif no 18 du 17 septembre 2003 sur la condition juridique et les droits des travailleurs immigrés clandestins, la Cour interaméricaine des droits de l'homme (Cour interaméricaine) a procédé à une analyse du «principe d'égalité et de non-discrimination» et a précisé qu'il convient de ne pas confondre «distinction» et «discrimination». La «distinction» indique ce qui est admissible parce que raisonnable, proportionnel et objectif, alors que la «discrimination» vise toute forme d'exclusion, de restriction et de privilège qui n'est ni objective, ni raisonnable et qui est opérée au détriment des droits de l'homme. Pour la Cour interaméricaine, le «principe d'égalité et de non-discrimination» implique que les Etats ont l'obligation non seulement de ne pas introduire dans leur ordre juridique de réglementations discriminatoires mais également de supprimer celles qui existent et de combattre les pratiques discriminatoires[918].

Pour Kleber, la «discrimination peut être définie comme un traitement différent désavantageux, fondé sur un critère particulier et non objectivement justifié»[919].

On trouve dans le «Rapport additionnel du Conseil fédéral au rapport du 5 mars 2010 sur la relation entre droit international et droit interne du 30 mars 2011» la définition suivante de la discrimination: «[l]a discrimination est une inégalité de traitement qualifiée entre des personnes se trouvant dans des situations comparables, contenant un élément de dépréciation ou d'exclusion du fait qu'elle se fonde sur des caractéristiques telles que l'origine, la race, le sexe, la situation sociale, etc., qui constituent une part importante et indissociable (ou difficilement dissociable) de l'identité de la personne concernée. Une telle inégalité de traitement ne peut être justifiée que si elle se fonde sur des motifs sérieux et pertinents»[920]. Ce principe «ne protège pas un aspect spécifique de l'existence mais déploie ses effets dans tous les domaines couverts par la législation»[921].

Le droit à la non-discrimination «est issu du postulat général de l'égale dignité de tous les êtres humains qui a été affirmée aussi bien par la [Charte ONU] et la [DUDH] que

[916] KLEBER, pp. 13 à 17. On trouve une définition de la discrimination dans la jurisprudence du TF (PÄRLI no 140, p. 48).
[917] CDH, Observation générale no 18 (37), 1989, par. 84 et 88 (http://www1.umn.edu/humanrts/gencomm/french/f-HRC-comment18.htm; lien vérifié le 15.3.2016); cf. aussi ÖZDEN, p. 8 et HÖLSCHEIDT no 35, p. 399 sur la différenciation entre distinction et discrimination.
[918] Inter-american Court of Human rights advisory opinion OC-18 of September 17, 2003, requested by the United Mexican States, Juridical Condition and Rights of Undocumented Migrants, chap. 84 et 88 (http://www.corteidh.or.cr/docs/opiniones/seriea_18_ing.pdf) (lien vérifié le 15.3.2016); cf. aussi ÖZDEN, p. 32.
[919] KLEBER, p. 73.
[920] Rapport additionnel du Conseil fédéral FF 2011 3401, p. 3434.
[921] Rapport additionnel du Conseil fédéral FF 2011 3401, p. 3433.

par tous les instruments internationaux en matière de droits humains. La non-discrimination couvre aussi bien les droits civils et politiques que les droits économiques, sociaux et culturels»[922]. C'est «un élément essentiel du système international de protection des droits de l'homme (...). La majorité des instruments relatifs aux droits de l'homme proscrivent toute discrimination dans des articles d'application générale qui étendent expressément à toutes les personnes les droits spécifiques qu'ils énoncent»[923]. Il est en constante évolution selon les mœurs du moment[924]. Le droit à la non-discrimination a également été reconnu en droit interne.

Etant donné que l'interdiction de la discrimination est issu du droit (international) des droits de l'homme, c'est en toute logique que nous débuterons l'analyse du principe de non-discrimination par ce domaine du droit.

12.2 Principe de non-discrimination en droit des droits de l'homme

Sur le plan universel, ce principe est notamment énoncé dans la Charte ONU, la DUDH et le Pacte ONU II.

La Charte ONU contient de nombreuses références à la jouissance des droits de l'homme et des libertés fondamentales par tous sans distinction de race, de sexe, de langue ou de religion. En particulier, l'article 55 lettre c de la Charte ONU dispose que les Nations Unies «favoriseront le respect universel et effectif des droits de l'homme et des libertés fondamentales pour tous sans distinction de race, de sexe, de langue ou de religion».

La DUDH consacre le principe de non-discrimination dans plusieurs dispositions. Seuls les articles 2 paragraphe 1 et 14 DUDH sont les plus pertinents pour la présente étude.

L'article 2 paragraphe 1 DUDH interdit toutes formes de discrimination: «chacun peut se prévaloir de tous les droits et de toutes les libertés proclamés dans la [DUDH], sans distinction aucune, notamment de race, de couleur, de sexe, de langue, de religion, d'opinion politique ou de toute autre opinion, d'origine nationale ou sociale, de fortune, de naissance ou de toute autre situation». L'article 14 DUDH apporte deux précisions aux paragraphes 1 et 2: «1. [d]evant la persécution toute personne a le droit de chercher asile et de bénéficier de l'asile en d'autres pays. 2. Ce droit ne peut être invoqué dans le cas de poursuites réellement fondées sur un crime de droit commun ou sur des agissements contraires aux buts et aux principes des Nations Unies».

Le Pacte ONU II exige sans équivoque l'application du principe de non-discrimination pour tous les droits qui y sont énumérés. Ainsi, en vertu de son article 2 paragraphe 1, «[l]es Etats parties à cet instrument s'engagent à respecter et à garantir à tous les individus se trouvant sur leur territoire et relevant de leur compétence les droits reconnus dans le Pacte ONU II sans distinction aucune, notamment de race, de couleur, de sexe, de langue, de religion, d'opinion politique ou de toute autre opinion, d'origine

[922] ÖZDEN, p. 6.
[923] HCR (1989) no 30, p. 10; ÖZDEN, p. 6. Cf. aussi KÄLIN/KÜNZLI no 984, p. 396.
[924] ÖZDEN, p. 62.

nationale ou sociale, de fortune, de naissance ou de toute autre situation». L'article 2 paragraphe 1 Pacte ONU II en relation avec l'article 1er paragraphe 1 de la Convention de 1984 prévoit en outre l'interdiction de toute torture pour un motif fondé sur une forme de discrimination quelle qu'elle soit. En vertu de l'article 4 paragraphe 1 Pacte ONU II, «[d]ans le cas où un danger public exceptionnel menace l'existence de la nation et est proclamé par un acte officiel, les Etats parties au présent Pacte peuvent prendre, dans la stricte mesure où la situation l'exige, des mesures dérogeant aux obligations prévues dans le présent Pacte, sous réserve que ces mesures ne soient pas incompatibles avec les autres obligations que leur impose le droit international et qu'elles n'entraînent pas une discrimination fondée uniquement sur la race, la couleur, le sexe, la langue, la religion ou l'origine sociale». Selon Pulver, cet article renforce l'interdiction de la discrimination en la rangeant parmi les dispositions qui forment le noyau intangible du Pacte ONU II auquel il ne peut en aucun cas être dérogé. «Aussi une discrimination fondée uniquement sur la race, la couleur, le sexe, la langue, la religion ou l'origine sociale est-elle absolument interdite»[925]. Le Conseil fédéral semble toutefois d'un avis contraire vu qu'il affirme que le principe de non-discrimination ne figure pas dans la liste des droits auxquels il est impossible de déroger en état de nécessité en vertu de l'article 4 paragraphe 1 du Pacte ONU II. Le Pacte ONU II ne définissant pas la notion de discrimination, c'est le CDH qui en a donné une définition comme on l'a vu ci-dessus.

Au niveau régional, la Cour européenne des droits de l'homme considère que le principe de non-discrimination est «"un principe fondamental" qui "sous-tend la Convention"»[926].

Le principe de non-discrimination est expressément consacré à l'article 14 CEDH. On peut aussi le déduire de l'article 18 CEDH.

L'article 14 CEDH prohibe, à l'instar d'autres instruments internationaux, toute forme de discrimination. «La jouissance des droits et libertés reconnus dans la présente Convention doit donc être assurée, sans distinction aucune, fondée notamment sur le sexe, la race, la couleur, la langue, la religion, les opinions politiques ou toutes autres opinions, l'origine nationale ou sociale, l'appartenance à une minorité nationale, la fortune, la naissance ou toute autre situation». L'article 14 CEDH a [toutefois] une portée limitée (...) [car il] n'interdit les discriminations que pour les droits et libertés nommés expressément par la [CEDH]»[927], lesquels «couvrent des domaines vastes tels que le droit à la vie, le droit au respect de la vie privée et familiale, la liberté de pensée, de conscience et de religion»[928]. «[La CEDH] ne garantit donc pas un traitement non discriminatoire dans tous les domaines du droit, mais uniquement *dans la jouissance des droits reconnus par la* [*CEDH*]. [L'article] 14 n'a ainsi qu'un caractère "accessoire" et ne peut être invoqué que dans des situations où un autre droit reconnu par la [CEDH] est touché»[929]. Ainsi, amenée à statuer sur une violation de l'article 14, «la [Cour européenne des droits de l'homme] relie toujours cet examen à un droit substantiel garanti par la CEDH»[930]. Ce caractère accessoire de l'article 14 rend inopérante cette disposition quand elle est invoquée de façon autonome. La Cour européenne des droits

[925] PULVER no 70, p. 41.
[926] ÖZDEN, p. 26.
[927] PULVER no 48, p. 30.
[928] ÖZDEN, pp. 17-18.
[929] PULVER no 48, p. 30.
[930] ÖZDEN, p. 17.

de l'homme a tout de même nuancé cette affirmation en soulignant que «l'absence de violation d'un droit substantiel de la [CEDH] ne fait pas échec à un examen des allégations portant sur la non-discrimination»[931]. En outre, l'article 1er du Protocole no 12 à la CEDH, auquel la Suisse n'est pas partie, énonce une interdiction générale de la discrimination: «la jouissance de tout droit prévu par la loi doit être assurée sans discrimination aucune»[932]. Cette interdiction s'applique donc à tout droit et non seulement à ceux prévus dans la CEDH.

Selon Pulver, «l'ancienne Commission européenne des droits de l'homme avait considéré [dans quelques décisions], qu'une discrimination raciale peut en soi, dans certaines circonstances, constituer un traitement dégradant au sens de l'[article] 3 CEDH[933]», ce qui fait dire à Pulver que l'interdiction de la discrimination raciale issue de l'article 3 CEDH aurait donc un caractère indépendant[934]. Par la suite, la Cour européenne des droits de l'homme a considéré que la discrimination basée sur la race constitue un facteur d'aggravation lorsque l'on examine si le traitement peut être qualifié d'inhumain ou dégradant. Ainsi, dans l'affaire *S.H. c. Royaume-Uni*, elle a conclu à une violation de l'article 3 CEDH en considérant la discrimination subie par le groupe d'ethnie népalaise au Bhoutan comme un important risque parmi d'autres[935].

En vertu de l'article 18 CEDH, «[l]es restrictions qui, aux termes de la [CEDH], sont apportées auxdits droits et libertés ne peuvent être appliquées que dans le but pour lequel elles ont été prévues». Cette disposition interdit le «détournement de pouvoir»[936]. Une restriction aux droits et libertés prévus par la CEDH ne peuvent en effet, selon cette disposition, être appliquée à d'autres fins que celles prévues par exemple à l'article 5 paragraphe 1 CEDH pour contraindre une personne à accepter de céder des droits[937] ou pour des motifs politiques[938]. Mais comme pour l'article 14 CEDH, l'article 18 CEDH «n'a pas un rôle indépendant; il ne peut être appliqué que conjointement à d'autres articles de la Convention. Il peut toutefois y avoir violation de l'article 18 conjointement à un autre article sans pour autant qu'il y ait violation de cet article en soi. Il découle en outre des termes de l'article 18 qu'il ne saurait y avoir violation que si le droit ou la liberté en question est soumis aux restrictions autorisées par la Convention»[939].

L'article 21 de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne consacre également l'interdiction de la discrimination[940].

---

[931] ÖZDEN, pp. 17 et 18
[932] PULVER no 49, p. 31. Cf. aussi HÖLSCHEIDT no 4, p. 389.
[933] PULVER no 50, p. 32.
[934] PULVER no 50, pp. 31 et 32.
[935] Arrêt de la CourEDH *S.H. c. Royaume-Uni*, no 19956/06 du 15.6.2010, par. 70 avec référence à l'arrêt de la CourEDH *Moldovan et autres c. Roumanie*, no 41138/98 et 64320/01 du 12.7.2005, par. 111; DE WECK, p. 134.
[936] FROWEIN/PEUKERT, no p. 434.
[937] Arrêt de la CourEDH *Goussinski c. Russie* du 19.5.2004, no 70276/01, par 74.
[938] Cf. arrêts de la CourEDH *Khodorkovskiy et Lebedev c. Russie* du 25.7.2013, nos 11082/06 et 13772/05, *Cebotari c. Moldavie* du 13.11.2007, no 35615/06 et *Lebedev c. Russie* du 25.10.2007, no 4493/04,
[939] Arrêt de la CourEDH *Goussinski c. Russie* du 19.5.2004, no 70276/01, par 73.
[940] Selon cette disposition, «(1) est interdite, toute discrimination fondée notamment sur le sexe, la race, la couleur, les origines ethniques ou sociales, les caractéristiques génétiques, la langue, la religion ou les convictions, les opinions politiques ou toute autre opinion, l'appartenance à une minorité nationale, la fortune, la naissance, un handicap, l'âge ou l'orientation sexuelle. (2) Dans le domaine d'application du traité instituant la Communauté européenne et du traité sur l'Union européenne, et sans préjudice des dispositions particulières desdits traités, toute discrimination fondée sur la nationalité est interdite».

En droit interne, l'article 8 alinéa 2 Cst. dispose que nul ne doit subir de discrimination pour des motifs tenant à l'origine, à la race, au sexe, à l'âge, à la langue, à la situation sociale, au mode de vie, aux convictions religieuses, philosophiques ou politiques et à la déficience corporelle, mentale ou psychique. On retrouve les motifs de discrimination de l'article 8 alinéa 2 Cst. en des termes plus ou moins semblables aux articles 14 CEDH, 1er du Protocole 12 CEDH, 2 alinéa 2 Pacte ONU I, 2, alinéa 1, et 26 Pacte ONU II.

Dans tous les textes susmentionnés, «les critères de discrimination visés sont précédés de l'adverbe "notamment". La liste des motifs de discrimination interdits revêt ainsi un *caractère indicatif*, et nullement exhaustif. Elle ne saurait dès lors empêcher le développement d'une jurisprudence proscrivant de nouvelles causes de discrimination»[941].

En synthèse, il ressort de ce qui précède qu'en droit (international) des droits de l'homme le principe de non-discrimination protège l'individu contre toute forme de discrimination, dont la liste des motifs n'est nullement exhaustive[942]. Pour s'en prévaloir, il n'est pas nécessaire que la discrimination ait atteint le niveau d'une persécution. En outre, le principe de non-discrimination offre une protection à toute personne et ce indépendamment de sa conduite ou de sa dangerosité. Ce principe impose non seulement des obligations aux Etats mais garantit aussi des droits aux individus, tel le droit devant la persécution de chercher et de bénéficier de l'asile en d'autres pays (art. 14 DUDH).

12.3 Nature du principe de non-discrimination

Ce principe «est à ce point *fondamental* que, à teneur de l'[article 4 alinéa 1 Pacte ONU II] en cas de danger public exceptionnel menaçant la vie de la nation, les Etats ne peuvent prendre des mesures dérogeant aux obligations découlant de ce Pacte qu'à la condition que ces mesures n'entraînent pas une discrimination fondée sur l'un des motifs de discrimination interdits»[943]. Toutefois, la question de savoir si le principe de non-discrimination relève du *ius cogens* fait débat.

Dans l'avis consultatif déjà cité, la Cour interaméricaine a considéré que le «principe d'égalité et de non-discrimination» relève du *ius cogens*[944]. Selon José L. Gomez del Prado, cité par Özden, en tant que norme de *ius cogens*, «la non-discrimination ne peut être soumise à aucune dérogation. Des violations graves, flagrantes, systématiques et délibérées de cette norme peuvent être considérées comme des crimes contre l'humanité conformément à l'article 7 du Statut de Rome de la Cour pénale internationale»[945]. Par contre, pour le Conseil fédéral, le principe de non-discrimination de l'article 2 paragraphe 1 du Pacte ONU II et de l'article 14 CEDH ne figure pas dans la liste des droits auxquels il est impossible de déroger en état de nécessité en vertu de l'article 4

[941] AUER/MALINVERNI/HOTTELIER (II) no 1089, p. 505.
[942] AUER/MALINVERNI/HOTTELIER (II) no 1089, p. 505.
[943] AUER/MALINVERNI/HOTTELIER (II) no 1081, p. 503.
[944] Inter-american Court of Human rights advisory opinion OC-18 of September 17, 2003, requested by the United Mexican States, Juridical Condition and Rights of Undocumented Migrants, chap. 84 et 88 (http://www.corteidh.or.cr/docs/opiniones/seriea_18_ing.pdf) (lien vérifié le 15.3.2016); cf. aussi ÖZDEN, p. 32 et CHETAIL (2014), p. 94.
[945] ÖZDEN, p. 21 et 62.

paragraphe 1 du Pacte ONU II, respectivement de l'article 15 pragraphe 2 CEDH[946]. Au vu de ces deux instruments, le Conseil fédéral parvient donc à la conclusion que le principe de non-discrimination n'est pas une norme relevant du *ius cogens*. Il ressort toutefois de la doctrine que, si le principe de non-discrimination en tant que tel n'est pas une norme contraignante qui s'impose à tout les Etats, l'interdiction de la discrimination raciale relève par contre du *ius cogens*[947]. On s'accorde en outre pour considérer que ce principe relève de l'ordre public international[948].

En droit des réfugiés et de l'asile, l'interdiction de la discrimination pour des motifs déterminés se concrétise dans la reconnaissance de la qualité de réfugié et dans l'octroi de l'asile si toutes les autres conditions sont réunies. En droit de l'extradition, la clause de non-discrimination est énoncée tantôt sous une forme obligatoire tantôt sous une forme potestative. Dans la CEExtr[949] et l'EIMP[950] il s'agit d'un motif de refus obligatoire. Ce refus se concrétise soit par l'irrecevabilité des demandes d'arrestation et d'extradition, soit par le refus de l'extradition. En outre, la Suisse tient cette clause comme une norme impérative qui s'impose à elle indépendamment de l'existence ou non de traités bilatéraux ou multilatéraux qui la lient à l'Etat requérant[951]. Certains traités multilatéraux qui contiennent des normes en matière d'extradition donnent par contre uniquement aux Etats la faculté de refuser l'extradition pour ce motif. Ainsi, l'article 6 paragraphe 6 de la Convention du 20 décembre 1988 des Nations Unies contre le trafic illicite de stupéfiants et de substances psychotropes ne prévoit expressément qu'une faculté pour l'Etat de refuser l'extradition sur la base du principe de non-discrimination[952]. Il y a lieu néanmoins de relever que même si les textes énoncent le principe de non-discrimination sous une forme obligatoire de refus, ils laissent tout de même aux Etats une certaine marge de manoeuvre pour apprécier si l'extradable est victime ou risque d'être victime d'une poursuite discriminatoire. Il en va ainsi de l'article 2 EIMP et de la l'article 3 paragraphe 2 CEExtr, pour ne prendre que ces deux textes, qui utilisent des termes tels que «...il y a lieu d'admettre...» ou «... si la Partie requise a des raisons sérieuses de croire...».

---

[946] Message du CF FF 2008 6923, pp. 6931 et 6932.

[947] CARONI/TAYLAN, p. 58; CRIDDLE/FOX-DECENT, p. 368; CHRISTOFOLO, p. 224. Cf. aussi GONIN, pour qui le principe de non-discrimination ne relèverait pas non plus du *ius cogens* régional (p. 235).

[948] WEYENETH, p. 120. HEIMGARTNER, p. 123.

[949] A l'instar de l'art. 3 par. 2 CEExtr, ceux-ci disent clairement que la coopération sera refusée en pareil cas. Ils n'utilisent pas la forme potestative.

[950] L'art. 2 EIMP évoque dans ce contexte l'irrecevabilité de la demande.

[951] ATF 122 II 373 consid. 2d, p. 379; 109 Ib 64 consid. 6b aa, p. 72; 108 Ib 408 consid. 8a, p. 412; 106 Ib 297 consid. 5a, pp. 304 et 305; 99 Ia 547 consid. 4d, pp. 555 et 556. Dans l'arrêt Lynas (ATF 101 Ia 533 [P 144/75 du 12.12.1975] consid. 7a et b p. 539ss), le TF avait considéré toutefois que la clause de non-discrimination n'était pas applicable dans les relations extraditionnelles avec les Etats-Unis, car le traité bilatéral ne contenait pas une disposition équivalente. La procédure américaine ne violait cependant pas en l'espèce les droits de l'homme.

[952] L'art. 6 par. 6 est libellé comme suit: «lorsqu'elle examine les demandes reçues en application du présent article, la Partie requise peut refuser d'y faire droit si ses autorités judiciaires ou autres autorités compétentes ont de sérieuses raisons de penser que l'extradition faciliterait l'exercice de poursuites ou l'imposition d'une sanction pénale à l'encontre d'une personne en raison de sa race, de sa religion, de sa nationalité ou de ses opinions politiques, ou causerait un préjudice pour l'une quelconque de ces raisons à une personne mise en cause par la demande». D'autres Conventions laissent également entendre que l'Etat requis dispose d'un pouvoir discrétionnaire de refuser. Il en va ainsi de l'art. 12 de la Convention internationale du 15.12.1997 pour la répression des attentats terroristes à l'explosif; de l'art. 15 de la Convention internationale du 9.12.1999 pour la répression du financement du terrorisme; de l'art. 16 de la Convention internationale du 13.4.2005 pour la répression des actes de terrorisme nucléaire; de l'art. 16 par. 14 de la Convention des Nations Unies du 15.11.2000 contre la criminalité transnationale organisée et de l'art. 44 par. 15 de la Convention des Nations Unies du 31.10.2003 contre la corruption, qui disposent que l'Etat requis n'est pas obligé d'extrader, s'il a des raisons sérieuses de croire que la demande d'extradition a été présentée aux fins de poursuivre ou de punir une personne pour des motifs discriminatoires.

12.4 Principe de non-discrimination en droit des réfugiés et de l'asile

Selon Haines, «[l]'engagement de la communauté internationale envers la protection non discriminatoire des droits de l'Homme sous-tend la *Convention de 1951*»[953].

Le principe de non-discrimination joue un rôle de premier plan dans le domaine de la protection des réfugiés. Le droit des réfugiés et de l'asile concrétise le principe de non-discrimination de deux manières. Il protège d'une part les individus victimes ou qui courent le risque d'être victimes d'une persécution pour des motifs de race, de religion, de nationalité, d'opinions politiques ou d'appartenance à un groupe social par le principe de non-refoulement et par l'octroi de l'asile. D'autre part, il impose aux Etats l'obligation de traiter les requérants sans discrimination. En effet, le principe de non-discrimination s'applique aussi aux Etats Parties à la Convention de 1951 qui sont tenus en vertu de l'article 3 de la Convention de 1951 de mettre en oeuvre les dispositions de la convention sans discrimination quant à la race, la religion ou le pays d'origine. En outre, les Etats Parties doivent conférer aux personnes réfugiées sur leurs territoires un traitement tout aussi favorable qu'à leurs propres nationaux[954].

La discrimination en soi ne suffit pas à faire droit à une demande de reconnaissance de la qualité de réfugié. «Toute violation des droits de l'Homme d'un demandeur d'asile ne constitue pas une persécution. (...). [L]a discrimination équivaudra à une persécution (...) lorsque les mesures discriminatoires ont des conséquences gravement préjudiciables pour la personne concernée»[955].

Ainsi, en droit des réfugiés et de l'asile la protection contre les persécutions basées sur des motifs discriminatoires est limitée d'un double point de vue.

Tout d'abord, le droit des réfugiés et de l'asile se limite à protéger les individus victimes de persécutions pour des motifs de race, de religion, de nationalité, d'appartenance à un certain groupe social ou d'opinions politiques. Ainsi, selon le Haut Commissariat des Nations Unies pour les réfugiés, «ce n'est que dans des circonstances particulières que la discrimination équivaudra à des persécutions. Tel sera le cas lorsque les mesures discriminatoires auront des conséquences gravement préjudiciables pour la personne affectée, par exemple de sérieuses restrictions du droit d'exercer un métier, de pratiquer sa religion ou d'avoir accès aux établissements d'enseignement normalement ouverts à tous. Lorsque les mesures discriminatoires ne sont pas graves en elles-mêmes, elles peuvent néanmoins amener l'intéressé à craindre avec raison d'être persécuté si elles provoquent chez lui un sentiment d'appréhension et d'insécurité quant à son propre sort. La question de savoir si ces mesures discriminatoires par elles-mêmes équivalent à des persécutions ne peut être tranchée qu'à la lumière de toutes les circonstances de la situation. Cependant, il est certain que la requête de celui qui invoque la crainte des persécutions sera plus justifiée s'il a déjà été victime d'un certain nombre de mesures discriminatoires»[956]. *A priori*, la Convention de 1951 vise à protéger les individus uniquement contre des persécutions basées sur des motifs de race, de religion, de

[953] HAINES, p. 372.
[954] NAGUIB, no 931ss, pp. 335ss.
[955] HAINES, p. 376.
[956] HCR (1992), par. 54 et 55.

nationalité, d'appartenance à un certain groupe social ou d'opinions politiques. La liste des motifs apparaît ainsi moins vaste que celle contenue par exemple dans le Pacte ONU II. On pourrait donc en conclure que la Convention de 1951 offre une protection moins large que les autres instruments internationaux. Il y a lieu toutefois de relever que la notion d'appartenance à un groupe social permet d'élargir la protection de la Convention de 1951. En outre et comme nous le verrons au chapitre 14 ci-dessous, l'on a tendance à interpréter de manière large l'article 33 paragraphe 1 de la Convention de 1951, lequel protégerait la personne contre une menace à son intégrité ou à sa liberté indépendamment des motifs énoncés dans ladite convention.

Il y a lieu ensuite de relever que le cercle des bénéficiaires du droit des réfugiés et de l'asile est limité du point de vue personnel aux réfugiés et aux demandeurs d'asile pour autant qu'ils ne tombent pas sous le coup de l'une des hypothèses de l'article 1(F) de la Convention de 1951, sous l'exception au principe de non-refoulement de l'article 33 paragraphe 2 de la Convention de 1951 ou sous l'une des hypothèses de l'article 32 de la Convention de 1951. La Convention de 1951 met ainsi en balance la dangerosité d'une personne avec son droit à la protection contre une discrimination.

12.5 Principe de non-discrimination en droit de l'extradition

Le principe de non-discrimination — ou «clause de non-discrimination» — est aussi connu en droit de l'extradition. Selon Kapferer, ce principe a été expressément introduit dans le droit extraditionnel avec le but de protéger les droits fondamentaux de l'individu visé par une demande d'extradition[957].

Avec la réduction de la portée du délit politique, le principe de non-discrimination a acquis une importance toujours plus grande pour la protection des droits fondamentaux. La clause de non-discrimination est un corollaire nécessaire à cette dépolitisation[958]. EIle offre donc une protection subsidiaire si l'on ne peut retenir le délit politique. Modelé sur les lignes de l'interdiction du refoulement de l'article 33 paragraphe 1 de la Convention de 1951, le principe de non-discrimination joue un rôle important dans les rapports entre l'asile et l'extradition[959]. Le principe de non-discrimination impose également aux autorités suisses de ne pas faire usage dans les demandes et leurs annexes d'indications qui soient de nature à aggraver la situation d'une personne en raison de ses opinions politiques, de son appartenance à un groupe social déterminé, de sa race, de sa religion ou de sa nationalité (art. 11 al. 2 let. a et b OEIMP).

Le motif de refus basé sur le principe de non-discrimination a été initialement prévu dans la CEExtr pour être ensuite inclus dans un certain nombre de traités multilatéraux et bilatéraux en matière d'extradition, dans des instrumentaux de lutte contre les crimes les plus graves, comme le terrorisme, ainsi que dans les lois nationales en matière d'extradition[960]. Ce principe est donc énoncé aussi bien en droit international qu'en droit national de l'extradition. La clause de non-discrimination s'applique aux infractions de

[957] KAPFERER no 103, p. 38.
[958] KAPFERER no 102, p. 38.
[959] KAPFERER, p. vii et no 88, pp. 32 et 33.
[960] KAPFERER, p. vii et no 88, pp. 32 et 33.

droit commun ainsi qu'aux infractions qui ont subi une dépolitisation dans les instruments internationaux[961] comme le terrorisme ou le génocide.

Au niveau international, ce principe est mentionné dans le «Manuel sur l'entraide judiciaire et l'extradition» et le modèle de «Traité type d'extradition».

S'agissant des traités multilatéraux et bilatéraux conclus par la Suisse, on trouve la clause de non-discrimination dans les textes suivants.

Dans la CEExtr, il est mentionné à l'article 3 paragraphe 2. Selon Vena, cette disposition est une émanation du principe de non-refoulement du droit des réfugiés selon l'article 33 paragraphe 1 de la Convention de 1951[962]. Sous les termes «...ne sera pas accordée...», la CEExtr fait en réalité obligation aux Etats de refuser l'extradition et ne leur confère dès lors pas seulement la faculté de la refuser. Etant donné que la CEExtr ne définit pas la notion de «non-discrimination», elle laisse cependant aux Etats la faculté de décider ce qu'ils entendent par ce terme. Les Etats disposent ainsi d'un pouvoir discrétionnaire pour décider. Il y a lieu de relever que l'article 3 paragraphe 2 CEExtr ne protège la personne que d'une extradition et non d'une recherche ou d'une arrestation.

Dans le Statut Interpol, l'article 2 dispose que la coopération policière internationale doit s'exercer dans l'esprit de la DUDH. En faisant référence à la DUDH, l'article 2 impose à Interpol et à ses Etats membres de respecter les libertés individuelles et d'éviter toute conduite discriminatoire. L'article 3 du Statut, parfois aussi appelé «clause de neutralité», stipule que «toute activité ou intervention dans des questions ou affaires présentant un caractère politique, militaire, religieux ou racial est rigoureusement interdite à l'Organisation». Les articles 2 et 3 du Statut Interpol interdisent rigoureusement non seulement à son Organisation mais aussi à ses Etats-membres d'utiliser Interpol et son canal de diffusion pour des affaires présentant un caractère politique, militaire, religieux ou racial. En outre, ces deux dispositions s'appliquent non seulement aux demandes d'extradition mais aussi à toute activité d'Interpol et de ses membres. Ainsi déjà au niveau des échanges d'informations, les Etats membres d'Interpol doivent éviter de faire usage dans leurs messages de termes qui pourraient être discriminatoires (art. 42 du Règlement d'Interpol sur le traitement des données[963]). Enfin, en juin 2014 Interpol a décidé de mettre en place une nouvelle politique à l'égard des réfugiés. «[E]n principe, une notice rouge est annulée lorsque le statut de réfugié est octroyé à une personne recherchée, si cette information est confirmée par le pays d'accueil concerné»[964].

S'agissant des conventions multilatérales réprimant les crimes les plus graves, on trouve la clause de non-discrimination exprimée tantôt sous une forme péremptoire tantôt sous une forme potestative. Dans tous les cas, le refus doit se baser sur des raisons sérieuses ou substantielles.

---

[961] KAPFERER no 102, p. 38.
[962] VENA, p. 14. Cf. aussi ATF 108 Ib 408, consid. , p. 411 et JICRA 1996/34 consid. 3.
[963] Règlement Interpol sur le traitement des données, III/IRPD/GA/2011(2014).
[964] Assemblée générale du Conseil de l'Europe, Commission des questions juridiques et des droits de l'homme, *Procès-verbal déclassifié de l'audition sur «Détournement du système Interpol : nécessité de garanties légales plus strictes»* tenue à Erevan, Arménie le 19 mai 2015, p. 2, http://www.assembly.coe.int/Committee/JUR/fjpv042015.pdf (lien vérifié le 13.9.2016). Cf. aussi Fair Trials, *Interpol Text on refugee policy — excerpts*, https://www.fairtrials.org/wp-content/uploads/INTERPOL-TEXT-ON-REFUGEE-POLICY.pdf (ien vérifié le 13.9.2016).

Ainsi, selon l'article 9 paragraphe 1 alinéas a) et b) i) de la Convention internationale du 17 décembre 1979 contre la prise d'otages[965], «il ne sera pas fait droit à une demande d'extradition (...) si l'Etat partie requis a des raisons substantielles de croire a) que la demande d'extradition a été présentée aux fins de poursuivre ou de punir une personne en considération de sa race, de sa religion, de sa nationalité, de son origine ethnique ou de ses opinions politiques; ou b) que la position de cette personne risque de subir un préjudice i) pour l'une quelconque des raisons visées à l'alinéa a)». Cette convention impose ainsi une obligation de refuser l'extradition en cas de poursuite discriminatoire mais à la condition que l'Etat requis ait des raisons substantielles de refuser. Il y a lieu également de relever que l'article 9 paragraphe 1 alinéas a) et b) i) distingue deux hypothèses: l'hypothèse où la demande d'extradition a été présentée aux fins de poursuivre ou de punir pour un motif discriminatoire et l'hypothèse où la position de l'individu risque d'être aggravée pour un tel motif en cas d'extradition.

L'article 12 de la Convention internationale du 15 décembre 1997 pour la répression des attentats terroristes à l'explosif, l'article 15 de la Convention internationale du 9 décembre 1999 pour la répression du financement du terrorisme et l'article 16 de la Convention internationale du 13 avril 2005 pour la répression des actes de terrorisme nucléaire disposent que l'Etat requis n'est pas obligé d'extrader s'il a des raisons sérieuses de croire que la demande d'extradition a été présentée aux fins de poursuivre ou de punir une personne pour des considérations de race, de religion, de nationalité, d'origine ethnique ou d'opinions politiques ou que donner suite à cette demande porterait préjudice à la situation de cette personne pour l'une quelconque de ces considérations. L'article 16 paragraphe 14 de la Convention des Nations Unies du 15 novembre 2000 contre la criminalité transnationale organisée et l'article 44 paragraphe 15 de la Convention des Nations Unies du 31 octobre 2003 contre la corruption ont la même teneur que les dispositions susmentionnées mais ajoutent un motif supplémentaire de refus basé sur le sexe. Ces conventions utilisent la forme négative «n'est pas obligé», ce qui laisse entendre que les Etats conservent la faculté d'accorder l'extradition d'une personne en cas de poursuite discriminatoire ou motivée par des motifs discriminatoires. Lorsque les Etats refusent d'extrader la personne, ils doivent avoir des raisons sérieuses. Ces conventions protègent un individu aussi bien lorsque la demande d'extradition a été présentée aux fins de poursuivre ou de punir pour un motif discriminatoire que lorsque la position de l'individu risque d'être aggravée pour un tel motif en cas d'extradition.

Enfin, l'article 6 paragraphe 6 de la Convention du 20 décembre 1988 des Nations Unies contre le trafic illicite de stupéfiants et de substances psychotropes dispose que «la Partie requise peut refuser de faire droit [à une demande d'extradition] si ses autorités judiciaires ou autres autorités compétentes ont de sérieuses raisons de penser que l'extradition faciliterait l'exercice de poursuites ou l'imposition d'une sanction pénale à l'encontre d'une personne en raison de sa race, de sa religion, de sa nationalité ou de ses opinions politiques ou causerait un préjudice à une personne pour l'une quelconque de ces raisons». Deux éléments ressortent de cette disposition qui méritent d'être soulignés. Tout d'abord, à la différence des autres conventions citées aux paragraphes précédents, elle prévoit uniquement la faculté de refuser l'extradition si l'Etat a de

[965] RS 0.351.4.

sérieuses raisons de penser que l'extradition faciliterait l'exercice de poursuites. Ensuite, cette disposition laisse entendre que l'Etat requis peut refuser l'extradition non seulement si le préjudice concerne l'extradable, mais aussi s'il concerne une tierce personne.

Les plus anciens traités bilatéraux d'extradition conclus par la Suisse, comme le Traité d'extradition entre la Suisse et la Grande-Bretagne du 26 novembre 1880 ou le Traité entre la Suisse et la France sur l'extradition réciproque des malfaiteurs du 9 juillet 1869, ne mentionnent pas le risque de traitement discriminatoire comme motif de refus de l'extradition. Par contre, ce motif est expressément mentionné dans des traités bilatéraux plus récents signés par la Suisse. Ainsi, le Traité d'extradition avec l'Australie (TExAUS) prévoit notamment à l'article 3 alinéa 1 lettre c que «l'extradition ne sera pas accordée s'il y a des raisons sérieuses de croire que la demande d'extradition en raison d'une infraction de droit commun a été présentée aux fins de poursuivre ou de punir une personne en raison de sa race, de sa religion, de sa nationalité ou de ses opinions politiques, ou que la situation de cette personne risque d'être aggravée pour l'une ou l'autre de ces raisons». L'article 3 alinéa 1 lettre b du Traité d'extradition du 19 octobre 1989 entre la Confédération suisse et la République des Philippines a la même teneur. L'article 3 lettre b du Traité d'extradition avec le Canada (TExCAN) prévoit également que l'extradition est refusée «lorsqu'il existe des raisons sérieuses de croire que la demande d'extradition pour une infraction de droit commun a été présentée aux fins de poursuivre ou de punir la personne réclamée en raison de sa race, de sa religion, de sa nationalité ou de ses opinions politiques». A la différence du Traité d'extradition avec l'Australie et du Traité avec les Philippines, la terminologie utilisée dans le Traité d'extradition avec le Canada souligne de manière plus explicite le caractère obligatoire du refus. L'article 3 paragraphe 1 du Traité d'extradition avec les Etats-Unis (TExUS) dispose que l'Etat requis refuse d'accorder l'extradition «si la demande paraît être motivée par des considérations d'ordre politique». Le Traité d'extradition avec les Etats-Unis ne retient donc que le motif politique à la différence des autres traités bilatéraux.

En droit interne, le principe de non-discrimination est énoncé à l'article 2 lettres b et c EIMP.

Le principe de non-discrimination est donc mentionné aussi bien dans les conventions signées par la Suisse qu'en droit interne. Lorsque ce principe n'est pas énoncé explicitement ou qu'il ne prévoit qu'une faculté de refus, la Suisse, sous réserve de la fourniture de garanties, est quand même obligée de refuser l'extradition[966]. Notre pays tient en effet cette clause comme une norme impérative (*ius cogens*) qui s'impose à elle indépendamment de l'existence ou non de traités bilatéraux ou multilatéraux qui la lient à l'Etat requérant[967].

On peut également relever qu'aussi bien dans les conventions précitées que dans l'EIMP, on ne prévoit pas de règles où l'on met en balance la dangerosité d'une personne avec son droit à la protection contre une discrimination. En outre, la CEExtr et plusieurs des

[966] ATF 106 lb 297 consid. 5a, p. 304, 108 lb 408 consid. 8a, p. 411, 99 Ia 547 consid. 4d, pp. 555 et 556.
[967] ATF 109 Ib 64 consid. 6b aa, p. 72; Cf. aussi ZIMMERMANN no 200, p. 202.

conventions précitées prévoient ce motif de refus non seulement si la poursuite a été lancée pour des motifs discriminatoires mais aussi si la situation de la personne risque d'être aggravée en cas d'extradition. Sur ce point on a déjà eu l'occasion de relever une différence rédactionnelle entre d'une part l'article 3 paragraphe 2 CEExtr et d'autre part l'article 2 lettres b et c EIMP, ce dernier limite en effet la cause de l'aggravation de la situation de l'extradable à la procédure à l'étranger. Comme nous avons déjà eu l'occasion de le dire (cf. ch. 10.2 ci-dessus), cette divergence rédactionnelle a toutefois peu de portée pratique dans la mesure où le juge de l'extradition suisse doit s'assurer que la personne n'est ou ne risque pas d'être victime de discriminations.

Chapitre 13 Principe de l'interdiction de la torture et des peines ou traitements cruels, inhumains ou dégradants

13.1 Généralités

Pour Nowak, l'interdiction de la torture, mais aussi à notre avis l'interdiction des peines ou traitements cruels, inhumains ou dégradants, se définit comme le droit à l'intégrité psychique et physique[968].

Le principe de l'interdiction de la torture et des peines ou traitements cruels, inhumains ou dégradants est consacré dans plusieurs textes de niveaux universel, régional et national.

Au niveau universel, l'article 7 Pacte ONU II dispose que «nul ne sera soumis à la torture ni à des peines ou traitements cruels, inhumains ou dégradants». S'agissant de la Convention de 1984, elle n'énonce pas explicitement l'interdiction de la torture. Elle se réfère néanmoins à l'article 7 Pacte ONU II. Au niveau régional, l'article 3 CEDH dispose que «nul ne peut être soumis à la torture ni à des peines ou traitements inhumains ou dégradants». Il y a lieu de relever qu'à la différence de l'article 7 Pacte ONU II, la norme européenne ne contient pas l'adjectif cruel[969]. L'article 4 de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne a la même teneur que l'article 3 CEDH.

En droit interne, l'article 10 alinéa 3 Cst. interdit la torture et tout autre traitement ou peine cruels, inhumains ou dégradants.

En droit des réfugiés et de l'asile, l'interdiction de la torture et des peines ou traitements cruels, inhumains ou dégradants n'est pas mentionnée de manière explicite dans la Convention de 1951 et dans la LAsi. Elle se laisse néanmoins déduire de la notion de persécution (cf. chap. 7) et du principe de non-refoulement selon l'article 33 de la Convention de 1951.

---

[968] NOWAK (2005) no 1, p. 157.

[969] L'article 3 CEDH interdit les peines ou traitements inhumains ou dégradants. Le Pacte ONU II (art. 7), la Convention de 1984 (art. 3) et la Cst. (art. 10 al. 3) ajoutent le terme «cruel» au deuxième volet, mineur, des comportements interdits. L'adjonction du terme «cruel» ne semble pas avoir eu de visée normative. «[I]l s'ajoute au terme inhumain en tentant d'en éclairer la portée. Dès lors, les deux termes peuvent être considérés comme synonymes du point de vue normatif» (KOLB [2003], p. 256). Cf aussi HATHAWAY/FOSTER, p. 212.

En droit de l'extradition, le «Traité type d'extradition» de l'Organisation des Nations Unies énonce comme motif obligatoire de refus de l'extradition le fait d'avoir ou de risquer de subir la torture et autres peines ou traitements cruels, inhumains ou dégradants (art. 3 let. f). Etonnamment, ni la CEExtr, ni les traités bilatéraux en matière d'extradition, ni même les traités réprimant les infractions les plus graves signés par la Suisse ne mentionnent la torture et autres peines ou traitements cruels, inhumains ou dégradants comme motifs de refus de l'extradition. Par contre, en droit interne, on trouve implicitement ou explicitement un tel refus à l'article 25 alinéa 3 Cst. et aux articles 2 et 37 EIMP.

Le principe de l'interdiction de la torture et des peines ou traitements cruels, inhumains ou dégradants joue un rôle important en droits des réfugiés, de l'asile et de l'extradition sans toutefois que ces domaines juridiques ne définissent ces termes.

En droit des réfugiés et de l'asile, le risque de subir ce genre de traitements peut conduire à la reconnaissance de la qualité de réfugié et à l'octroi de l'asile si les autres éléments de la définition de réfugié sont réunis. Dans le cas contraire[970], l'individu ne bénéficiera pas en principe de la protection contre le refoulement du droit des réfugiés. En droit de l'extradition, le risque de subir l'une de ces atteintes fait en principe obstacle à une extradition même si les traités signés par la Suisse ne prévoient pas de tels motifs de refus. En droit interne, l'article 37 EIMP prévoit expressément que le juge de l'extradition refuse l'extradition en cas de risque de torture ou de mauvais traitement si l'Etat requérant ne donne pas la garantie que la personne poursuivie ne sera pas soumise à de tels traitements (cf. art. 37 al. 3 EIMP). En cas de protection lacunaire des droits des réfugiés, de l'asile et de l'extradition, le droit (international) des droits de l'homme fera en principe obstacle à un refoulement ou à une extradition si l'extradable encourt un risque de subir un de ces traitements illégaux.

Etant donné que le principe de l'interdiction de la torture et des peines ou traitements cruels, inhumains ou dégradants est issu du droit (international) des droits de l'homme, nous débuterons son analyse par ce domaine juridique. Mais avant d'y procéder il y a lieu de définir ces différentes notions.

13.2 Notions de torture et de peines ou traitements cruels, inhumains ou dégradants

Les notions de torture et de peines ou traitements cruels, inhumains ou dégradants sont expressément énoncées dans plusieurs instruments de protection des droits de l'homme tant aux niveaux universel (p. ex. art. 7 Pacte ONU II et Convention de 1984), régional (p. ex. art. 3 CEDH et 4 de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne) qu'interne (p. ex. art. 10 al. 3 Cst.). On trouve aussi ces notions dans le droit international humanitaire. Procéder à une analyse de ces notions dans le droit international humanitaire dépasserait toutefois le cadre de la présente étude. A ce jour, seule la torture est définie[971] et ce à l'article 1er de la Convention de 1984. Il y a lieu de

[970] Cf. p. ex. art. 1(F) de la Convention de 1951.
[971] KOLB (2003), p. 255.

relever que les organes internationaux et les tribunaux ne fournissent pas d'explication très claire sur la manière dont ils distinguent ces divers comportements prohibés ou sur la manière dont ceux-ci s'articulent entre eux[972].

13.2.1 Torture

Les conventions ont voulu marquer par le terme torture l'infâmie spéciale des traitements inhumains délibérés provoquant de fort graves et cruelles souffrances[973].

Seule la Convention de 1984 donne une définition légale de cette notion à son article 1er : «le terme "torture" désigne tout acte par lequel une douleur ou des souffrances aiguës, physiques ou mentales, sont intentionnellement infligées à une personne aux fins notamment d'obtenir d'elle ou d'une tierce personne des renseignements ou des aveux, de la punir d'un acte qu'elle ou une tierce personne a commis ou est soupçonnée d'avoir commis, de l'intimider ou de faire pression sur elle ou d'intimider ou de faire pression sur une tierce personne, ou pour tout autre motif fondé sur une forme de discrimination quelle qu'elle soit, lorsqu'une telle douleur ou de telles souffrances sont infligées par un agent de la fonction publique ou toute autre personne agissant à titre officiel ou à son instigation ou avec son consentement exprès ou tacite».

La définition juridique de la torture contient donc trois éléments. Premièrement un acte ou une omission intentionnelle par lesquels une douleur ou une souffrance aiguë, physique ou mentale est infligée à un individu. Ensuite cet acte ou cette omission doit avoir un but (obtention d'informations, confession, punition, intimidation, humiliation, coercition de la victime ou d'un tiers ou pour un motif discriminatoire). Enfin, au moins l'une des personnes prenant part à l'infliction des souffrances doit être un agent de l'Etat ou agir sous couvert d'organes de l'Etat.

L'acte doit être intentionnel. Le critère de la finalité a donc surtout une portée négative. Il exclut des actes non intentionnels ayant cependant la gravité des effets requis en matière de torture. La situation peut se présenter surtout en cas d'oubli ou d'ignorance de fait[974]. Une omission peut aussi constituer un acte de torture dans certaines circonstances s'il y a une intention de faire mal derrière cette omission. L'on cite les cas de la privation de nourriture ou de boissons pour les détenus ou de la non-administration de soins médicaux à un détenu qui a été battu[975]. Le terme torture ne s'étend pas à la douleur ou aux souffrances résultant uniquement de sanctions légitimes, inhérentes à ces sanctions ou occasionnées par elles (art. 1er de la Convention de 1984).

Ensuite cet acte ou cette omission doit avoir un but. L'utilisation de l'adverbe notamment indique que la liste des buts donnée par l'article 1er de la Convention de

[972] Schématiquement deux théories ont été élaborées pour procéder aux distinctions. La première théorie est celle des paliers, la seconde est la théorie du but. La théorie du but est notamment appliquée par le CAT. La CourEDH semble s'en approcher (KÄLIN/KÜNZLI no 940, pp. 370 et 371).
[973] KOLB (2003), p. 256.
[974] L'exemple type est celui d'un ressortissant autrichien arrêté par les autorités et oublié pendant vingt jours dans sa cellule, sans eau, ni nourriture, en angoisse permanente de mourir de privation. Il faut ajouter qu'on a soutenu dans la doctrine qu'en cas de négligence grave, la norme interdisant la torture pourrait s'appliquer (KOLB [2003], p. 255).
[975] DE WECK, p. 166; Décision du Comité des Nations Unies contre la torture *Sahli c. Algérie* du 3.6.2011, no 341/2008 par. 9.3.

1984 n'est pas exhaustive. On pourrait donc imaginer toutes sortes de motifs. Pour certains auteurs de doctrine cités par De Weck, ces autres buts doivent être en lien avec ceux mentionnés à l'article 1er de la Convention de 1984. Pour De Weck, ce point de vue est trop restrictif[976].

Pour Nowak, l'infliction d'une souffrance sévère pour un motif de discrimination constitue de la torture[977].

Enfin au moins l'une des personnes prenant part à la torture doit être un agent de l'Etat ou agir sous couvert d'organes de l'Etat. «[L]a torture (comme le traitement cruel ou inhumain) est en principe limitée à des actes commis par des agents de droit ou de fait d'un Etat. C'est la mise en oeuvre de l'appareil étatique pour pratiquer ces actes qui justifie leur gravité et la nécessité d'une répression internationale»[978].

Les actes de torture commis par des privés sont exclus de l'article 3 de la Convention de 1984. Toutefois, le Comité des Nations Unies contre la torture tendrait implicitement à considérer que les actes de privés commis en l'absence de capacité ou de volonté de protection de l'Etat devraient être considérés comme des actes commis avec l'accord des autorités et devraient donc tomber sous le coup de l'article 3 de la Convention de 1984[979]. Ainsi, dans sa décision *Dzemajl et al. c. Yougoslavie*, le Comité des Nations Unies contre la torture a estimé que les agissements de la foule (destructions de biens, incendies, etc...) dénoncés par les requérants, même s'ils n'avaient pas été accomplis par des agents étatiques, avaient néanmoins été commis avec le consentement tacite d'organes de l'Etat et constituent donc une violation par l'Etat partie du paragraphe 1 de l'article 16 de la Convention de 1984[980]. Pour Nowak, l'article 7 du Pacte ONU vise aussi les actes de torture commis par des privés[981].

Néanmoins, pour De Weck, le critère pertinent réside moins dans la qualité d'agent étatique que dans le pouvoir ou le contrôle qu'exerce le bourreau sur sa victime ou encore dans la vulnérabilité de la victime vis-à-vis de son bourreau (*powerlessness*)[982].

13.2.2 Peines ou traitements cruels, inhumains ou dégradants

Contrairement à la notion de "torture", celles de peines ou traitements cruels, inhumains ou dégradants ne font pas l'objet d'une définition dans les textes. «C'est par voie casuistique que la jurisprudence a tenté d'en éclairer les contours»[983].

Ces «autres formes de traitements interdits sont plus difficiles à distinguer [que la torture] car il n'existe pas de méthode objective pour évaluer la souffrance causée à un individu (...). [Ainsi, a]vant de qualifier un traitement de torture ou de traitement inhumain ou dégradant, la Cour européenne des droits de l'homme examine les

[976] DE WECK, p. 166.
[977] NOWAK (2005) no 6, p. 161.
[978] KOLB (2003), p. 255.
[979] DE WECK, p. 180.
[980] *Dzemajl et al. c. Yougoslavie* du 21.11.2002, no 161/2000, par. 9.2.
[981] NOWAK (2005) no 7, p. 161.
[982] DE WECK, p. 167. Cf. aussi WOUTERS, p. 458
[983] KOLB (2003), p. 255.

circonstances du cas, comme la durée du traitement, ses effets sur la santé physique ou mentale et, dans certains cas, l'âge, le genre et l'état de santé de la victime»[984]. Par exemple, dans l'arrêt *Öcalan c. Turquie*, la Cour européenne des droits de l'homme a considéré qu'un traitement est inhumain au sens de l'article 3 CEDH notamment s'il a été appliqué avec préméditation pendant une longue durée et s'il a causé soit des lésions corporelles, soit de vives souffrances physiques ou mentales[985].

Les peines ou traitements cruels ou inhumains constituent la catégorie intermédiaire entre la torture d'un côté et la peine ou le traitement dégradant de l'autre. Ils se définissent «surtout négativement par rapport à la torture et aux traitements dégradants: [ils n'ont] pas la gravité de la première mais [ils constituent] une qualification par rapport à la dernière»[986].

Les peines ou traitements cruels ou inhumains jouxtent donc la torture par le bas. «Il s'agit matériellement d'actes ou d'omissions "causant de vives souffrances, physiques ou mentales, mais moins intenses que la torture". En second lieu, les [peines ou] traitements cruels ou inhumains peuvent également trouver à s'appliquer en lieu et place de la torture non pas eu égard à l'intensité des souffrances causées, mais à cause de l'absence d'un élément constitutif de la torture, par exemple l'intentionnalité de l'acte (...). Dès lors, [les peines ou traitements cruels ou inhumains sont] doublement subsidiaire[s] par rapport à la torture. [Ils le sont] d'abord du point de vue hiérarchique, au vu de la gravité matérielle des actes»[987]. Ils le sont ensuite du point de vue technique de par l'absence d'un élément constitutif de la torture (intention ou objectif)[988].

Les peines ou traitements dégradants constituent un troisième palier fermant par le bas les peines ou traitements cruels ou inhumains. Il s'agit de la catégorie la moins grave des actes prohibés «au-dessous de laquelle on ne peut plus parler d'atteinte répréhensible à l'intégrité physique de la part des autorités étatiques»[989]. Ici, ce ne sont plus des souffrances (vives) qui sont en jeu mais «les traitements de nature à créer chez les victimes des sentiments de peur, d'angoisse et d'infériorité propres à les humilier et à les avilir»[990].

La plupart des violations de l'article 3 CEDH ont été retenues dans le contexte de personnes arrêtées ou détenues. Toutefois, les sanctions et les mesures de privation de liberté doivent aller au-delà de l'élément inévitable de souffrance ou d'humiliation liée à une forme légitime de traitement ou de peine pour qu'il équivaille à une forme de traitement prohibé par l'article 3 CEDH[991]. Pour qu'une atteinte soit considérée comme inhumaine ou dégradante, elle doit, en effet, selon la jurisprudence revêtir un minimum de gravité[992].

---

[984] MAHON/BIGLER, p. 22.
[985] Arrêt de la CourEDH *Öcalan c. Turquie* [GC] du 12.5.2005, no 46221/99 par. 181.
[986] KOLB (2003), p. 256.
[987] KOLB (2003), p. 256.
[988] KOLB (2003), p. 256; NOWAK (2005) no 11, p. 163.
[989] KOLB (2003), p. 256.
[990] KOLB (2003), pp. 256. Cf. aussi MAHON/BIGLER, p. 22.
[991] DE WECK, pp. 127 et 128.
[992] MAHON/BIGLER, p. 22.

13.3 Principe de l'interdiction de la torture et des peines ou traitements cruels, inhumains ou dégradants en droit des droits de l'homme

Comme on a eu l'occasion de le voir au chiffre 13.1, le principe de l'interdiction de la torture et des peines ou traitements cruels, inhumains ou dégradants est consacré explicitement ou implicitement dans plusieurs textes de protection des droits de l'homme.

Au niveau international, la CEDH est le seul instrument qui consacre à son article 3 l'interdiction absolue aussi bien de la torture que des peines ou traitements inhumains ou dégradants. Cette lacune dans le Pacte ONU II et la Convention de 1984 est néanmoins compensée par la jurisprudence du Comité des droits de l'homme, du Comité des Nations Unies contre la torture et des tribunaux régionaux. L'extension de cette interdiction aux peines ou traitements cruels, inhumains ou dégradants ne signifie toutefois pas que toute forme de mauvais traitement agira comme un obstacle à un refoulement. Ainsi, la CEDH n'a pas pour but de demander à un Etat partie d'imposer des standards de la CEDH à d'autres Etats. De plus, un traitement pouvant violer l'article 3 CEDH en raison d'un acte ou d'une omission doit atteindre un niveau de sévérité minimal requis pour que l'on retienne une violation de l'article 3 CEDH dans un cas d'expulsion ou d'extradition[993]. Pour la Cour européenne des droits de l'homme, ce minimum de gravité est fonction de la nature, du contexte, de la durée, des effets physiques et mentaux, du sexe, de l'âge ou de la santé de la victime[994]. Ce critère de gravité est notamment appliqué dans le contexte des sanctions et des mesures de privation de liberté, lesquelles doivent aller au-delà de l'élément inévitable de souffrance ou d'humiliation lié à une forme légitime de traitement ou de peine pour qu'il équivaille à une forme de traitement prohibé par l'article 3 CEDH[995]. Ainsi, dans l'affaire *Soering c. Royaume-Uni*, pour déterminer si les circonstances entourant la peine capitale peuvent soulever un problème sur le terrain de l'article 3 CEDH, la manière dont elle est prononcée ou appliquée, la personnalité du condamné et une disproportion par rapport à la gravité de l'infraction ainsi que les conditions de la détention vécue dans l'attente de l'exécution figurent parmi les éléments de nature à faire tomber sous le coup de l'article 3 CEDH le traitement ou la peine subis par l'intéressé[996]. Ainsi, l'exécution capitale par lapidation a été jugée inhumaine par la Cour européenne des droits de l'homme[997]. Lorsque la peine de mort est exécutée en public, il s'ajoute à la peine elle-même des éléments d'humiliation. Dès lors, l'exécution capitale publique doit être qualifiée de dégradante et par conséquent de contraire à la CEDH et au Pacte ONU II[998]. Dans l'affaire *Charles Chitat Ng c. Canada*, le Comité des droits de l'homme a tenu l'extradition vers les Etats-Unis pour illicite car la

[993] Arrêt de la CourEDH *Harkins et Edwards c. Royaume-Uni* du 17.1.2012, nos 9146/07 et 32650/07, par. 129.
[994] KOLB (2003), p. 265. Cf. aussi MAHON/BIGLER, p. 22, ZIMMERMANN no 94, p. 79. Selon NGUYEN/AMARELLE (2010), la CourEDH aurait abaissé considérablement le seuil de gravité requis dans le cadre de l'affaire *Klaas et Ribitsch c. Autriche* du 4.12.1995, no 18896/91 (p. 126).
[995] DE WECK, pp. 127 et 128. Cf. aussi arrêts de la CourEDH *M.E. c. France* du 6.6.2013, no. 50094/10 (où la CourEDH avait jugé que la peine de trois ans de prison ferme était a priori à elle seule insuffisante au regard du seuil de gravité exigé par l'art. 3 CEDH), *Ryabikin c. Russie* du 19.6.2008 no 8320/04 (où la CourEDH a jugé dans le cas d'espèce que l'extradition au Turkménistan constituait une violation de l'art. 3 CEDH au vu des conditions de détention, de la privation de toute communication (incommunicado) et de la situation vulnérable des minorités) et *Öcalan c. Turquie* [GC] du 12.5.2005, no 46221/99.
[996] Arrêt de la CourEDH *Soering c. Royaume-Uni* du 7.7.1989, no 14038/88.
[997] Arrêt de la CourEDH *Jabari c. Turquie* du 11.7.2000, no 40035/98.
[998] NOWAK (2005) no 23, p. 171.

personne extradée risquait d'être exécutée dans une chambre à gaz, mesure qualifiée d'inhumaine et partant d'incompatible avec l'article 7 du Pacte ONU II[999]. Enfin, dans l'arrêt *Öcalan c. Turquie*, la Cour européenne des droits de l'homme a considéré qu'une condamnation à mort à l'issue d'un procès non équitable était constitutive d'une peine inhumaine[1000].

Les instruments de protection des droits de l'homme sont considérés comme des textes vivants. Ils sont interprétés de manière à les adapter aux circonstances du moment. Ainsi, comme on l'a déjà vu, bien que l'article 3 de la Convention de 1984 exclue la torture commise par des privés, le Comité des Nations Unies contre la torture tendrait implicitement à considérer qu'un tel acte commis en l'absence de capacité ou de volonté de protection de l'Etat devrait être considéré comme ayant été commis avec l'accord des autorités et devrait donc tomber sous le coup de l'article 3 de la Convention de 1984[1001]. Dans l'arrêt *Ktiti c. Maroc*, le Comité des Nations Unies contre la torture, après avoir constaté que la Cour Suprême du Maroc s'était contentée de baser sa décision d'extradition sur des déclarations qui, selon Ktiti, ont été obtenues sous la torture, en a déduit que l'extradition du requérant vers l'Algérie violerait l'article 3 de la Convention de 1984[1002]. La jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme et du Comité des Nations Unies contre la torture fournit d'autres exemples d'interprétation évolutive de la CEDH et notamment de l'article 3 CEDH et de l'article 3 de la Convention de 1984. L'article 3 CEDH entend, en effet, les notions de torture et de peines ou traitements inhumains ou dégradants de manière large. Ainsi, lorsque la Cour européenne des droits de l'homme examine le principe de non-refoulement selon l'article 3 CEDH, elle admet que des actes de torture puissent être commis par des privés[1003]. Elle a également été amenée à déclarer l'extradition d'un individu comme incompatible avec l'article 6 CEDH pour déni flagrant de justice au motif que les preuves recueillies contre lui avaient été obtenues sous la torture d'un co-accusé[1004]. La Cour européenne des droits de l'homme a également étendu la protection de l'article 3 CEDH à la disproportion d'une peine, par exemple de la peine capitale, par rapport à la gravité du crime ou à la situation personnelle[1005]. Dans d'autres affaires, elle a examiné la compatibilité d'une condamnation à vie sans aucune possibilité de demander une libération anticipée à la lumière de l'article 3 CEDH. Ainsi, dans l'affaire *Harkins et Edwards c. Royaume-Uni*, il s'agissait de déterminer si le maintien en détention de l'individu pouvait à n'importe quel moment ne plus être justifié pour des motifs pénologiques légitimes et si la condamnation serait *de facto et de iure* irréductible (gross disproportionnality sentence). Pour la Cour européenne des droits de l'homme, l'examen consistant à vérifier si une condamnation est grossièrement disproportionnée constitue un test strict qui ne peut être concluant que dans des cas rares et uniques[1006].

---

[999] Décision du CDH, *Charles Chitat Ng c. Canada* du 7.1.1994, no 469/1991, par. 16.1 à 16.4.
[1000] Arrêt de la CourEDH *Öcalan c. Turquie* [GC] du 12.5.2005, no 46221/99, par. 167.
[1001] DE WECK, p. 180.
[1002] Décision du CAT *Ktiti c. Maroc* du 26.5.2011, no 419/2010.
[1003] KÄLIN/KÜNZLI no 936, p. 368.
[1004] Arrêt de la CourEDH *Othman (Abu Qatada) c. Royaume-Uni* du 17.1.2012, no 8139/09, par. 285.
[1005] La licéité de la peine capitale selon l'art. 2 CEDH et l'art. 6 du Pacte ONU II apparaît ainsi douteuse dans de tels cas. Cf. aussi *Öcalan c. Turquie* [GC] du 12.5.2005, no 46221/99, par. 168s.
[1006] DE WECK, p. 129 et arrêt de la CourEDH *Harkins et Edwards c. Royaume-Uni* du 17.1.2012, nos 9146/07 et 32650/07, par. 134 où la CourEDH s'est exprimée comme suit: «The Court also accepts that, in a removal case, a violation would arise if the applicant were able to demonstrate that he or she was at a real risk of receiving a grossly disproportionate sentence in the receiving State. However, as the Court has recalled at paragraph 129 above, the Convention does not purport to be a means of requiring the Contracting States to impose Convention standards on other States. Due regard must be had for the fact that sentencing practices vary greatly between States and that there will often

Elle a toufefois conclu dans cette affaire qu'une condamnation à vie sans possibilité de libération conditionnelle n'est pas en soi incompatible avec l'article 3 CEDH. Cette approche a été réaffirmée dans les affaires *Babar Ahmad et autres c. Royaume-Uni et Trabelsi c. Belgique*[1007]. Selon de Weck, à ce jour, en matière de refoulement, aucun arrêt de la Cour européenne des droits de l'homme n'a conclu que la longue durée d'une condamnation pourrait constituer un traitement inhumain[1008]. Enfin, la Cour européenne des droits de l'homme a étendu la protection de l'article 3 CEDH aux expulsions de personnes malades tout en la limitant à des circonstances très exceptionnelles[1009].

La jurisprudence du Comité des droits de l'homme offre aussi de multiples exemples d'interprétation dynamique de l'article 7 du Pacte ONU II. Il a ainsi été considéré que le délai dépassant quarante-cinq minutes entre l'heure de l'exécution capitale et le moment où la personne sort de sa cellule constitue un traitement cruel et inhumain au sens de l'article 7 du Pacte ONU II[1010]. La condamnation à la peine de mort d'une personne à l'issue d'un procès inéquitable plonge cette dernière de manière injuste dans la hantise d'être exécutée. Lorsque la possibilité que la sentence soit exécutée est réelle, cette peur ne peut être que la source d'une angoisse profonde liée indissociablement à l'iniquité du procès. De fait, une condamnation à mort qui ne peut être justifiée au regard de l'article 6 du Pacte ONU II entraîne automatiquement une violation de l'article 7 du Pacte ONU II. En conséquence, la condamnation de la personne à la peine de mort à l'issue d'un procès au cours duquel les garanties énoncées à l'article 14 du Pacte ONU II n'ont pas été respectées constitue un traitement inhumain en violation de l'article 7 du Pacte ONU II[1011]. Le secret absolu entourant la date de l'exécution capitale et le lieu de l'ensevelissement ainsi que le refus de remettre le corps pour qu'il soit inhumé conformément aux convictions et aux pratiques religieuses de la famille du condamné ont pour effet d'intimider ou de punir les familles en les laissant délibérément dans un état d'incertitude et de souffrance morale. Pour le Comité des droits de l'homme l'ensemble de ces éléments et le fait que l'Etat partie a ensuite persisté à ne pas les informer de l'emplacement de la tombe du condamné constituent à l'égard des plaignants un traitement inhumain contraire à l'article 7 du Pacte ONU II[1012]. Le Comité

---

be legitimate and reasonable differences between States as to the length of sentences which are imposed, even for similar offences. The Court therefore considers that it will only be in very exceptional cases that an applicant will be able to demonstrate that the sentence he or she would face in a non-Contracting State would be grossly disproportionate and thus contrary to Article 3». De Weck est d'avis que dans l'affaire *Harkins et Edwards*, la CourEDH s'est montrée sévère notamment si l'on considère le fait que les requérants n'avaient pas la possibilité de déposer dans le futur une requête à la cour aux motifs que leur condamnation ne se justifiait plus (p. 129).

[1007] Arrêts de la CourEDH *Babar et Ahmad et autres c. Royaume-Uni* du 10.4.2012, nos 24027/07, 11949/08, 6742/08, 66911/09 et 67354/09, et *Trabelsi c. Belgique* du 4.9.2014, no 140/10.

[1008] DE WECK, p. 130.

[1009] MAHON/BIGLER, p. 36; arrêts de la CourEDH *I. K. c. Autriche* du 28.3.2012, no 2964/12, par. 85, et *Samina c. Suède* du 20.10.2011, no 55463/09, par. 56.

[1010] Décisions du CDH *Pratt et Morgan c. Jamaïque* du 6.4.1989, nos 210/1986 et 225/1987, par. 13.7 (citée par NOWAK [2005] no 11, p. 164) et *Rolando c. Philippines* du 3.11.2004, nos 1110/2002, par. 13.7.

[1011] Décision du CDH *Mwamba c. Zambie* du 10.3.2010, no 1520/2006, par. 6.8 et 6.9. Cf. aussi décisions du CDH *Kwok c. Australie et Chine* du 23.10.2009, no 1442/2005, par. 9.4, et *Larrañaga c. Philippines* du 24.7.2006, no 1421/2005, par. 7.4.

[1012] Décision du CDH *Kovaleva et Kozyar c. Belarus* no 2120/2011 du 29.10. 2012, par. 11.10: «le Comité rappelle la définition de la notion de disparition forcée figurant à l'alinéa i) du paragraphe 2 de l'article 7 du Statut de Rome de la Cour pénale internationale: par «disparitions forcées de personnes», on entend les cas où des personnes sont arrêtées, détenues ou enlevées par un Etat ou une organisation politique ou avec l'autorisation, l'appui ou l'assentiment de cet Etat ou de cette organisation, qui refuse ensuite d'admettre que ces personnes sont privées de liberté ou de révéler le sort qui leur est réservé ou l'endroit où elles se trouvent, dans l'intention de les soustraire à la protection de la loi pendant une période prolongée. Tout acte conduisant à une disparition de ce type constitue une violation d'un grand nombre de droits consacrés dans le Pacte, notamment le droit de tout individu à la liberté et à la sécurité de sa personne (art. 9), le droit de ne pas être soumis à la torture ni à des peines ou traitements cruels, inhumains ou dégradants (art. 7) et le droit de toute personne privée de sa liberté d'être traitée avec humanité et avec le respect de la dignité inhérente à la personne humaine (art. 10). Il viole en outre le droit à la vie ou le met gravement en danger (art. 6)».

des droits de l'homme considère également que les disparitions forcées constituent entre autres une violation de l'article 7 du Pacte ONU[1013]. L'angoisse causée à la famille par une disparition forcée et le sort réservé à la personne constitue également une violation de l'article 7 du Pacte ONU II[1014]. Enfin, le manque de diligence des autorités à procéder aux enquêtes ainsi que le manque d'informations données aux familles des personnes disparues sur l'avancement de l'enquête constituent aussi dans les cas de disparitions forcées une violation de l'article 7 Pacte ONU II[1015].

Le 30 août 2005, le Secrétaire général de l'Organisation des Nations Unies transmettait à l'Assemblée générale de cette organisation le rapport intermédiaire du rapporteur spécial sur la torture, Manfred Nowak. Pour ce dernier, les peines corporelles peuvent s'apparenter à des peines cruelles, inhumaines ou dégradantes voire même à de la torture. En outre, se référant à la jurisprudence internationale et régionale, Nowak déclare que les peines corporelles ne peuvent être considérées comme des sanctions légitimes et violent par conséquent l'interdiction de la torture et des peines ou traitements cruels inhumains ou dégradants[1016].

Il ressort de ce qui précède que les instruments de protection des droits de l'homme offrent une protection en cas de risque de torture et de mauvais traitements à tout individu et indépendamment de motifs relevant du droit des réfugiés et de l'asile. On peut également relever le caractère vivant de ces instruments en vue de les adapter à des situations non envisagées lors de leur adoption.

13.4 Nature du principe de l'interdiction de la torture et des peines ou traitements cruels, inhumains ou dégradants

L'article 2 paragraphe 2 de la Convention de 1984 déclare sans ambiguité qu'«[a]ucune circonstance exceptionnelle, quelle qu'elle soit, qu'il s'agisse de l'état de guerre ou de menace de guerre, d'instabilité politique intérieure ou de tout autre état d'exception ne peut être invoquée pour justifier la torture». Cette disposition ne vise que la torture et non les autres peines ou traitements prohibés. De même, le principe de non-refoulement ancré à l'article 3 de la Convention de 1984 n'offre sa protection que contre la torture. En effet, cette disposition renvoie uniquement à l'article 1er de la Convention de 1984 et non à l'article 16 qui demande aux Etats de prévenir les peines ou les traitements cruels, inhumains ou dégradants[1017]. Toutefois, même si l'interdiction de non-

[1013] Décision du CDH *Bousroual c. Algérie* du 24.4.2006, no 992/2001 par. 9.2.
[1014] Décisions du CDH *Bouchref c. Algérie* du 30.3.2006, no 1196/2003, par. 9.6: «Le Comité relève aussi l'angoisse et la détresse que la disparition de son fils a causées à l'auteur ainsi que l'incertitude dans laquelle elle continue d'être au sujet de son sort. Il est donc d'avis que les faits dont il est saisi font apparaître une violation de l'[art] 7 du Pacte à l'égard de l'auteur elle-même».
[1015] Décision du CDH *Armin Hero c. Bosnie-Herzégovine* du 26.11.2014, no 992/2001, par. 9.6; cf. aussi décision du CDH Rizvanovic et al. *c. Bosnie-Herzégovine* du 21.3.2014, no 1997/2010, par. 9.5: «Le [CDH] considère que les autorités chargées des enquêtes sur des disparitions forcées doivent donner en temps voulu aux familles la possibilité de contribuer à l'enquête en communiquant les renseignements dont elles disposent et que les familles doivent être rapidement informées des avancées de l'enquête. Il prend également note de l'angoisse et de la détresse causées aux auteurs par l'incertitude qui persiste depuis la disparition de leur mari et père. Le [CDH] conclut que les faits dont il est saisi font apparaître une violation des [art.] 6, 7 et 9 lus conjointement avec le [par.] 3 de l'[art. 2] du Pacte à l'égard de la victime, et de l'[art.] 7 lu conjointement avec le [par.] 3 de l'[art.] 2 du Pacte à l'égard des auteurs».
[1016] Rapporteur spécial sur la torture (2005) nos 26 à 28, pp. 8 et 9.
[1017] DE WECK, p. 164.

refoulement ne vise pas le traitement selon l'article 16, cette dernière disposition pourrait néanmoins être pertinente dans le contexte des renvois forcés[1018].

Le Pacte ONU II ne stipule pas l'interdiction de la torture comme étant absolue. Cette lacune est compensée par la pratique constante du Comité des droits de l'homme ainsi que des tribunaux régionaux qui ont déclaré sans équivoque qu'aucune exception ou dérogation à l'interdiction de la torture et des peines ou traitements cruels, inhumains ou dégradants ne sera admise ou tolérée. Cette interdiction vaut indépendamment d'un état de guerre ou de menace de guerre, d'instabilité politique intérieure ou de tout autre état d'exception. De même, elle s'applique indépendamment d'une situation de danger, de considérations de sécurité nationale, de la motivation des autorités, des circonstances du cas, de l'existence de traités d'extradition, de la conduite criminelle passée ou actuelle ou de la dangerosité réelle ou potentielle de la personne, de la nature de l'infraction ou d'un motif aussi honorable qu'il soit (p. ex. le sauvetage d'une personne enlevée). Dans le cas d'une peine inhumaine ou dégradante, l'interdiction vaut quels que soient les effets de tels actes et même dans les cas où la personne y consent[1019].

De son côté l'article 3 CEDH consacre une interdiction absolue également pour les traitements inhumains et dégradants. L'article 15 paragraphe 2 CEDH stipule qu'aucune dérogation à l'article 3 CEDH n'est autorisée et intègre dans cette protection absolue tous les traitements prohibés par l'article 3 CEDH[1020].

Kälin relève une différence de pratique entre le Comité des droits de l'homme et la Cour européenne des droits de l'homme. Selon cet auteur, la Cour européenne des droits de l'homme procède à des distinctions entre la torture et les deux autres formes de mauvais traitements alors que le Comité des droits de l'homme n'y procède pas, car il considère que l'article 7 Pacte ONU a une valeur absolue et que cela ne fait dès lors aucun sens de distinguer les trois formes de mauvais traitements[1021].

L'interdiction de la torture fait partie du droit coutumier international et de l'ordre public international. Malgré les incertitudes du droit international au sujet du concept du *ius cogens*, on s'accorde à admettre que l'interdiction de la torture relève du *ius cogens*[1022]. Elle l'emporte sur le droit conventionnel et sur le droit coutumier ordinaire. Aucune dérogation n'est donc possible, ni par traité, ni par une coutume régionale ou locale, ni par une coutume universelle non impérative. La prohibition de la torture en tant que norme impérative l'emporte sur le droit interne contraire[1023]. «Le *[i]us cogens* pose [dès lors] une limite infranchissable à la coopération internationale, sous la forme de ce qu'il est convenu d'appeler le "noyau intangible des droits de l'homme". Le respect absolu des normes impératives s'impose à la Suisse comme Etat requis de la coopération internationale indépendamment de l'existence d'un traité multilatéral ou bilatéral le liant à l'Etat requérant»[1024].

[1018] DE WECK, p. 170.
[1019] KÄLIN/KÜNZLI, p. 383.
[1020] Cf. GRABENWARTER/PABEL nos 51ss, pp. 199ss.
[1021] KÄLIN (2012), p. 29.
[1022] KOLB (2003), p. 273; SONDEREGGER, p. 69; CHETAIL (2014), p. 94; NOWAK (2005) no 1, p. 157; SALADO OSUNA, p. 65. Cf. aussi ATF 109 Ib 64 consid. 6b aa, p. 72.
[1023] SONDEREGGER, p. 84.
[1024] ZIMMERMANN no 197, p. 201.

S'agissant des autres traitements prohibés, la protection contre ces derniers ne peut être moins absolue que l'interdiction de la torture. En effet, aucune limitation ou dérogation à l'interdiction des peines ou traitements cruels, inhumains ou dégradants n'est admise[1025]. De son côté, l'article 7 Pacte ONU II consacre l'un des droits absolus du Pacte ONU II. Il n'autorise aucune restriction, ni ne tolère de dérogations à l'interdiction des peines ou traitements cruels, inhumains ou dégradants[1026]. Toutefois, il ne ressort pas toujours clairement de la littérature si l'interdiction des peines ou traitements cruels, inhumains ou dégradants relève elle aussi du *ius cogens*.

Selon le «Manuel de droit européen en matière d'asile, de frontières et d'immigration», l'interdiction de la torture et des peines ou traitements inhumains ou dégradants consacrée par la CEDH est absolue[1027].

Selon Sonderegger, le caractère de *ius cogens* de l'interdiction de la torture s'étend aussi aux peines ou traitements cruels, inhumains ou dégradants[1028]. Criddle et Fox-Decent mentionnent l'interdiction de ces traitements parmi les normes relevant du *ius cogens*[1029]. Mais d'autres auteurs ne mentionnent pas ces peines et traitements au rang des droits relevant du *ius cogens* (régional). Il en va ainsi de Zimmermann, Gonin, Caroni et Taylan[1030]. On s'accorde néanmoins pour affirmer que les traitements cruels, inhumains ou dégradants relèvent de l'ordre public international[1031].

L'interdiction de la torture et des autres traitements prohibés vaut tant en matière d'extradition[1032] que d'asile.

Il y a lieu néanmoins de relever qu'en matière d'asile, malgré le fait que l'interdiction de la torture relève du *ius cogens*, la Convention de 1951 n'offre pas de protection contre la torture aux individus exclus du statut de réfugié (art. 1[F]) ainsi qu'aux individus présentant un certain danger (art. 32 par. 1 et 33 par. 2). Cette lacune dans la protection a toutefois une portée limitée, car elle est compensée par le droit (international) des droits de l'homme qui s'oppose au renvoi d'une personne si elle risque de subir l'un des traitements prohibés.

En matière d'extradition, suite aux attentats du 11 septembre 2001 et à la lutte contre le terrorisme qui s'en est suivie, certains Etats à l'instar du Royaume-Uni ont fait usage de garanties pour extrader de présumés terroristes vers des pays critiqués pour leur pratique en matière de droits de l'homme. Certaines ONG (HRW et AI) mais aussi l'ancien rapporteur spécial sur la torture, Manfred Nowak, et l'ancienne Haut-commissaire aux droits de l'homme des Nations Unies, Louise Arbour, ont critiqué l'usage de telles garanties. Pour Manfred Nowak, les assurances diplomatiques ne sont rien d'autre qu'une tentative pour les Etats de contourner leurs obligations découlant du principe de

[1025] HATHAWAY/FOSTER, p. 211.
[1026] JOSEPH/CASTAN no 9.01, p. 216.
[1027] Manuel de droit européen en matière d'asile, de frontières et d'immigration, p. 90.
[1028] SONDEREGGER, pp. 84 et 101.
[1029] CRIDDLE/FOX-DECENT, p. 368.
[1030] ZIMMERMANN no 197, p. 200, GONIN, p. 230 et CARONI/TAYLAN, p. 58.
[1031] WEYENETH, p. 120.
[1032] KÄLIN/KÜNZLI, pp. 382 et 383; DE WECK, p. 161; arrêt de la CourEDH *Müslim c. Turquie* du 26.4.2005 no 53566/99 par. 65.

non-refoulement[1033]. Ni la Cour européenne des droits de l'homme, ni le Comité des Nations Unies contre la torture ne prohibent toutefois de manière absolue l'usage des garanties pour autant que leur fourniture satisfasse à des conditions données. Cela signifie qu'aux yeux de la Cour européenne des droits de l'homme et du Comité des Nations Unies contre la torture, la pratique des garanties n'affaiblit en rien le caractère absolu de ce principe, car les Etats doivent le respecter. Nous aurons l'occasion de revenir sur la problématique des garanties au chapitre 18.

Il ressort de ce qui précède que les instruments de protection des droits de l'homme offrent une protection absolue en cas de risque de torture, de peines ou de traitements cruels, inhumains ou dégradants. Cette protection n'est pas limitée d'un point de vue personnel et ne souffre aucune dérogation. En outre, il n'est pas nécessaire de démontrer l'existence d'actes de persécution pour un motif visé par la Convention de 1951[1034]. Toutefois, Pastre-Belda, au terme d'une analyse de la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme en relation avec l'article 3 CEDH, a relevé que «si le caractère absolu de cette disposition devait *a priori* faire obstacle à une approche à la fois catégorielle et contextualisée, l'étude de la jurisprudence européenne révèle au contraire que la Cour européenne fait varier l'étendue de la protection de l'article 3, tant lors de son applicabilité, que lors de son application»[1035].

13.5 Principe de l'interdiction de la torture et des peines ou traitements cruels, inhumains ou dégradants en droit des réfugiés et de l'asile

Le droit des réfugiés et de l'asile n'a pas élaboré de définition autonome de la torture et des peines ou traitements cruels, inhumains ou dégradants. On peut donc affirmer que le droit des réfugiés et de l'asile s'en remet au droit (international) des droits de l'homme pour la définition de ces notions.

Pour que l'individu puisse être reconnu comme «réfugié» au sens de la Convention de 1951 et de la LAsi, il doit être victime ou craindre d'être victime d'une persécution. Cette persécution doit en outre reposer sur un motif déterminé. Comme on a eu l'occasion de le voir au chapitre 7, la notion de persécution est plus large et englobe la torture et les traitements cruels, inhumains ou dégradants. Toutefois, les tortures et les sévices n'entraînent l'octroi de l'asile que s'ils ont été commis pour l'un des motifs pertinents en matière d'asile. Si le requérant craint à juste titre d'être torturé sans que l'on puisse déterminer de motif déterminant en matière d'asile, il convient d'examiner la question du caractère licite de l'exécution du renvoi au regard des articles 3 de la Convention de 1984 ou 3 CEDH. Les préjudices subis ou craints doivent émaner de l'Etat ou de ses agents. S'ils émanent de privés, il y aura lieu de vérifier si l'Etat ne veut ou ne peut pas lui offrir de protection. Enfin, l'individu ne doit pas tomber sous l'une des clauses d'exclusion de l'article 1(F) de la Convention de 1951, être indigne (art. 53 LAsi) ou tomber sous le coup des articles 32 paragraphe 1 et 33 paragraphe 2 de la Convention de 1951. L'exclusion de la protection offerte par la Convention de 1951 ne

[1033] DE WECK, pp. 368 et 369; UN Doc. E/CN.4/2006/6 du 23.12.2005 par. 32; UN Doc. A/HRC/16/52 du 3.2.2011, par. 60-63.
[1034] Manuel de droit européen en matière d'asile, de frontières et d'immigration, p. 74.
[1035] PASTRE-BELDA, p. 591.

signifie pas que la personne sera dénuée de toute protection. Un éventuel refoulement doit en effet être compatible avec l'article 3 de la Convention de 1984 ou l'article 3 CEDH.

Au vu des paragraphes qui précédent on peut constater que le droit des réfugiés et de l'asile n'offre pas une protection aussi large que le droit (international) des droits de l'homme. La protection offerte par la Convention de 1951 est en effet limitée au requérant d'asile ou au réfugié. La torture et les autres traitements prohibés doivent être commis pour l'un des motifs mentionnés dans la Convention de 1951. Enfin, cette dernière n'offre pas une protection aussi absolue que celle de l'article 2 alinéa 2 de la Convention de 1984 ou de l'article 15 paragraphe 2 CEDH car la dangerosité du requérant peut en effet justifier l'exclusion de la protection offerte par le droit des réfugiés et de l'asile. Une telle mise en balance des intérêts n'est pas admise par le droit (international) des droits de l'homme[1036].

13.6 Principe de l'interdiction de la torture et des peines ou traitements cruels, inhumains ou dégradants en droit de l'extradition

A l'instar du droit des réfugiés et de l'asile, le droit de l'extradition n'a pas élaboré de définition autonome de la torture et des peines ou traitements cruels, inhumains ou dégradants. On peut donc affirmer que le droit de l'extradition s'en remet au droit (international) des droits de l'homme pour la définition de ces notions.

Contrairement au principe de l'interdiction de l'extradition pour délits politiques, l'interdiction de la torture et d'autres mauvais traitements, comme motif de refus de l'extradition, n'est énoncée que de manière implicite voire même pas du tout dans les traités signés par la Suisse. Ainsi, la CEExtr n'énonce pas la torture et les autres mauvais traitements comme motif de refus de l'extradition. Cela n'a toutefois pas empêché la Suisse de formuler une réserve à l'article 11 CEExtr (qui exclut l'extradition lorsque la personne poursuivie est exposée à la peine de mort dans l'Etat requérant) pour étendre par analogie son application aux cas où le droit de la partie requérante prévoit pour l'infraction visée par l'extradition que la personne concernée sera soumise à une peine portant atteinte à son intégrité corporelle ou sera soumise contre son gré à une mesure de cette nature. «L'extradition est ainsi exclue si le droit étranger envisage l'application de châtiments corporels tels que la flagellation, la mutilation, la stérilisation ou la castration, à moins que l'Etat requérant ne donne l'assurance formelle que de telles peines ne seront pas appliquées»[1037]. Cette réserve est rédigée de manière à ne viser que les sanctions prévues dans une loi mais englobe aussi à notre avis les traitements illégaux. Le Tribunal fédéral a en outre eu l'occasion d'affirmer que l'article 3 de la Convention de 1984 n'a pas une portée indépendante par rapport à l'article 3 paragraphe 2 CEExtr[1038] et que cette dernière disposition est une norme de droit impératif (*ius cogens*)[1039].

[1036] Arrêt de la CourEDH *Rustamov c. Russie* du 3.7.2012, no 11209/11, par. 116.
[1037] ZIMMERMANN no 213, p. 217; FF 1966 I 465, p. 469.
[1038] Arrêt du TF 1A.368/1996 du 12.2.1997 consid. 3b) bb).
[1039] ATF 109 Ib 64 consid. 6b) aa), p. 72.

En droit interne, l'interdiction de la torture et des peines ou traitements cruels, inhumains ou dégradants peut se déduire des articles 2 et 37 alinéa 3 EIMP. A la différence de la réserve formulée par la Suisse à l'article 11 CEExtr, l'article 37 alinéa 3 EIMP est rédigé de manière plus large et englobe donc aussi bien l'interdiction des sanctions légales portant atteinte à l'intégrité corporelle que l'interdiction de la torture et des peines ou traitements cruels, inhumains ou dégradants. Néanmoins, en cas de risque de telles atteintes, l'article 37 alinéa 3 EIMP donne à la Suisse la faculté d'accorder l'extradition en la subordonnant à la fourniture de garanties. La procédure suivie pour requérir les garanties et statuer sur leur validité fait l'objet d'une réglementation à l'article 80p EIMP. Cette procédure est décrite au chapitre 18.

L'EIMP contient donc deux dispositions qui permettent de refuser l'extradition en cas de torture et de peines ou traitements cruels, inhumains ou dégradants. Ces dispositions s'appliquent à tout individu et il n'est pas nécessaire que le traitement prohibé se base sur un motif discriminatoire.

Même si une disposition expresse interdisant la torture et tout mauvais traitement fait défaut en droit de l'extradition, le Tribunal fédéral et le Tribunal pénal fédéral ont toujours souligné, selon une formule consacrée, que le droit extraditionnel conventionnel et l'EIMP s'appliquent sous réserve du droit (international) des droits de l'homme et notamment des articles 3 de la Convention de 1984 et 3 CEDH ainsi que de l'article 25 alinéa 3 Cst[1040]. Zimmermann relève ainsi que «l'exclusion de la coopération lorsque la personne est exposée au risque concret de subir, dans l'Etat requérant, la torture ou des peines ou traitements inhumains ou dégradants découle du droit international impératif, des traités, de la Constitution et de la loi»[1041].

Bien que la Convention de 1984 et la CEDH interdisent de manière absolue l'extradition en cas de torture ou de mauvais traitements, il y a néanmoins lieu de relever que l'extradition de personnes pouvant courir un risque de torture n'a pas été interdite de manière générale ni par le Comité des Nations Unies contre la torture, ni par la Cour européenne des droits de l'homme lorsque l'Etat requérant fournit des garanties jugées suffisantes que la personne ne sera pas soumise à la torture ou à d'autres traitements prohibés. Même si ces deux instances internationales ne prohibent pas l'usage des garanties en cas notamment de risque de torture, elles se montrent tout de même prudentes dans l'acceptation des garanties comme instruments efficaces, en particulier lorsqu'elles sont données par des Etats connus pour leurs pratiques de la torture. Ainsi, pour le Comité des Nations Unies contre la torture, les assurances fournies par des Etats qui pratiquent la torture apparaissent comme non fiables et doivent nécessairement contenir un mécanisme de monitoring strict et indépendant. Le Comité des Nations Unies contre la torture serait ainsi sur la même longueur d'onde que le Comité des droits de l'homme. Néanmoins, cela n'empêche pas le Comité des Nations Unies contre la torture de quand même considérer la demande de garanties comme une indication du risque de torture. La Cour européenne des droits de l'homme n'a pas adopté un tel point de vue[1042].

[1040] Pour un ex. récent: Arrêt du TPF RR.2014.30 + RP.2014.4 du 21.3.2014 consid. 2.1.
[1041] ZIMMERMANN no 654, pp. 665 et 666.
[1042] DE WECK, pp. 366 et 367.

A l'instar de la Cour européenne des droits de l'homme et du Comité des Nations Unies contre la torture, la jurisprudence suisse examine également à la lumière notamment de l'article 3 CEDH le risque encouru par un individu de subir des actes de torture ou des mauvais traitements commis par des privés en cas d'extradition[1043]. Le Tribunal pénal fédéral et le Tribunal fédéral ont aussi eu l'occasion d'examiner si en cas d'extradition la personne concernée courrait le risque d'être placée en détention dans des conditions incompatibles avec son état de santé [1044] ou de ne pas recevoir les traitements appropriés[1045]. Sur ces différents points (pratique des garanties, actes commis par des privés, conditions de détention incompatibles avec l'état de santé) on peut affirmer que la jurisprudence suisse est alignée sur celle de la Cour européenne des droits de l'homme.

Il ressort de ce qui précède que l'interdiction de la torture et l'interdiction des peines ou traitements cruels, inhumains ou dégradants font également obstacle à une extradition, peu importe qu'une telle interdiction soit énoncée dans un instrument réglant l'extradition. Cette interdiction est absolue, car elle ne dépend ni de motifs, ni de statuts particuliers (p. ex. de requérant d'asile ou de réfugié). Il n'est pas non plus procédé à une mise en balance de biens protégés. En outre, l'extradition en cas de condamnation capitale est refusée peu importe si son exécution pourrait notamment violer l'article 3 CEDH. Enfin, nonobstant l'opinion que l'on peut avoir sur l'usage des garanties, cet usage n'enlève rien au caractère absolu de la protection offerte par ce principe, car les garanties ont justement pour but d'éviter tout acte prohibé. Ainsi, pour reprendre les termes de Zimmermann, une fois les garanties obtenues, celles-ci mettent l'Etat requis (et non pas l'Etat requérant comme l'écrit Zimmermann) «à l'abri du reproche d'avoir méconnu le [*ius cogens*]»[1046].

Chapitre 14 Principe de non-refoulement

14.1 Généralités

Selon le principe de souveraineté, les Etats ont le droit de décider s'ils veulent permettre à un étranger d'entrer et de demeurer sur leur territoire. Cette liberté des Etats est toutefois restreinte par un certain nombre de droits humains, parmi lesquels le principe de non-refoulement [1047]. Ce principe constitue, selon Posse-Ousmane et Progin-Theuerkauf, un palliatif à l'absence de droit à l'asile[1048].

Le principe de non-refoulement est issu du droit international des réfugiés et de l'asile dont il constitue la pierre angulaire[1049]. On dit aussi de ce principe qu'il est «la clé de voûte ou le "point de rencontre"»[1050] entre les notions d'asile et de réfugiés. Il a ensuite été étendu à d'autres domaines juridiques (droit [international] des droits de l'homme, droit des étrangers ou droit de l'extradition). «Le principe de non-refoulement figure

[1043] Arrêt du TPF RR.2013.175 + RP.2013.35 du 23.10.2013 consid. 4.1 à 4.4.
[1044] Arrêt du TPF RR.2014.296 consid. 7.4.
[1045] Arrêt du TPF RR.2010.126 du 1.9.2010 consid. 2.2.
[1046] ZIMMERMANN no 654, p. 666.
[1047] DE WECK, p. 1; POSSE-OUSMANE/PROGIN-THEUERKAUF, art. 5, no 1, p. 53.
[1048] POSSE-OUSMANE/PROGIN-THEUERKAUF, art. 5, no 2, p. 54.
[1049] HCR (1978), par. 5, p. 2; WOUTERS, p. 23.
[1050] MATTHEY (2012), p. 7.

dans divers instruments internationaux avec quelques variantes quant à sa portée»[1051]. En outre, ces différentes sources tendent à s'influencer et la pratique actuelle en matière de non-refoulement est le résultat de cette interaction[1052].

En droit des réfugiés et de l'asile, ce principe est consacré à l'article 33 de la Convention de 1951. On le trouve également énoncé en droit européen notamment à l'article 21 de la Nouvelle Directive Qualification ainsi qu'en droit interne à l'article 3 LAsi. En droit (international) des droits de l'homme, il est consacré de manière explicite aux articles 3 de la Convention de 1984 et 19 paragraphe 2 de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne, mais uniquement de manière implicite aux articles 7 Pacte ONU II et 3 CEDH[1053]. En droit suisse, l'article 25 Cst. interdit explicitement le refoulement non seulement des réfugiés, mais aussi de tout individu en cas de risque de torture. En droit de l'extradition, «[l]e principe de non-refoulement est (...) inscrit dans les conventions fixant des normes en matière d'extradition»[1054] de même que dans le droit interne sous la forme de motifs de refus de l'extradition, ce qui élargit la portée de ce principe. On le trouve ainsi énoncé aux articles 3, paragraphe 2, CEExtr et 2 lettres b et c EIMP en cas de risque de poursuite discriminatoire ou à l'article 37 alinéa 3 EIMP en cas de risque de torture ou de toute autre atteinte prohibée à l'intégrité de l'extradable. Il est à relever que le futur article 66b CP inscrira dans le Code pénal suisse le principe de non-refoulement[1055].

Etant donné que ce principe tire ses origines du droit des réfugiés et de l'asile c'est donc en toute logique que ce domaine du droit constituera le point de départ de l'analyse après avoir procédé à la définition de la notion de refoulement et du principe de non-refoulement.

14.2 Notion de refoulement

Par refoulement, il faut entendre toute mesure d'exécution directe d'une décision de renvoi (art. 44 LAsi), «d'une décision d'expulsion qui peut [notamment] avoir son origine dans une *expulsion administrative*, prévue par le droit des étrangers»[1056] (art. 61ss LEtr), d'une décision d'extradition (art. 57 EIMP) ou d'une décision de transfert forcé «en vue d'une exécution de peine dans une prison étrangère» (cf. not. art. 101 al. 2 EIMP)[1057]. La jurisprudence internationale et suisse reconnaît que le principe de non-refoulement s'applique tant en matière d'expulsion qu'en matière d'extradition[1058]. Néanmoins, le terme de refoulement doit se comprendre de manière large et ne pas se limiter à une mesure d'exécution reposant sur une décision prise au terme d'une procédure.

[1051] WEISSBRODT/DIVINE, p. 197.
[1052] KAPUSTOVA, p. 6.
[1053] D'autres instruments régionaux de protection des droits de l'homme contiennent également le principe de non-refoulement, notamment la Convention de l'Organisation de l'unité africaine régissant les aspects propres aux problèmes des réfugiés en Afrique du 10.9.1969; la Déclaration de Carthagène sur les réfugiés du 22.11.1984, les Principes de Bangkok sur le statut et le traitement des réfugiés du 31.12.1966.
[1054] LAUTERPACHT/BETHLEHEM no 9, p. 125.
[1055] Cf. Message du CF FF 2013 5373 et le Projet de modification FF 2013 5457 (il s'agira plutôt de l'art. 66d CP [RO 2016 689]).
[1056] MAHON/BIGLER, p. 16.
[1057] MAHON/BIGLER, p. 20 avec renvoi à l'ATF 135 I 191.
[1058] WENNHOLZ, p. 32.

En effet, l'article 33 paragraphe 1 de la Convention de 1951 interdit le refoulement «de quelque manière que ce soit». Il ne contient pas de liste exhaustive des actes de refoulement[1059]. L'article 33 de la Convention de 1951 vise une large variété d'actes ou de comportements sous forme d'actions ou d'inactions sans que l'on n'identifie un but délibéré poursuivi avec ou sans l'accord de l'Etat. On peut ainsi voir un refoulement dans les pratiques consistant à forcer les réfugiés à accepter un rapatriement sans autres possibilités que de quitter le territoire ou des pratiques telles que la privation de nourriture, d'eau et d'autres nécessités en vue de les induire à partir[1060]. C'est donc toute forme de refoulement qui est visée[1061].

14.3 Définition du principe de non-refoulement

Dans certaines circonstances, un Etat ne peut ou ne doit pas procéder au refoulement d'une personne. Cette interdiction trouve son expression dans le principe de non-refoulement.

En termes larges et généraux, le principe de non-refoulement interdit le refoulement forcé direct ou indirect (ou en cascade) d'un individu à un Etat ou vers un territoire où il court le risque d'être sujet à des violations des droits humains. Cela peut être son Etat d'origine ou de résidence habituelle ou tout autre pays, territoire ou destination où l'individu est forcé de retourner[1062]. Mais, le principe de non-refoulement «limite non seulement l'expulsion du territoire d'un [E]tat, mais aussi le refus d'admission»[1063]. Pris dans ce sens général, le principe de non-refoulement ne protège pas seulement les requérants d'asile et les réfugiés. De fait, toute personne est titulaire du droit à ne pas être refoulé, notamment si elle peut faire valoir un risque concret d'y subir la torture ou un traitement inhumain ou dégradant[1064].

L'idée qui sous-tend le principe du non-refoulement «est que, lorsqu'il entend refouler un étranger à sa frontière un [E]tat respectueux des droits humains ne saurait fermer les yeux sur les conséquences prévisibles du refoulement et notamment sur les risques les plus graves d'atteinte à la dignité humaine. Bien que cette atteinte ait lieu en dehors de sa juridiction, l'[E]tat refoulant peut en être tenu pour responsable si elle était prévisible avec un certain degré de vraisemblance»[1065]. L'objet et le but du principe de non-refoulement sont donc de prévenir la violation des droits humains. Un Etat est responsable de ne pas mettre une personne dans une situation de risque, peu importe si les droits humains seront au final violés ou non[1066]. Wouters précise d'ailleurs que le principe de non-refoulement est en lui-même un droit humain[1067].

[1059] WENNHOLZ, p. 31. Cf. aussi LAUTERPACHT/BETHLEHEM no 69, p. 143.
[1060] WOUTERS, pp. 134 et 135. Cf. aussi Opinion concordante du Juge Pinto de Albuquerque dans l'arrêt de la CourEDH *Hirsi Jamaa et al. c. Italie* du 23.2. 2012 [GC], no 27765/09, par. 61.
[1061] KAPFERER, p. X.
[1062] WOUTERS, p. 25. LAUTERPACHT et BETHLEHEM rappellent que l'art. 33 de la Convention utilise les termes «sur les frontières des territoires» et soulignent ainsi que «le refoulement est interdit vers les frontières de *tout* territoire dans lequel l'intéressé est en danger — que ces territoires soient ou non son pays d'origine» (no 113, p. 154).
[1063] HATHAWAY, p. 230.
[1064] MAHON/BIGLER, p. 20.
[1065] MAHON/BIGLER, p. 17.
[1066] WOUTERS, p. 25.
[1067] WOUTERS, p. 25.

L'interdiction du refoulement est prospective dans ces buts et n'a pas pour fonction de réparer des injustices passées, même si la Cour européenne des droits de l'homme et le Comité des Nations Unies contre la torture ont aussi condamné des Etats après qu'ils aient procédé à un refoulement[1068].

Le principe de non-refoulement est énoncé dans plusieurs domaines juridiques. Il s'ensuit que les biens qu'il est censé protéger peuvent varier selon le domaine concerné. En effet, comme on le verra au terme de ce chapitre, le principe de non-refoulement ne se limite pas au au risque de torture ou de mauvais traitements, mais s'étend également au risque de subir, par exemple, une atteinte au droit à un procès équitable.

14.4 Nature et portée du principe de non-refoulement

La nature du principe de non-refoulement ne fait pas l'unanimité parmi les auteurs de doctrine.

On admet généralement que le principe de non-refoulement est un principe reconnu du droit international coutumier[1069] qui lie les Etats indépendamment de la ratification de la Convention de 1951, du Protocole de 1967 et des conventions de protection des droits de l'homme[1070]. L'Organisation suisse d'aide aux réfugiés parle de droit coutumier à caractère contraignant[1071]. Il existe néanmoins certains auteurs qui ont encore des réticences à reconnaître le principe de non-refoulement comme un principe reconnu du droit international coutumier. Selon Chetail, ces réticences seraient dues à la difficulté de prouver la nature obligatoire d'une abstention[1072]. Par contre, la question de savoir si ce principe revêt le caractère de *ius cogens* est plus controversée[1073].

Pour certains auteurs et la jurisprudence suisse, le principe de non-refoulement est une norme de *ius cogens* au sens de l'article 53 de la Convention de Vienne du 23 mai 1969 sur le droit des traités (CV)[1074]. Pour Lauterpacht et Bethlehem, «le caractère d'une norme impérative (*ius cogens*) [du principe de non-refoulement] a été affirmé par le Comité exécutif [du Haut Commissariat des Nations Unies pour les réfugiés] dès 1982[1075]. Pour Mahon et Bigler, ce principe «concrétise deux valeurs fondamentales de la communauté internationale: la prohibition de toute torture et de tout traitement inhumain ou dégradant, ainsi que la protection des réfugiés. Ces deux volets du principe de non-refoulement ont acquis, en droit international, la force de [*i*]*us cogens*. Le principe de non-refoulement a en effet été reconnu par l'Assemblée générale des Nations Unies à de nombreuses reprises et son importance est telle qu'il est reconnu comme étant de droit impératif ([*i*]*us cogens*) (...). Or, il est généralement admis que le principe de non-refoulement est une norme acceptée et reconnue par la communauté

[1068] Cf. p. ex. arrêt de la CourEDH (GC) *Al-Masri c. Macédoine* du 13.12.2012, no 39630/109, et Décision du CAT *Abdussamatov et 28 autres c. Kazakhstan* du 1.6.2012, no 444/2010.
[1069] KAPFERER no 218, pp. 75 et 76; LAUTERPACHT/BETHLEHEM no 216, p. 181; POSSE-OUSMANE/PROGIN-THEUERKAUF, art. 5, no 4, p. 54; WEISSBRODT/DIVINE, p. 197.
[1070] DE WECK, p. 1. Cf. aussi DUFFY, p. 383, et WENNHOLZ, p. 91.
[1071] SFH, p. 240, et Manuel OSAR 2016, p. 232.
[1072] CHETAIL (2014), p. 89.
[1073] DE WECK, pp. 2 et 3.
[1074] RS 0.111.
[1075] LAUTERPACHT/BETHLEHEM no 195, p. 173.

internationale dans son ensemble, à laquelle aucune dérogation n'est permise»[1076]. Il en va de même, selon ces deux auteurs, du principe de non-refoulement en faveur des réfugiés, prévu à l'article 33 de la Convention de 1951, lequel «n'est pas susceptible de réserve de la part des [E]tats signataires de la Convention [de 1951 (art. 42 de la Convention de 1951)]»[1077]. En ce qui concerne la Suisse, Mahon et Bigler relèvent que «le principe de non-refoulement a été reconnu comme étant de droit impératif par le Tribunal fédéral, le Conseil fédéral, l'Assemblée fédérale [AF] et la doctrine largement majoritaire»[1078]. Le Tribunal fédéral a ainsi considéré que les articles 3 CEDH et 3 paragraphe 2 CEExtr sont des normes péremptoires ou impératives du droit international (*ius cogens*) au sens de l'article 53 CV qui doivent notamment être prises en compte dans une décision d'extradition sans égard au fait de savoir si la Suisse et l'Etat requérant sont liés par un traité ou une convention d'extradition[1079].

Mais un certain nombre d'auteurs considèrent que l'on ne peut pas reconnaître au principe de non-refoulement le caractère de *ius cogens* à tout le moins au niveau universel.

Pour Wennholz, si l'interdiction du refoulement selon l'article 33 de la Convention de 1951 relève du droit coutumier, on ne peut pas sans autres l'élever au rang de *ius cogens*. Mais l'absence du caractère de *ius cogens* de l'article 33 ne découlerait pas de l'exception prévue à son paragraphe 2. Cette exception ne peut dès lors être considérée comme une dérogation au principe[1080]. Pour Epiney, Waldmann, Egbuna-Joss et Oeschger, l'article 33 de la Convention de 1951 n'a pas de valeur absolue et sa portée juridique est moins large que celle de l'article 3 CEDH[1081]. Pour Duffy, les motifs avancés pour considérer que le principe de non-refoulement relève du *ius cogens* ne sont pas convaincants, car si tel était le cas ce principe ne souffrirait aucune exception. Or, la Convention de 1951 elle-même prévoit des exceptions à son article 1(F). En outre, la CEDH n'a qu'une portée régionale. Duffy est néanmoins de l'avis qu'il est important que le principe de non-refoulement acquière le caractère de *ius cogens* au vu de la tendance de prévoir des exceptions à ce principe pour les terroristes soit par le biais de tests de balance d'intérêts soit par la pratique courante de les refouler[1082].

Pour d'autres auteurs, le principe de non-refoulement ne relève du *ius cogens* que si l'interdiction d'une atteinte au bien protégé relève du *ius cogens*. En effet, tous les droits concernés par ce principe ne revêtent pas le même caractère absolu.

Le Conseil fédéral opère ainsi une distinction entre application relative et application absolue du principe de non-refoulement, ce qui démontre que le principe de non-refoulement a une portée différente selon le domaine du droit ou les droits protégés concernés: «[l]'application relative du principe de non-refoulement concerne les réfugiés qui bénéficient d'une protection particulière du fait de leur statut»[1083]. Mais

[1076] MAHON/BIGLER, p. 37. Cf. aussi GONIN/MAHON no 12, p. 92, où ces auteurs affirment que le principe de non-refoulement appartient au *ius cogens* en raison de sa nature cardinale.
[1077] MAHON/BIGLER, p. 38.
[1078] MAHON/BIGLER, p. 38.
[1079] KAPFERER no 132, p. 48. Cf. not. ATF 122 II 373 consid. 2d, pp. 379 et 380, et 109 Ib 64 consid. 6b) aa), p. 72.
[1080] WENNHOLZ, pp. 90 et 91.
[1081] EPINEY/WALDMANN/EGBUNA-JOSS/OESCHGER (2008), pp. 15 et 16.
[1082] DUFFY, p. 390.
[1083] Message du CF FF 2013 5373, p. 5429. Cf aussi Message du CF FF 2013 8493, p. 8502.

cette protection n'est pas absolue vu que l'article 33 paragraphe 2 de la Convention prévoit d'y déroger[1084]. L'interdiction du refoulement en cas de risque de torture ou de peine ou traitements cruels, inhumains ou dégradants (cf. art. 25 al. 3 Cst.) est par contre absolue[1085].

Wennholz distingue le principe de non-refoulement au sens étroit qui découle de l'article 33 paragraphe 1 de la Convention de 1951 et qui vise à protéger un réfugié d'une persécution au sens de l'article 1er paragraphe 2 de la Convention de 1951 et le principe de non-refoulement au sens large qui découle de la protection générale des droits de l'homme, en particuler de la CEDH, du Pacte ONU II et de la Convention de 1984 et qui vise à protéger une personne de toute atteinte à un droit absolu[1086]. Ainsi pour Wennholz, alors même que leur but consistant dans la protection contre le renvoi est identique, les deux réglementations — non-refoulement au sens étroit et non-refoulement au sens large — reposent donc sur des bases juridiques et des conditions différentes. De plus, les domaines concernés ne se recouvrent pas entièrement. Le non-refoulement au sens étroit signifie protection à l'égard de la persécution qui ne doit pas seulement concerner les droits protégés absolus. De son côté, le non-refoulement au sens large signifie protection à l'égard d'une menace à des droits protégés de manière absolue, sans que cette menace ne soit constitutive d'une persécution[1087]. Quant à la protection complémentaire, connue en droit suisse de l'asile sous le terme d'admission provisoire (cf. art. 46 LAsi), elle s'étend à la protection sans exception contre les violations les plus graves des droits de l'homme. A titre d'exemple, Wennholz mentionne la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme qui étend la protection contre le refoulement de l'article 3 CEDH aux personnes qui ne pourraient pas bénéficier dans leur Etat d'origine de soins médicaux appropriés. Il s'agit ici d'une dimension de la protection qui n'a plus rien à voir avec le principe de non-refoulement dans son assertion originaire[1088].

Pour Wouters, certains droits de l'homme sont formulés de manière absolue. Cela signifie tout d'abord que le texte du traité ne permet pas aux Etats parties de prévoir des exceptions pour des motifs d'intérêts publics, de sécurité nationale, en cas de guerre ou d'état d'urgence. Tel est le cas des articles 4 paragraphe 2 Pacte ONU II et 15 paragraphe 2 CEDH. Bien que l'existence d'une catégorie absolue de droits de l'homme soit largement admise, le but et le contenu d'une telle catégorie sont toujours sujets à controverses. Toutefois, ces dernières ne portent pas sur la hiérarchie de ces normes mais sur la question de savoir si des exceptions ou des dérogations sont permises lorsque sont en balance le droit des individus et les intérêts des Etats, comme par exemple la

[1084] Message du CF FF 2013 5373, p. 5429.
[1085] Message du CF FF 2013 5373, p. 5430.
[1086] WENNHOLZ, p. 31.
[1087] «Das Refoulementverbot im engeren Sinne beschreibt den Regelungsgehalt von Art. 33 Abs. 1 GFK (...). Diese — rein flüchtlingsrechtliche — Dimension des Schutzes vor Zurückweisung kann auch als originärer Schutz bezeichnet werden. Es handelt sich im Kern um den Schutz vor Zurückweisung in das Land, in dem einem Flüchtling Verfolgung im Sinne Art. 1 A Abs. 2 GFK droht (...) Als Schutz vor Refoulement im weiteren Sinne lässt sich der Schutz charakterisieren, der aus Instrumenten des allgemeinen Menschenrechtsschutzes, insbesondere der EMRK, dem IPBPR, und der FOK, folgt, soweit diese Garantien enthalten, die insofern absoluter Natur sind, als sie eine Derogation nicht zulassen. Diesbezüglich wird verbreitet der Begriff komplementärer Schutz (complementary protection) verwandt (...). Der Anwendungsbereich des allgemeinen Menschenrechtsschutzes reicht naturgemäß erheblich über den flüchtlingsrechtlichen Kontext hinaus. Materielle Voraussetzung für das Eingreifen komplementären Schutzes ist zuvörderst ein reales Risiko der Beeinträchtigung eines geschützten Rechtsgutes, ohne dass es dabei auf die Gefahr der Verfolgung im Konventionssinne ankäme» (WENNHOLZ, p. 6).
[1088] WENNHOLZ, pp. 6 et 7.

sécurité nationale. Les controverses portent également sur la question de savoir si l'interdiction d'une conduite telle que la torture et le traitement inhumain est plus ou moins absolue selon que l'Etat en est directement ou indirectement responsable en lui permettant de refouler une personne à un autre Etat où il peut courir un risque de torture ou de mauvais traitement[1089].

Pour sa part, la Cour internationale de justice «a attribué à certains droits fondamentaux de la personne humaine une importance telle qu'elle s'impose à l'ensemble de la communauté internationale (...). [Ainsi, l]es articles 15 [paragraphe 2 CEDH et 4 paragraphe 2 Pacte ONU II] excluent toute dérogation à l'interdiction de la torture. La prohibition de la torture est donc devenue une norme de [*i*]*us cogens* qui s'applique directement dans les ordres juridiques nationaux»[1090].

Sans vouloir entrer dans le débat, on relève néanmoins à la lecture des différentes positions exprimées que ce n'est pas le principe de non-refoulement en tant que tel et *in abstracto* qui relève du *ius cogens*. Il ne relève du *ius cogens* que si le bien qu'il est censé protéger relève lui du droit impératif. Ainsi «[l]'interdiction de refoulement en cas de risque de torture ou de traitement inhumain ou dégradant est la conséquence logique de l'interdiction absolue de la torture et elle a donc le même rang que celle-ci»[1091]. Cela ne fait en effet pas de sens de reconnaître le caractère de *ius cogens* à certaines interdictions et de le nier pour le principe de non-refoulement qui est une facette ou une composante fondamentale de ces interdictions[1092]. On ne peut toutefois tirer de conclusion similaire pour le principe de non-refoulement énoncé à l'article 33 de la Convention de 1951 et ce pour trois motifs au moins que nous développerons au chiffre 14.5 ci-dessous. D'ores et déjà, on peut relever que l'article 33 de la Convention de 1951 protège uniquement les réfugiés. Il est donc limité *ratione personae*. Il protège les réfugiés d'une persécution, qui est une notion plus vaste que celle de torture ou de mauvais traitement. Ainsi, une atteinte à la liberté d'expression est possible en fonction des circonstances car elle n'a pas de valeur absolue comme l'interdiction de la torture ou des mauvais traitements. Enfin, la Convention de 1951 prévoit des exceptions au principe de non-refoulement.

[1089] WOUTERS, pp. 28 et 29.
[1090] MAHON/BIGLER, pp. 37 et 38.
[1091] MAHON/BIGLER, pp. 37 et 38. Cf. aussi NOWAK (2010), p. 113.
[1092] DUFFY, p. 384.

14.5 Principe de non-refoulement en droit des réfugiés et de l'asile

L'interdiction de refouler les réfugiés est inscrite en droit international des réfugiés dans la Convention de 1951 ainsi que dans plusieurs conventions régionales[1093]. Pour le cas où «certains aspects des relations entre Etats au sujet des réfugiés et du non-refoulement demeurent non couverts par ces textes[, le droit international coutumier peut y pallier]»[1094].

Selon Matthey et Mahon, «[l]'obligation qui découle du principe de non-refoulement est une obligation de résultat. Cela signifie que les Etats sont libres de choisir le moyen qui leur semble le plus adéquat pour y arriver»[1095]. Ainsi, «[u]n demandeur d'asile ne peut pas être renvoyé vers un Etat dans lequel il craint d'être persécuté et il obtient ainsi un droit à une sorte d'asile temporaire ou provisoire»[1096]. Mais le principe de non-refoulement doit aussi être respecté en cas de rejet de la demande d'asile au moment de décider du renvoi (art. 44 LAsi).

Pour la Suisse, l'interdiction de non-refoulement découle des articles 33 de la Convention de 1951, 25 alinéa 2 Cst. et 5 LAsi. Nous allons procéder à une analyse de ces trois dispositions.

L'article 33 paragraphe 1 de la Convention de 1951 prévoit qu'«[a]ucun des Etats contractants n'expulsera ou ne refoulera, de quelque manière que ce soit, un réfugié sur les frontières des territoires où sa vie ou sa liberté serait menacée en raison de sa race, de sa religion, de sa nationalité, de son appartenance à un certain groupe social ou de ses opinions politiques». Cette interdiction de non-refoulement au sens de la Convention de 1951 lie tous les Etats qui l'ont signée et/ou qui ont adhéré au protocole de 1967. En tant que principe reconnu du droit coutumier international, l'interdiction du refoulement des réfugiés et des requérants d'asile lie également les Etats qui ne sont pas parties à ces deux instruments[1097]. De son côté, l'article 25 alinéa 2 Cst. dispose que «[l]es réfugiés ne peuvent être refoulés sur le territoire d'un Etat dans lequel ils sont persécutés, ni remis aux autorités d'un tel Etat. Enfin, en vertu de l'article 5 alinéa 1 LAsi, «[n]ul ne peut être contraint, de quelque manière que ce soit, à se rendre dans un pays où sa vie, son intégrité corporelle ou sa liberté seraient menacées pour l'un des motifs mentionnés à l'art[icle] 3, al[inéa] 1, LAsi ou encore d'où il risquerait d'être astreint à se rendre dans un tel pays».

A la lecture de ces trois dispositions on remarque tout d'abord qu'elles ne sont pas rédigées de manière identique.

[1093] Cf. not. art. 2 par. 3 de la Convention de l'Organisation de l'unité africaine régissant les aspects propres aux problèmes des réfugiés en Afrique de 1969; art. 3 de la Convention de 1984; art. 16 par. 1 de la Convention internationale des Nations Unies pour la protection de toutes les personnes contre les disparitions forcées de 2006; art. 22 par. 8 de la Convention américaine relative aux droits de l'homme de 1969; art. 12 par. 3 de la Charte africaine des droits de l'homme et des peuples de 1981; art. 13 par. 4 de la Convention interaméricaine pour la prévention et la répression de la torture de 1985; et art. 19 par. 2 de la Charte UE. Opinion concordante du Juge Pinto de Albuquerque dans Arrêt de la CourEDH *Hirsi Jamaa et al. c. Italie* du 23.2.2012 [GC] no 27765/09 pp. 60 et 61.
[1094] LAUTERPACHT/BETHLEHEM nos 193ss, p. 173ss.
[1095] MATTHEY/MAHON, p. 307.
[1096] MATTHEY (2012), p. 7.
[1097] KAPFERER no 218, pp. 75 et 76.

L'article 33 paragraphe 1 protège le réfugié contre un refoulement en cas de menace pour sa vie ou sa liberté en raison de sa race, de sa religion, de sa nationalité, de son appartenance à un certain groupe social ou de ses opinions politiques. L'article 5 LAsi ajoute la menace à l'intégrité corporelle. Quant à l'article 25 alinéa 2 Cst., il protège les réfugiés des persécutions. De prime abord, l'article 33 paragraphe 1 de la Convention de 1951 semble rédigé de manière plus restreinte que les articles 5 alinéa 1 LAsi et 25 alinéa 2 Cst., cette dernière disposition semblant d'ailleurs être rédigée dans les termes les plus larges.

L'article 33 paragraphe 1 de la Convention de 1951 protège les réfugiés. Par le terme «réfugiés» il ne faut pas seulement entendre ceux qui ont été reconnus officiellement comme tels, mais il faut ausi englober ceux qui remplissent les conditions de la définition de réfugié de l'article 1(A) chiffre 2 de la Convention[1098], à savoir «les réfugiés dont la demande d'asile est encore pendante»[1099] vu que la reconnaissance de la qualité de réfugié est de nature déclaratoire. Selon Wennholz, l'article 33 paragraphe 1 de la Convention de 1951 protège aussi les réfugiés qui séjournent provisoirement (zeitweilig) dans d'autres pays[1100]. Pour le Haut-Commissariat des Nations Unies pour les réfugiés, il faut encore ajouter les requérants d'asile déboutés, c'est-à-dire «ceux qui ont été reconnus comme réfugiés mais qui se heurtent à un motif d'exclusion de l'asile selon la [LAsi]»[1101], par exemple un individu qui n'est devenu réfugié au sens de l'article 3 LAsi qu'en quittant son Etat d'origine ou de provenance ou en raison de son comportement ultérieur (cf. art. 52 à 54 LAsi). Par contre, ceux qui n'ont pas pu établir leur qualité de réfugié[1102] ou «qui présentent un motif d'exclusion de la qualité de réfugié selon l'[article 1(F) de la Convention de 1951]»[1103] ne bénéficient pas de cette protection.

Les personnes qui n'ont donc pas la qualité de réfugié ne peuvent pas prétendre à une protection puisque le principe de non-refoulement protège — et ne protège que — les réfugiés. Il faut néanmoins «distinguer cette hypothèse, où *la qualité de réfugié n'est pas reconnue* (à savoir l'article [1(F) de la Convention de 1951]), du cas où *l'asile n'est*, au terme de la procédure d'asile *pas octroyé*»[1104].

Selon l'article 1(F), «[l]es dispositions [de la Convention de 1951] ne seront pas applicables aux personnes dont on aura des raisons sérieuses de penser: a) qu'elles ont commis un crime contre la paix, un crime de guerre ou un crime contre l'humanité, au sens des instruments internationaux élaborés pour prévoir des dispositions relatives à ces crimes; b) qu'elles ont commis un crime grave de droit commun en dehors du pays d'accueil avant d'y être admises comme réfugiés; (c) qu'elles se sont rendues coupables d'agissements contraires aux buts et aux principes des Nations Unies». L'individu tombant sous l'une de ces hypothèses ne peut donc bénéficier du principe de non-

[1098] LAUTERPACHT/BETHLEHEM no 90, p. 148, et no 99, p. 150.
[1099] Manuel OSAR, p. 210. Cf. aussi Manuel OSAR 2016, p. 234, et WENNHOLZ, p. 20.
[1100] WENNHOLZ, p. 21.
[1101] Cf. HCR (2008) no 11, p. 7. Cf. p. ex. JICRA 2006/1 où un ressortissant chinois d'origine tibétaine se voit reconnaître la qualité de réfugié, mais n'obtient pas l'asile en application de l'art. 54 LAsi en raison de motifs subjectifs survenus après la fuite. Cette personne bénéficie de la protection de droit des réfugiés contre le refoulement. Cf. aussi JICRA 2002/7 consid. 5b) aa) et KAPFERER no 217, p. 75.
[1102] JICRA 2002/7 consid. 5b) aa) (comment citer).
[1103] Manuel OSAR, pp. 210 et 211.
[1104] MAHON/ BIGLER, p. 30.

refoulement de l'article 33 paragraphe 1 de la Convention de 1951. Lorsque les Etats «appliquent cette exclusion générale, les [E]tats parties doivent mettre en balance le degré de persécution redouté par le postulant et la gravité de son infraction». Une telle exception n'est toutefois pas tolérée par le principe de non-refoulement ancré dans la Convention de 1984[1105].

Les personnes dont la demande d'asile a été acceptée et dont la qualité de réfugié a donc été formellement reconnue bénéficient bien évidemment de la protection contre le refoulement. «Néanmoins, cette protection n'est pas absolue, et une expulsion est toujours possible pour ces personnes malgré le principe de non-refoulement, dans deux cas distincts: si le réfugié en cause compromet *la sécurité ou l'ordre public* ([art. 32 par. 1 de la Convention de 1951]), ou s'il représente *un danger pour la sécurité du pays ou une menace pour la communauté nationale* ([art. 33 par. 2 de la Convention de 1951])»[1106].

«Ces deux dispositions internationales (...) instituent un système graduel en quelque sorte sur deux niveaux. Tout d'abord, l'article [32 paragraphe 1 de la Convention de 1951] permet aux [E]tats parties, sans violer le principe de non-refoulement, de procéder à l'expulsion d'un réfugié "pour des raisons de sécurité nationale ou d'ordre public" — et uniquement pour ces raisons et en respectant certaines garanties prévues par cette disposition (...). L'article [33 paragraphe 1 de la Convention de 1951] atténue toutefois cette faculté (...) [en réintégrant] (...) le principe de l'interdiction du refoulement des réfugiés. Cela signifie concrètement que l'étranger en cause pourra certes être refoulé, mais dans un pays où il ne risque pas de persécution étatique. Toutefois, le paragraphe 2 de l'article 33 [de la Convention de 1951] (...) exclut certaines personnes du bénéfice de cette ultime protection»[1107] si l'on a des raisons sérieuses de considérer ces personnes comme un danger pour la sécurité du pays où elles se trouvent ou qui, ayant été l'objet d'une condamnation définitive pour un crime ou délit particulièrement grave, constituent une menace pour la communauté dudit pays.

Ainsi, le requérant d'asile débouté, la personne exclue du statut de réfugié au sens de l'article 1(F) et le réfugié qui tombe sous le coup de l'article 32 paragraphe 1 et de l'article 33 paragraphe 2 ne sont plus protégés par le principe de non-refoulement de la Convention de 1951. Or, le fait d'être exclu du statut de réfugié ou de compromettre la sécurité ou l'ordre public ne signifie pas que l'on ne soit pas menacé dans sa vie ou sa liberté en raison de sa race, de sa religion, de sa nationalité, de son appartenance à un certain groupe social ou de ses opinions politiques ou que l'on ne risque pas de subir des actes de torture ou d'être victime de mauvais traitements.

Selon Wennholz, le refoulement que permet l'article 33 paragraphe 2 de la Convention de 1951 doit être vu comme une *ultima ratio* en relation avec les articles 31 et 32 de la Convention de 1951. En effet, le nécessaire doit être entrepris pour que l'individu soit reçu dans un autre pays. Ce n'est que si ce renvoi n'a pas abouti qu'un renvoi dans le pays de persécution peut avoir lieu[1108]. Wennholz tient néanmoins à préciser que même

[1105] WEISSBRODT/DIVINE, p. 198.
[1106] MAHON/BIGLER, p. 31.
[1107] MAHON/BIGLER, p. 32.
[1108] WENNHOLZ, p. 238.

si l'article 33 paragraphe 2 de la Convention de 1951 constitue une *ultima ratio*, cela ne réduit pas son inconsistance par rapport au droit international des réfugiés[1109]. Etant donné leurs conséquences extraordinairement graves, les exceptions au principe de non-refoulement de l'article 33 de la Convention de 1951 ne doivent être admises que de manière très restrictive[1110].

Ainsi défini le cercle des personnes bénéficiant de la protection de l'article 33 paragraphe 1 de la Convention de 1951, il s'agit à présent de déterminer ce qu'il faut entendre par les termes «... où sa vie ou sa liberté serait menacée ...» de l'article 33 paragraphe 1 de la Convention de 1951.

Pour Lauterpacht et Bethlehem, ces termes doivent être interprétés de manière large et englobent les termes «craint avec raison d'être persécuté» afin d'éviter toute «discordance dans la mise en oeuvre de la Convention»[1111]. Pour ces deux auteurs, il ne fait aucun doute que ces termes «doivent être conçus comme englobant les situations où un réfugié ou un demandeur d'asile a) craint avec raison d'être persécuté, b) est exposé à un risque réel de torture ou de peines ou traitements cruels, inhumains ou dégradants ou c) est exposé à d'autres menaces contre la vie, l'intégrité corporelle ou la liberté»[1112]. L'article 33 paragraphe 1 de la Convention de 1951 interdit donc le refoulement vers les frontières des territoires sur lesquels un réfugié craint avec raison d'être persécuté[1113]. S'agissant de la question de savoir si la notion de menace est plus large que le simple risque de persécution, Lauterpacht et Bethlehem considèrent que le terme menace doit s'entendre de manière large et inclut «les situations de violence généralisée qui créent une menace à la vie ou à la liberté que cela fasse suite ou non à une persécution»[1114]. En outre, la menace ne devrait pas se limiter aux motifs énoncés dans la Convention de 1951 (race, religion, nationalité, appartenance à un certain groupe social ou aux opinions politiques), mais doit être elle aussi interprétée de manière large. L'identification précise de la cause importerait peu[1115].

Même si l'on peut comprendre les motifs qui conduisent Lauterpacht et Bethlehem à procéder à une interprétation extensive de l'article 33 paragraphe 1 de la Convention (adaptation du concept de «réfugié» à l'évolution des conceptions et aux standards établis par le droit international des droits de l'homme[1116]), leur opinion ne peut toutefois être entièrement suivie, car l'article 33 paragraphe 1 de la Convention de 1951 précise bien que la menace doit reposer sur un des motifs énoncés dans la Convention de 1951. En outre, pour bénéficier de la protection de l'article 33 paragraphe 1, une personne est présumée remplir les conditions pour la reconnaissance de la qualité de réfugié. En d'autres termes, elle doit craindre d'être persécutée pour les motifs énoncés dans la Convention. Avec l'interprétation que font Lauterpacht et Bethlehem on élargirait la protection de l'article 33 paragraphe 1 à des personnes qui ne sont pas des réfugiés, ce qui contredirait le sens même de la Convention.

[1109] WENNHOLZ, p. 248.
[1110] KÄLIN parle ici d'*ultima ratio*, p. 130.
[1111] LAUTERPACHT/BETHLEHEM no 123, p. 155, et no 126, p. 156.
[1112] LAUTERPACHT/BETHLEHEM no 133, p. 157.
[1113] LAUTERPACHT/BETHLEHEM no 126, p. 156.
[1114] LAUTERPACHT/BETHLEHEM no 128, pp. 156 et 157.
[1115] LAUTERPACHT/BETHLEHEM no 139, p. 159. D'une opinion contraire: FROWEIN ET KÜHNER, p. 553.
[1116] LAUTERPACHT/BETHLEHEM no 128, p. 156, no 131, p. 157.

Selon l'article 5 alinéa 1 LAsi, «nul ne peut être contraint, de quelque manière que ce soit, à se rendre dans un pays où sa vie, son intégrité corporelle ou sa liberté seraient menacées pour l'un des motifs mentionnés à l'[article 3 alinéa 1], ou encore d'où il risquerait d'être astreint à se rendre dans un tel pays». Comme l'article 33 paragraphe 1 de la Convention de 1951, l'article 5 alinéa 1 LAsi, parle de menace et non de persécution.

Ce qui frappe d'emblée à la lecture de l'article 5 alinéa 1 LAsi, c'est qu'il utilise le pronom indéfini «nul» et non le terme de «réfugié» comme l'article 33 de la Convention de 1951, ce qui élargirait le cercle des personnes qui pourraient bénéficier de la protection contre le refoulement. En ce qui concerne les actes visés et les biens protégés, cette disposition parle de menace à la vie, à l'intégrité corporelle ou à la liberté. Elle reprend l'énumération de l'article 3 alinéa 2 LAsi, mais au lieu de parler de mise en danger, elle reprend le terme «menace» mentionné dans la Convention.

La question qui se pose ici est de savoir si le terme «menace» de l'article 5 alinéa 1 LAsi est plus large que la notion de «mise en danger» de l'article 3 alinéa 2 LAsi. En outre, l'article 5 alinéa 1 LAsi protège-t-il également du refoulement en cas de risque de pression psychique insupportable ?

De manière générale, le principe de non-refoulement protège le «réfugié». Cela ne ferait en effet pas de sens que la personne qui remplit les conditions de l'article 3 alinéas 1 et 2 LAsi ne bénéficie pas de la protection de l'article 5 alinéa 1 LAsi. A l'inverse, il ne serait pas soutenable de mettre au bénéfice de la protection contre le refoulement la personne qui ne remplit pas la qualité de réfugié. Les termes «de mise en danger» et de «menace» employés dans ces deux dispositions doivent donc avoir la même portée[1117]. Dans leur commentaire sur cette disposition, Posse-Ousmane et Progin-Theuerkauf ne procèdent à aucune distinction terminologique entre les articles 5, alinéa 1, et 3, alinéas 1 et 2, LAsi. On serait ainsi amené à considérer que ces deux dispositions ne se distinguent pas fondamentalement. L'article 5 alinéa 1 LAsi protège donc une personne d'une menace ou d'une mise en danger de la vie, de l'intégrité ou de la liberté et notamment du risque de subir une pression psychique insupportable[1118].

Comme pour l'article 33 paragraphe 2 de la Convention de 1951, l'article 5 alinéa 2 LAsi prévoit des exceptions au principe de non-refoulement: «[l]'interdiction du refoulement ne peut être invoquée lorsqu'il y a de sérieuses raisons d'admettre que la personne qui l'invoque compromet la sûreté de la Suisse ou que, ayant été condamnée par un jugement passé en force à la suite d'un crime ou d'un délit particulièrement grave, elle doit être considérée comme dangereuse pour la communauté».

L'article 25 alinéa 2 Cst. protège les réfugiés contre le refoulement. Selon Gonin et Mahon, par réfugiés, il faut entendre les demandeurs d'asile[1119]. Ces deux auteurs se réfèrent pour le surplus à la LAsi pour interpréter cette disposition[1120]. «La protection offerte aux réfugiés par l'alinéa [2] n'est (...) pas absolue» étant donné les exceptions

[1117] Il y a lieu de relever que l'art. 84 al. 4 Letr. utilise les termes de mise en danger concrète.
[1118] POSSE-OUSMANE/PROGIN-THEUERKAUF, art. 5 LAsi, no 11, p. 56.
[1119] GONIN/MAHON no 12, p. 91.
[1120] GONIN/MAHON nos 13ss, pp. 91 et 92.

prévues par la Convention de 1951 et la LAsi au principe de non-refoulement[1121]. L'article 25 alinéa 2 Cst. se différencie néanmoins des articles 33 paragraphe 1 de la Convention de 1951 et 5 alinéa 1 LAsi du fait qu'il est le seul à énoncer explicitement le renvoi indirect connu sous les termes de «refoulement en cascade» ou de «refoulement en chaîne».

Si l'on résume ce qui précède, le principe de non-refoulement ancré dans le droit des réfugiés et de l'asile limite donc sa protection aux demandeurs d'asile et aux réfugiés. Il prévoit en outre différentes exceptions à ce principe. Même si ce dernier revêt un caractère fondamental dans le droit des réfugiés[1122], il est donc limité quant au cercle de ses bénéficiaires et n'offre pas de protection absolue alors même que certaines personnes qui tombent sous le coup notamment de l'article 1(F) de la Convention de 1951 sont menacées dans leur vie ou leur liberté en raison de leur race, de leur religion, de leur nationalité, de leur appartenance à un certain groupe social ou de leurs opinions politiques. Même si les trois dispositions énoncées sont rédigées de manière différente, cela n'a pas d'impact véritable dans la pratique étant donné que la norme la plus favorable à l'individu s'appliquera. Et *last but not at least*, il ressort clairement de ce qui précède que le principe de non-refoulement en matière de réfugiés et d'asile protège une personne contre la persécution, laquelle est une notion plus large que celles de torture et de mauvais traitements.

Les individus qui ne bénéficient plus de la protection contre le refoulement des articles 33 de la Convention de 1951, 5 alinéa 1 LAsi et 25 alinéa 2 Cst. peuvent, en principe, être renvoyés dans leur pays d'origine ou de provenance[1123]. Les autorités compétentes en matière d'asile devront toutefois examiner si un renvoi est admissible du point de vue du droit (international) des droits de l'homme. Car les individus concernés par ce renvoi bénéficient à certains conditions de la protection contre le refoulement du droit (international) des droits de l'homme qui est considérée comme plus large que la protection contre le refoulement du droit des réfugiés[1124]. En Suisse, pour s'opposer à un renvoi, le demandeur d'asile débouté peut notamment se prévaloir des articles 3 CEDH, 7 Pacte ONU II et 3 de la Convention de 1984 concrétisés par les articles 25 alinéa 3 Cst.[1125] et 44 LAsi. Etant donné que les articles 3 CEDH, 7 Pacte ONU II, 3 de la Convention de 1984 et 25 alinéa 3 Cst. sont analysés au chiffre 14.6 ci-après, nous allons nous concentrer ici sur l'article 44 LAsi.

Lorsque le Secrétariat d'Etat aux migrations exclut un demandeur d'asile du statut de réfugié ou du principe de non-refoulement de la Convention de 1951, rejette la demande d'asile ou refuse d'entrer en matière, il prononce en règle générale le renvoi de Suisse et en ordonne l'exécution tout en tenant compte du principe de l'unité de la famille (art. 44 LAsi). La décision d'exécuter le renvoi est conditionnée par les articles 83 et 84 LEtr.

[1121] MAHON (2003) no 9, p. 217.
[1122] Cela s'exprime également par le fait que, selon l'art. 42 al. 1 de la Convention de 1951, les Etats ne peuvent pas formuler de réserves à l'art. 33 de la Convention de 1951 (KÄLIN, p. 119).
[1123] MAHON/ BIGLER, p. 31.
[1124] Opinion concordante du Juge Pinto de Albuquerque dans l'arrêt de la CourEDH *Hirsi Jamaa et al. c. Italie* du 23.2.2012 [GC], no 27765/09, p. 63.
[1125] MAHON/ BIGLER, p. 31.

Selon l'article 83 alinéas 1 à 4 LEtr, le Secrétariat d'Etat aux migrations décide d'admettre provisoirement l'étranger si l'exécution du renvoi ou de l'expulsion dans son Etat d'origine, dans son Etat de provenance ou dans un Etat tiers n'est pas possible, n'est pas licite ou ne peut être raisonnablement exigée (al. 1). L'exécution n'est pas possible lorsque l'étranger ne peut pas quitter la Suisse ni être renvoyé dans un de ces Etats (al. 2). Elle n'est pas licite lorsque le renvoi est contraire aux engagements de la Suisse relevant du droit international (al. 3). Elle ne peut pas être raisonnablement exigée si le renvoi ou l'expulsion dans un de ces Etats met concrètement l'étranger en danger par exemple en cas de guerre, de guerre civile, de violence généralisée ou de nécessité médicale (al. 4). Les conditions des divers obstacles au renvoi sont définies à l'article 83 LEtr mais aussi en partie précisées dans la LAsi (cf. art. 5 al. 1 et 2 LAsi, interdiction du refoulement).

La LEtr connaît donc à l'article 83 alinéa 2 à 4 LEtr trois situations d'exception à ce principe du renvoi: l'illicéité, l'inexigibilité et l'impossibilité. Seuls les cas d'illicéité et d'inexigibilité vont être examinés ci-après.

Lorsque le renvoi de l'étranger dans son Etat d'origine, dans son Etat de provenance ou dans un Etat tiers est contraire aux engagements de la Suisse relevant du droit international, l'exécution du renvoi est illicite selon l'article 83 alinéa 3 LEtr. «Si elle y procède néanmoins, la Suisse viole le droit international public et engage sa responsabilité en découlant»[1126]. Aux yeux de l'Organisation suisse d'aide aux réfugiés, «[d]e tels engagements de rang international pouvant s'opposer à l'exécution du renvoi relèvent notamment de la protection internationale des droits humains [not. CEDH, Pacte ONU II et Convention de 1984] et du droit international relatif aux réfugiés [Convention de 1951]»[1127]. L'article 44 LAsi exige également de tenir compte du principe de l'unité de la famille dans la décision et l'exécution du renvoi: «[u]n renvoi est en particulier illicite s'il a pour effet de séparer les membres d'une famille, car une telle séparation pose problème au regard du droit au respect de la vie familiale consacré notamment aux articles 8 CEDH et 17 Pacte [ONU II]»[1128].

S'il apparaît que l'exécution de la décision de renvoi ne contrevient pas au droit international, l'autorité détermine dans un deuxième temps conformément à l'article 83 alinéa 4 LEtr si la situation générale prévalant dans le pays d'origine du requérant permet de considérer l'exécution du renvoi comme raisonnablement exigible. Lors de la détermination de l'exigibilité du renvoi, seule la situation dans le pays d'origine du requérant est déterminante pour l'appréciation du risque encouru. Ainsi, «l'exécution du renvoi *peut* ne pas être raisonnablement exigée si elle met la personne concernée concrètement en danger, par exemple en cas de guerre, de guerre civile, de violence généralisée ou de nécessité médicale»[1129]. Enfin, une combinaison de facteurs comme l'âge, l'état de santé, l'absence de réseau relationnel et de mauvaises perspectives de survie économique peuvent aussi constituer une mise en danger concrète de l'individu[1130].

[1126] Manuel OSAR, p. 208 et note de bas de page no 2: «la Suisse ne peut pas se dégager de cette responsabilité de droit international public en invoquant une base juridique dans le droit national. Voir article 27 [CV]».
[1127] Manuel OSAR, p. 208.
[1128] Manuel OSAR, p. 209.
[1129] Manuel OSAR 2016, p. 258; SFH, p. 267.
[1130] Manuel OSAR, p. 227 avec référence à JICRA 1999/8 consid. 7.

L'article 83 alinéa 4 LEtr est formulé de manière potestative. Des cas de mise en danger peuvent exiger que l'intéressé reste en Suisse pour des considérations humanitaires. Toutefois, si cette mise en danger est concrète, les autorités suisses ont l'obligation et non plus la faculté d'ordonner une admission provisoire. «La marge d'appréciation laissée par le législateur ne se rapporte ainsi pas à la conséquence juridique, mais à l'évaluation des faits tels qu'ils se présentent»[1131].

L'article 83 alinéa 7 LEtr prévoit tout de même des exceptions à l'octroi de l'admission provisoire pour impossibilité ou inexigibilité du renvoi «lorsque la personne étrangère a été condamnée à une peine privative de liberté de longue durée en Suisse ou à l'étranger [ou a fait l'objet d'une mesure pénale au sens des articles 64 ou 61 CP], lorsqu'elle attente de manière grave ou répétée à la sécurité et à l'ordre publics ou lorsqu'elle a causé l'impossibilité de l'exécution du renvoi par son propre comportement»[1132].

Le droit de l'extradition respectivement l'existence d'une procédure d'extradition peuvent également influer sur la décision de renvoi. En effet, si la personne à renvoyer fait l'objet d'une décision d'extradition, la décision de renvoi — par le biais de l'extradition — revient au juge de l'extradition et non au juge de l'asile. Cette règle est prévue à l'article 32 lettre b OA I[1133]. Enfin, le renvoi ne peut être exécuté si la personne fait l'objet d'une procédure pénale dans l'Etat de renvoi et que son exécution constituerait une extradition déguisée[1134].

En synthèse, on relève de ce qui précède que le principe de non-refoulement du droit des réfugiés et de l'asile n'offre pas une protection absolue, car il ne protège que les réfugiés et des exceptions sont prévues. Néanmoins, d'éventuelles lacunes de protection pourront être comblées par le droit (international) des droits de l'homme et le droit de l'extradition dont le juge de l'asile devra aussi tenir compte en décidant d'un renvoi.

14.6 Principe de non-refoulement en droit des droits de l'homme

Le principe de non-refoulement est considéré comme un principe de droit international coutumier. Il est en outre énoncé — explicitement ou implicitement — dans plusieurs textes de droit international et de droit interne en matière de protection des droits de l'homme. En effet, il s'agit également d'un principe relevant des droits fondamentaux et des droits humains.

Le principe de non-refoulement est explicitement inscrit dans le droit universel (not. aux art. 9 DUDH et 3 de la Convention de 1984) et dans le droit régional des droits de l'homme (not. art. 19 par. 2 de la Charte des droits fondamentaux de l'Union

[1131] Manuel OSAR, pp. 225 et 226.
[1132] Manuel OSAR, p. 238. Cf. aussi SFH, pp. 282 et 283, et Manuel OSAR 2016, pp. 273 et 274.
[1133] RS 142.311. L'art. 32 let. b OA I a la teneur suivante: «[l]e renvoi de Suisse ne peut être prononcé lorsque le requérant d'asile fait l'objet d'une décision d'extradition». Cf. aussi Arrêts du TAF E-5237/2014 du 30.3.2015 et E-2754/2012 du 11.12.2012 consid. 6.
[1134] PC-OC (2012-Note).

européenne[1135]). Par contre le Pacte ONU II et la CEDH ne contiennent pas de norme interdisant explicitement le refoulement. Néanmoins, dans leur pratique constante, le Comité des droits de l'homme et la Cour européenne des droits de l'homme déduisent ce principe respectivement des articles 7 du Pacte ONU II et 3 CEDH[1136]. En droit interne, ce principe est expressément énoncé à l'article 25 Cst.

Le but de cette étude n'étant pas de se livrer à un examen exhaustif du principe de non-refoulement dans le droit (international) des droits de l'homme, l'examen qui va suivre portera uniquement sur la Convention de 1984, le Pacte ONU II et la CEDH.

Lorsqu'on parle de non-refoulement en droit (international) des droits de l'homme on pense d'emblée à l'interdiction de la torture et des mauvais traitements, ce qui est juste dès lors que ce principe est énoncé implicitement ou explicitement dans les normes qui sanctionnent la torture et les mauvais traitements. Mais une analyse plus approfondie laisse apparaître qu'en droit des droits de l'homme ce principe protège un individu d'autres atteintes à ses droits.

La Convention de 1984 entend protéger les individus contre la torture[1137] et consacre expressément à son article 3 paragraphes 1 et 2 l'interdiction du refoulement en disposant ce qui suit «1. [a]ucun Etat partie n'expulsera, ne refoulera, ni n'extradera une personne vers un autre Etat où il y a des motifs sérieux de croire qu'elle risque d'être soumise à la torture. 2. Pour déterminer s'il y a de tels motifs, les autorités compétentes tiendront compte de toutes les considérations pertinentes, y compris, le cas échéant, de l'existence, dans l'Etat intéressé, d'un ensemble de violations systématiques des droits de l'homme, graves, flagrantes ou massives». La Convention de 1984 est le premier traité à bannir explicitement le refoulement en cas de risque de torture et vise toute forme de refoulement[1138]. Bien que l'article 16 paragraphe 1 de la Convention de 1984 prévoie l'interdiction des actes constitutifs de peines ou traitements cruels, inhumains ou dégradants qui ne sont pas des actes de torture, la Convention de 1984 n'interdit explicitement le refoulement qu'en cas de risque de torture. Le Comité des Nations Unies contre la torture a néanmoins indiqué dans sa pratique qu'en certaines circonstances un renvoi forcé pourrait en soi constituer un traitement inhumain ou dégradant et donc violer l'article 16 de la Convention de 1984[1139]. L'interdiction du refoulement de l'article 3 de la Convention de 1984 revêt un caractère absolu en cas de risque de torture sous deux aspects. Tout d'abord tout individu bénéficie de ce principe et non seulement le réfugié et ce peu importe s'il tombe sous le coup de l'article 1(F)[1140] ou des articles 32, paragraphe 1, et 33, paragraphe 2, de la Convention de 1951. Ensuite, l'article 2 paragraphe 2 de la Convention de 1984 n'autorise aucune dérogation au principe de non-refoulement lui donnant ainsi un caractère absolu limité toutefois au cas

[1135] Cf. aussi art. 22 par. 8 de la Convention américaine relative aux droits de l'homme de 1969; art. 12 par. 3 de la Charte africaine des droits de l'homme et des peuples de 1981; art. 13 par. 4 de la Convention interaméricaine pour la prévention et la répression de la torture de 1985.
[1136] DUFFY, p. 373; cf. aussi Opinion concordante du Juge Pinto de Albuquerque dans l'arrêt de la CourEDH *Hirsi Jamaa et al. c. Italie* du 23.2.2012 [GC], no 27765/09, par. 60.
[1137] La Convention de 1984 impose diverses obligations aux Etats contractants en particulier dans la prévention. Elle se réfère toutefois dans ce cadre à la notion relativement étroite de la torture définie à son art. 1er, notion qui ne comprend que la torture étatique et ciblée.
[1138] DE WECK, pp. 38 et 39.
[1139] DE WECK, p. 170.
[1140] WOUTERS, p. 502.

de torture. La liste des motifs mentionnés à l'article 2 paragraphe 2 de la Convention de 1984 n'est pas exhaustive[1141].

Contrairement à l'article 3 de la Convention de 1984, ni l'article 7 du Pacte ONU II[1142], ni l'article 3 CEDH ne stipulent expressément l'interdiction du refoulement. Néanmoins, le Haut commissariat aux droits de l'homme (HCDH) souligne qu'en vertu de l'article 7 du Pacte ONU II les Etats parties ne doivent pas exposer les individus à un risque de torture ou de traitements inhumains ou dégradants par un renvoi dans un autre Etat par le biais d'une extradition, d'une expulsion ou d'un refoulement[1143]. De son côté, la Cour européenne des droits de l'homme s'en tient jusqu'ici à la jurisprudence de son arrêt *Soering c. Royaume-Uni* qui fait découler de l'article 3 CEDH l'obligation de n'expulser personne dans un Etat comportant un danger de peine ou de traitement inconciliable avec l'article 3 CEDH[1144]. La Cour européenne des droits de l'homme fonde cette jurisprudence sur le caractère absolu de l'interdiction de la torture[1145].

Les garanties de non-refoulement issues du Pacte ONU II, de la Convention de 1984 et de la CEDH sont de nature absolue, car aucune dérogation n'est admise[1146]. Mais à la différence de la Convention de 1984, le Pacte ONU II et la CEDH n'interdisent pas seulement le refoulement en cas de risque de torture, mais aussi en cas de risque de peine ou de traitement cruels, inhumains ou dégradants[1147]. Comme cela a déjà été exposé au chiffre 13.3 ci-dessus, le Comité des droits de l'homme et la Cour européenne des droits de l'homme interprètent de manière large les notions de peines ou traitements cruels, inhumains ou dégradants. La Cour européenne des droits de l'homme assimile en effet à un mauvais traitement le déni de justice flagrant (*flagrant denial of justice)*[1148], la condamnation grossièrement disproportionnée (*gross disproportionality sentence*)[1149] ou les défaillances dans le traitement de graves problèmes de santé[1150] indépendamment de la question de savoir si ces manquements ou la condamnation grossièrement disproportionnée visent des demandeurs d'asile, des réfugiés ou tout autre individu. Enfin, la Cour européenne des droits de l'homme tend à appliquer le principe de non-refoulement au manquement ou au risque de manquement à l'essence de n'importe quel droit garanti par la CEDH comme le droit à la vie, le droit à l'intégrité physique, le droit à un procès équitable, le droit à la liberté (en cas de «violation flagrante»), le droit à la vie privée ou tout autre droit garanti par la Convention[1151].

[1141] WOUTERS, p. 503.
[1142] Ces garanties accordent non seulement une protection contre l'extradition en cas de risque de torture mais également une protection lors de l'exécution d'un renvoi. L'idée est que nul ne saurait être remis à un pays où il risque d'être torturé, que ce soit par la voie de l'extradition ou par celle de l'expulsion. Les situations sont, dans cette mesure, tout à fait comparables.
[1143] HCDH, ch. 9.
[1144] Arrêt de la CourEDH *Soering c. Royaume-Uni* du 7.7.1989, no 14038/88, en particulier par 80ss.
[1145] Arrêt de la CourEDH, *Soering c. Royaume-Uni* du 7.7.1989, no 14038/88, par. 88 ss.
[1146] WENNHOLZ, pp. 5 et 48.
[1147] Cf. notamment THURIN, pp. 227ss.
[1148] Arrêt de la CourEDH *Baysakov et autres c. Ukraine* du 18.2.2010, no 54131/08.
[1149] Arrêts de la CourEDH *Harkins et Edwards c. Royaume-Uni* du 17.1.2012 nos 9146/07 et 32650/07 et *Babar et Ahmad et autres c. Royaume-Uni* du 10.4.2012 nos 24027/07, 11949/08, 6742/08, 66911/09.
[1150] MAHON/BIGLER, pp. 23 et 36.
[1151] Opinion concordante du Juge Pinto de Albuquerque dans l'arrêt de la CourEDH *Hirsi Jamaa et al. c. Italie* du 23.2. 2012 [GC] no 27765/09, pp. 61 et 62: «le risque de préjudice grave peut découler d'une agression extérieure, d'un conflit armé interne, d'une exécution extrajudiciaire, d'une disparition forcée, de la peine capitale, de la torture, d'un traitement inhumain ou dégradant, du travail forcé, de la traite des êtres humains, de la persécution, d'un procès basé sur une loi pénale rétroactive ou sur des preuves obtenues au moyen de la torture ou d'un traitement inhumain et dégradant, ou d'une «violation flagrante» de l'essence de tout droit garanti par la Convention dans l'Etat d'accueil (refoulement direct) ou de la remise ultérieure de l'intéressé par l'Etat d'accueil à un Etat tiers au sein duquel un tel risque existe (refoulement indirect)».

En droit (international) des droits de l'homme, le principe de non-refoulement ne s'applique, en outre, pas seulement au risque de torture ou de mauvais traitements. La Cour européenne des droits de l'homme, par exemple, donne une portée très large au principe de non-refoulement[1152] en étendant le caractère absolu de l'article 3 CEDH à d'autres garanties de la CEDH qui ne peuvent pas non plus subir de dérogations en cas de guerre ou d'état d'urgence selon l'article 15 paragraphe 2 CEDH, comme l'interdiction de mettre intentionnellement à mort une personne (art. 2 CEDH, «sauf pour le cas de décès résultant d'actes licites de guerre»), l'interdiction de l'esclavage (art. 4 par. 1 CEDH), l'interdiction de la loi pénale rétroactive (art. 7 CEDH), mais aussi en cas de déni flagrant de justice, de violation du noyau dur des garanties à un procès équitable (art. 6 CEDH) ou d'atteintes à la vie privée (art. 8 CEDH)[1153].

Si l'on compare les garanties de non-refoulement du droit international des droits de l'homme avec le principe de non-refoulement issu du droit des réfugiés, on constate qu'en droit des droits de l'homme la prohibition de la torture ou des peines ou traitements inhumains ou dégradants est absolue quels que soient les agissements de la personne concernée. Il n'est ainsi pas possible de mettre en balance le risque de mauvais traitements et les motifs invoqués pour l'expulsion[1154]. Les agissements de la personne, aussi indésirables ou dangereux soient-ils, ne peuvent être pris en compte. De plus, la protection ne se limite pas aux réfugiés. Enfin, contrairement à l'article 33 de la Convention de 1951, les articles 7 du Pacte ONU II, 3 de la Convention de 1984 et 3 CEDH ne prévoient pas de dérogation et sont ainsi absolus[1155]. La Cour européenne des droits de l'homme a d'ailleurs eu l'occasion de souligner dans l'affaire *Saadi c. Italie* le caractère absolu de l'article 3 CEDH par rapport non seulement aux articles 32 et 33 de la Convention de 1951 mais aussi par rapport à d'autres dispositions de la CEDH. Pour la Cour européenne des droits de l'homme, la protection assurée par le droit (international) des droits de l'homme est donc sur ces points plus large que celle prévue aux articles 32 et 33 de la Convention de 1951[1156]. Néanmoins, comme on a eu l'occasion de le voir, la notion de persécution a une portée plus large que les notions de torture et de mauvais traitements. Ainsi que le relève Wennholz, la protection contre le refoulement selon l'article 33 paragraphe 1 de la Convention de 1951 ne correspond notamment pas à l'interdiction absolue du refoulement de l'article 3 CEDH[1157]. L'article 3 CEDH vise un autre état de fait que l'article 33 de la Convention de 1951. Selon Chetail, même si elles peuvent parfois coïncider en pratique, «les notions de persécution et de traitement inhumain ou dégradant ne se recoupent pas entièrement (...). On ne saurait dès lors en conclure pour autant à une assimilation complète de la nature du

[1152] Cf. SFH, pp. 248ss, et Manuel OSAR 2016, pp 240ss.
[1153] WENNHOLZ, pp. 51 et 52: «Die Wertung des absoluten Charakters von Art. 3 EMRK lässt sich grundsätzlich auf die weiteren Garantien der EMRK übertragen, welche ebenso gemäß Art. 15 EMRK auch in Zeiten des Krieges und des Notstandes nicht außer Kraft gesetzt werden dürfen. d.h. auch das Recht auf Leben (Art. 2). das Verbot der Sklaverei (Art. 4 Abs. 1) und das Verbot der rückwirkenden Anwendung von Strafgesetzten (Art. 7). Bezüglich des Rechts auf Leben gemäß Art. 2 EMRK sind nur willkürliche Tötungen umfasst, die nicht in Vollstreckung eines Todesurteils oder gemäß den Ausnahmen gemäß Abs. 2 der Vorschrift erfolgen. Auch Art. 2 EMRK vermittelt — wie entsprechend auch Art. 4 Abs. 1 EMRK — eine der fundamentalen Garantien des Grundrechtskatalogs der Konvention. Ob vor dem Hintergrund neuerer Praxis auch weitere Garantien der EMRK, etwa Art. 6 EMRK. per se Schutz vor Auslieferung oder Abschiebung begründen können, ist zu mindest insoweit problematisch. als diese eben keinen dergestalt absoluten Schutz vermitteln. Die Rechtsprechung des EGMR zu Art. 6 EMRK lässt eine Tendenz dahingehend erkennen, dass zumindest einem Kernbereich der Garantie entsprechend absoluter Schutz zuzusprechen sein». Cf. aussi SFH, pp. 256ss, et Manuel OSAR 2016, pp. 248ss.
[1154] THURIN, pp. 230 et 231.
[1155] Cf. THURIN, p. 228.
[1156] Cf. Arrêt de la CourEDH *Saadi c. Italie* du 28.2.2008 [GC], no 37201/06, par. 139.
[1157] WENNHOLZ, p. 232.

risque encouru au titre des deux instruments juridiques»[1158]. En effet, «toute persécution au sens de l'art[icle] 1er de la Convention de 1951 n'implique pas nécessairement un mauvais traitement au sens de l'art[icle] 3 CEDH. La persécution peut découler de violations sérieuses mais variées des droits de l'homme, à l'inverse de l'art[icle] 3 CEDH où seul le droit à l'intégrité physique ou mentale est protégé. (...). Elle englobe donc le qualificatif de traitement inhumain mais demeure plus large que celui-ci»[1159].

La notion de pression psychique insupportable embrasse, en effet, des hypothèses qui ne sont pas forcément appréhendées par le droit (international) des droits de l'homme. Ainsi des chicaneries administratives ou des arrestations de courte durée peuvent ne pas atteindre le niveau de gravité qui permette de retenir par exemple une violation de l'article 3 CEDH. La personne concernée risque donc de ne pas être protégée contre le refoulement par le droit (international) des droits de l'homme, mais le sera par contre par la Convention de 1951. A l'inverse une atteinte au droit à un procès équitable ou une atteinte à la vie privée peuvent ne pas constituer une pression psychique insupportable. La personne concernée risque dès lors de ne pas être protégée contre le refoulement par la Convention de 1951, mais le sera par contre par le droit (international) des droits de l'homme.

La protection contre le refoulement offerte par le droit des réfugiés et de l'asile est donc plus large sous certains aspects que celle du droit (international) des droits de l'homme. Mais même si la protection offerte par l'article 33 de la Convention de 1951 est sous d'autres aspects moins étendue que celle relevant du droit (international) des droits de l'homme, il y a lieu de relever que le droit international des réfugiés a évolué en assimilant la norme de protection plus large des droits de l'homme, étendant ainsi la notion de réfugiés issue de la Convention (improprement appelés réfugiés *de iure*) à d'autres individus ayant besoin d'une protection internationale complémentaire (improprement appelés réfugiés *de facto*). Les meilleurs exemples de cette évolution sont fournis par l'article I paragraphe 2 de la Convention de l'Organisation de l'unité africaine, l'article III paragraphe 3 de la Déclaration de Carthagène de 1984, l'article 15 de la Directive 2004/83/EC ainsi que par la Recommandation (2001) 18 du Comité des Ministres du Conseil de l'Europe relative à la protection subsidiaire. «Quoi qu'il en soit ni le droit international des réfugiés ni le droit international des droits de l'homme ne font de distinction entre le régime applicable aux réfugiés et le régime applicable aux personnes bénéficiant d'une protection complémentaire. La teneur de la protection internationale, notamment la garantie du non-refoulement est strictement la même pour les deux catégories d'individus. Il n'y a aucune raison légitime d'offrir aux "réfugiés *de jure*" une meilleure protection qu'aux "réfugiés *de facto*", car tous ont en commun un même besoin de protection internationale. Toute différence de traitement entraînerait la création d'une seconde classe de réfugiés, soumise à un régime discriminatoire»[1160].

Au vu de la portée absolue du principe de non-refoulement en droit (international) des droits de l'homme par rapport au droit des réfugiés, on peut se demander si le principe de non-refoulement ancré dans la Convention de 1951 a encore sa raison d'être. Cette

[1158] CHETAIL (2004), pp. 179 et 180.
[1159] CHETAIL (2004), pp. 180 et 181.
[1160] Opinion concordante du Juge Pinto de Albuquerque dans l'arrêt de la CourEDH *Hirsi Jamaa et al. c. Italie* du 23.2. 2012 [GC], no 27765/09, pp. 64 et 65.

question se pose d'autant plus légitimement que le régime des droits humains en relation avec le principe de non-refoulement reprend celui de la Convention de 1951, lequel devient petit à petit virtuellement superflu[1161]. En outre, la Convention de 1951 ne prévoit pas d'organes de recours où l'individu peut dénoncer une violation du principe de non-refoulement. La CEDH et la Convention de 1984 offrent par contre à l'individu un moyen de recourir contre les décisions des autorités d'asile avec pour conséquence un impact de la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme et du Comité des Nations Unies contre la torture sur la protection des demandeurs d'asile[1162]. Pour l'heure, il doit être répondu par la négative à cette question, car le principe de non-refoulement du droit (international) des droits de l'homme, même s'il est absolu, ne protège pas un individu d'une pression psychique insupportable lorsqu'elle n'atteint pas le degré de gravité retenu par la Cour européenne des droits de l'homme pour faire obstacle à un refoulement. La protection offerte par le droit des réfugiés et de l'asile revêtirait donc une certaine importance pour la protection subsidiaire, car elle serait plus large que celle offerte par le droit (international) des droits de l'homme[1163]. Il n'empêche que l'absence de mécanisme judiciaire pour examiner le respect du principe de non-refoulement de la Convention de 1951 ne va pas sans poser de problème. En effet, si par exemple la Cour européenne des droits de l'homme pose des exigences plus élevées pour retenir un mauvais traitement ou d'autres violations à la CEDH, il n'est pas exclu qu'en cas de refus de l'asile, la Cour européenne des droits de l'homme saisie d'une requête ne retienne pas l'existence d'une pression psychique en l'absence de gravité suffisante.

Le fait que les protections offertes par le droit des réfugiés et de l'asile, d'un côté, et le droit international des droits de l'homme, de l'autre, ne se recouvrent pas entièrement, rend encore plus nécessaire que les autorités procèdent à un examen attentif des circonstances dans un cas particulier.

14.7 Principe de non-refoulement en droit de l'extradition

Le principe de non-refoulement issu du droit international coutumier, de l'article 33 paragraphe 1 de la Convention de 1951, des articles 7 du Pacte ONU, 3 de la Convention de 1984 et 3 CEDH ainsi que de l'article 25 Cst. fait également obstacle à une extradition. De son côté, le droit de l'extradition consacre aussi le principe de non-refoulement dans plusieurs conventions multilatérales et bilatérales ainsi qu'en droit interne sous la forme de motifs de refus de la coopération avec comme particularité d'élargir le principe de non-refoulement à d'autres hypothèses que le non-refoulement du droit des réfugiés et du droit (international) des droits de l'homme[1164].

Nous avons déjà eu l'occasion de présenter les motifs de refus de la coopération et plus particulièrement de l'extradition en droit suisse au chiffre 9.3 ci-dessus. Certains de ces motifs se recoupent avec ceux qui conduisent à la reconnaissance de la qualité de réfugié et à l'octroi de l'asile (atteinte à la liberté ou à l'intégrité corporelle en raison de la race,

[1161] DUFFY, p. 377 citant William Schabas.
[1162] LAMBERT, p. 544.
[1163] WENNHOLZ, p. 5: «Zu folgern ist jedenfalls, dass grundsätzlich jede Menschenrechtsverletzung Verfolgung im Sinne der GFK darstellen kann».
[1164] Cf. KAPFERER, p. x.

de la religion, de la nationalité, de l'appartenance à un groupe social ou des opinions politiques de la personne). D'autres motifs ne sont pas pertinents en droit des réfugiés et de l'asile, mais conduisent tout de même au refus de l'extradition respectivement à l'interdiction du refoulement de l'individu (violation des droits de procédure, délit politique, militaire ou fiscal, *ne bis in idem*, torture ou peine de mort).

Le droit de l'extradition n'exige donc pas que la personne soit un réfugié pour qu'elle bénéficie d'une protection contre le refoulement. De plus, la personne exclue du statut de réfugié en vertu de l'article 1(F) de la Convention de 1951 sera aussi protégée par le droit de l'extradition. L'extradition sera par conséquent refusée alors même que la personne concernée ne bénéficiera pas de l'interdiction du non-refoulement en matière d'asile. Ainsi, ce que le droit des réfugiés permet de faire (refouler un réfugié malgré le principe de non-refoulement), le droit de l'extradition peut s'y opposer[1165].

Il n'est pas nécessaire qu'une décision d'extradition ait déjà été prise pour invoquer l'un des motifs de refus de l'extradition ou pour alléguer par exemple le risque de violation de l'article 3 CEDH lorsqu'il n'est pas contesté que le plaignant est sous la menace d'une telle extradition[1166] encore moins qu'une procédure d'extradition soit pendante pour bénéficier de la protection contre le refoulement. En effet, les motifs de refus ne s'appliquent pas seulement au moment de décider de l'extradition mais doivent être examinés avant même que la Suisse ne soit en possession de la demande d'extradition. Ils s'opposent donc aussi à une demande de recherche et d'arrestation. Enfin, la Suisse peut considérer une demande de coopération (extradition ou arrestation) comme irrecevable ou inadmissible sans même que la personne ne se trouve en Suisse.

Mais le droit de l'extradition présente aussi la particularité de déployer des effets non seulement à l'égard d'autres domaines juridiques mais aussi une fois que la personne a été remise à l'Etat requérant.

En effet, le droit extraditionnel peut faire obstacle au renvoi et à l'expulsion décidée en matière d'immigration ou d'asile si ce renvoi constitue une extradition déguisée[1167]. En outre, le droit de l'extradition prévoit la possibilité d'accorder l'extradition moyennant fourniture de garanties, possibilité qui n'est pas donnée en droit suisse de l'asile. Ainsi même une fois extradée, la personne concernée bénéficiera d'une certaine protection. De plus, le principe de la spécialité empêchera l'Etat requérant d'adopter toute mesure coercitive pour des faits pour lesquels l'extradition n'a pas été accordée et devra donner la possibilité à la personne concernée de quitter son territoire.

La concrétisation en droit de l'extradition du principe de non-refoulement du droit des réfugiés conduit le Haut Commissariat des Nations Unies pour les réfugiés et Kapferer à y voir une dépendance du droit extraditionnel au droit de l'asile.

Selon le Haut Commissariat et Kapferer, pour les Etats parties à la Convention de 1951 et à son Protocole de 1967, l'obligation de protéger les réfugiés et les requérants d'asile prévaut sur toute obligation d'extrader prévue dans un traité. Cette obligation découle

[1165] FORTEAU/LALY-CHEVALIER, p. 167.
[1166] Arrêt de la CourEDH *Ryabikin c. Russie* du 19.6. 2008, no 8320/04.
[1167] Cf. sur la question: CPC-OC (2012-Note).

de l'article 103 en combinaison avec les articles 55 lettre c et 56 de la Charte de l'ONU qui posent cette primauté. Les Etats, qui ne sont pas encore parties à la Convention de 1951 et à son Protocole de 1967, sont liés par l'interdiction du refoulement selon le droit coutumier international en sus de toute obligation découlant d'un traité qu'ils peuvent avoir en matière de droit international ou régional des droits de l'homme[1168]. Selon Kapferer, l'interdiction du refoulement des demandeurs d'asile et des réfugiés lie les Etats peu importe que cette interdiction soit ou non explicitement prévue dans un traité d'extradition ou dans une législation. Pour cette auteure, l'article 33 de la Convention de 1951 établit une norme humanitaire fondamentale au sujet de laquelle aucune dérogation n'est permise. Cette interdiction a progressivement acquis le caractère d'une norme péremptoire de droit international[1169]. Le principe de non-refoulement du droit des réfugiés et de l'asile constitue donc, selon Kapferer, un obstacle obligatoire à l'extradition directe ou indirecte[1170], à moins que les autorités de l'Etat requis n'aient établi que la personne réclamée relève de l'une des exceptions prévues par l'article 33 paragraphe 2 de la Convention de 1951. Mais même dans un tel cas de figure, l'Etat requis serait également tenu par ses obligations de non-refoulement découlant du droit des droits de l'homme»[1171].

Ce point de vue du Haut Commissariat des Nations Unies pour les réfugiés et de Kapferer n'est pas partagé par Wennholz, pour qui il est douteux que l'on puisse déduire cette primauté de la Convention de 1951 et de l'article 103 en combinaison avec les articles 55 lettre c et 56 de la Charte de l'ONU[1172]. La primauté de la Convention de 1951 sur l'extradition ne se justifierait donc pas selon Wennholz. Outre les explications données par ce dernier, trois autres arguments permettent d'abonder dans ce sens.

Tout d'abord l'interdiction de la discrimination ainsi que la prohibition de la torture et des peines ou traitements cruels, inhumains ou dégradants sont des principes universels concrétisés dans des instruments internationaux et nationaux. La Convention de 1951 matérialise ces principes comme le font d'ailleurs la plupart des traités d'extradition et l'EIMP. Les Etats sont tenus de respecter et de mettre en oeuvre les interdictions de la

[1168] HCR (2008) no 24, p. 13; KAPFERER nos 231 et 232, p. 80, et note de bas de page no 408.
[1169] KAPFERER no 230, p. 80.
[1170] KAPFERER no 229, pp. 79 et 80.
[1171] HCR (2008) no 24, p. 13.
[1172] WENNHOLZ, p. 33: «Im Hinblick auf verbleibende potentielle Kollisionsfälle, etwa angesichts von Verpflichtungen aus Auslieferungsverträgen, die keine Ausnahme in Refoulementfällen vorsehen, wurde von Seiten des UNHCR argumentierl, dass der Verpflichtung aus der GFK gemäss Art. 103 in Verbindung mit Art. 55 lit. c) und Art. 56 UN-Charta ein Vorrang zukommt. Ob die aus Art. 55 lit. c) und Art. 56 UN-Charta folgende Verpflichtung zur Zusammenarbeit mit den Vereinten Nationen im Hinblick auf die Förderung von Achtung und Verwirklichung der Menschenrechte den Schluss auf einen derartigen Vorrang zulassen, erscheint jedoch zweifelhaft. Es versteht sich nicht von selbst, dass die Verpflichtung zu gemeinsamem Handeln auf dem Gebiet des Menschenrechtsschutzes zugleich die Verantwortlichkeit für die Wahrung der Menschenrechte beinhaltet. Die logische Folge dieses Arguments wäre, dass menschenrechtliche Verpflichtungen gegenüber sonstigen „einfachen" Pflichten aus völkerrechtlichen Verträgen generell Priorität geniessen würden. Ein solcher Sinngehalt kann der blossen Verpflichtung auf die Zusammenarbeit unter den Staaten bzw. mit den Vereinten Nationen kaum zugeschrieben werden. Die UN-Charta enthält eben selbst keine menschenrechtlichen Garantien, die gemäss Art. 103 UN Charta per se vorrangig sein könnten. Art. 103 UN-Charta ist gerade Ausdruck des gemeinsamen Verständnisses der UN-Mitgliedsstaaten, dass Verpflichtungen aus der Charta den Verpflichtungen aus anderen Verträgen — d.h. potentiell auch menschenrechtlichen Verpflichtungen — vorgehen sollen. Insoweit als die Vorschrift nicht geeignet ist, eine Hierarchie sonstiger Vertragspflichten zu begründen, kann eine solche lediglich aus der jus cogens-Natur entsprechend kodifizierter Pflichten folgen. Für den bezeichneten Kollisionsfall wird argumentiert, dass in Abwesenheit einer Refoulementregelung im Auslieferungsvertrag die Verpflichtungen aus Art. 33 Abs. 1 GFK als lex specialis vorgingen, da die GFK eben Sonderregelungen hinsichtlich der Rechtsstellung des Flüchtlings im Aufnahmeland begründet, die geeignet sind, die Zurückweisung auf gleich welche Weise zu unterbinden. Dass aber eine Vorschrift aus der GFK genüber Pflichten aus einem bilateralen Auslieferungsabkommen tatsächlich nach dem lex specialis-Grundsatz vorgehen soll, erscheint nicht ohne weiteres überzeugend. Zu erwägen wäre — unterstellt, dass die Parteien Auslieferungsvertrages beide an Art. 33 GFK gebunden sind — harmonisierende Auslegung nach Art. 31 Abs. 3 lit. c) WVK».

discrimination et de la torture et des peines ou traitements cruels, inhumains ou dégradants indépendamment de l'existence d'une convention internationale. Sur ce point, la Convention de 1951 ne bénéficie d'aucune primauté. Ensuite, le principe de non-refoulement au sens de l'article 33 paragraphe 1 de la Convention de 1951 connaît des dérogations basées sur les comportements reprochés à la personne alors que le droit de l'extradition ne procède pas à une mise en balance des biens juridiques en jeu. Enfin, le Haut Commissariat des Nations Unies pour les réfugiés lui-même n'empêche pas les autorités compétentes en matière d'extradition de ne pas se considérer liées par les décisions rendues en matière d'asile pour autant toutefois que le juge de l'extradition se livre à un examen exhaustif des faits.

Au vu de ce qui précède, on constate que le droit de l'extradition élargit le champ d'application du principe de non-refoulement. En outre, pour que l'extradition soit refusée, il n'est pas nécessaire — par exemple en cas de poursuite pour un délit politique — que la personne courre le risque d'une atteinte à sa vie, à son intégrité corporelle ou à sa liberté. Il n'en demeure pas moins qu'en présence d'une pression psychique insupportable, le droit de l'extradition pourra ne pas offrir de protection identique au droit des réfugiés et de l'asile et ce pour les motifs suivants. Il arrive en effet que la pression psychique insupportable n'atteigne pas le niveau de gravité qui permette de retenir un risque de violation de l'article 3 CEDH. En second lieu, le principe de la spécialité peut conduire le juge de l'extradition à ne pas examiner de manière exhaustive l'existence d'une persécution. L'affaire N. en constitue un exemple illustratif: en écartant le risque que N. subisse les condamnations qui ne faisaient pas l'objet de la demande d'extradition en raison de l'application de la règle de la spécialité, l'Office fédéral de la justice n'avait pas examiné ces condamnations sous l'angle de la persécution.

Chapitre 15 Autres principes en droit des réfugiés et de l'asile et en droit de l'extradition

15.1 Principe de la bonne foi ou de confiance

Outre les principes de non-extradition pour délits politiques, de non-discrimination, d'interdiction de la torture et des peines ou traitements cruels, inhumains ou dégradants et de non-refoulement, un des principes importants en matière d'extradition est le principe de la bonne foi ou principe de confiance.

Selon Zimmermann, le principe de la bonne foi à l'instar de l'interdiction de l'abus de droit fait partie des principes généraux du droit des gens. Les principes généraux du droit des gens constituent une source autonome du droit international à côté des traités, de la coutume, de la jurisprudence et de la doctrine[1173]. Ils «peuvent justifier le refus de la coopération due en application des traités et de la loi»[1174].

Pour Kolb, le principe de la bonne foi est généralement considéré comme un principe fondamental du droit international. Il semble dès lors naturel d'admettre qu'un tel

[1173] ZIMMERMANN no 202, p. 204.
[1174] ZIMMERMANN no 196, p. 199.

principe suprême participe du *ius cogens*, car il forme avec d'autres principes de même nature l'ordre constitutionnel d'une société. D'ailleurs une large majorité de la doctrine admet le caractère impératif du principe de la bonne foi[1175]. Toutefois, selon Kolb, un tel caractère ne s'étend pas à toutes les concrétisations du principe de la bonne foi. Ainsi, l'acquiescement normatif ou l'estoppel peuvent être écartés par accord. Une conclusion contraire s'impose pour l'interprétation et l'exécution d'obligations de bonne foi ou pour l'interdiction de l'abus de droit. C'est donc au cas par cas qu'il faut résoudre la question du caractère impératif de ces principes, concepts et normes[1176]. Ainsi, en ce qui concerne l'interprétation et l'exécution d'obligations de bonne foi ou l'interdiction de l'abus de droit, Kolb prétend que le principe de la bonne foi relève du *ius cogens*.

Dans les conceptions en vigueur en Suisse, les principes généraux du droit des gens, dont fait partie le principe de la bonne foi, sont directement applicables comme droit interne. Lorsqu'ils relèvent de l'ordre public ils l'emportent sur le droit positif conventionnel dont l'application serait, in concreto, en contradiction avec eux (cf. art. 53 CV)[1177]. La personne qui fait l'objet d'une demande d'extradition peut se prévaloir de ces principes généraux dans la mesure où ils ont aussi pour but de la protéger. Il lui est ainsi loisible de s'opposer à l'extradition en faisant valoir une violation de la règle de la bonne foi[1178]. C'est à la personne qui entend se prévaloir du principe de la bonne foi pour faire échec à une demande d'extradition qu'il appartient de démontrer clairement sa violation. Elle ne saurait se borner à de pures affirmations, si détaillées soient-elles. En présence de versions contradictoires aussi vraisemblables les unes que les autres, l'Etat requis se rangera à celle présentée par l'Etat requérant à moins que la mauvaise foi de celui-ci ne soit patente[1179].

Dans les relations entre Etats, le principe de la bonne foi interdit à un Etat d'user de contrainte ou d'astuce pour s'emparer d'une personne qu'il recherche et qui séjourne sur le territoire d'un autre Etat où elle bénéficierait de l'immunité extraditionnelle. Est ainsi prohibée toute machination abusive visant à soustraire un individu à cette immunité pour l'amener à se rendre sur le territoire de l'Etat poursuivant ou sur le territoire d'un autre Etat qui serait en principe obligé de l'extrader[1180]. On parle dans ces cas d'extradition déguisée. L'Etat requis, sur le territoire duquel un individu a été attiré par de tels procédés, a le devoir de ne pas les cautionner en accueillant une demande d'extradition qui lui serait adressée par l'Etat fautif[1181]. Ce principe exige également des Etats qu'ils adoptent «entre eux une attitude loyale et respectueuse, [qu'i]ls appliqueront fidèlement les traités qui les lient, [qu']ils tiendront la parole donnée et [qu'ils] s'abstiendront de toute manœuvre équivoque»[1182].

On fait découler de la règle de la bonne foi un certain nombre de présomptions et de conséquences.

[1175] KOLB (2000), p. 159.
[1176] KOLB (2000), pp. 160 et 161.
[1177] RS 0.111.
[1178] Arrêt du TF 1A.63/2002 du 9.4.2002 consid. 2.1.
[1179] Arrêt du TPF RR.2007.142 du 22.11.2007 consid. 4.1.
[1180] ATF 117 Ib 337.
[1181] Arrêts du TF 1C_163/2010 du 13.4.2010 consid. 5 et 1A.63/2002 du 9.4.2002 consid. 2.1.
[1182] ZIMMERMANN no 203, pp. 204 et 205.

L'Etat requérant est présumé agir de bonne foi[1183]. Les faits qu'il avance à l'appui de sa demande sont présumés exacts[1184]. Cela a pour conséquence que le juge de l'extradition ne va pas examiner les questions de faits et de culpabilité même si la personne poursuivie présente un exposé des faits qui apparaît *prima facie* plus vraisemblable que celle de la demande d'extradition[1185]. Il appartient à celui qui entend renverser cette présomption de véracité de clairement démontrer sa violation[1186]. Ce n'est qu'en présence de contradictions, d'invraisemblances, de lacunes ou d'erreurs manifestes immédiatement établies que la présomption de la bonne foi peut être remise en question[1187]. L'Etat requérant bénéficie également de la présomption qu'il respectera ses engagements et qu'il ne donnerait ainsi pas à la légère les garanties exigées. Une violation passée d'un traité ne permet pas de présumer que l'Etat concerné ne respectera plus à l'avenir ses engagements internationaux ou qu'il ne les respectera pas dans un cas particulier[1188]. Lorsqu'il est partie à la CEExtr, l'Etat est présumé respecter la CEDH[1189]. Quand l'Etat requérant renonce au dépôt de la demande d'extradition pour des infractions ou bien conclut un accord avec la personne poursuivie par lequel il renonce à la poursuivre pour des faits, on peut partir de l'idée qu'il ne poursuivra pas la personne pour de tels faits après son extradition[1190].

Selon Charrière, «la jurisprudence relative au principe de la bonne foi en matière d'extradition est dépassée»[1191]. Cet auteur estime dès lors qu'il y a lieu de manier le principe de la bonne foi avec retenue lorsqu'il en va de l'examen d'éléments capitaux pour garantir le respect d'une garantie diplomatique»[1192].

Dans la procédure d'extradition, on rencontre également le principe de la bonne foi comme principe de procédure découlant de l'article 8 du Code civil suisse du 10 décembre 1907 (CC)[1193] qui impose à un individu l'obligation de collaborer à l'établissement du fait qu'il invoque.

Le principe de la bonne foi exige encore des Etats qu'ils interpètent de bonne foi la Convention de 1951[1194].

15.2 Principe de la spécialité

Le principe de la spécialité a souvent été la solution envisagée dans les traités bilatéraux les plus anciens signés par la Suisse pour exclure une poursuite politique lorsque l'extradition a été accordée pour d'autres délits[1195]. Encore aujourd'hui, la règle de la

[1183] Arrêt 1A.63/2002 du 9.4.2002 consid. 2.1.
[1184] ZIMMERMANN no 203, p. 205; arrêt non publié du TF A 518/87, consid. 2.
[1185] Arrêt non publié du TF A 518/87 du 4.11.1987 consid. 2.
[1186] Arrêt du TPF RR.2007.142 du 22.11.2007 consid. 4.1.
[1187] Arrêt du TPF RR.2007.142 du 22.11.2007 consid. 2.1.
[1188] Arrêt du TF 1A.147/1995 du 25.7.1995 consid. 5b.
[1189] Arrêt du TPF RR.2009.284 du 19.11.2009 consid. 6.
[1190] Arrêt du TF 1A.199/2005 du 9.11.2005 consid. 5.1.
[1191] CHARRIÈRE, p. 887.
[1192] CHARRIÈRE, p. 887.
[1193] RS 210.
[1194] HATHAWAY (2015), p. 5
[1195] Ainsi, l'art. 2 du Traité du 9.7.1869 entre la Suisse et la France sur l'extradition réciproque des malfaiteurs dispose que les crimes et délits politiques sont exceptés du Traité et «qu'un individu dont l'extradition aura été accordée, ne pourra, dans aucun cas, être poursuivi ou puni pour un délit politique antérieur à l'extradition, ni pour aucun fait connexe à un semblable délit».

spécialité est un moyen utilisé pour éviter qu'une personne ne fasse l'objet d'une poursuite pour des délits politiques ou pour éviter un refoulement en cascade.

Le principe de la spécialité est un principe général du droit extraditionnel[1196] qui trouve son origine dans l'exclusion de l'extradition pour la répression de délits politiques[1197]. Selon Zimmermann, ce principe n'est pas reconnu universellement et ne fait pas partie des principes généraux du droit, car sa portée n'est pas absolue et ne fait pas l'objet d'une pratique uniforme[1198]. Néanmoins, pour le Tribunal fédéral, ce principe est reconnu par le droit public international[1199]. Le Tribunal pénal fédéral a quant à lui déclaré que le principe de la spécialité est un principe reconnu du droit des gens[1200]. En droit suisse, ce principe est consacré à l'article 38 EIMP ainsi qu'aux articles 14 et 15 CEExtr et dans tous les traités signés par la Suisse. Au vu de l'application plus fréquente des articles 38 EIMP, 14 et 15 CEExtr, on se limitera à examiner ces trois dispositions.

S'agissant en particulier de l'article 38 EIMP, son alinéa 1er pose le principe, alors que l'alinéa 2 prévoit des exceptions. Selon l'alinéa 1er de l'article 38 EIMP «[l]a personne poursuivie ne peut être extradée à l'Etat requérant qu'aux conditions suivantes: a. aucun acte commis antérieurement à la remise et pour lequel l'extradition n'a pas été consentie ne peut donner lieu à poursuite, à condamnation ou à réextradition à un Etat tiers; b. aucun autre motif antérieur à l'extradition ne peut entraîner une restriction de sa liberté individuelle; c. aucun tribunal d'exception ne peut être saisi; d. sur demande des autorités suisses, une copie officiellement certifiée conforme de la décision mettant fin au procès leur sera communiquée». Quant à l'alinéa 2 de l'article 38 EIMP il prévoit ce qui suit: «[l]es restrictions prévues à l'[alinéa 1, lettres] a et b, tombent: a. si la personne poursuivie ou extradée y renonce expressément; ou b. si la personne extradée: 1. après avoir été instruite des conséquences, n'a pas quitté le territoire de l'Etat requérant dans un délai de 45 jours après sa libération conditionnelle ou définitive, alors qu'elle en avait la possibilité, ou y est retournée, ou 2. y a été ramenée par un Etat tiers».

L'article 14 paragraphe 1 lettres a et b CEExtr dispose ce qui suit: «[l]'individu qui aura été livré ne sera ni poursuivi, ni jugé, ni détenu en vue de l'exécution d'une peine ou d'une mesure de sûreté, ni soumis à toute autre restriction de sa liberté individuelle, pour un fait quelconque antérieur à la remise, autre que celui ayant motivé l'extradition, sauf dans les cas suivants: a. Lorsque la Partie qui l'a livré y consent. Une demande sera présentée à cet effet, accompagnée des pièces prévues à l'art. 12 et d'un procès-verbal judiciaire consignant les déclarations de l'extradé. Ce consentement sera donné lorsque l'infraction pour laquelle il est demandé entraîne elle-même l'obligation d'extrader aux termes de la présente Convention; b. Lorsqu'ayant eu la possibilité de le faire, l'individu extradé n'a pas quitté dans les 45 jours qui suivent son élargissement définitif, le territoire de la Partie à laquelle il a été livré ou s'il y est retourné après l'avoir quitté».

L'article 14 CEExtr est complété par l'article 15 CEExtr qui exige le consentement de l'Etat requis si l'Etat requérant veut réextrader la personne concernée à un autre Etat.

[1196] ATF 3 p. 108 consid. 2, p. 110.
[1197] ATF 87 I 134 consid. 4, p. 141.
[1198] ZIMMERMANN no 202, p. 204.
[1199] Arrêt du TF 1A.245/2005 du 28.11.2005 consid. 1.2.
[1200] Arrêt du TPF RR.2011.310 + RP.2011.59 du 17.1.2012 consid. 2.1.

Ce consentement n'est toutefois pas exigé dans le cas prévu au paragraphe 1 alinéa b de l'article 14 CEExtr.

S'agissant de la possibilité de quitter le territoire de l'Etat requérant dans le délai de quarante-cinq jours, le Conseil fédéral a fait une déclaration à l'article 14 CEExtr en vue de clarifier la portée du terme «possibilité». Les autorités suisses considèrent ainsi l'élargissement comme définitif au sens de l'article 14 CEExtr, s'il permet à la personne extradée de circuler librement sans violer les règles de conduite et autres conditions imposées par l'autorité compétente. De l'avis des autorités suisses, l'extradé est toujours censé avoir la possibilité de quitter le territoire d'un Etat au sens de cette disposition lorsque ni une maladie ni quelque autre restriction réelle de sa liberté de mouvement ne l'empêche en fait de s'en aller[1201]. Si les textes des articles 38 EIMP et 14 CEExtr laissent entendre que seules les mesures de nature pénale sont concernées par le principe de spécialité, ce dernier vise en fait toute mesure coercitive. Ainsi, l'extradé ne peut être soumis à aucune mesure coercitive, même de nature administrative, pour des faits antérieurs à la remise ou différents de ceux ayant motivé l'extradition[1202].

Le principe de la spécialité protège en premier lieu les Etats et de manière subsidiaire l'extradé[1203]. Il «est opposable à toutes les autorités de l'Etat requérant. Celui-ci ne peut s'y soustraire au nom des dispositions de son droit interne»[1204]. L'individu qui prétend que la règle de la spécialité a été violée est tout au plus recevable à se plaindre d'une telle violation auprès de l'Office fédéral de la justice qui demandera des explications à l'Etat concerné[1205]. «Cette intervention est limitée à ce que permet le respect de la souveraineté de l'Etat étranger. Les autorités de l'Etat requis ne disposent pas de moyens juridictionnels propres à faire constater — et à plus forte raison réparer — une violation éventuelle du principe de la spécialité dans ce contexte»[1206].

Lorsque l'Office fédéral de la justice décide d'accorder l'extradition et que la personne n'a pas renoncé à la règle de la spécialité, l'Office fédéral de la justice attire l'attention de l'Etat concerné sur l'application de cette règle. Par contre, il n'est pas nécessaire, en principe, d'exiger une déclaration expresse de l'Etat requérant qu'il respectera cette règle, notamment s'il est lié par la CEExtr. En effet, il doit se conformer à ses engagements internationaux [1207]. Une telle déclaration expresse est par contre envisageable si aucun traité ne lie la Suisse à l'Etat requérant.

Le principe de la spécialité constitue ainsi un moyen non seulement de permettre à une personne de ne pas subir d'entrave à sa liberté pour des faits exclus de l'extradition mais aussi de quitter librement le territoire de l'Etat requérant.

Il y a lieu néanmoins de relever que dans un arrêt non publié du 18 décembre 1990[1208], le Tribunal fédéral semblait faire écho aux opinions qui mettent en doute l'efficacité du principe de la spécialité en cas de poursuite discriminatoire: «Die Auslegung, wonach

[1201] Cf. ATF 109 Ib 317 consid. 15b, p. 335.
[1202] ATF 109 Ib 317 consid. 15a, p. 334.
[1203] Arrêt du TF 1A.245/2005 du 28.11.2005 consid. 1.2.
[1204] ZIMMERMANN no 728, p. 756.
[1205] ZIMMERMANN no 728, p. 756.
[1206] ZIMMERMANN no 728, p. 756.
[1207] RR.2007.142 du 22.11.2007 consid. 5.
[1208] Arrêt du TF non publié 1A.127/1990 du 18.12.1990 consid. 2b) cc).

Art. 33 FK (Flüchtlingskonvention) die Auslieferung von Flüchtlingen an den Verfolgerstaat beinhalte, stimmt auch mit der Ansicht überein, dass das Spezialitätsprinzip und das Vertrauensprinzip den Verfolgten nicht wirksam vor Verfolgung schütze (...), mithin der Spezialitätsvorbehalt das Auslieferungsverbot nicht zu ersetzen vermöge».

Vu les effets du principe de la spécialité, son importance ne passe pas inaperçue aux yeux du Secrétariat d'Etat aux migrations. On peut ainsi constater que dans des décisions, le Secrétariat d'Etat aux migrations a rejeté l'asile en faisant aussi référence au principe de la spécialité comme cela a été le cas dans les affaires C. et N.

Certes le principe de la spécialité à lui seul ne permet pas d'éviter des persécutions basées sur des motifs discriminatoires mais uniquement de prévenir toute restriction à la liberté de l'individu pour des faits antérieurs à la remise de l'individu pour lesquels l'extradition n'a pas été accordée[1209]. En outre, dans les cas où la persécution ou l'atteinte à l'intégrité n'est pas ou pas seulement le fait de l'Etat requérant, l'individu n'en sera pas protégé par le principe de la spécialité. Il sera dès lors nécessaire de compléter la protection offerte par ce principe par une garantie que devra fournir l'Etat requérant. Une telle garantie consistera par exemple à exiger de l'Etat qu'il permette le départ de la personne en toute sécurité sous la supervision d'un représentant de la Suisse. Telle aurait été la solution que l'on aurait pu adopter dans le cas de C. pour l'extrader.

15.3 Principe «*inclusion before exclusion*»

En vertu du principe «*inclusion before exclusion*», lorsque l'autorité compétente en matière d'asile examine si le requérant d'asile a la qualité de réfugié, il doit d'abord regarder les éléments qui parlent en faveur de la reconnaissance de cette qualité. C'est seulement dans un deuxième temps qu'il devra examiner l'existence d'indices pouvant conduire à l'exclusion de cette qualité conformément à l'article 1(F) de la Convention de 1951. Ce principe est inconnu du droit de l'extradition.

Conclusions à la troisième partie

L'analyse des principes effectuée ci-dessus permet de faire plusieurs constats.

Les principes étudiés sont, à l'exception de l'interdiction de l'extradition pour délits politiques, de la règle de la spécialité et du principe «*inclusion before exclusion*», connus des droits des réfugiés, de l'asile et de l'extradition. Nonobstant l'importance que revêtent ces principes, on constate que les notions de délit politique, de non-discrimination, de traitement ou peine cruel, inhumain ou dégradant soit ne sont pas définies, soit ne font pas l'objet d'un consensus général sur leur définition.

Il y a lieu également de remarquer qu'à l'exception de la torture, il n'y a pas d'unanimité sur la portée de ces principes.

[1209] KÄLIN (1982), p. 245.

S'agissant des principes de non-discrimination et de l'interdiction des peines ou traitements cruels, inhumains ou dégradants, il n'y a pas de consensus universel sur la question de savoir si ces principes relèvent du *ius cogens*. On s'accorde tout de même pour considérer qu'ils appartiennent à l'ordre public international et que l'interdiction de la discrimination raciale relève du *ius cogens*. On peut en outre relever que le principe de l'interdiction de la torture et des peines ou traitements cruels, inhumains ou dégradants ne souffre aucune dérogation. Ni des situations exceptionnelles, ni les actes reprochés à un individu n'autorisent une atténuation de la portée de ce principe. S'agissant du principe de non-discrimination en tant que tel, le Pacte ONU II est le seul instrument qui prévoit qu'aucune dérogation ne peut être faite à ce principe. Ainsi, en vertu dudit Pacte, ni des situations exceptionnelles, ni les actes reprochés à un individu n'autorisent une atténuation de la portée de ce principe. S'agissant du principe de non-extradition pour délits politiques sa portée n'est pas non plus claire. En effet, ce principe est cantonné au droit de l'extradition et connaît une certaine érosion lorsque sont notamment en jeu des principes supérieurs tels que le droit à la vie. Néanmoins, ce principe offre à l'invidu une protection même à l'égard d'une poursuite légitime alors que le droit des réfugiés et de l'asile n'offre de protection qu'en cas de poursuite illégitime.

Quant au principe de non-refoulement, sa portée varie selon le droit protégé. On ne peut donc affirmer dans l'abstrait que ce principe relève du *ius cogens*[1210]. Ainsi, si ce principe vise à protéger une personne d'un risque de torture ou d'un mauvais traitement, ce principe est absolu et ne souffre aucune dérogation. Cela n'empêche toutefois pas la Convention de 1951 de limiter sa protection aux réfugiés et requérants d'asile et de prévoir des exceptions au principe de non-refoulement même en cas de risque de torture. Mais le principe de non-refoulement vise aussi à prévenir la violation d'autres droits. Ainsi, le principe de non-refoulement de la Convention de 1951 vise aussi à protéger une personne contre toute forme de persécution dont la gravité n'atteindrait pas le niveau exigé pour retenir l'existence d'un mauvais traitement. De son côté, le droit (international) des droits de l'homme et le droit de l'extradition protègent un individu contre le refoulement si celui-ci a été victime ou sera victime d'une violation de ses droits de procédure, si l'extradition est demandée pour la répression d'un délit politique ou si les faits sont prescrits indépendamment de l'existence d'une persécution ou de motifs pertinents en matière d'asile. On ne peut donc conclure à la nature péremptoire du principe de non-refoulement sans identifier le bien que ce principe entend protéger. Le principe de non-refoulement doit ainsi, à notre avis, être vu comme un corollaire des droits qu'il est censé protéger. C'est donc au cas par cas et selon le domaine concerné qu'il faut examiner la portée du principe de non-refoulement. Par conséquent, il ne peut être placé *in abstracto* au même niveau que le principe de l'interdiction de la torture et des mauvais traitements. Par contre, si le principe de non-refoulement vise à protéger une personne contre le risque de torture, il relève alors du *ius cogens*.

[1210] Cf. KAPUSTOVA, p. 16: «The prevailing perception is to view non-refoulement as a corollary of the prohibition of ill-treatment. In the ECtHR jurisdiction, the jus cogens prohibition of torture informs the interpretation and application of Article 3 ECHR. Still, proposals are being made to decouple the non-refoulement principle from the prohibition of torture or other forms of ill-treatment. The aim of such proposals is to make it possible to see refoulement to a risk of torture not necessarily in absolute terms. The peremptory character of the norm prohibiting refoulement to ill-treatment in international customary law has not yet been clearly established. What this implies for the State practice of refoulement, and the acceptability of the balancing of respective interests involved in it, is discussed in the next chapter for the jurisdictions of Canada and the ECtHR».

Si l'on se place maintenant du point de vue des domaines juridiques étudiés, étonnamment le droit des réfugiés et de l'asile n'est pas le domaine juridique qui offre toujours la protection la plus large en matière de non-refoulement. La Convention de 1951 mais aussi la LAsi limitent leur protection aux réfugiés et aux demandeurs d'asile. Ils prévoient également un certain nombre de dérogations et d'exceptions commes celles prévues aux articles 1(F), 32 paragraphe 1 et 33 paragraphe 2 de la Convention de 1951. Ainsi, la personne qui risque une persécution pour l'un des motifs prévus dans la Convention de 1951 peut tomber sous le coup de l'une de ces dispositions et donc ne plus bénéficier de la protection contre le refoulement selon le droit des réfugiés. De son côté, le droit de l'extradition n'est pas limité *ratione personae*. Il n'exige pas non plus que la personne concernée soit victime d'une persécution, ni même qu'elle ait déposé une demande d'asile pour pouvoir bénéficier d'une protection contre le refoulement en cas de risque de traitement discriminatoire. Le droit de l'extradition ne met pas non plus en balance les risques encourus par la personne avec sa conduite ou sa dangerosité. Enfin, le droit de l'extradition prévoit des motifs de non-refoulement qui sont inconnus du droit des réfugiés et de l'asile. Il va ainsi protéger un invidu d'une poursuite politique, même lorsque celle-ci est légitime. Le droit des réfugiés et de l'asile offre par contre une protection plus large que le droit de l'extradition en cas de pression psychique insupportable lorsque celle-ci n'atteint pas la gravité suffisante pour retenir l'existence d'un traitement cruel, inhumain ou dégradant.

Même si l'on peut discerner des différences ou des lacunes de protection entre les droits des réfugiés et de l'asile et le droit de l'extradition, on observe que le droit (international) des droits de l'homme tend en grande partie à les combler. Il n'en demeure pas moins que le droit (international) des droits de l'homme ne protège pas en soi un individu d'une poursuite légitime pour un délit politique, si aucun droit n'est ou ne risque d'être lésé, ou d'une presssion psychologique insupportable, si celle-ci n'atteint pas une certaine gravité.

Si au terme de la deuxième partie de ce travail on a pu parvenir au constat que le droit de l'extradition offre aussi une protection à l'individu à l'instar du droit des réfugiés et de l'asile, la troisième partie de ce travail a permis d'affiner ce constat. La protection offerte par le droit de l'extradition peut en effet sur certains points être plus large que le droit des réfugiés et de l'asile. L'idée préconçue selon laquelle le droit des réfugiés et de l'asile vise à protéger une personne et celui de l'extradition à la renvoyer n'est ainsi plus défendable.

Les deux prochaines parties de ce travail sont consacrées à la présentation des procédures d'asile et d'extradition et plus particulièrement à la manière dont les juges de l'asile et de l'extradition établissent et apprécient les faits. Ces deux parties permettront également de relever des similarités entre ces deux domaines juridiques.

Partie IV

Procédures d’asile et d’extradition:

Parallélismes et convergences

Introduction à la quatrième partie

Si les droits des réfugiés, de l'asile et de l'extradition poursuivent le même objectif de protéger une personne qui risque de subir un traitement discriminatoire, la principale cause des décisions contradictoires asile-extradition devrait donc se situer au niveau de l'établissement et de l'appréciation des faits. Il s'agit dès lors d'analyser la manière dont les autorités compétentes en matière d'asile et d'extradition établissent les faits lorsqu'une personne prétend être victime d'une persécution. Cette question va être abordée dans la présente partie ainsi que dans la cinquième partie.

La quatrième partie de ce travail est consacrée à une présentation sommaire des procédures d'asile et d'extradition (chap. 16 et 17), de la procédure d'obtention et de validation des garanties en matière d'extradition (chap. 18) et de la coordination entre les procédures d'asile et d'extradition (chap. 19). Les questions relatives au pouvoir d'examen des autorités, au droit d'être entendu ainsi qu'au devoir de collaboration de la personne concernée dans les différentes étapes des procédures seront quant à elles traitées dans la cinquième partie.

Chapitre 16 Procédure d'asile

16.1 Généralités

Les procédures en vue de la détermination du statut de réfugié ne sont pas réglées de manière spécifique dans les instruments internationaux en matière de réfugiés. Aucune exigence n'est imposée quant à la nature de la procédure, celle-ci pouvant être judiciaire ou administrative, contradictoire ou inquisitoire[1211].

Pour qu'il y ait une procédure d'asile, il faut une demande d'asile. Selon le lieu dans lequel la demande d'asile a été déposée et *a fortiori* selon lieu dans lequel elle est traitée[1212], des règles différentes vont s'appliquer. La LAsi distingue explicitement la procédure d'asile normale ou ordinaire et la procédure à l'aéroport ou procédure spéciale[1213].

Schématiquement, la procédure à l'aéroport concerne les demandes qui sont déposées au poste de contrôle des aéroports de Zurich et de Genève (art. 19 al. 1 LAsi) et «qui sont directement – et en principe intégralement, pour ce qui est des décisions négatives du moins – traitées à l'aéroport»[1214]. Par exclusion, la procédure normale concerne toutes les demandes déposées en d'autres lieux et/ou qui sont traitées, au moins dans un premier temps, dans un Centre d'enregistrement et de procédure (CEP), à savoir les demandes d'asile déposées à la frontière, à la frontière après une interception suite à une entrée illégale, dans un CEP, mais aussi celles déposées par des personnes sans autorisation de résidence, par des personnes avec une autorisation de résidence (art. 19,

[1211] HCR (1998), p. 1.
[1212] MATTHEY (2012), p. 64.
[1213] MATTHEY (2012), p. 64.
[1214] MATTHEY (2012), p. 64.

al. 1, et 21, al. 1, LAsi)[1215] ainsi que les demandes déposées par des personnes détenues, à la différence toutefois que dans ce dernier cas ce sont les autorités cantonales responsables de la détention qui enregistrent les demandes formulées par des détenus (art. 8 al. 3 OA 1)[1216]. La procédure à l'aéroport se distingue essentiellement de la procédure ordinaire par la décision qui porte sur l'autorisation ou le refus d'entrée en Suisse et par des délais de notification de décisions et de recours plus brefs.

Aussi bien dans la procédure normale que dans la procédure spéciale, le Secrétariat d'Etat aux migrations peut rendre des décisions de non-entrée en matière (NEM). Lorsque il a l'intention d'y procéder, seul un droit d'être entendu est accordé au requérant d'asile (art. 36 al. 1 LAsi). Il n'y a donc pas d'audition sur les motifs d'asile (art. 29 LAsi). En outre, les délais de traitement de la demande d'asile et de recours sont plus brefs (art. 37 al. 1 LAsi et 108 al. 2 LAsi). Ces règles différentes qui s'appliquent en présence d'un motif de NEM ont conduit Matthey à distinguer dans le droit suisse trois types de procédures: la procédure ordinaire, la procédure à l'aéroport et la procédure accélérée.

Selon Matthey «la procédure accélérée est appelée ainsi parce qu'elle permet à un Etat qui reçoit une demande d'asile de ne pas la traiter selon la procédure habituelle ou ordinaire, mais de l'examiner au contraire selon une procédure "raccourcie", qui peut aboutir à déclarer la demande irrecevable ou à l'écarter sur le fond, à certaines conditions, par exemple si le requérant peut être "renvoyé préventivement" dans un "Etat tiers sûr" ou dans un "Etat d'origine sûr". L'Etat, en ne devant pas se prononcer — ou pas se prononcer complètement — sur le fond de la demande, évite ainsi une procédure longue (et coûteuse) et la procédure est dite "accélérée" (…). La notion de procédure accélérée n'est textuellement définie dans aucune législation, que ce soit en droit suisse, en droit européen ou en droit international, mais elle est pourtant appliquée dans la réalité où elle appréhende des procédures différentes. Dans une acception large, on peut la comprendre comme désignant toutes les procédures qui s'écartent de la procédure ordinaire en simplifiant certaines étapes, alors que dans une acception étroite, elle peut désigner par exemple des concepts tels que l'Etat tiers sûr ou l'Etat d'origine sûr»[1217]. Si l'on s'en tient à cette définition de Matthey, la procédure à l'aéroport serait donc aussi une procédure accélérée. AIDA procède d'ailleurs à cette assimilation[1218].

A côté de ces procédures, la Confédération teste depuis le début de l'année 2014 et pour une période de deux ans une procédure accélérée dans le «centre de la Confédération» situé à Zurich en vue de restructurer l'asile. Cette procédure accélérée fait l'objet de l'Ordonnance du 4 septembre 2013 sur la réalisation de phases de test relatives aux mesures d'accélération dans le domaine de l'asile (Ordonnance sur les phases de test, OTest)[1219]. La procédure accélérée se termine avec une décision d'asile de première

[1215] La possibilité de déposer une demande d'asile auprès d'une représentation à l'étranger n'existe plus depuis la modification de la LAsi du 28.9.2012. La LAsi prévoit néanmoins une règle transitoire pour les demandes d'asile qui ont été déposées à l'étranger avant l'entrée en vigueur de cette modification, lesquelles sont soumises aux art. 12, 19, 20, 41 al. 2, 52 et 68 dans leur ancienne teneur. L'al. 2 de l'art. 19 LAsi, qui prévoyait la possibilité pour les personnes résidant déjà en Suisse de déposer une demande auprès des autorités du canton concerné, a été provisoirement abrogé.
[1216] RS 142.311; SEM (Directive III), no 1.1.4.
[1217] MATTHEY (2012), pp. 139 et 140. La Directive 2005/85/CE donne la possibilité aux Etats de prévoir une procédure prioritaire ou accélérée (art. 23 par. 4) ainsi que des procédures spéciales dérogeant aux principes de base et aux garanties fondamentales (art. 24). Enfin, l'art. 25 règle le cas des demandes irrecevables.
[1218] AIDA, Switzerland, p. 16.
[1219] RS 142.318.1; AIDA, Switzerland, p. 17.

instance. Si une telle décision ne peut être rendue, le traitement de la demande se poursuit dans une procédure hors phases de test et le requérant est attribué à un canton (art. 19 OTest).

On distingue cinq phases dans la procédure d'asile. La première englobe le dépôt de la demande d'asile, l'établissement des faits et l'examen de la recevabilité de la demande. La seconde concerne l'entrée en matière sur la demande d'asile. S'il n'entre pas en matière, le Secrétariat d'Etat aux migrations rend une décision de NEM. Si par contre il entre en matière, il procède à l'examen de la qualité de réfugié. Si le requérant est reconnu comme réfugié, la troisième phase portera sur l'examen des conditions d'octroi de l'asile en relation avec les clauses d'exclusion de l'asile; si l'asile est accordé, la procédure d'asile se termine. Lorsque l'asile est refusé, on procédera dans une quatrième étape à l'examen de la question du renvoi. Si le requérant doit être renvoyé, on procédera dans une cinquième étape à l'examen du caractère exécutable du renvoi avec un éventuel prononcé d'une mesure de remplacement si le renvoi n'est pas exécutable[1220].

16.2 Sources de la procédure d'asile

On trouve les sources de la procédure d'asile aussi bien au niveau international qu'au niveau interne. Le lecteur trouvera dans l'ouvrage édité récemment par l'Organisation suisse d'aide aux réfugiés/Schweizerische Flüchtlingshilfe (SFH) *(Handbuch zum Asyl- und Wegweisungsverfahren / Manuel de la procédure d'asile et de renvoi*) une liste des sources du droit et de la procédure d'asile. Nous nous limiterons ci-après aux textes les plus pertinents pour la présente étude.

Au niveau universel, il s'agit de la Charte des Nations Unies, des instruments de protection des droits de l'homme (not. la DUDH, le Pacte ONU II et la Convention de 1984), de la Convention de 1951 et de son Protocle de 1967, du Statut de l'Office du Haut Commissariat des Nations Unies pour les réfugiés du 14 décembre 1950 ainsi que des recommandations et des prises de position du Haut Commissariat des Nations Unies pour les réfugiés.

Au niveau régional, on trouve la CEDH et plusieurs textes de droit européen sous formes d'Accords, de Directives, de Règlements et de Décisions. Parmi les Directives et les Règlements, certains s'appliquent à la Suisse. Il en va ainsi de l'Accord européen sur le transfert de la responsabilité à l'égard des réfugiés, conclu à Strasbourg le 16 octobre 1980 (Accord de 1980)[1221] et du Règlement (UE) n° 604/2013 du Parlement européen et du Conseil du 26 juin 2013 établissant les critères et mécanismes de détermination de l'Etat membre responsable de l'examen d'une demande de protection internationale introduite dans l'un des Etats membres par un ressortissant de pays tiers ou un apatride (refonte; ci-après dénommé «Règlement Dublin III»). D'autres instruments ne sont pas contraignants pour la Suisse, mais exercent une influence dans la pratique. Il s'agit de la Directive 2005/85/CE du Conseil du 1er décembre 2005 relative à des normes

[1220] Manuel SEM, Article C4, p. 4.
[1221] RS.0.142.305.

minimales concernant la procédure d'octroi et de retrait du statut de réfugié dans les Etats membres[1222] et de la Nouvelle Directive Qualification.

En droit interne, les sources de la procédure d'asile sont la Cst., la LAsi et ses ordonnances, dont les plus pertinentes pour la présente étude sont l'Ordonnance 1 sur l'asile relative à la procédure du 11 août 1999 (Ordonnance OA 1 ; OA 1)[1223], l'Ordonnance 3 sur l'asile relative au traitement de données personnelles du 11 août 1999 (Ordonnance OA 3 ; OA 3)[1224] et l'OTest; la Loi fédérale du 16 décembre 2005 sur les étrangers (LEtr)[1225] et ses ordonnances[1226] qui s'appliquent en l'absence de réglementation spécifique dans la LAsi[1227] ; la Loi fédérale sur la procédure administrative du 20 décembre 1968 (PA)[1228]; la Loi du 17 juin 2005 sur le Tribunal fédéral (LTF); ainsi que la Loi du 17 juin 2005 sur le Tribunal administratif fédéral (LTAF)[1229]. Enfin, sans être directement des sources officielles du droit de l'asile, les directives et le manuel de procédure édictés par le Secrétariat d'Etat aux migrations doivent être mentionnés car ils servent à l'interprétation de la LAsi ou de ses ordonannces[1230].

La procédure d'asile est aussi régie par des principes et des présomptions.

Il s'agit notamment du principe de non-discrimination, du principe de l'interdiction de la torture et des peines ou traitements cruels, inhumains ou dégradants, du principe de non-refoulement, du principe de la bonne foi et du principe d'«inclusion before exclusion». Ces principes ont déjà été présentés aux chapitres 12 à 15.

S'agissant des présomptions, certains Etats bénéficient de la présomption d'«Etats d'origine sûrs» et/ou d'«Etats tiers sûrs». La désignation de ces Etats est réglée à l'article 6a alinéa 2 lettres a et b LAsi.

En vertu de l'article 6a alinéa 2 lettre a LAsi, il revient au Conseil fédéral de désigner les Etats dans lesquels il n'y a pas, selon ses constatations, de persécution[1231]. Ces pays sont appelés «pays exempts de persécution», «pays sûrs» ou encore «*safe countries*». L'autorité se fonde donc sur une présomption d'absence de persécution, laquelle peut être mise en échec dans un cas d'espèce par la présence d'indices de persécution qui peuvent notamment ressortir de l'audition mais également de l'acte de recours ou d'autres documents remis aux autorités par le requérant d'asile[1232]. Selon l'article 6a alinéa 2 lettre b LAsi, le Conseil fédéral désigne les Etats tiers sûrs, «à savoir ceux dans lesquels il estime qu'il y a effectivement respect du principe de non-refoulement». Selon

[1222] Journal officiel n. L 326 du 13/12/2005 p. 13 à 34.
[1223] RS 142.311.
[1224] RS 142.314.
[1225] RS 142.20.
[1226] P. ex. l'ordonnance du 22.10.2008 sur l'entrée et l'octroi de visas (OEV, RS 142.204), l'Ordonnance du 22.5.2002 sur l'introduction progressive de la libre circulation des personnes entre, d'une part, la Confédération suisse et d'autre part, la Communauté européenne et ses Etats membres, ainsi qu'entre les Etats membres de l'Association européenne de libre-échange (ordonnance sur l'introduction de la libre circulation des personnes, OLCP RS 142.203).
[1227] Il s'agit notamment des dispositions sur le renvoi et les mesures de contrainte ainsi que sur l'admission provisoire (art. 83 et 84 LEtr; Manuel OSAR, p. 44).
[1228] RS 172.021.
[1229] RS 173.32.
[1230] MATTHEY (2012), p. 28
[1231] Selon Matthey, «[e]n pratique c'est toutefois le Secrétariat d'Etat aux migrations qui s'en charge» (MATTHEY, art. 6a LAsi, no 9, p. 67).
[1232] MATTHEY (2012), p. 155 citant not. JICRA 1994/23.

Maiani, l'application des clauses des Etats tiers sûrs est, d'une manière générale, soumise à trois conditions: l'Etat tiers en question doit être "sûr", en ce sens, qu'il respecte le principe de non-refoulement visé à l'article 5 alinéa 1 LAsi, l'admission du requérant dans le pays tiers doit être garantie et «il doit exister entre ce pays et le requérant un lien jugé suffisant par le législateur. La première et la troisième de ces conditions générales sont modulées de manière différente selon la clause des Etats tiers applicable» [1233]. Selon Maiani, le «critère de "sécurité" est moins large que le critère de la "licéité" de l'[article 83 alinéa 3] LEtr. Une [non-entrée en matère] peut par exemple être prononcée même si le requérant est exposé à un traitement inhumain ou dégradant dans l'Etat tiers, ce risque étant pris en compte séparément au niveau des articles 44 LAsi et 83 LEtr»[1234].

Selon le Conseil fédéral, «[l]es critères permettant de constater si un Etat est ou non exempt de persécutions sont notamment les suivants: la stabilité politique, le respect des droits de l'homme tels qu'ils sont formulés dans le [Pacte ONU II], la situation spécifique du pays et l'avis des autres pays occidentaux et du [Haut Commissariat des Nations Unies pour les réfugiés]. Si un pays est classé dans la catégorie des "Etats exempts de persécutions", cela ne signifie pas nécessairement qu'un requérant venant d'un tel pays ne puisse obtenir le statut de réfugié. Il s'agit bien plus d'une règle générale, à laquelle on pourra déroger si des indices de persécutions apparaissent. De tels indices peuvent notamment ressortir de l'audition, condition impérative de la procédure, mais également du recours ou d'autres documents remis aux autorités»[1235]. La Suisse a établi une liste officielle de pays «sûrs»: «tous les membres de l'Union européenne et de l'[Association européenne de libre-échange (AELE)], ainsi que l'Albanie, le Bénin, la Bosnie et Herzégovine, le Burkina Faso, la Croatie, le Ghana, l'Inde, le Kosovo, la Macédoine, la Moldavie (Transnistrie non comprise), la Mongolie, le Monténégro, le Sénégal et la Serbie»[1236]. Ont été retirés de cette liste l'Ukraine et le Mali[1237]. Ces présomptions ont pour but d'accélérer les procédures d'asile, notamment lorsqu'il s'agit de ne pas entrer en matière ou de refuser une demande d'asile, en évitant que la question du risque de persécution ou de refoulement ne doive être examinée dans chaque cas d'espèce. Relevons encore dans ce contexte l'article 83 alinéa 5 LEtr. qui dispose que «[l]e Conseil fédéral désigne les Etats d'origine ou de provenance ou les régions de ces Etats dans lesquelles le retour est raisonnablement exigible. Si l'étranger renvoyé ou expulsé vient de l'un de ces Etats ou d'un Etat membre de l'[Union européenne] ou de l'[Association européenne de libre-échange], l'exécution du renvoi ou de l'expulsion est en principe exigible. Cette disposition vise à réduire de manière significative les démarches concernant l'inexigibilité du renvoi dans les cas d'espèce [1238]. La qualification de *Safe country* par le Conseil fédéral déploie non seulement des effets en matière d'asile, mais aussi en matière d'extradition. Ainsi dans l'affaire I. (ch. 3.3.1, let. i), le Tribunal pénal fédéral a également rejeté le grief de poursuite discriminatoire par surabondance de motifs en rappelant que l'Etat X. a été déclaré en 2003 *safe country* par le Conseil fédéral[1239]. La qualification de *safe country* ne signifie toutefois pas que

[1233] MAIANI (2015) nos 4 et 5, pp. 282 et 283.
[1234] MAIANI (2015) no 4, p. 282.
[1235] Messages du CF FF 1996 II 1, p. 57 et FF 2002 6359, p. 6392.
[1236] MATTHEY, art. 6a LAsi, no 13, p. 68.
[1237] MATTHEY, art. 6a LAsi, note de bas de page no 9, p. 68.
[1238] Message du CF FF 2010 4035, pp. 4037, 4049 et 4057.
[1239] Arrêt du TPF RR.2013.373 + RR.2014.23 + RP.2014.2 + RP.2014.3 du 25.2.2014 consid. 3.2.

l'extradition sera sans autre accordée. Ainsi, dans un cas d'extradition avec la Bosnie-Herzégovine, le juge de l'extradition avait exigé des garanties alors même que cet Etat est considéré comme un Etat d'origine sûr[1240].

16.3 Nature de la procédure d'asile

En Suisse, la procédure d'asile est une procédure administrative. Dans le cadre de cette procédure les autorités compétentes peuvent adopter à l'égard du demandeur d'asile des mesures de contrainte et notamment des mesures restrictives de la liberté telles que l'assignation à un lieu de séjour, si elles n'autorisent pas l'entrée sur le territoire suisse au demandeur d'asile (art. 22 al. 3 et 4 LAsi), et le placement dans un lieu de rétention à l'aéroport ou dans un lieu de détention en vue de l'exécution du renvoi (art. 22 al. 5 LAsi).

16.4 Procédure d'asile et procédure de renvoi

En règle générale, lorsque le Secrétariat d'Etat aux migrations n'entre pas en matière sur une demande d'asile, la classe ou la rejette, il statue également sur le renvoi du requérant. On procède ainsi à une distinction entre procédure d'asile au sens large, qui comprend la procédure d'asile et celle de renvoi, et procédure d'asile au sens strict, qui ne concerne que la procédure d'asile où l'on détermine si le requérant d'asile remplit toutes les conditions pour l'octroi de l'asile[1241].

16.4.1 Début, fin de la procédure d'asile et fin de l'asile

Il n'y a pas de procédure d'asile sans demande d'asile. Mais même en l'absence de demande les Etats sont tenus au respect des obligations découlant du droit international en matière de réfugiés et en particulier du principe de non-refoulement[1242]. De la lecture en parallèle des articles 25a et 26 alinéa 1^{quater} LAsi il ressort que la procédure d'asile est séparée du dépôt de la demande d'asile par une phase préparatoire. Le dépôt de la demande d'asile ne coïncide donc pas avec le début de la procédure d'asile. C'est en effet au terme de cette phase préparatoire que l'on va décider d'entrer ou non en matière sur la demande d'asile. La procédure d'asile se termine par une décision (classement, NEM, octroi de l'asile, reconnaissance du statut de réfugié sans octroi de l'asile, décision de rejet de la demande). La fin de la procédure d'asile ne doit toutefois pas être confondue avec la fin de l'asile. L'asile prend fin par révocation ou par extinction (art. 63 à 65 LAsi en corrélation avec les clauses énoncées à l'art. 1[C] ch. 1 à 6 de la Convention de 1951).

[1240] Arrêt du TPF RR.2015.288 du 16.3.2016.
[1241] Manuel SEM, Article C4, p. 4; SFH, p. 104, et Manuel OSAR 2016, p. 100.
[1242] Arrêt de la CourEDH *Hirsi Jamaa et al. c. Italie* du 23.2. 2012 [GC], no 27765/09 par. 131ss.

16.4.2 Procédure de renvoi, admission provisoire et protection provisoire

Un requérant qui n'a pas obtenu l'asile et un réfugié qui pour les raisons citées à l'article 5 alinéa 2 LAsi ne peut pas invoquer le principe de non-refoulement doivent en principe quitter la Suisse. Dès lors, en même temps qu'il rejette la demande (décision matérielle), qu'il classe ou qu'il refuse d'entrer en matière (décision formelle), le Secrétariat d'Etat aux migrations prononce, en règle générale, le renvoi de Suisse et en ordonne l'exécution (art. 44 LAsi). Le requérant d'asile peut recourir contre la décision de renvoi même s'il accepte la décision touchant à l'asile.

Dans le cadre de la procédure de renvoi, le Secrétariat d'Etat aux migrations détermine au cours d'un examen en trois étapes si l'exécution d'une décision de renvoi est licite, raisonnablement exigible et possible (art. 44 LAsi et 83 al. 2 à 4 LEtr). Si une ou plusieurs de ces conditions d'exécution ne sont pas réunies, l'autorité renonce à l'exécution du renvoi et prononce, en lieu et place, une mesure de substitution, à savoir l'admission provisoire. Les conditions des divers obstacles au renvoi sont définies à l'article 83 LEtr et précisées dans la LAsi (cf. art. 5 al. 1 et 2 LAsi, interdiction du refoulement). La LEtr conditionne ainsi fortement la situation des personnes en cas de rejet ou de NEM sur la demande d'asile[1243]. Le contenu de la décision de renvoi est réglé à l'article 45 LAsi et son exécution à l'article 46 LAsi.

L'admission provisoire est réglée aux articles 83 et 84 LEtr. Ainsi, lorsque l'exécution du renvoi est illicite, ne peut être raisonnablement exigée ou n'est pas possible, la personne concernée se voit admise provisoirement en Suisse. Est aussi admis provisoirement le réfugié qui ne se voit pas accorder l'asile en vertu des articles 53 ou 54 LAsi (art. 83 al. 8 LEtr). Toutefois, l'admission provisoire pour impossibilité ou inexigibilité de l'exécution du renvoi est refusée à l'étranger condamné à une peine privative de liberté de longue durée en Suisse ou à l'étranger ou qui a fait l'objet d'une mesure pénale au sens des articles 64 ou 61 CP, lorsqu'il attente de manière grave ou répétée à la sécurité et à l'ordre publics en Suisse ou à l'étranger ou lorsqu'il a causé l'impossibilité de l'exécution du renvoi par son propre comportement (art. 83 al. 7 LEtr).

L'admission provisoire est à distinguer de la protection provisoire. Cette dernière est acordée aux «personnes à protéger aussi longtemps qu'elles sont exposées à un danger général grave, notamment pendant une guerre ou une guerre civile ou lors de situations de violence généralisée» (art. 4 LAsi). Le chapitre 4 de la LAsi règle l'octroi et le retrait de la protection provisoire ainsi que le statut de la personne à protéger (art. 66 à 79a LAsi).

[1243] Manuel OSAR, p. 207.

16.5 Procédure d'asile normale ou ordinaire

16.5.1 Phase non contentieuse

a) Phase préparatoire et entretien de conseil

Lorsque la personne demande l'asile à la frontière, à la frontière après une interception suite à une entrée illégale ou en Suisse, les autorités compétentes relèvent son identité et l'assignent en règle générale à un CEP (art. 21 al. 1 LAsi) où la demande d'asile est enregistrée[1244]. Le Secrétariat d'Etat aux migrations informe les requérants d'asile de leur possibilité de faire appel à un conseiller juridique ou à un représentant légal et leur donne les moyens d'y faire appel (art. 7a al. 1 et 2 OA 1). La durée de séjour dans un CEP ne dépasse pas nonante jours, mais cette durée peut être prolongée. Durant son séjour dans le CEP, le requérant d'asile doit se tenir à disposition des autorités (art. 16 OA 1)[1245].

Avec le dépôt de la demande d'asile débute la phase préparatoire qui dure au maximum trois semaines (art. 26 al. 1^{quater} LAsi). Durant cette phase, le Secrétariat d'Etat aux migrations peut confier des tâches administratives à des tiers[1246]. Cette phase a pour but une exécution rapide et efficace de la procédure d'asile. Les collaborateurs du Secrétariat d'Etat aux migrations doivent en effet dès le début de la procédure disposer des informations qui leur sont importantes pour déterminer la suite de la procédure, qui se déroulera soit sous la forme d'une procédure nationale, soit sous la forme d'une procédure Dublin, soit encore sous la forme d'une procédure de réadmission[1247]. Autrement dit, cette phase doit permettre de prendre des mesures d'instruction concernant l'identité et la provenance du requérant, d'effectuer, si possible, toutes les clarifications préliminaires utiles à la décision, et de mieux organiser l'audition sur les motifs d'asile qui a lieu ultérieurement (art. 26 LAsi et 19 OA 1).

Concrètement, «le [Secrétariat d'Etat aux migrations] recueille les données personnelles du requérant; en règle générale, il relève ses empreintes digitales et le photographie. Il peut aussi saisir d'autres données biométriques le concernant, établir une expertise visant à déterminer son âge (art. 17 al. 3bis LAsi), vérifier les moyens de preuve, les documents de voyage ainsi que les papiers d'identité et effectuer des recherches concernant la provenance et l'identité du requérant. Il peut, dans le cadre d'une audition, interroger le requérant sur son identité, sur l'itinéraire emprunté et, sommairement, sur les motifs qui l'ont poussé à quitter son pays» (art. 26 al. 2 LAsi). C'est également durant cette phase que les demandes de prise ou de reprise en charge doivent en général être adressées à l'Etat Dublin responsable (art. 26 al. 2bis LAsi). Selon Cossy, le traitement des données et la procédure mise en place dans le cadre des accords d'association à Dublin devront, en règle générale, avoir lieu dans la phase préparatoire[1248].

[1244] SFH, p. 83, et Manuel OSAR 2016, p. 79. Les termes «en règle générale» signifient que des exceptions sont envisageables. Ainsi les personnes détenues ne sont pas assignées à un CEP (NGUYEN, art. 21 LAsi, no 5, p. 172).
[1245] SFH, p. 83, et Manuel OSAR 2016, p. 79.
[1246] Message du CF FF 2011 6735, pp. 6741 et 6742.
[1247] SFH, p. 84, et Manuel OSAR 2016, p. 80.
[1248] COSSY, art. 26 LAsi, no 45, p. 226.

Durant cette phase, le requérant peut donc être soumis à une première audition, appelée audition sommaire. Cette audition est facultative[1249]. L'article 19 OA 1 en fixe les modalités. Elle se déroule, si nécessaire, en présence d'un interprète. Le procès-verbal est retraduit au requérant d'asile et signé par toutes les personnes qui y ont pris part. Le requérant est entendu sur son itinéraire et sommairement sur les raisons de son départ du pays d'origine (art. 26 al. 2 LAsi). L'audition sommaire peut être remplacée par l'audition sur les motifs d'asile au sens de l'article 29 LAsi (art. 19 al. 2 OA 1), ce qui signifie que la procédure d'asile peut se dérouler intégralement dans un CEP[1250]. Suite à cette audition, le dossier d'asile est ouvert[1251]. Si le requérant est en possession de moyens de preuve, ceux-ci seront relevés et classés au dossier[1252]. Lors de l'audition sommaire ou immédiatement avant le début de l'audition sur les motifs d'asile, le Secrétariat d'Etat aux migrations mène un entretien de conseil au sens de l'article 25a LAsi (art. 20 al. 1 OA 1).

L'article 25a LAsi prévoit en effet qu'avant l'ouverture d'une procédure d'asile, le Secrétariat d'Etat aux migrations mène un entretien de conseil avec le requérant pour examiner si l'on est en présence d'une demande d'asile au sens de l'article 18 LAsi et si celle-ci est suffisamment justifiée. Si tel n'est pas le cas et que le requérant retire sa demande, celle-ci est classée sans décision formelle et la procédure de renvoi est engagée. Cet entretien porte donc sur les perspectives de succès et sur les possibilités qui s'offrent au requérant d'asile sur le plan juridique. Il s'agirait donc «en principe d'un conseil à la fois juridique et stratégique qui devrait avoir pour effet "d'éviter des recours inutiles et d'améliorer globalement la protection juridique des intéressés"»[1253]. Cet entretien se déroule sans la présence d'un représentant des oeuvres d'entraide ou d'un représentant juridique[1254]. Le Secrétariat d'Etat aux migrations peut faire appel à des tiers pour procéder à cet entretien.

Sur la base l'audition et de l'entretien de conseil, le Secrétariat d'Etat aux migrations sera en mesure soit de classer la demande (art. 8, al. 3bis, et 25a LAsi), soit de soumettre le requérant à une procédure de réadmission dans un Etat tiers, soit de se déclarer incompétent soit encore de se déclarer compétent pour traiter la demande. Cette première audition et l'entretien de conseil permettent donc de décider si la procédure pourra se terminer au sein du CEP ou si le requérant devra être affecté à un canton[1255]. Selon Matthey, «les principales procédures réellement menées à terme au sein des [CEP] sont celles qui sont manifestement abusives ou infondées (procédure accélérée "négative"); les demandes qui sont manifestement bien fondées, lorsque la qualité de réfugié est indiscutable, en cas de regroupement familial par exemple (procédure accélérée "positive"); et les demandes déposées par des requérants provenant d'un pays dont le nombre de demandes d'asile est en augmentation dans le but d'être au fait des

[1249] COSSY, art. 26 LAsi, no 35, p. 224.
[1250] COSSY, art. 26 LAsi, no 39, p. 225.
[1251] MATTHEY (2012), p. 109.
[1252] Manuel SEM, Article C1, p. 6; MATTHEY (2012), p. 109.
[1253] MATTHEY (2010), pp. 7 et 8 citant le «Rapport explicatif relatif à la modification de la loi sur l'asile et de la loi sur les étrangers concernant le remplacement des décisions de non-entrée en matière» du 16.12.2009.
[1254] SFH, p. 85, et Manuel OSAR 2016, p. 82.
[1255] MATTHEY (2012), p. 110. Selon Matthey, le CEP opérerait un «pré-triage» et un «triage». Le pré-triage servirait à classer les demandes dans quatre catégories en fonction de l'autorité qui procédera aux auditions. Le tri a lieu en fonction de la certitude sur la nationalité du requérant (cf. p. 111).

derniers développements et de pouvoir déclarer les demandes infondées dès la toute première phase»[1256].

Si la Suisse n'est pas compétente pour traiter la demande, le requérant d'asile se verra notifier une décision de NEM au sens de l'article 31a alinéa 2 lettre b LAsi ainsi qu'une décision de renvoi dans un Etat membre de l'Union européenne (accords d'association à Dublin; art. 21 al. 2 LAsi).

Au terme de la phase préparatoire «et pour autant qu'aucune décision de [NEM], voire une décision de rejet de la demande d'asile, n'ait été rendue, le [Secrétariat d'Etat aux migrations] attribue le requérant à un canton pour la suite de la procédure»[1257].

b) Etablissement des faits et examen matériel de la demande d'asile

Si la demande d'asile n'est pas classée et que la Suisse se déclare responsable pour traiter la demande, il sera alors procédé à l'établissement de l'état de faits (art. 18ss LAsi) sur la base notamment des déclarations du requérant et des documents qu'il dépose. La personne sera entendue, lors d'une seconde audition, cette fois sur les motifs d'asile au sens de l'article 29 LAsi (première audition sur les motifs d'asile)[1258]. Cette audition a lieu dans la majorité des cas directement au sein du CEP pour autant qu'il soit possible de rendre une décision de première instance durant les nonante jours suivant l'arrivée du demandeur (art. 16 al. 2 OA 1). Si ce n'est pas le cas, elle doit alors se dérouler dans les vingt jours suivant la décision d'attribution à un canton mais en principe au Secrétariat d'Etat aux migrations[1259].

Cette audition sur les motifs d'asile n'a pas lieu pour tous les requérants. En particulier, les hypothèses de NEM indiquées à l'article 31a alinéa 1 LAsi ne donnent lieu qu'à un simple droit d'être entendu (cf. art. 36 LAsi)[1260].

Après cette audition sur les motifs d'asile, soit le Secrétariat d'Etat aux migrations a suffisamment d'éléments en sa possession pour rendre une décision (de NEM, d'asile, de protection provisoire ou de rejet, au sens des art. 31a, 40 et 49 LAsi), soit il n'est pas en mesure de le faire. Dans ce second cas de figure et nonobstant l'abrogation de l'article 41 LAsi[1261], le Secrétariat d'Etat aux migrations doit prendre d'autres dispositions pour établir les faits de manière convaincante ou pour répondre à des questions juridiques non tranchées[1262].

[1256] MATTHEY (2012), pp. 111 et 112.
[1257] COSSY, art. 26 LAsi, no 44, p. 226.
[1258] Manuel SEM, Article C1, p. 6; MATTHEY (2012), p. 109.
[1259] MATTHEY (2012), p. 112.
[1260] MATTHEY (2012), p. 112.
[1261] Le Conseil fédéral a justifié cette abrogation de la manière suivante dans son commentaire relatif à l'art. 38 LAsi: «Tant la procédure de non-entrée en matière que la procédure matérielle ne requièrent généralement l'établissement des faits selon les principes de la procédure administrative que dans la mesure requise pour assortir la décision de motifs suffisants et conformes au droit. Partant, il faut abroger les dispositions de la LAsi relatives à l'établissement des faits (art. 38, 40 et 41 LAsi) afin de simplifier la législation» (Message du CF FF 2010 4035, p. 4077). En outre, à propos de l'art. 29a LAsi, dont la teneur a été reprise de l'art. 41 al. 3 LAsi, le CF a indiqué ce qui suit: «Selon les principes généraux de la procédure administrative, les faits ne doivent être établis que dans la mesure où ils permettent de rendre une décision juridiquement valable. Les dispositions correspondantes de la LAsi (art. 38, 40 et 41 LAsi) étant dès lors superflues, il convient de les abroger afin de simplifier la législation» (Message du CF FF 2010 4035, p. 4073). Dans les faits, c'est le *statu quo ante* qui prévaut et le SEM doit procéder à des actes d'instruction complémentaires.
[1262] MATTHEY (2012), p. 114.

Selon la doctrine et la pratique, il est nécessaire que l'autorité compétente prenne d'autres mesures d'instruction lorsque, sur la base des allégations du requérant d'asile et des preuves fournies, des doutes ou des incertitudes persistent, doutes qui pourront vraisemblablement être levés grâce à l'enquête complémentaire du Secrétariat d'Etat aux migrations. Ce dernier peut procéder à une seconde audition sur les motifs d'asile. Il peut demander des informations complémentaires aux représentations suisses à l'étranger et à des organisations internationales[1263]. Ainsi, le Secrétariat d'Etat aux migrations peut demander aux ambassades suisses de procéder à des vérifications et au Haut Commissariat des Nations Unies pour les réfugiés de fournir un avis (art. 28 OA 1). En outre, dans le but de faciliter l'établissement des faits, l'article 29a LAsi permet au Conseil fédéral de conclure des accords de coopération avec des Etats tiers et des organisations internationales. Les informations échangées devraient concerner la détermination des motifs de fuite du demandeur, l'itinéraire emprunté ainsi que les pays tiers dans lesquels il a séjourné.

Depuis l'abrogation de l'article 28a OA 1, le Secrétariat d'Etat aux migrations peut également, au titre des mesures d'instruction, procéder entre autres à une expertise de provenance par le service LINGUA, à des tests de connaissances du pays et à une comparaison des empreintes dactyloscopiques dans d'autres pays européens pour établir l'identité d'une personne. Il peut également effectuer des recherches en interne notamment sur internet ou dans des systèmes d'information et de documentation aux termes de l'article 102 LAsi ainsi qu'à l'examen des documents réalisés par le Secrétariat d'Etat aux migrations[1264].

Dans le cadre de l'établissement des faits, le requérant ne peut demeurer passif. Il lui appartient d'y collaborer[1265]. La LAsi prévoit explicitement ce devoir de collaboration à son article 8. Nous aurons l'occasion d'approfondir la question du devoir de collaboration dans la cinquième partie de ce travail.

Une fois les faits pertinents établis, le Secrétariat d'Etat aux migrations examine la recevabilité de la demande et décide s'il entre en matière ou non. Il doit ainsi déterminer s'il y a lieu d'examiner matériellement les motifs d'asile en vue d'établir si l'étranger satisfait aux critères de reconnaissance de la qualité de réfugié (art. 3 LAsi)[1266]. Le Secrétariat d'Etat aux migrations entre en matière si toutes les conditions de recevabilité sont remplies (entre autres l'existence d'un intérêt digne de protection ou la compétence du Secrétariat d'Etat aux migrations). Si l'une d'elles fait défaut, le Secrétariat d'Etat aux migrations ne procédera pas à l'analyse des conditions de reconnaissance de la qualité de réfugié, mais pourra prononcer une décision de NEM (cf. art. 31a LAsi). Lorsque les conditions formelles sont remplies au début de la procédure, mais viennent à faire défaut pendant l'examen matériel de la requête, cette dernière ne fera pas l'objet d'une décision négative, mais sera classée sans décision formelle ou fera l'objet d'une NEM (p. ex. en raison d'une violation grossière de l'obligation de collaborer)[1267].

[1263] Manuel SEM, Article C4, p. 5.
[1264] Cf. MATTHEY (2012), p. 115.
[1265] Manuel SEM, Article C4, p. 5.
[1266] Manuel SEM, Article C4, p. 6.
[1267] Manuel SEM, Article C4, p. 6.

c) Décisions au terme de la procédure ordinaire

Au terme de la procédure ordinaire d'asile, les demandes peuvent aboutir à cinq éventualités.

Le Secrétariat d'Etat aux migrations reconnaît la qualité de réfugié et octroie l'asile au requérant. Il reconnaît la qualité de réfugié mais ne lui accorde pas l'asile. Il va alors le mettre au bénéfice d'une admission provisoire. Le Secrétariat d'Etat aux migrations rejette la demande d'asile car le requérant n'a pas la qualité de réfugié et le met au bénéfice d'une admission provisoire. Il n'entre pas en matière sur la demande d'asile avec ou sans admission provisoire. Enfin, le Secrétariat d'Etat aux migrations rejette la demande d'asile car le requérant n'a pas la qualité de réfugié et ordonne son renvoi[1268].

A ces cinq issues s'en ajoutent deux autres: l'une qui consiste à rendre une décision de classement, l'autre qui conduit le Secrétariat d'Etat aux migrations à reconnaître implicitement la qualité de réfugié mais à la refuser aux motifs énumérés à l'article 1(F) de la Convention de 1951 (*inclusion before exclusion*)[1269].

Ces différents cas de figure vont être examinés dans les paragraphes qui suivent.

ca) Reconnaissance de la qualité de réfugié et octroi de l'asile

La qualité de réfugié est reconnue lorsque le requérant d'asile apporte la preuve ou au moins rend vraisemblable qu'il remplit toutes les conditions fixées à l'article 1(A) de la Convention de 1951 respectivement de l'article 3 LAsi. Si le requérant est reconnu comme réfugié, le Secrétariat d'Etat aux migrations examine les conditions d'octroi de l'asile en relation avec les clauses d'exclusion de l'asile (art. 49 LAsi). Les effets du statut de réfugié et de l'octroi de l'asile sont réglés aux articles 58ss LAsi. L'article 58 LAsi dispose que «[l]e statut de réfugié en Suisse est régi par la législation applicable aux étrangers, à moins que ne priment des dispositions particulières notamment celles de la [LAsi] ou celles de la [Convention de 1951]». Celui qui a obtenu l'asile est considéré à l'égard de toutes les autorités fédérales et cantonales comme un réfugié au sens de la LAsi et de la Convention de 1951 (art. 59 LAsi). Il a droit à une autorisation de séjour dans le canton où il séjourne légalement (art. 60 al. 1 LAsi).

cb) Reconnaissance de la qualité de réfugié sans octroi de l'asile

Tout requérant qui se voit accorder l'asile est un réfugié au sens de la LAsi (art. 2 al. 2 LAsi). En revanche, toute personne qui a la qualité de réfugié au sens de l'article 3 LAsi n'obtient pas forcément l'asile.

[1268] SFH, p. 103, et Manuel OSAR 2016, p. 99.
[1269] Manuel SEM, Article C4, p. 6.

En principe, les réfugiés reconnus obtiennent l'asile (art. 49 LAsi). La LAsi prévoit deux exceptions à ce principe (motifs d'exclusion de l'asile): l'indignité (art. 53 LAsi) et les motifs subjectifs survenus après la fuite (art. 54 LAsi)[1270].

Selon l'article 53 LAsi la qualité de réfugié ne donne pas lieu à l'octroi de l'asile si la personne en est indigne car elle a commis des actes répréhensibles en Suisse ou à l'étranger ou présente un risque pour la sûreté intérieure ou extérieure de la Suisse. Si l'exclusion de l'asile est fondée sur l'article 53 LAsi, il y a lieu d'examiner en outre si l'article 5 alinéa 2 LAsi est applicable, à savoir que le requérant d'asile débouté ne peut invoquer l'interdiction du refoulement[1271]. Selon l'article 54 LAsi, «[l]'asile n'est pas accordé à la personne qui n'est devenue un réfugié au sens de l'[article 3] qu'en quittant son Etat d'origine ou de provenance ou en raison de son comportement ultérieur».

Lorsqu'en application d'une clause d'exclusion prévue par la LAsi, un requérant n'obtient pas l'asile, l'exclusion porte uniquement sur l'octroi de l'asile et non sur la qualité de réfugié. Celle-ci n'est touchée que par l'existence d'une clause d'exclusion prévue par la Convention de 1951. Il faut, en effet, toujours examiner la question de la qualité de réfugié en premier lieu, puis, en second lieu, celle de l'éventuelle existence de motifs d'exclusion énoncés dans la Convention de 1951 avant d'appliquer la clause d'exclusion de l'asile prévue par l'article 53 ou l'article 54 LAsi («*inclusion before exclusion*»). Si le requérant ne remplit pas les conditions nécessaires à la reconnaissance de la qualité de réfugié sa demande d'asile doit être rejetée pour ce motif. La question de l'application d'une éventuelle clause d'exclusion de l'asile (art. 53 ou 54 LAsi) n'a pas dans ce cas à être examinée.

Comme sa qualité de réfugié a été reconnue, il est néanmoins un réfugié au sens de l'article 3 LAsi et bénéficie ainsi de l'interdiction de refoulement de l'article 33 de la Convention de 1951 et de l'article 5 LAsi. Le requérant est admis provisoirement aux motifs énoncés aux articles 44 alinéa 2 et 46 alinéa 2 LAsi et jouit des droits minimaux définis par la Convention de 1951[1272]. S'il est admis provisoirement au titre de réfugié, il est considéré à l'égard de toutes les autorités fédérales et cantonales comme un réfugié au sens de la LAsi et de la Convention de 1951 (art. 59 LAsi).

Les conséquences juridiques des clauses d'exclusion prévues par le droit d'asile suisse sont donc moins graves car la LAsi distingue entre la notion de réfugié au sens formel et la même notion au sens matériel. Sont des réfugiés au sens formel les personnes qui remplissent les conditions de la reconnaissance de la qualité de réfugié au sens de l'article 3 LAsi et qui par conséquent obtiennent l'asile en Suisse. En revanche, sont des réfugiés au sens matériel les personnes qui, bien qu'ayant la qualité de réfugié, n'obtiennent pas l'asile en Suisse pour l'un des motifs d'exclusion figurant aux articles 53 et 54 LAsi. Les effets juridiques des articles 53 et 54 LAsi sont ainsi moins préjudiciables que ceux découlant de l'article 1(F) de la Convention de 1951. En effet, la personne à laquelle l'article 53 ou l'article 54 LAsi est appliqué ne va en principe perdre que le statut privilégié lié à l'obtention de l'asile, tout en continuant à être

[1270] Le motif d'exclusion tenant à l'admission dans un pays tiers (ancien art. 52 LAsi) a été abrogé.
[1271] Manuel SEM, Article C4, p. 7.
[1272] Manuel OSAR, p. 196.

protégée par la Convention de 1951 et par l'interdiction du refoulement de l'article 5 alinéa 1 LAsi. L'article 5 alinéa 2 LAsi reste toutefois réservé.

cc) Exclusion de la qualité de réfugié

Les personnes tombant sous le coup de l'article 1(F) de la Convention de 1951 sont certes reconnues implicitement comme ayant la qualité de réfugié mais se voient refuser la reconnaissance de la qualité de réfugié. «La demande d'asile est rejetée et le renvoi est ordonné. Le requérant ne bénéficie alors pas de l'interdiction de refoulement du droit des réfugiés selon l'[article] 5 LAsi et l'[article 33 de la Convention de 1951] car il n'est pas un réfugié. En revanche, vu son caractère absolu, l'interdiction de refoulement relevant du [droit (international) des droits de l'homme selon notamment l'article 3 CEDH] peut lui être appliquée (...). Dans ce cas, l'intéressé obtient une admission provisoire»[1273].

cd) Rejet de la demande d'asile et décision de renvoi

Le Secrétariat d'Etat aux migrations rejette la demande d'asile si le requérant d'asile n'a pas la qualité de réfugié. En même temps qu'il rejette la demande, le Secrétariat d'Etat aux migrations décide du renvoi (art. 44 LAsi). Si le renvoi est illicite, inexigible ou impossible, le requérant d'asile est mis au bénéfice de l'admission provisoire.

ce) Décision de non-entrée en matière avec ou sans admission provisoire

Au cours de la procédure normale, le Secrétariat d'Etat aux migrations peut décider de ne pas entrer en matière sur la demande d'asile. C'est l'article 31a LAsi qui règle les cas de NEM. L'article 31a LAsi s'applique aux situations où la protection de la Suisse n'est pas nécessaire car le requérant ne risque pas d'être persécuté à l'étranger (procédures Dublin, en cas de renvoi dans un Etat tiers sûr) et aux cas économiques et médicaux[1274]. Les décisions de NEM feront l'objet d'un examen plus approfondi dans le cadre de la présentation de la procédure accélérée (cf. ch. 16.7 ss ci-dessous).

Lorsque le requérant d'asile fait l'objet d'une demande d'extradition par son pays d'origine et que le Secrétariat d'Etat aux migrations a rendu une décision de NEM en raison d'une procédure Dublin, ce dernier doit annuler sa décision et reprendre l'examen de la demande étant donné que la personne risque d'être refoulée vers l'Etat censé la persécuter[1275].

[1273] Manuel OSAR, pp. 195 et 196.
[1274] Manuel SEM, Article E1, p. 1.
[1275] Cf. arrêt du TF RR.2014.183 du 22.8.2014 let. g de la partie faits.

cf) Classement

L'autorité compétente en matière d'asile classe la demande sans décision formelle lorsque le requérant d'asile n'a plus aucun intérêt à l'examen matériel de sa requête et plus particulièrement en cas de décès avant la fin de la procédure d'asile. Le Secrétariat d'Etat aux migrations classe également la demande si le requérant la retire au terme de l'entretien de conseil (art. 25a LAsi), s'il la retire dans la perspective d'un retour dans le pays d'origine ou de la poursuite du voyage dans un Etat tiers ou dans la perspective de l'octroi d'une autorisation de séjour (pour autant que le droit à une telle autorisation durant la procédure d'asile existe en vertu de la loi ou de la jurisprudence). Le Secrétariat d'Etat aux migrations classe la demande en cas de violation de l'obligation de collaborer ou de disparition (art. 8 al. 3bis LAsi)[1276]. Le classement peut aussi intervenir en cas de demandes de réexamen infondées ou présentant de manière répétée les mêmes motivations (art. 111b, al. 4, et 111c al. 2 LAsi). La jurisprudence prévoit aussi l'hypothèse où une demande déposée à l'étranger auprès d'une représentation suisse qui est toujours pendante devient sans objet suite à l'entrée illégale en Suisse du requérant pour y déposer une nouvelle demande[1277]. Le classement implique que le Secrétariat d'Etat aux migrations n'examine pas la question du renvoi et ses motifs car elle ne contient aucune décision de renvoi[1278].

[1276] Manuel SEM, Article E5, pp. 4 et 5. Le contenu de l'art. 8 al. 3bis LAsi ne va pas sans poser quelques problèmes. Selon l'art. 8 al. 3bis LAsi, «[l]e requérant qui, sans raison valable, ne respecte pas son obligation de collaborer ou ne se tient pas à la disposition des autorités compétentes en matière d'asile pendant plus de vingt jours renonce [de facto] à la poursuite de la procédure. Sa demande est classée sans décision formelle. Il peut déposer une nouvelle demande au plus tôt après trois ans. Le respect de la [Convention de 1951] est réservé». Cette disposition ressemble à l'ancien art. 32 al. 2 let. a, b et c LAsi sans les motifs excusables prévus à son al. 3. Pour Nufer, l'art. 8 al. 3bis LAsi ne prévoit pas de droit d'être entendu. D'ailleurs, si la personne ne se tient plus à disposition de l'autorité, on ne voit pas comment elle peut faire valoir une raison valable de ne pas avoir respecté son devoir de collaboration ou de ne pas s'être tenue à disposition des autorités. Le régime instauré par l'art. 8 al. 3bis LAsi est d'autant plus problématique que l'art. 36 al. 1 let. a, b et c LAsi prévoit un droit d'être entendu pour des violations plus graves et grossières de l'obligation de collaborer en comparaison de l'art. 8 al. 3bis LAsi. De plus, dans le cadre de l'art. 36 LAsi, le SEM rendra une décision matérielle alors qu'en application de l'art. 8 al. 3bis LAsi la demande est classée. L'art. 8 al. 3bis LAsi prévoit donc des conséquences plus graves pour des violations qui le sont moins. Enfin, dans le cadre de l'art. 8 al. 3bis LAsi, on n'examinera ni les obstacles au renvoi, ni les conditions d'une reconnaissance de la qualité de réfugié. Pour Nufer, cette norme est incompatible avec la Convention de 1951(NUFER, pp. 6, 7 et 8). Le SEM est conscient de l'existence d'un conflit de normes entre l'art. 8 al. 3bis LAsi et l'art. 36 LAsi et propose de le résoudre en donnant la priorité à l'art. 36 LAsi en cas de violation grossière du devoir de collaboration. Pour le Secrétariat d'Etat aux migrations, le requérant d'asile se verra ainsi octroyer un droit d'être entendu (Manuel SEM, Article E5, p. 9). Toutefois, pour le SEM, l'art. 8 al. 3bis LAsi n'est pas applicable lorsque la personne ne se tient pas à la disposition des autorités compétentes en matière d'asile pendant plus de vingt jours car cette hypothèse ne concerne pas une violation grossière de l'obligation de collaboration (Manuel SEM, Article E5, p. 9). Selon Nufer toujours, l'interprétation de l'art. 8 al. 3bis LAsi pose également problème en particulier sur les termes «sans raison valable». Cette auteure propose de se référer à la pratique en vigueur jusqu'ici notamment à la jurisprudence relative à l'art. 8 et à l'ancien art. 32 al. 2 let. a, b et c LAsi (NUFER, p. 4). Il appartiendra alors au TAF de déterminer quand une personne viole «sans raison valable» son devoir de collaboration. Il faut s'attendre à ce que le TAF se réfère à la pratique relative aux anciennes notions d'exigibilité et de possibilité de collaboration ainsi qu'aux motifs excusables (NUFER, pp. 4 et 5). Pour le SEM, l'art. 8 al. 3bis LAsi vise une violation grossière du devoir de collaboration. Il ne doit pas s'agir d'un cas bagatelle (arrivée en retard à une audition). La jurisprudence relative à l'ancien art. 32 al. 2 let. c LAsi définit ce qu'il faut entendre par violation grossière (Manuel SEM, Article E5, p. 8).

[1277] Manuel SEM, Article E5, pp. 4 et 5.

[1278] Manuel SEM, Article E5, p. 4.

16.5.2 Phase contentieuse

a) Recours cantonal

En vertu de l'article 103 LAsi, «[l]es cantons prévoient au moins une instance de recours contre les décisions prises par leurs autorités sur la base de la présente loi et de ses dispositions d'exécution. Les recours contre les décisions cantonales prises en dernière instance sont régis par les dispositions générales de la procédure fédérale, à moins que la loi n'en dispose autrement». Le recours pourra ainsi concerner l'octroi ou le refus d'un permis de séjour (art. 60 et 61 LAsi) ou les décisions prises en matière d'aide sociale (art. 80ss LAsi)[1279].

b) Recours au Tribunal administratif fédéral et au Tribunal fédéral

Le Tribunal administratif fédéral connaît des recours en instance unique contre les décisions du Secrétariat d'Etat aux migrations (art. 105 LAsi) sous réserve de l'article 83 lettre d chiffre 1 LTF qui prévoit la voie de recours au Tribunal fédéral lorsque le requérant d'asile est visé par une demande d'extradition déposée par l'Etat dont il cherche à se protéger. Le recours au Tribunal administratif fédéral contre les décisions du Secrétariat d'Etat aux migrations est régi par la LAsi (art. 105ss LAsi) et la LTAF (art. 31 et 33 LTAF).

Sont notamment attaquables auprès du Tribunal administratif fédéral les décisions de NEM, «le refus de l'asile, le refus de la reconnaissance de la qualité de réfugié; le refus de la protection provisoire; le renvoi; [et] l'exécution du renvoi»[1280]. La question de savoir si la décision de classement sans décision formelle au sens de l'article 8 alinéa 3bis LAsi peut faire l'objet d'un recours au Tribunal administratif fédéral n'a pas encore été tranchée par la jurisprudence[1281]. Nufer considère qu'une telle décision doit pouvoir faire l'objet d'un recours en vertu de l'article 13 CEDH. Pour cela, la décision de classement doit être communiquée par écrit à la personne et indiquer la voie de recours[1282].

En fonction de la décision rendue, le délai de recours varie. Il est de trente jours pour les décisions finales et de dix jours pour les décisions incidentes (art. 108 al. 1 LAsi). Le délai de recours contre les décisions de NEM est de cinq jours (art. 108 al. 2 LAsi).

Selon l'article 83 lettre d chiffre 1 LTF, le recours au Tribunal fédéral est recevable contre les décisions en matière d'asile rendues par le Tribunal administratif fédéral si la personne fait l'objet d'une demande d'extradition déposée par l'Etat dont elle cherche à se protéger. Pratiquement, il s'agit des décisions prises en première instance par le Secrétariat d'Etat aux migrations qui sont susceptibles de recours au Tribunal administratif fédéral selon les articles 105 LAsi et 31 LTAF[1283]. Cette voie de recours a été ouverte dans un souci de coordonner les décisions en matière d'asile et d'extradition,

[1279] SEILER no 48, p. 393.
[1280] ANTONIONI LUFTENSTEINER no 3, p. 791.
[1281] ANTONIONI LUFTENSTEINER nos 11-13, pp. 791-792.
[1282] NUFER, p. 3.
[1283] AUBRY GIRARDIN no 66, p. 909.

d'éviter les décisions contradictoires ainsi que pour tenir dûment compte du principe de non-refoulement[1284]. En vertu de l'article 89 alinéa 2 lettre a LTF, le Département fédéral de justice et police a également qualité pour recourir. Il peut déléguer, par voie d'ordonnance, l'exercice de son droit de recours à l'office fédéral qui lui est subordonné à savoir le Secrétariat d'Etat aux migrations et l'Office fédéral de la justice[1285].

Contrairement au recours au Tribunal fédéral en matière d'extradition, pour que son recours soit recevable en matière d'asile, l'individu n'a pas à faire la démonstration que l'affaire constitue un cas particulièrement important au sens de l'article 84 LTF[1286]. Selon Uebersax, le Tribunal fédéral devrait être saisi de toute décision[1287] et accorder dans le sens inverse à chaque recours contre une décision d'extradition en lien avec une demande d'asile le caractère d'un cas particulièrement important pour effectivement garantir une harmonisation maximale des procédures d'asile et d'extradition[1288]. Or, jusqu'à ce jour, lorsque le Tribunal fédéral a été saisi d'un recours aussi bien contre un arrêt du Tribunal administratif fédéral que contre un arrêt du Tribunal pénal fédéral, il a statué dans deux décisions séparées et examiné la recevabilité du recours en matière d'extradition sur la base des conditions posées à l'article 84 LTF.

En vertu de l'article 83 lettre d chiffre 2 LTF, le Tribunal fédéral connaît aussi des recours contre les arrêts rendus par les tribunaux de dernière instance cantonaux en matière notamment d'octroi ou de refus d'un permis de séjour (art. 60 et 61 LAsi) ou de décisions prises en matière d'aide sociale (art. 80ss LAsi)[1289].

Dans un rapport du 30 octobre 2013 sur les résultats de l'évaluation de la nouvelle organisation judiciaire fédérale, le Conseil fédéral a annoncé que dans le cadre d'un projet de loi visant à modifier ponctuellement le système judiciaire, il proposerait d'habiliter le Tribunal fédéral, sous certaines conditions, à examiner des recours contre des décisions en matière d'asile. Néanmoins, le Conseil fédéral entend privilégier une solution n'autorisant les recours auprès du Tribunal fédéral que si le Tribunal administratif fédéral a expressément déclaré, dans son prononcé, qu'il tranchait une question juridique de principe[1290]. Dans le futur, la compétence du Tribunal fédéral ne se limitera donc plus seulement aux cas où une procédure d'extradition est aussi pendante.

[1284] AUBRY GIRARDIN no 65, p. 909 et HÄBERLI, no 132b ad art. 83 LTF, p. 1048.
[1285] Message du CF FF 2010 1333, p. 1351.
[1286] HÄBERLI, no 132d ad art. 83 LTF, p. 1049 ; UEBERSAX, p. 19.
[1287] UEBERSAX, p. 19 avec référence à l'ATF 138 I 513.
[1288] UEBERSAX, pp. 19 et 20 ; HÄBERLI, no 132d ad art. 83 LTF, p. 1049.
[1289] SEILER no 48, p. 393.
[1290] http://www.parlament.ch/f/suche/pages/geschaefte.aspx?gesch_id=20144214 (lien vérifié le 15.3.2016).

c) Requête à la Cour européenne des droits de l'homme et communication au Comité des Nations Unies contre la torture

En vertu de l'article 34 CEDH, la Cour européenne des droits de l'homme peut recevoir des requêtes de tout individu prétendant être victime d'une violation de la CEDH. Elle n'examine les requêtes que si elles remplissent les critères d'admissibilité définis aux articles 34 et 35 CEDH. En particulier, le demandeur d'asile débouté ne peut invoquer qu'une violation des droits consacrés par la CEDH notamment que le renvoi dans son pays d'origine ou de dernière résidence viole l'article 3 CEDH ou l'article 8 CEDH (art. 34 CEDH). Ainsi, il n'incombe pas à la Cour européenne des droits de l'homme de vérifier comment les Etats honorent leurs obligations selon la Convention de 1951. La Cour a d'ailleurs maintes fois répété que la CEDH ne contient pas de droit à l'asile politique[1291].

La procédure d'examen de la recevabilité des requêtes fait l'objet d'un Règlement de du 1er septembre 2012 édité par la Cour (cf. not. art. 49ss).

Le requérant d'asile débouté peut adresser une communication au Comité des Nations Unies contre la torture. Seule est invocable une violation de la Convention de 1984, laquelle ne contient pas de droit à l'asile politique. En outre, il y a lieu de relever, qu'à la différence de la CEDH, le but de la protection offerte par l'article 3 de la Convention de 1984 est limité aux actes de torture (art. 1 de la Convention de 1984) et ne s'étend pas aux traitements inhumains ou dégradants[1292]. Le Comité contre la torture examine la recevabilité de la requête en application de l'article 22 de la Convention de 1984 et des articles 111ss de son Règlement intérieur du 21 février 2011[1293].

Comme la Cour européenne des droits de l'homme, le Comité contre la torture n'est pas compétent pour vérifier comment les Etats honorent leurs obligations selon la Convention de 1951[1294].

16.6 Procédure à l'aéroport

Il existe un cas dans lequel la demande d'asile, en raison du lieu où elle est déposée, est traitée de manière spécifique. C'est le cas de la demande d'asile présentée à l'aéroport, et plus précisément aux aéroports internationaux de Genève et de Zurich. En cas de dépôt de la demande dans un autre aéroport suisse, la personne est transférée vers le CEP le plus proche[1295]. Selon Matthey, c'est en réalité «la partie "négative" de la procédure d'asile qui est traitée à l'aéroport, à savoir le cas dans lequel les autorités

---

[1291] DE WECK, p. 109. Pour des exemples: arrêts de la CourEDH *Husseini c. Suède* du 13.10.2011 no 10611/09 par. 82, *Hirsi Jamaa et al. c. Italie* du 23.2.2012 [GC], no 27765/09, par. 113, ainsi que décision du CAT *Mohamed c. Grèce* du 28.4.1997 no 40/1996, par. 11.2.

[1292] DE WECK, p. 108; pour des ex. de rejets de recours : décisions du CAT, *M.C. c. Pays-Bas* du 2.5.2003, no 201/2001, par. 3.1, 5.3 et 6.2, *T.M. c. Suède* du 18.11.2003, no 228/2003, par. 4.1 et 6.2; *L.J.R. c. Australie* du 10.11.2008, no 316/2007, par. 4.3 et 6.2.

[1293] CAT, Règlement intérieur, Nations Unies, 1.9.2014, https://documents-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/G14/152/80/PDF/G1415280.pdf?OpenElement (lien vérifié le 14.3.2016).

[1294] DE WECK, p. 109. Pour des ex.: arrêts de la CourEDH *Husseini c. Suède* du 13.10.2011, no 10611/09, par. 82 et *Hirsi Jamaa et al. c. Italie* du 23.2. 2012 [GC], no 27765/09, par. 113 ; décision du CAT *Mohamed c. Grèce*, du 28.4.1997, no 40/1996, par. 11.2.

[1295] COSSY, art. 22 LAsi, no 5, p. 179.

décident (au moins provisoirement) de refuser l'entrée en Suisse. Dans le cas contraire, si le demandeur est autorisé à entrer directement sur le territoire helvétique, sa demande d'asile sera ensuite traitée dans le cadre d'une procédure "normale" ou "accélérée" par [le SEM], mais passant par un [CEP]»[1296]. La procédure d'asile à l'aéroport est une procédure analogue à la procédure d'asile nationale mais elle est plus rapide au niveau des délais[1297], raison pour laquelle elle est assimilée à une procédure accélérée[1298]. Néanmoins, tout en relevant que la procédure à l'aéroport doit se dérouler rapidement, vu que la personne y est retenue et se trouve donc en quelque sorte privée de sa liberté, Cossy qualifie cette procédure de procédure ordinaire[1299]. Le Secrétariat d'Etat aux migrations est chargé du traitement de ces demandes. Le déroulement de cette procédure est réglé aux articles 22 et 23 LAsi.

16.6.1 Phase non contentieuse

a) Détermination de la compétence (procédure Dublin) et établissement des faits

Si la personne dépose sa demande d'asile à l'aéroport de Zurich ou de Genève, le SEM en est immédiatement informé (art. 12 OA 1)[1300]. Le requérant doit décliner son identité et fournir ses documents d'identité. L'autorité cantonale compétente (police de l'aéroport) collecte les données personnelles du requérant, relève ses empreintes digitales et le photographie. Elle peut aussi saisir d'autres données biométriques le concernant et l'interroger sommairement sur les motifs qui l'ont poussé à quitter son pays et sur l'itinéraire emprunté (art. 22 al. 1 LAsi). Cette audition sommaire est néanmoins facultative. Une fois la demande d'asile enregistrée, le Secrétariat d'Etat aux migrations informe la personne qu'elle a la possibilité de faire appel à un conseiller juridique ou à un représentant légal en lui donnant les moyens d'y recourir (art. 7a al. 1 et 2 OA 1)[1301]. Le Secrétariat d'Etat aux migrations vérifie si en vertu des dispositions des accords d'association à Dublin il est en principe compétent pour mener la procédure d'asile (art. 22 al. 1bis LAsi). Dans l'affirmative, le Secrétariat d'Etat aux migrations va ensuite examiner si le requérant d'asile remplit les conditions pour être autorisé à entrer en Suisse. En fonction du résultat de ses vérifications, il décidera soit d'autoriser immédiatement l'entrée en Suisse, soit de la refuser, soit de la refuser provisoirement. Seul le Secrétariat d'Etat aux migrations est compétent pour délivrer l'autorisation d'entrée[1302].

[1296] MATTHEY (2012), p. 129.
[1297] Manuel SEM, Article C2, pp. 1 et 4.
[1298] AIDA, Switzerland, p.17.
[1299] COSSY, art. 22 LAsi, nos 1 et 2, pp. 178 et 179.
[1300] COSSY, art. 22 LAsi, no 7, p. 180.
[1301] SEM, Directive III no 1.4.1.
[1302] SEM, Directive III no 1.4.1.

b) Autorisation (immédiate) d'entrée en Suisse

Si la Suisse est compétente pour traiter la demande, le Secrétariat d'Etat aux migrations pourra immédiatement autoriser l'entrée en Suisse du requérant. Mais il pourra aussi choisir d'autoriser l'entrée, même si la Suisse n'est pas compétente. S'il n'est pas en mesure de prendre immédiatement une décision, il peut refuser de manière provisoire l'entrée en Suisse[1303].

L'article 22 alinéa 1ter lettres a et b LAsi prévoit expressément trois hypothèses permettant l'entrée en Suisse. L'entrée est autorisée si le requérant semble être exposé à un danger pour l'un des motifs énoncés à l'article 3 alinéa 1 LAsi, s'il est menacé de traitements inhumains dans le pays d'où il est directement arrivé ou s'il rend vraisemblable que le pays d'où il est directement arrivé l'obligerait, en violation de l'interdiction du refoulement, à se rendre dans un pays où il semble être exposé à un danger. A côté de ces hypothèses, l'article 22 alinéa 2bis LAsi donne également au Conseil fédéral la faculté de décider dans quels autres cas il autorise l'entrée en Suisse afin d'éviter des cas de rigueur.

L'article 11a alinéas 2, lettres a et b, et 3 OA 1 prévoit trois autres situations dans lesquelles le demandeur est autorisé à entrer en Suisse[1304]. L'entrée est autorisée lorsque le demandeur a des liens étroits avec des personnes vivant en Suisse (art. 11a al. 2 let. a OA 1) ou «lorsque la Suisse est compétente pour mener la procédure d'asile selon le [Règlement Dublin III] et que le requérant d'asile ne s'est pas rendu directement de son Etat d'origine ou de provenance à la frontière suisse, mais rend vraisemblable qu'il a quitté cet Etat pour l'un des motifs énoncés à l'[article 3 alinéa 1 LAsi] et qu'il a cherché à atteindre la frontière suisse sans tarder» (art. 11a al. 2 let. b OA 1). Le Secrétariat d'Etat aux migrations peut également «autoriser l'entrée pour des motifs humanitaires même si la compétence de la Suisse pour mener la procédure d'asile en application du [Règlement Dublin] n'est pas établie (art. 11a al. 3 OA 1).

Enfin, le Manuel du Secrétariat d'Etat aux migrations indique encore trois autres situations où l'entrée en Suisse est autorisée. Ces trois situations répondent à des besoins pratiques. Le Secrétariat d'Etat aux migrations autorise l'entrée en Suisse dans les vingt jours qui suivent le dépôt de la demande d'asile si des clarifications complémentaires doivent être effectuées pour lesquelles le délai de vingt jours ne suffit pas, si le renvoi dans un Etat d'origine ou un Etat tiers n'est pas licite, pas exigible ou pas possible ou si une réadmission dans un pays Dublin peut être envisagée, mais que la réponse n'est pas arrivée dans un délai de vingt jours calendrier[1305].

Si le requérant d'asile est autorisé à entrer en Suisse, il est attribué à un CEP où il sera soumis soit à la procédure normale soit à la procédure accélérée[1306]. Si l'entrée est provisoirement refusée (art. 22 al. 2 LAsi), la procédure continuera alors à se dérouler à l'aéroport[1307].

[1303] COSSY, art. 22 LAsi, nos 24 et 26, p. 186.
[1304] MATTHEY (2012), p. 130.
[1305] Manuel SEM, Article B4 p. 7. Cf. aussi MATTHEY (2012), p. 131.
[1306] MATTHEY (2012), pp. 130 et 131.
[1307] MATTHEY (2012), p. 131.

c) Refus (provisoire) d'entrée en Suisse et assignation d'un lieu de séjour

Selon l'article 22 alinéa 2 LAsi, «[s]'il n'est pas possible de constater immédiatement, sur la base des mesures prévues à l'[alinéa 1 et des vérifications de l'alinéa 1bis], que les conditions d'autorisation d'entrée énoncées à l'[alinéa 1ter] sont remplies, l'entrée est provisoirement refusée». Cette disposition traite donc du refus provisoire et constitue «une exception au principe posé à l'[article 42 LAsi], selon lequel quiconque dépose une demande d'asile en Suisse peut y séjourner jusqu'à la clôture de la procédure»[1308]. Le refus provisoire d'entrée en Suisse peut bien évidemment se muer en refus définitif.

Lorsque le Secrétariat d'Etat aux migrations notifie au requérant que son entrée en Suisse est refusée, il lui assigne un lieu de séjour (art. 22 al. 3 LAsi). Ce refus d'entrée et l'assignation d'un lieu de séjour sont notifiés par la police de l'aéroport au requérant d'asile dans les deux jours ouvrables suivant le dépôt de sa demande[1309]. Le droit d'être entendu doit être préalablement octroyé à la personne qui doit avoir la possibilité de se faire représenter. Le requérant d'asile est également informé qu'il peut former un recours auprès du Tribunal administratif fédéral contre le refus d'entrée en Suisse et l'attribution du lieu de séjour à tout moment durant son séjour dans la zone de transit de l'aéroport (art. 22 al. 4 et art. 108 al. 3 et 4 LAsi).

Après avoir attribué le requérant à la zone de transit, le Secrétariat d'Etat aux migrations planifie une audition sur les données personnelles (ou audition sommaire). «Le SEM peut néanmoins immédiatement ordonner une audition sur les motifs d'asile au sens de l'article 29 LAsi (art. 22 al. 6 LAsi)»[1310]. L'audition sommaire est conduite par le Secrétariat d'Etat aux migrations à Genève et par la police à Zurich. Au moment de cette audition, le Secrétariat d'Etat aux migrations mène un entretien de conseil avec le requérant (art. 25a LAsi). Il recourt, au besoin, aux services d'un interprète pour mener à bien l'audition. Celle-ci est consignée dans un procès-verbal signé par la personne chargée de l'audition, par le requérant d'asile et éventuellement l'interprète. Cette audition se déroule dans les mêmes circonstances qu'une audition fédérale. Un représentant des œuvres d'entraide est également présent durant cette audition[1311].

Par cette audition, il s'agira d'obtenir des éclaircissements sur l'identité et la nationalité du requérant, sur ses rapports avec des personnes vivant en Suisse ou dans un Etat tiers, sur l'itinéraire emprunté, sur les circonstances du départ (art. 22 al. 1 LAsi) ainsi que sur la détermination de l'Etat responsable du traitement de la demande d'asile conformément au Règlement Dublin. A ce stade de la procédure, un droit d'être entendu doit être accordé au requérant d'asile s'il y a des doutes concernant la minorité, la nationalité ou la compétence d'un autre Etat Dublin (art. 22 al. 1bis LAsi)[1312].

[1308] COSSY, art. 22 LAsi, nos 29 et 31, p. 187.
[1309] COSSY, art. 22 LAsi, no 49, p. 193.
[1310] COSSY, art. 22 LAsi, no 34, p. 188.
[1311] Manuel SEM, Article C2, pp. 6 et 7.
[1312] MATTHEY (2012), pp. 129 et 130; Manuel SEM, Article C2, pp. 5 et 6.

Si le Secrétariat d'Etat aux migrations ne s'estime pas compétent pour mener la procédure d'asile, il rend une décision de NEM au sens de l'article 31a alinéa 1 lettre b LAsi et prend les mesures nécessaires pour renvoyer le demandeur d'asile à l'Etat responsable du traitement de la demande[1313].

Lorsque les faits établis ne sont pas suffisants pour une prise de décision sur la suite de la procédure, le Secrétariat d'Etat aux migrations peut ordonner d'autres mesures d'instruction, comme par exemple une analyse de provenance ou une analyse linguistique[1314].

Après avoir effectué l'audition sur les données personnelles, le Secrétariat d'Etat aux migrations procède à une analyse sommaire du dossier et examine les cas spéciaux (not. pratique de l'asile spécifique au pays, motifs en relation avec une persécution de nature sexuelle, problèmes médicaux, demande d'ambassade, mineur non accompagné, procédure Dublin ou demande de réadmission). Après cette analyse du dossier, le Secrétariat d'Etat aux migrations peut rendre une décision matérielle négative avec renvoi (art. 40 LAsi), une décision de NEM avec renvoi (Dublin et autres; art. 31a LAsi) — confirmant ainsi le refus d'entrée — ou encore autoriser l'entrée en Suisse avec ou sans audition sur les motifs d'asile (art. 23 al. 2 LAsi) et attribuer directement le requérant à un canton qu'il désigne (art. 22 al. 6 LAsi). Enfin, il peut procéder au transfert d'un mineur non accompagné, âgé de moins de quatorze ans, dans le CEP le plus proche[1315].

Les décisions matérielles négatives, les décisions de NEM ainsi que les autorisations d'entrée en Suisse doivent être rendues dans un délai de vingt jours après le dépôt de la demande d'asile à l'aéroport (art. 23 al. 2 LAsi)[1316]. Si la procédure est plus longue et par conséquent si le Secrétariat d'Etat aux migrations n'arrive pas à prendre de décisions dans les vingt jours, il doit autoriser l'entrée en Suisse et attribuer le requérant à un canton (art. 23 al. 2 LAsi)[1317]. Dans les autres cas, la procédure à l'aéroport s'applique conformément aux articles 23, 29, 30, 36 et 37 (art. 22 al. 6 LAsi).

Si le Tribunal administratif fédéral accepte le recours d'un requérant d'asile contre une décision d'attribution rendue au sens de l'article 22 alinéa 2 LAsi ou contre une décision prévue à l'article 23 alinéa 1 LAsi, le Secrétariat d'Etat aux migrations accorde une autorisation d'entrée et attribue directement la personne concernée à un canton (art. 23 al. 2 LAsi)[1318].

[1313] Manuel SEM, Article C2, p. 6.
[1314] Manuel SEM, Article C2, p. 6.
[1315] Manuel SEM, Article C2, p. 6.
[1316] Manuel SEM, Article C2, p. 6.
[1317] COSSY, art. 22 LAsi, no 34, p. 188.
[1318] SEM, Directive III, no 1.4.4.

d) Décisions dans le cadre de la procédure à l'aéroport

La procédure à l'aéroport a lieu lorsque le requérant d'asile se voit refuser l'autorisation d'entrer en Suisse. Deux décisions sont donc spécifiques à la procédure à l'aéroport. Il s'agit du refus de l'autorisation d'entrée en Suisse et de l'assignation d'un lieu de séjour. Cela ne signifie toutefois pas que sa demande d'asile n'est pas examinée à l'aéroport si le Secrétariat d'Etat aux migrations parvient à le faire dans le délai de vingt jours. En effet, ce dernier peut décider de rejeter la demande d'asile déjà à l'aéroport si l'audition fait manifestement apparaître que le requérant n'est pas parvenu à prouver sa qualité de réfugié ni à la rendre vraisemblable et si aucun motif ne s'oppose à son renvoi de Suisse (art. 23 al. 1 LAsi). La décision doit être motivée au moins sommairement (art. 40 LAsi). Il peut également classer la demande si le requérant renonce à sa demande d'asile (art. 25a LAsi). Le Secrétariat d'Etat aux migrations peut encore rendre des décisions de NEM (art. 31 al. 1 et 3 LAsi) voire reconnaître la qualité de réfugié avec ou sans octroi de l'asile. Si le requérant d'asile se voit autoriser l'entrée en Suisse la procédure normale s'applique.

Au vu de ce qui précède, on relève que le Secrétariat d'Etat aux migrations peut rendre les mêmes décisions à l'aéroport que sur le territoire suisse si le délai de vingt jours fixé dans la loi est respecté. «En ce sens, la procédure à l'aéroport est une sorte de procédure "parallèle" à celle qui vaut à l'intérieur du territoire helvétique et qui passe par un [CEP]; en vertu du renvoi fait par l'[article 22 alinéa 6] LAsi, les mêmes garanties de procédure s'appliquent»[1319]. Il sera notamment procédé à l'audition sur les motifs d'asile (art. 29 LAsi). Toutefois, Matthey est de l'avis que pour «mieux protéger les droits fondamentaux des requérants (notamment la liberté personnelle et l'interdiction de non-refoulement), les décisions à l'aéroport ne devraient concerner que les décisions prises en application du règlement de Dublin et celles concernant des demandes manifestement infondées»[1320].

16.6.2 Phase contentieuse

a) Recours au Tribunal administratif fédéral et au Tribunal fédéral

Le requérant d'asile peut former un recours auprès du Tribunal administratif fédéral contre le refus d'entrée en Suisse et l'attribution à la zone de transit de l'aéroport (art. 108 al. 3 et 4 LAsi), contre «le refus de la reconnaissance de la qualité de réfugié, le refus de l'asile, l'exécution du renvoi, la non-entrée en matière sur la demande d'asile»[1321]. Le recours contre le refus d'entrée en Suisse et l'attribution à la zone de transit de l'aéroport peut être formé à tout moment durant le séjour dans ladite zone (art. 108 al. 3 et 4 LAsi) tant que la décision de rejet de la demande ou de NEM prise en vertu de l'article 23 alinéa 1 LAsi[1322] n'a pas été notifiée (art. 108 al. 3 LAsi). Le délai

[1319] MATTHEY (2012), pp. 132 et 133. Cf. COSSY, art. 22 LAsi, no 64, p. 196
[1320] MATTHEY (2012), p. 133.
[1321] ANTONIONI LUFTENSTEINER no 4, p. 792.
[1322] L'art. 23 al. 1 LAsi est ainsi libellé: «[s]'il refuse l'entrée en Suisse, le SEM peut ne pas entrer en matière sur la demande d'asile ou la rejeter».

de recours contre les décisions de NEM et contre les décisions visées à l'article 23 alinéa 1 et à l'article 40 en relation avec l'article 6a alinéa 2 lettre a LAsi est de cinq jours.

Selon l'article 83 lettre d chiffre 1 LTF, le requérant peut former un recours au Tribunal fédéral contre l'arrêt du Tribunal administratif fédéral s'il fait aussi l'objet d'une demande d'extradition de l'Etat prétendument persécuteur. En vertu de l'article 89 alinéa 2 lettre a LTF, le Département fédéral de justice et police a également qualité pour recourir. Il peut déléguer, par voie d'ordonnance, l'exercice de son droit de recours à l'office fédéral qui lui est subordonné[1323]. En règle générale, l'extradable se trouve en détention extraditionnelle si bien que la question du refus d'entrée en Suisse et d'attribution à la zone de transit de l'aéroport ne devrait pas se poser. Si contre toute attente des décisions de refus d'entrée en Suisse et d'assignation d'un lieu de séjour devaient être prises, force est de constater qu'elles n'ont pas d'incidence proprement dite sur la demande d'asile. La voie du recours contre de telles décisions ne devrait donc pas être ouverte au Tribunal fédéral.

b) Requête à la Cour européenne des droits de l'homme et communication au Comité des Nations Unies contre la torture

Les décisions de refus de l'entrée et d'attribution d'un lieu de séjour ne visent pas le renvoi de la personne. Elles ne sont donc pas susceptibles de constituer une violation de l'article 3 CEDH respectivement de l'article 3 de la Convention de 1984. Par contre l'assignation à un lieu de séjour équivaut à une mesure restrictive de la liberté et peut ainsi violer l'article 5 CEDH. Une requête à la Cour européenne des droits de l'homme est donc envisageable pour ce motif.

16.7 Procédure accélérée: décisions de non-entrée en matière

16.7.1 Phase non contentieuse

L'article 31a LAsi énumère de manière exhaustive les motifs de NEM[1324] qui sont au nombre de six: quatre relèvent de la réglementation de l'Etat tiers sûr (art. 31a al. 1 let. a et c à e LAsi), un de la procédure Dublin (art. 31a al. 1 let. b LAsi) et le dernier motif tient à l'absence de fondement de la demande d'asile (art. 31a al. 3 LAsi). Sont ainsi réglés par la procédure de NEM tous les motifs pouvant conduire au renvoi dans un Etat tiers sûr. Renoncer à rendre une décision de non-entrée en matière dans ces cas-là aurait pour conséquence de reconnaître l'asile à des requérants remplissant les conditions de reconnaissance de la qualité de réfugié alors même qu'ils auraient pu retourner dans un Etat tiers sûr[1325]. Dans les autres cas, le Secrétariat d'Etat aux migrations rejette la

[1323] Message du CF FF 2010 1333, p. 1351.
[1324] MAIANI (2015) no 1, p. 281.
[1325] Avant l'entrée en vigueur le 1.2.2014 du nouvel art. 31a LAsi, la LAsi prévoyait plusieurs motifs de NEM pour lesquels la procédure était donc «accélérée». Il s'agissait des anciens articles 32 à 35a LAsi. Ce système avait été jugé trop complexe et opaque. Il a donc été simplifié et réduit à quelques motifs de NEM (Message du CF FF 2010 4035, p. 4061). Avec cet art. 31a LAsi, le Conseil fédéral a donc voulu réserver la procédure de NEM aux cas Dublin, aux requérants renvoyés dans un pays tiers sûr et aux demandes qui ne concernent pas l'asile du fait qu'elles invoquent, par exemple des raisons d'ordre exclusivement économique ou médical (art. 31a LAsi). La proposition de se limiter à quelques motifs clairs de NEM a pour but d'éviter à l'avenir que le TAF n'enjoigne le SEM de procéder à un nouvel

demande d'asile si la qualité de réfugié n'est ni prouvée ni rendue vraisemblable ou s'il existe un motif d'exclusion au sens des articles 52 à 54 LAsi (art. 31a al. 4 LAsi).

En cas de décision de NEM fondée sur l'article 31a alinéa 1 LAsi, seul un droit d'être entendu est accordé au requérant (art. 36 al. 1 LAsi). En même temps qu'il n'entre pas en matière, le Secrétariat d'Etat aux migrations ordonne le renvoi de la personne vers l'Etat de provenance ou l'Etat tiers.

a) Incompétence en vertu des accords d'association à Dublin

Selon l'article 31a alinéa 1 lettre b LAsi, le Secrétariat d'Etat aux migrations n'entre en règle générale pas en matière sur une demande d'asile si le requérant «peut se rendre dans un Etat tiers compétent, en vertu d'un accord international, pour mener la procédure d'asile et de renvoi». Pour le Conseil fédéral, des décisions de NEM doivent en effet aussi pouvoir être rendues dans la procédure Dublin du fait qu'en procédant à l'examen matériel d'une demande d'asile, la Suisse endosserait la responsabilité de l'exécution d'une procédure d'asile ou d'une procédure de renvoi. Cette situation serait contraire au principe même du Règlement Dublin. Il ne devrait donc pas être entré en matière dès lors qu'une requête n'est pas considérée comme une demande d'asile au sens de la LAsi[1326].

b) Non-entrée en matière en l'absence de risque de persécution à l'étranger

Selon l'article 31a LAsi, le Secrétariat d'Etat aux migrations n'entre en règle générale pas en matière sur une demande d'asile si le requérant «peut retourner dans un Etat tiers sûr au sens de l'[article 6a alinéa 2 lettre b] LAsi dans lequel il a séjourné auparavant» (al. 1 let. a). Selon Maiani, «[n]i la durée du séjour préalable, ni l'existence d'un lien particulièrement étroit entre le requérant et l'Etat en question ne sont déterminants (...). La question de savoir si une procédure d'asile dans ce pays a déjà abouti à une décision — négative ou positive — est sans importance. Ainsi, la [lettre] a vise aussi bien les pays où une demande peut être introduite ou est pendante, les pays où le requérant a déjà obtenu l'asile ou une protection comparable, et les pays qui ont déjà rejeté la demande»[1327].

Le Secrétariat d'Etat aux migrations n'entre, en règle générale, pas non plus en matière sur une demande d'asile s'il peut retourner dans un Etat tiers, qui n'a pas été désigné comme Etat tiers sûr, mais dans lequel le requérant a séjourné auparavant (al. 1 let. c), s'il «peut poursuivre son voyage vers un Etat tiers pour lequel il possède un visa et dans lequel il peut demander protection» (al. 1 let. d) et s'il «peut poursuivre son voyage vers un Etat tiers dans lequel vivent des proches parents ou des personnes avec lesquelles il entretient des liens étroits» (al. 1 let. e). Selon l'alinéa 2 de l'article 31a LAsi, l'alinéa

examen matériel des décisions (Message du CF FF 2010 4035, pp. 4044 à 4047). Une procédure matérielle d'asile doit par conséquent être effectuée pour toutes les autres demandes d'asile qui n'entrent pas dans le champ d'application de l'art. 31a al. 1 et 3 LAsi (Message du CF FF 2010 4035, p. 4085).

[1326] Message du CF FF 2010 4035, p. 4085.

[1327] MAIANI (2015) no 5, p. 283.

1 lettres c à e «n'est pas applicable lorsque en l'espèce le [Secrétariat d'Etat aux migrations] est en présence d'indices selon lesquels l'Etat tiers n'offre pas une protection effective au regard du principe du non-refoulement visé à l'[article 5 alinéa 1 LAsi]».

Les termes «en règle générale» utilisés à l'article 31a alinéa 1 LAsi (phrase introductive) indique clairement que le Secrétariat d'Etat aux migrations est libre de traiter matériellement les demandes d'asile. Il en va par exemple ainsi lorsque, dans un cas d'espèce, le droit constitutionnel ou le droit international s'opposent à un renvoi. De plus, il y a lieu de vérifier systématiquement si l'exécution du renvoi est licite ou raisonnablement exigible (cf. art. 44 LAsi).

Le Conseil fédéral entend assimiler aux Etats tiers sûrs les pays où le requérant a déjà obtenu l'asile ou une protection effective comparable (*first country of asylum*) avant d'arriver en Suisse. Le requérant doit avoir séjourné préalablement dans l'Etat en question. Ni la durée du séjour ni l'existence d'un lien particulier entre le requérant et l'Etat tiers ne sont déterminants. Par contre, et pour permettre l'exécution efficace du renvoi, il convient dans tous les cas d'obtenir une garantie de réadmission par l'Etat concerné. De plus, le requérant doit pouvoir trouver protection auprès de cet Etat tiers sûr. Lorsque le requérant a déjà été reconnu comme réfugié dans un Etat tiers sûr, l'article 31a alinéa 1 lettre a LAsi s'applique à l'exclusion de l'article 31a alinéa 1 lettre b ou c LAsi. En effet, l'article 31a alinéa 1 lettre c LAsi suppose que l'intéressé n'a pas pu obtenir la reconnaissance de la qualité de réfugié par une autorité étrangère[1328].

c) Absence de fondement de la demande d'asile

En vertu de l'article 31a alinéa 3 LAsi, le Secrétariat d'Etat aux migrations n'entre pas en matière sur les demandes d'asile qui ne satisfont pas aux conditions fixées à l'article 18 LAsi. Cette disposition est notamment applicable lorsque la demande d'asile est déposée exclusivement pour des raisons économiques ou médicales. La notion de persécution figurant à l'article 18 LAsi est interprétée de manière large, c'est-à-dire qu'elle comprend non seulement les sérieux préjudices déterminants pour la reconnaissance de la qualité de réfugié au sens de l'article 3 LAsi mais aussi les obstacles au renvoi au sens des articles 44 LAsi et 83 LEtr[1329].

16.7.2 Phase contentieuse

a) Recours au Tribunal administratif fédéral et au Tribunal fédéral

Toute décision de NEM rendue en application de l'article 31a alinéas 1 et 3 LAsi est susceptible d'un recours auprès du Tribunal administratif fédéral conformément à l'article 105 LAsi. Le délai de recours est de cinq jours ouvrables dès la notification de la décision (art. 108 al. 2 LAsi). Lorsqu'il est saisi d'un recours contre une décision de NEM, le Tribunal administratif fédéral se limite à examiner le bien fondé de la décision.

[1328] Manuel SEM, Article E1, p. 5.
[1329] Manuel SEM, Article E1, p. 5.

S'il admet le recours, la cause est renvoyée au Secrétariat d'Etat aux migrations pour nouvelle décision. La question de la reconnaissance de la qualité de réfugié et de l'octroi de l'asile ne peut donc faire l'objet d'un examen matériel dans le cadre d'un recours contre une décision de NEM. Par contre, sur la question du renvoi et de son exécution, le Tribunal administratif fédéral dispose d'un pouvoir de cognition entier car ces points ont déjà été appréciés matériellement de manière circonstanciée par le Secrétariat d'Etat aux migrations[1330].

Lorsque le requérant fait l'objet d'une demande d'extradition de l'Etat prétendument persécuteur, il risque donc d'être renvoyé dans cet Etat. Dans un tel cas de figure, le Secrétariat d'Etat aux migrations annulera sa décision de NEM prise dans les hypothèses de l'article 31 alinéas 1 et 2 LAsi et reprendra l'examen de la demande d'asile. En pratique, il n'y aura donc pas de recours au Tribunal fédéral contre des décisions de NEM. Si tel devait néanmoins être le cas, avec l'annulation de la décision de NEM, le recours deviendrait sans objet.

b) Requête à la Cour européenne des droits de l'homme et communication au Comité des Nations Unies contre la torture

Les décisions de NEM peuvent faire l'objet d'une requête devant la Cour européenne des droits de l'homme pour violation de l'article 3 ou de l'article 8 CEDH. Tel peut être le cas si des indices permettent de renverser la présomption d'Etat sûr ou d'Etat tiers sûr. Ainsi, dans l'affaire *Tarakhel c. Suisse*, la Cour européenne des droits de l'homme a jugé qu'il y aurait violation de l'article 3 CEDH si les requérants devaient être renvoyés en Italie sans que les autorités suisses n'aient au préalable obtenu des autorités italiennes une garantie individuelle concernant, d'une part, une prise en charge adaptée à l'âge des enfants et, d'autre part, la préservation de l'unité familiale. Dans cet arrêt, la Cour européenne des droits de l'homme a rappelé que «la présomption selon laquelle un Etat participant au système "Dublin" respecte les droits fondamentaux prévus par la [CEDH] n'est pas irréfragable» [1331]. Elle a également rappelé que, «[p]our sa part, la Cour de justice de l'Union européenne [CJUE] a jugé que la présomption selon laquelle un Etat "Dublin" respecte ses obligations découlant de l'article 4 de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne était renversée en cas de "défaillances systémiques de la procédure d'asile et des conditions d'accueil des demandeurs d'asile dans l'Etat membre responsable, impliquant un traitement inhumain ou dégradant au sens de l'article 4 de [ladite] Charte des demandeurs d'asile transférés vers le territoire de cet Etat membre". Ainsi pour la Cour européenne des droits de l'homme, «[d]ans le cas d'un renvoi "Dublin", la présomption selon laquelle un Etat contractant "de destination" respecte l'article 3 CEDH peut donc être valablement réfutée en présence de "motifs sérieux et avérés de croire" que la personne objet de la mesure de renvoi courra un "risque réel" de subir des traitements contraires à cette disposition dans l'Etat de destination»[1332].

[1330] Manuel SEM, Article E1, pp. 8 et 9.
[1331] Arrêt de la CourEDH *Tarakhel c. Suisse* [GC] du 4.11.2014 no 29217/12, par. 103 et 104.
[1332] Arrêt de la CourEDH *Tarakhel c. Suisse* [GC] du 4.11.2014 no 29217/12, par. 103 et 104.

Seules les décisions de renvoi susceptibles de constituer une violation de l'article 3 de la Convention de 1984 seront considérées comme recevables devant le Comité des Nations Unies contre la torture.

16.8 Procédure accélérée en phase de test

Une procédure accélérée est actuellement testée au «centre de la Confédération» situé à Zurich. Elle est conçue pour tester la restructuration du domaine de l'asile en Suisse et revêt ainsi une grande importance pour la future forme de la procédure d'asile. Cette procédure est réglée par l'article 112b LAsi et l'OTest. Son but principal est d'accélérer la procédure d'asile [1333]. Le législateur a néanmoins tenu à préciser que «[l]a participation aux phases de test ne doit procurer aucun avantage ni causer de préjudice au requérant quant à la décision relative à sa demande d'asile» (art. 6 OTest).

En vertu de l'article 4 alinéa 1 OTest, «[l]es requérants dont la demande d'asile doit être traitée dans le cadre de phases de test sont choisis de manière aléatoire et assignés à un centre de la Confédération». A la lecture de cette disposition, il paraît peu probable que l'on choisisse des requérants d'asile visés par une demande d'extradition ou que l'on continue la procédure dans un tel centre pour des requérants d'asile visés par une demande d'extradition.

La procédure accélérée est précédée d'une phase préparatoire (art. 16 OTest) de 21 jours au maximum qui vise à clarifier certains points et à mener une première audition. Lorsque la phase préparatoire est terminée, la procédure accélérée lui succède, laquelle dure entre huit et dix jours ouvrables (art. 17 al. 1 OTest). Elle se termine soit par une décision d'asile, soit par la transition en procédure élargie où il s'agira d'entreprendre d'autres clarifications («procédure hors phases de test»; art. 19 OTest)[1334].

Plusieurs mesures annexes sont prises pour empêcher que le déroulement accéléré de la procédure ne porte préjudice à son équité et à l'Etat de droit. Ces mesures visent à garantir les droits des requérants d'asile. Une consultation indépendante sur la procédure d'asile leur est ainsi accordée dès le début de la phase préparatoire. Chaque requérant d'asile se voit en outre attribuer gratuitement un représentant juridique, à moins qu'il n'y renonce expressément (art. 25 al. 1 OTest). L'attribution a lieu avant la première audition et vaut pendant la phase préparatoire et la phase accélérée. La représentation juridique gratuite prend fin avec l'entrée en force de la décision en cas de procédure accélérée ou de procédure Dublin ou jusqu'à ce qu'il soit décidé de réaliser la procédure hors phase de test (art. 25 al. 3 OTest). La représentation juridique prend également fin lorsque le représentant attribué communique au requérant d'asile «qu'il n'est pas disposé à déposer un recours parce que celui-ci serait voué à l'échec» (art. 25 al. 4 OTest). En procédure élargie (hors phase de test), la représentation juridique est régie par la LAsi[1335].

[1333] https://www.osar.ch/droit-dasile/procedure-dasile/phase-test.html (lien vérifié le 15.3.2016).
[1334] https://www.osar.ch/droit-dasile/procedure-dasile/phase-test.html (lien vérifié le 15.3.2016).
[1335] https://www.osar.ch/droit-dasile/procedure-dasile/phase-test.html (lien vérifié le 15.3.2016).

Au cours de la procédure, le représentant juridique reçoit un projet de décision d'asile dans tous les cas où le Secrétariat d'Etat aux migrations entend prendre une décision négative (art. 17 al. 2 let. e et f OTest). Ce représentant dispose alors d'un délai de vingt-quatre heures pour prendre position sur ce projet[1336]. Le Secrétariat d'Etat aux migrations rédige ensuite la décision finale et la notifie (art. 17 al. 2 let. g et h OTest).

En dérogation à l'article 108 alinéa 1 LAsi, le recours contre une décision d'asile rendue lors d'une procédure accélérée au sens de l'article 17 doit être déposé dans les dix jours qui suivent la notification de cette décision.

L'assignation à un centre de la Confédération en vertu de l'article 4 alinéa 3 OTest «ne peut être attaquée que dans le cadre d'un recours contre la décision finale et uniquement pour violation du principe de l'unité de la famille» (art. 37 al. 1 OTest). Quant à la décision visée à l'article 17 alinéa 2 lettre d OTest («triage: poursuite de la procédure accélérée ou passage à la procédure hors phases de test»), elle «ne peut être attaquée que dans le cadre d'un recours contre la décision finale» (art. 37 al. 2 OTest).

Le 5 juin 2016 le peuple suisse a accepté la modification de la LAsi en vue d'accélérer les procédures. Les nouvelles dispositions, qui entreront en vigueur le 1er octobre 2016, introduiront dans la LAsi les solutions testées au «centre de la Confédération» de Zurich.

16.9 Autres décisions en matière d'asile

16.9.1 Second asile

L'asile peut être accordé à un réfugié qui a obtenu l'asile ou qui a été admis d'une autre manière par un autre Etat et qui séjourne légalement en Suisse sans interruption depuis au moins deux ans (art. 50 LAsi)[1337]. On parle alors de second asile.

Selon le Conseil fédéral, l'article 50 LAsi a pour but de «donner aux réfugiés la possibilité de transférer leur domicile dans un autre pays signataire de la [Convention de 1951] et d'obtenir l'asile dudit pays»[1338]. Cette disposition est complétée par l'Accord européen sur le transfert de la responsabilité à l'égard des réfugiés, conclu à Strasbourg le 16 octobre 1980 (Accord de 1980)[1339]. Lorsqu'un réfugié provenant d'un pays partie à cet Accord demande à obtenir l'asile en Suisse, l'autorité suisse compétente devra examiner si les conditions dudit Accord et de l'article 50 LAsi sont remplies. Si le réfugié provient d'un autre pays, notamment de la France ou de l'Autriche qui ne sont pas parties audit Accord, ce dernier s'applique par analogie[1340]. Selon Nguyen, «en dehors de l'[article] 50 LAsi et des dispositions de l'Accord de 1980, la Suisse n'est tenue par aucune autre norme nationale ou internationale d'admettre sur son territoire une personne qui a obtenu l'asile ou une protection effective comparable dans un autre Etat»[1341].

[1336] https://www.osar.ch/droit-dasile/procedure-dasile/phase-test.html (lien vérifié le 15.3.2016).
[1337] Cf. Manuel SEM, Article F3.
[1338] Message du CF FF 1996 II 1, p. 67; NGUYEN, art. 50 LAsi, no 5, p. 393.
[1339] RS.0.142.305.
[1340] JICRA 2002/10 consid. 5b et 6 et NGUYEN, art. 50 LAsi, no 14, p. 395.
[1341] NGUYEN, art. 50 LAsi, no 4, p. 393.

Pour obtenir un second asile, la personne doit avoir obtenu l'asile ou être reconnue comme réfugié dans un autre Etat ou par le Haut Commissariat des Nations Unies pour les réfugiés, pour autant toutefois qu'elle ait reçu une protection (effective) dans l'Etat de premier refuge comprenant l'interdiction de refoulement et un droit *de facto* à un séjour prolongé. Cette protection doit donc comprendre une autorisation durable de séjour dans ce pays. Cette autorisation peut toutefois revêtir n'importe quelle forme[1342]. En outre, la personne doit séjourner de manière légale, effective et ininterrompue en Suisse depuis au moins deux ans. Dans le calcul des deux ans de séjour effectif et ininterrompu doit être inclue la période durant laquelle le réfugié a été autorisé à résider sur le territoire suisse dans l'attente qu'une décision soit prise sur sa demande d'autorisation ordinaire, mais non temporaire[1343]. L'autorisation doit donc concerner un séjour stable en Suisse[1344]. Si l'article 50 LAsi exige que le séjour soit ininterrompu et effectif, cela ne signifie toutefois pas que des exceptions ne puissent pas être prévues. Il en irait ainsi lorsque pour des raisons impérieuses la personne concernée doit séjourner ou se rendre à l'étranger. Le délai de deux ans peut également faire l'objet de dérogations[1345]. Etant donné que la personne a déjà été reconnue comme réfugié, l'extradition est en principe exclue.

16.9.2 Asile accordé aux familles et à des groupes de réfugiés

Pour autant qu'aucune circonstance particulière ne s'y oppose, le conjoint ou le partenaire enregistré (art. 79a LAsi) d'un réfugié et ses enfants mineurs sont reconnus comme réfugiés et obtiennent l'asile (art. 51 al. 1 LAsi). De même, l'enfant né en Suisse de parents réfugiés obtient également le statut de réfugié (art. 51 al. 3 LAsi). Si les ayants droit définis à l'alinéa 1 ont été séparés par la fuite et se trouvent à l'étranger, leur entrée en Suisse sera autorisée sur demande (art. 51 al. 4 LAsi)[1346]. On parle alors d'asile dérivé ou de qualité de réfugié dérivée[1347].

Selon le Conseil fédéral, «[l]'idée directrice de l'asile accordé aux familles consiste à régler de manière uniforme le statut du noyau familial, tel qu'il existait au moment de la fuite, pour autant que ses membres possèdent la même nationalité que le réfugié. Cette réglementation uniforme se justifie, étant donné que l'on part de l'idée que les membres les plus proches de la famille du réfugié ont souffert eux aussi de la persécution de leur conjoint ou de leur parent dans l'Etat d'origine ou qu'ils ont eux-mêmes risqué d'être persécutés. Il importe peu, dans ce contexte, que certains membres de la famille aient fait ou non l'objet de persécutions réelles. En définitive, la condition [*sine qua non*] de l'asile accordé aux familles est l'existence d'un noyau familial au moment de la fuite»[1348].

[1342] ATAF 2014/40 consid. 3.4.7 et NGUYEN, art. 50 LAsi, no 16, p. 396.
[1343] JICRA 2002/10 consid. 4c et 4d et NGUYEN, art. 50 LAsi, no 14, p. 395.
[1344] NGUYEN, art. 50 LAsi, no 14, p. 395.
[1345] NGUYEN, art. 50 LAsi, nos 21ss, pp. 398 à 400.
[1346] GATTIKER cité par NGUYEN, art. 51 LAsi, no 8, p. 405.
[1347] Message du CF FF 1996 II 1, p. 67.
[1348] Cf. Manuel SEM, Article F4.

L'asile familial signifie que la personne à qui la qualité de réfugié est étendue ne remplit pas elle-même toutes les conditions pour la reconnaissance de la qualité de réfugié à titre originaire. Autrement dit, l'asile familial est accordé lorsque la persécution réfléchie n'est pas suffisante pour conduire à la reconnaissance de la qualité de réfugié à la personne concernée. «[U]ne fois cette qualité dérivée reconnue, la personne concernée est mise au bénéfice de l'asile, d'où l'expression *asile familial*»[1349].

L'asile peut également être octroyé par la Suisse à des groupes de réfugiés en période de tensions internationales accrues, en cas de conflit armé dans lequel la Suisse n'est pas engagée, ou lorsqu'a lieu, en temps de paix, un afflux inhabituel de requérants d'asile aussi longtemps que les circonstances le permettent (art. 55). L'asile est octroyé à des groupes importants de réfugiés par décision du Conseil fédéral. S'il s'agit de petits groupes, la décision est prise par le Département fédéral de justice et police. Le Secrétariat d'Etat aux migrations désigne les groupes de réfugiés (art. 56 LAsi).

Le membre de la famille ou du groupe de réfugiés au bénéfice de l'asile ne peut être extradé à l'Etat prétendument persécuteur. Se pose néanmoins la question de la révocation de l'asile étant donné que le bénéficiaire de cet asile ne remplit pas ou peut ne pas remplir toutes les conditions à la reconnaissance du statut de réfugié.

16.9.3 Révocation et extinction de l'asile

L'asile est révoqué ou la qualité de réfugié est retirée en application de l'article 63 alinéas 1 et 2 LAsi lorsque l'étranger a obtenu l'asile frauduleusement, a commis des actes particulièrement répréhensibles, a porté atteinte ou risque de compromettre la sécurité intérieure ou extérieure de la Suisse voire encore pour les motifs énoncés à l'article 1(C) chiffres 1 à 6 de la Convention de 1951. Il y a lieu de noter que dans les cas prévus à l'article 63 alinéa 1 LAsi, la qualité de réfugié peut être retirée simultanément[1350]. La révocation est une décision prise par le Secrétariat d'Etat aux migrations susceptible de recours au Tribunal administratif fédéral[1351]. La révocation de l'asile n'entraîne pas automatiquement le retrait du statut de réfugié. La personne concernée pourra ainsi être mise au bénéfice d'une admission provisoire[1352].

L'asile s'éteint en application de l'article 64 alinéa 1 LAsi, lorsque le réfugié a séjourné plus d'un an à l'étranger[1353], lorsqu'il a obtenu dans un autre pays l'asile ou l'autorisation d'y résider à demeure, lorsqu'il y renonce ou par l'exécution du renvoi ou de l'expulsion. «Le renvoi ou l'expulsion d'un réfugié est régi par l'[article 64 LEtr en relation avec les articles 63, alinéa 1 lettre b, et 68 LEtr]. L'[article 5] LAsi est réservé» (art. 65 LAsi). Selon l'article 64 alinéa 3, «[l]e statut de réfugié et l'asile prennent fin lorsque l'étranger acquiert la nationalité suisse conformément à l'article 1(C) chiffre 3 de la Convention de 1951 (art. 64 al. 3 LAsi)[1354]. Selon Amarelle, «[s]i l'un de ces motifs est rempli et que l'asile s'éteint, la qualité de réfugié n'en est pas retirée pour autant.

[1349] NGUYEN, art. 51 LAsi, no 10, p. 405.
[1350] Cf. Manuel SEM, Article E6.
[1351] AMARELLE, art. 63 LAsi, no 1, p. 469.
[1352] AMARELLE, art. 63 LAsi, no 5, p. 457.
[1353] Dans certaines circonstances le SEM peut prolonger ce délai (art. 64 al.2).
[1354] Cf. Manuel SEM, Article E6.

L'intéressé continue donc de bénéficier des protections de la [Convention de 1951], en particulier du principe de non-refoulement [(art. 33 de la Convention de 1951)]»[1355]. L'extinction de l'asile s'effectue de manière automatique dès que l'un des cas de figure prévu à l'article 64 LAsi se réalise. La décision du Secrétariat d'Etat aux migrations aura pour effet de constater l'extinction[1356].

16.9.4 Fins de la protection provisoire et de l'admission provisoire

L'article 78 LAsi donne la faculté au Secrétariat d'Etat aux migrations de révoquer la protection provisoire de la personne «a. qui l'a obtenue en faisant de fausses déclarations ou en dissimulant des faits essentiels; b. qui a porté atteinte à la sûreté intérieure ou extérieure de la Suisse, qui les compromet ou qui a commis des actes répréhensibles; c. qui a, depuis l'octroi de la protection provisoire, séjourné longtemps ou de manière répétée dans l'Etat d'origine ou de provenance; d. qui possède une autorisation de séjour régulière, délivrée par un Etat tiers dans lequel elle peut retourner». Selon Amarelle, «[l]a révocation de la protection a pour effet la reprise de la procédure d'asile qui doit être menée à son terme. Une révocation ne se justifie que si le renvoi qui en résulte peut effectivement être exécuté. Si tel ne peut pas être le cas, l'octroi d'une admission provisoire pourrait être ordonné»[1357].

La fin de l'admission provisoire est réglée par l'article 84 LEtr qui doit être lu en parallèle avec l'article 83 LEtr. Selon l'article 84 alinéas 2 et 3 LEtr, «1. [l]e SEM vérifie périodiquement si l'étranger remplit les conditions de l'admission provisoire. 2. Si tel n'est plus le cas, il lève l'admission provisoire et ordonne l'exécution du renvoi ou de l'expulsion». Si l'étranger a été condamné à une peine privative de liberté de longue durée en Suisse ou à l'étranger ou a fait l'objet d'une mesure pénale au sens des articles 64 ou 61 CP, si l'étranger attente de manière grave ou répétée à la sécurité et à l'ordre publics en Suisse ou à l'étranger, les met en danger ou représente une menace pour la sûreté intérieure ou extérieure de la Suisse; ou si l'impossibilité d'exécuter le renvoi ou l'expulsion est due au comportement de l'étranger (art. 83 al. 7 LEtr.) et qu'une autorité cantonale, l'Office fédéral de la police (OFP ou fedpol) ou le Service de renseignements de la Confédération (SRC) en fait la demande, le Secrétariat d'Etat aux migrations peut lever l'admission provisoire accordée en vertu de l'article 83 alinéas 2 et 4, et ordonner l'exécution du renvoi (art. 84 al.3 LAsi). L'admission provisoire prend également fin «lorsque l'intéressé quitte définivement la Suisse, séjourne plus de deux mois à l'étranger sans autorisation ou obtient une autorisation de séjour» (art. 84 al. 4 LEtr).

[1355] AMARELLE, art. 64 LAsi, no 3, p. 456.
[1356] Cf. Manuel SEM, Article E6.
[1357] AMARELLE, art. 64 LAsi, no 3, p. 456.

Chapitre 17 Procédure d'extradition

17.1 Sources de la procédure d'extradition

Au moyen de l'extradition, la Suisse en tant qu'Etat requis se borne à prêter son concours à l'Etat requérant en lui remettant la personne recherchée afin de lui permettre d'exercer son pouvoir répressif à son égard[1358]. Cette coopération n'est toutefois pas accordée de manière inconditionnelle. En effet, elle n'est octroyée que pour permettre à l'Etat requérant d'exercer une poursuite pénale légitime ou de faire exécuter à la personne une peine prononcée au terme d'une procédure conforme aux droits de procédure et de la défense.

Le droit de l'extradition est avant tout un droit conventionnel dont la primauté sur le droit interne est rappelée à l'article 1er alinéa 1 EIMP.

Lorsqu'un Etat sollicite la coopération de la Suisse en vue de l'arrestation et de l'extradition d'une personne, l'Office fédéral de la justice, par le biais de l'Unité extraditions, doit tout d'abord vérifier si un traité au sens large[1359] lie la Suisse à cet Etat. Dans l'affirmative, on se basera sur ce traité pour déterminer les conditions à la coopération. En présence de délits spécifiques, il y aura lieu également de tenir compte de la Convention par laquelle la Suisse et l'Etat requérant se sont engagés à les réprimer. Le droit interne, à savoir l'EIMP, s'appliquera à titre subsidiaire s'il est plus favorable (principe de faveur [1360]) ou si une question n'est pas réglée implicitement ou explicitement ou de manière exhaustive par le traité[1361]. Le principe de faveur s'applique également en présence de normes internationales plus larges contenues dans des accords bilatéraux en vigueur entre les parties contractantes (art. 59 CAAS). L'application de la norme la plus favorable doit avoir lieu dans le respect des droits fondamentaux[1362]. En l'absence de traité, la coopération sera fournie sur la base de l'EIMP. Dans ce cas de figure, la Suisse demandera à l'Etat requérant de lui donner une garantie de réciprocité, à savoir l'engagement que dans des cas similaires l'Etat requérant extradera également une personne recherchée par la Suisse (art. 8 EIMP)[1363]. En sus du droit conventionnel et de l'EIMP, l'Office fédéral de la justice doit aussi se conformer à l'ordre public international et aux instruments de protection des droits de l'homme. Ces règles valent notamment aussi pour le Tribunal pénal fédéral et le Tribunal fédéral lorsqu'ils exercent leurs compétences en matière d'extradition.

[1358] MARKEES, FJS no 421, no 2.6.1 p. 14.

[1359] Lequel peut aussi se présenter sous la forme d'un simple échange de lettres ou de notes. En outre, en présence d'une succession d'Etats, il y a lieu de s'assurer que le traité est maintenu entre la Suisse et l'Etat nouvellement constitué soit expressément, soit tacitement par actes concluants (pour des ex.: arrêt non publié du TF 1A.110/1994 du 8.7.1994 [Malte], arrêt du TF 1A.153/1992 du 10.9.1992 [Hongrie], arrêt du TF G.24/1991 du 6.6.1991 [URSS/Russie], ATF 111 Ib 52 [Yougoslavie] et ATF 105 Ib 286 [Afrique du Sud]).

[1360] ATF 122 II 485 (1A.263/1996) consid. 3b, p. 487.

[1361] Arrêt du TPF RR.2009.172 du 5.6.2009. Cf. not. l'art. 22 CEExtr.

[1362] Arrêt du TPF RR.2015.1 du 12.3.2015 consid 1.2 avec renvoi à l'ATF 135 IV 212 consid. 2.3, p. 215. Cf. not. l'art. 22 CEExtr.

[1363] Une garantie de réciprocité peut aussi être fournie en présence d'un traité p. ex. si l'on veut étendre la coopération à des délits qui n'y sont pas énumérés (MAEDER, no 2, p. 164).

Que la Suisse soit ou non liée par un traité à l'Etat requérant, le droit des droits de l'homme demeure en effet réservé[1364]. Pour les Etats qui ne sont pas liés à la Suisse par un accord, des garanties en vue du respect des droits de l'homme seront en principe également exigées. Pour les autres Etats, s'ils sont présumés respecter les droits de l'homme, il peut néanmoins arriver que l'on exige de telles garanties, notamment s'il s'agit d'une première extradition. Les conditions auxquelles une extradition est accordée ou refusée sont ainsi contenues dans diverses sources tant au niveau international qu'au niveau interne.

Sur le plan international, il s'agit, de l'ordre public international, du droit coutumier (dont découle le principe de non-refoulement), de la Charte des Nations Unies et des instruments de protection des droits de l'homme (not. DUDH, CEDH, Pacte ONU II, Convention de 1984). On trouve également des instruments multilatéraux et bilatéraux dont certains règlent uniquement l'extradition pendant que d'autres règlent différentes formes de coopération dont l'extradition.

Au niveau des instruments multilatéraux qui règlent uniquement l'extradition, la Suisse est partie à un seul traité, à savoir la CEExtr. Il s'agit d'un texte régional élaboré sous l'égide du Conseil de l'Europe ouvert à tous les Etats. L'importance de cette convention s'explique avant tout par son large champ d'application territorial vu que sont aujourd'hui parties à cette convention tous les Etats du Conseil de l'Europe ainsi que trois Etats non-membres à savoir Israël, l'Afrique du Sud et la Corée du Sud. Dans la pratique c'est l'instrument international le plus appliqué. La CEExtr est complétée par quatre protocoles additionnels que la Suisse a ratifiés (Premier Protocole additionnel du 15 octobre 1975 [PAI CEExtr][1365], PAII CEExtr[1366], Troisième Protocole additionnel du 10 novembre 2010 et Quatrième Protocole additionnel du 20 septembre 2012 à la Convention européenne d'extradition du 13 décembre 1957). Les Troisièmes et Quatrième Protocoles ne sont pas encore en vigueur.

Conformément à l'article 28 alinéa 2 CEExtr, la Suisse a conclu des accords bilatéraux avec l'Allemagne[1367], l'Autriche[1368] et la France[1369] et a adhéré à la CAAS.

Avant la ratification de la CEExtr par la Suisse, notre pays était lié par des traités bilatéraux avec des Etats déjà parties à cette convention ou qui le sont devenus. Conformément à son article 28 paragraphe 1, la CEExtr a abrogé ces traités[1370]. Néanmoins, les traités conclus avec la France, la Belgique et la Grande-Bretagne[1371]

[1364] Arrêt du TPF RR.2015.86 + RP.2015.18 du 15.4.2015 consid. 1.2.
[1365] RS 0.353.11.
[1366]Cf. not. Message du Conseil fédéral concernant l'approbation des troisième et quatrième Protocoles additionnels à la convention européenne d'extradition du 20 mai 2015, FF 2015 3567.
[1367] Accord du 13.11.1969 entre la Confédération suisse et la République fédérale d'Allemagne en vue de compléter la CEExtr du 13.12.1957 et de faciliter son application (avec observations; RS 0.353.913.61).
[1368] Accord du 13.6.1972 entre la Confédération suisse et la République d'Autriche en vue de compléter la CEExtr du 13.12.1957 et de faciliter son application (RS 0.0.353.916.31).
[1369] Accord du 10.2.2003 entre le Conseil fédéral suisse et le Gouvernement de la République française relatif à la procédure simplifiée d'extradition et complétant la CEExtr du 13.12.1957 (RS 0.353.934.92).
[1370] On les trouve toutefois encore dans le recueil systématique. Il s'agit de la Convention du 10.12.1885 entre la Suisse et la Principauté de Monaco pour assurer l'extradition réciproque des malfaiteurs (RS 0.353.956.7); du Traité d'extradition du 28.11.1887 entre la Suisse et la Serbie (Yougoslavie ; RS 0.353.981.8.); et du Traité d'extradition et d'entraide judiciaire en matière pénale du 19.11.1937 entre la Confédération suisse et la République de Pologne (RS 0.353.964.9).
[1371] La Suisse et les Pays-Bas sont liés par un Traité d'extradition du 31.5.1898. Ce Traité ne se trouve pas dans le recueil systématique. Il s'appliquerait encore avec l'Indonésie.

continuent à s'appliquer à certaines de leurs anciennes colonies devenues des Etats souverains. Il en va ainsi du Traité d'extradition du 26 novembre 1880[1372] et de la Convention additionnelle du 29 novembre 1934[1373] conclus entre la Suisse et la Grande-Bretagne, de la Convention du 13 mai 1874 entre la Suisse et la Belgique sur l'extradition réciproque des malfaiteurs[1374] et du Traité du 9 juillet 1869 entre la Suisse et la France sur l'extradition réciproque des malfaiteurs[1375].

La Suisse a conclu des traités bilatéraux avec le Salvador[1376], l'Equateur[1377], l'Argentine[1378], le Paraguay[1379], l'Uruguay[1380], le Brésil[1381], l'Australie[1382], les Philippines[1383], les Etats-Unis d'Amérique[1384] et le Canada[1385]. Elle est également partie à des traités multilatéraux réglant différentes formes de coopération dont l'extradition. Il s'agit de la CAAS[1386] et du Statut du 13 juin 1956 d'Interpol[1387]. On trouve également des dispositions sur l'extradition dans des conventions visant à prévenir et à réprimer certains crimes graves[1388].

[1372] RS 0.353.936.7.
[1373] RS 0.353.936.71.
[1374] RS 0.353.917.2.
[1375] RS 0.353.934.9.
[1376] Convention entre la Suisse et El salvador sur l'extradition réciproque des malfaiteurs du 30.10.1883 (RS 0.353.932.3).
[1377] Arrangement provisoire du 22.6.1888 entre la Suisse et la République de l'Equateur sur l'extradition des malfaiteurs et l'exécution des commissions rogatoires (RS 0.353.932.7).
[1378] Convention d'extradition des criminels du 21.11.1906 entre la Suisse et la République argentine (RS 0.353.915.4).
[1379] Convention d'extradition du 30.6.1906 entre la Suisse et le Paraguay (RS 0.353.963.2).
[1380] Traité d'extradition du 27.2.1923 entre la Suisse et l'Uruguay (RS 0.353.977.6).
[1381] Traité d'extradition du 23.7.1932 entre la Suisse et le Brésil (RS 0.353.919.8).
[1382] TExAUS.
[1383] Traité d'extradition du 19.10.1989 entre la Confédération suisse et la République des Philippines (RS 0.353.964.5).
[1384] TExUS.
[1385] TExCAN.
[1386] L'Accord de Schengen du 14.6.1985 relatif à la suppression graduelle des contrôles aux frontières communes et la CAAS créent un espace de libre circulation des personnes entre les Etats signataires appelé «Espace Schengen». A ce jour 29 Etats ont adhéré à la CAAS. On trouve dans la CAAS des dispositions pertinentes en matière d'extradition aux art. 59 à 66 ainsi qu'aux art. 92 à 119. La CAAS a été modifiée par la Décision 2007/533/JAI du Conseil du 12.6.2007 sur l'établissement, le fonctionnement et l'utilisation du système d'information Schengen de deuxième génération (SIS II [Décision SIS II]; JO L 205 du 7.8.2007, p. 63; cf. aussi Règlement [CE] no 1987/2006 du Parlement européen et du Conseil du 20.12.2006 sur l'établissement, le fonctionnement et l'utilisation du système d'information Schengen de deuxième génération, JO du 28.12.2006, pp. 4-23 qui a introduit le SIS II).
[1387] Interpol «est une organisation intergouvernementale *sui generis*: son statut, unilatéralement adopté par l'assemblée générale de la seconde Commission internationale de police criminelle lors de la session de Vienne de 1956, ne constitue pas un traité international classique et formel, ouvert, mais s'apparente à un accord en forme simplifiée» (THIELEN, p. 1073. Cf. aussi GISLER, p. 182) Le Statut d'Interpol est le principal texte juridique qui oriente l'action de cette organisation en énonçant ses buts et ses objectifs (cf. art. 2). Le Statut définit ainsi le mandat de cette organisation et trace la voie d'une coopération policière internationale. Parmi les dispositions pertinentes pour la présente étude, on a déjà eu l'occasion de mentionner l'art. 3 du Statut d'Interpol qui interdit rigoureusement à Interpol et à ses Etats membres toute activité ou intervention dans des questions ou affaires présentant un caractère politique, militaire, religieux ou racial. Dans le cadre de sa mission, Interpol est amené à traiter des informations notamment pour les besoins de la coopération policière internationale. Il a pour cela édicté plusieurs règlements concernant le traitement des données et en particulier le Règlement d'Interpol sur le traitement des données entré en vigueur le 1.7.2012 (Résolution AG-2012-RES-07) et le Règlement du 7.10.2004 relatif au contrôle des informations et à l'accès aux fichiers d'Interpol (RS 351.21 et son annexe 3). Ces Règlements revêtent une importance en matière d'extradition en tant qu'ils déterminent les conditions de diffusion d'une demande de recherche et le droit d'accès des individus aux banques de données d'Interpol. Cf. site d'Interpol: http://www.interpol.int.
[1388] La Suisse est ainsi partie aux conventions suivantes: Convention du 9.12.1948 pour la prévention et la répression du crime de génocide (RS 0.311.11); Convention relative aux infractions et à certains autres actes survenant à bord des aéronefs du 14.9.1963 (RS 0.748.710.1); Convention du 16.12.1970 pour la répression de la capture illicite d'aéronefs (RS 0.748.710.2); Convention du 23.9.1971 pour la répression d'actes illicites dirigés contre la sécurité de l'aviation civile (RS 0.748.710.3), complétée par un Protocole du 24.2.1988 (RS 0.748.710.31); Convention européenne du 27.1.1977 pour la répression du terrorisme (CERT; RS 0.353.3), complétée par un protocole du 15.5.2003 portant amendement à la CERT auquel la Suisse n'est pas partie; Convention internationale du 13.4.2005 pour la répression des actes de terrorisme nucléaire (RS 0.353.23); Convention internationale du 9.12.1999 pour la répression du financement du terrorisme (RS 0.353.22); Convention internationale du 15.12.1997 pour la répression des attentats terroristes à l'explosif (RS 0.353.21); Convention internationale du 17.12.1979 contre la prise d'otages (RS 0.351.4); Convention du 10.3.1988 pour la répression d'actes illicites contre la sécurité de la navigation maritime (RS 0.747.71), complétée par plusieurs protocoles (Protocole du 10.3.1988 pour la répression d'actes illicites contre la sécurité des plates-formes fixes situées sur le plateau continental [RS 0.747.711]; Protocole de 2005 du 14.10.2005 relatif au Protocole pour la répression d'actes illicites contre la sécurité des plates-formes fixes situées sur le plateau continental [RS 0.747.711.1]; Protocole

En droit interne, l'extradition est réglée par l'EIMP et son ordonnance l'OEIMP. Mais le juge de l'extradition devra aussi tenir compte d'autres textes du droit interne. Il en va ainsi de la Cst., de la PA, de la LTF, du CP[1389] et des autres dispositions pénales contenues dans les lois fédérales. C'est sur la base de ces normes de droit pénal que le juge de l'extradition examine les conditions de la double incrimination et du délit extradable (cf. not. art. 35 al. 1 let. a EIMP), les questions de compétence juridictionnelle (cf. not. art. 35 al. 1 let. b EIMP) et de prescription (cf. not. art. 5 EIMP). Le Code de procédure pénale suisse du 5 octobre 2007 (CPP)[1390] et notamment les articles 379 à 397 s'appliquent par analogie à la procédure de recours contre le mandat d'arrêt (art. 48 al. 2 EIMP). Enfin, il y a lieu également de citer l'ordre public suisse, lequel ne s'applique toutefois que s'il est réservé dans un traité ou en l'absence de traité.

La procédure d'extradition est encore régie par des principes et des présomptions. A côté des principes de non-extradition pour délits politiques (chap. 11), de non-discrimination (chap. 12), d'interdiction de la torture et des peines ou traitements cruels, inhumains ou dégradants (chap. 13), de non-refoulement (chap. 14), de la bonne foi et de la spécialité (chap. 15), on trouve encore les principes du délit extradable (l'extradition ne peut être accordée que pour des délits punis d'une peine minimale déterminée) et de la double incrimination (les faits doivent être punissables aussi bien dans l'Etat requis que dans l'Etat requérant). On fait découler de la règle de la bonne foi un certain nombre de présomptions et de conséquences comme on a pu le voir au chapitre 15.

Enfin, même si la Convention de 1951 (cf. not. art. 33), le Statut de l'Office du Haut Commissariat des Nations Unies pour les réfugiés du 14 décembre 1950, les Recommandations et les prises de position du Haut-Commissariat ainsi que la LAsi (cf. not. art. 59 LAsi) ne sont pas des sources à proprement dit de l'extradition et de la procédure d'extradition, ils y déploient néanmoins des effets.

17.2 Nature de la procédure d'extradition

Il est admis aussi bien par la doctrine que par la jurisprudence fédérale que la procédure d'extradition est une procédure de nature administrative et non de nature pénale[1391]. Etant donné que la procédure d'extradition constitue une activité administrative dans le domaine international[1392], elle n'est donc pas soumise aux exigences de l'article 6

de 2005 du 14.10.2005 relatif à la Convention pour la répression d'actes illicites contre la sécurité de la navigation maritime [RS 0.747.712]); Convention du 20.12.1988 des Nations Unies contre le trafic illicite de stupéfiants et de substances psychotropes (RS 0.812.121.03); Convention des Nations Unies du 15.11.2000 contre la criminalité transnationale organisée (RS 0.311.54), complétée par deux protocoles additionnels signés par la Suisse (Protocole additionnel visant à prévenir, réprimer et punir la traite des personnes, en particulier des femmes et des enfants du 15.11.2000 [RS 0.311.541] et Protocole additionnel contre le trafic illicite de migrants par terre, air et mer du 15.11.2000 [RS 0.311.542]; et Convention des Nations Unies du 31.10.2003 contre la corruption (RS 0.311.56).

[1389] RS 311.0.

[1390] RS 312.0. L'art. 54 CPP détermine notamment l'autorité compétente pour auditionner les personnes arrêtées sur la base d'une demande d'arrestation et d'extradition. En outre, les art. 379 à 397 CPP s'appliquent par analogie à la procédure de recours contre le mandat d'arrêt en vue d'extradition (art. 48 al. 2 EIMP).

[1391] AEMISEGGER/FORSTER no 1, p. 1107; Arrêt du TF 1A.225/2003 du 25.11.2003 consid. 1.5. Cf. aussi arrêt non publié du TF 1A.118/1999 du 17.6.1999 consid. 2b) dd), POPP, no 17, p. 15 et HARARI, p. 82.

[1392] MARKEES, FJS no 421, no 2.6.2 p. 15; arrêt du TF G.63/1990 du 15.7.1991 consid. 1b non publié à l'ATF 117 IV 209.

CEDH et des dispositions correspondantes du Pacte ONU II[1393], car les questions liées aux faits (sous réserve d'erreurs, d'invraisemblances, de lacunes ou de contradictions immédiatement établies), à la culpabilité de la personne recherchée (à l'exception de l'alibi) et à la peine (à l'exception not. de la peine de mort ou des châtiments corporels) ne sont pas examinées[1394]. En effet, le juge de l'extradition examine uniquement si les conditions à une extradition sont remplies[1395] et si une procédure pénale dans l'Etat requérant peut avoir lieu[1396]. Il s'ensuit que les principes de défense nécessaire [1397], de la «lex mitior» ou de la non-rétroactivité de la loi pénale ne s'appliquent pas non plus dans la procédure d'extradition[1398]. Quant au principe de l'autorité de la chose jugée il ne s'applique que de manière restreinte aux décisions relatives à l'extradition[1399].

17.3 Début et fin de la procédure d'extradition

L'EIMP ne contient pas de disposition réglant expressément le début et la fin de la procédure d'extradition. Etant donné qu'une personne ne peut être extradée sans demande en ce sens, il n'y a pas de procédure d'extradition sans demande formelle d'extradition. En outre, pour qu'une procédure d'extradition puisse débuter il faut que la personne se trouve en Suisse. Toutefois, le début de la procédure d'extradition ne coïncide pas avec le dépôt de la demande d'extradition.

Le dépôt de la demande formelle d'extradition est généralement précédé d'une demande de recherche et d'arrestation. Entre la demande de recherche en vue d'arrestation et d'extradition et l'arrestation de la personne respectivement le dépôt de la demande d'extradition, plusieurs années peuvent s'écouler. Or, aussi longtemps que l'individu n'est pas localisé et/ou arrêté aucune procédure d'extradition ne peut débuter. Toutefois, cela ne signifie pas que l'Office fédéral de la justice n'examine pas déjà au moment de la réception d'une demande de recherche si une extradition est possible ou non. Cela ne signifie pas non plus que la personne soit privée de tout droit avant le dépôt de la demande d'extradition. Néanmoins, c'est souvent l'arrestation de l'individu qui constitue le moment-clé dans la procédure d'extradition car sans personne à extrader aucune extradition ne peut en principe avoir lieu. Ainsi pour Markees, la procédure d'extradition proprement dite débute avec l'arrestation de la personne[1400]. Ce point de vue ne trouve toutefois pas d'écho dans la juriprudence.

Dans un arrêt du Tribunal fédéral G.63/1990 du15 juillet 1991 dont le considérant 1d n'a pas été publié à l'ATF 117 IV 209, notre Haute Cour fait coïncider le début de la procédure d'extradition avec la réception d'une demande de recherche en vue d'arrestation provisoire et d'extradition ou d'une demande d'arrestation provisoire. Cet

[1393] Arrêt du TF 1C_224/2008 du 30.5.2008 consid. 1.2 avec renvoi à l'arrêt de la CourEDH dans l'affaire *Mamatkulov et Askarov c. Russie* du 4.2.2005 [GC], nos 46827/99 et 4695/99, par. 80; Arrêt du TF G.63/1990 du 15.7.1991 consid. 1d non publié à l'ATF 117 IV 209.
[1394] Cf. not. arrêt non publié du TF A 10/84 du 22.2.1984 consid. 2c.
[1395] Arrêt du TF 1A.13/2006 du 9.2.2006 consid. 4.1.
[1396] Cf. not. arrêt non publié du TF A 10/84 du 22.2.1984 consid. 2c.
[1397] Arrêt non publié du TF P 172/77 du 19.10.1977 consid. 1b.
[1398] ATF 125 II 569.
[1399] Arrêt du TF 1A.13/2007 du 9.3.2007 consid. 2.1.
[1400] Markees, FJS no 422a, p. 3.

arrêt a été confirmé par la suite sur ce point[1401]. Le Tribunal pénal fédéral procède néanmoins à une distinction entre la procédure d'extradition proprement dite, qui débute avec la réception de la demande d'extradition et se termine avec la décision d'extradition, et les phases précédentes de la recherche et de l'arrestation. Cette distinction peut notamment s'expliquer par le fait que dans la phase précédant le dépôt de la demande d'extradition, l'Office fédéral de la justice ne procède pas à un examen de toutes les conditions de l'extradition mais se limite aux motifs d'irrecevabilité manifestes. De même, l'individu ne peut soulever de griefs à l'encontre de la demande d'extradition sauf à faire valoir que cette dernière est manifestement inadmissible. Il y a donc bien une différence qualitative entre ces deux phases ce qui justifie que l'on pocède à cette distinction «procédure d'extradition» et «procédure d'extradition proprement dite».

Il y a lieu de se rallier à la solution de la jurisprudence fédérale qui fixe le début de la procédure d'extradition au dépôt de la demande de recherche ou d'arrestation et ce pour trois motifs essentiellement. Tout d'abord la demande de recherche et d'arrestation est une demande de mesure provisionnelle en vue de localiser et d'arrêter la personne. Elle produit déjà des effets sur les droits de l'individu[1402] et notamment sur sa liberté et ce avant même le dépôt de la demande d'extradition. Ensuite c'est déjà à réception de la demande de recherche que l'Office fédéral de la justice examine si les conditions d'une future extradition sont réunies, même si cet examen se fait *a priori*. Enfin, l'individu se voit reconnaître un certain nombre de droits, comme le droit d'être entendu et le devoir de collaboration, qu'il peut exercer.

La détermination du début de la procédure d'extradition revêt une importance non seulement en vue de déterminer les droits de l'extradable, mais aussi du point de vue de la protection des données en matière d'extradition. En effet, en vertu de son article 2 alinéa 2 lettre c, la Loi fédérale sur la protection des données (LPD)[1403] ne s'applique pas aux procédures pendantes d'entraide judiciaire et notamment à la procédure d'extradition.

Si la personne est arrêtée, mais prend la fuite et se soustrait ainsi à la procédure d'extradition avant que l'Office fédéral de la justice n'ait rendu sa décision, la procédure ne devient pas sans objet pour autant. En effet, aussi longtemps que l'Etat étranger n'a pas retiré sa demande, l'Office fédéral de la justice doit y donner suite notamment en application de l'article 18 CEExtr. De plus, en cas de fuite, l'on ne peut d'emblée affirmer que l'extradé ou l'Etat requérant a perdu tout intérêt à ce qu'il soit statué sur la demande d'extradition. En effet, l'extradition ne s'épuise pas avec la remise de la personne mais peut aussi s'étendre à la remise d'objets et de preuves (art. 59 EIMP et 20 CEExtr). Or, la décision sur l'extradition constitue la prémisse indispensable pour

[1401] Cet arrêt a été confirmé par l'arrêt du TF 2A.212/2006 du 9.10.2006 consid. 4.2. Il y a lieu de relever que dans cet ATF 117 IV 209, le TF s'était distancé de l'opinion de l'OFJ et avait tenu à préciser, toujours au considérant 1d, que la procédure d'extradition ne peut être divisée entre une phase formelle d'extradition et une phase antérieure qui ne serait pas une procédure d'extradition proprement dite. Cette précision n'a pas été reprise dans les arrêts subséquents du TF et du TPF (cf. à titre d'exemple arrêt du TPF RR.2008.68 du 29.4.2008).
[1402] Cf. arrêt du TF G.63/1990 du 15.7.1991 consid. 1d non publié à l'ATF 117 IV 209.
[1403] RS 235.1. Un projet de modification de la LPD est actullement en phase de consultation au sein de l'administration fédérale.

accorder la remise des objets et des moyens de preuve. Si l'extradition n'est pas admissible, la remise des objets et des moyens de preuve ne l'est pas non plus[1404].

La décision d'extradition met fin à la procédure et plus précisément à la phase non contentieuse. S'ensuivent la phase contentieuse, en cas de recours contre la décision d'extradition, et la phase de l'exécution de l'extradition, à savoir la remise effective de la personne poursuivie à l'Etat requérant.

17.4 Recherche en vue d'arrestation et d'extradition

Lorsqu'un individu fait l'objet d'une poursuite pénale ou d'une condamnation et qu'il est en fuite, l'Etat concerné peut demander aux autres Etats de le rechercher et de l'arrêter provisoirement en vue de son extradition. Il procède alors à la diffusion au niveau international d'une demande de recherche en vue d'arrestation provisoire et d'extradition. Cette diffusion se base sur un titre de détention national (mandat d'arrêt ou jugement). Pour diffuser une demande de recherche et d'arrestation en Europe, les Etats disposent de deux principaux systèmes ou canaux de recherche internationaux. Il s'agit du canal Interpol, à disposition des Etats-membres d'Interpol et qui couvre leurs territoires, et du Système d'information Schengen (SIS) réservé aux Etats Schengen et qui couvre l'espace du même nom. La Suisse fait partie de ces deux systèmes.

Lorsqu'un Etat Schengen entend rechercher une personne dans l'Espace Schengen et par voie de conséquence en Suisse, il procède à son signalement dans le Système d'information Schengen en vue d'arrestation aux fins d'extradition (art. 26 de la Décision SIS II). S'il estime que l'individu doit être recherché dans et hors de l'Espace Schengen, il procède (aussi) à une diffusion par le canal Interpol. Un Etat non-Schengen, mais membre d'Interpol, pourra procéder uniquement à une recherche par le canal Interpol.

Interpol est un réseau constitué de cent-nonante pays membres qui couvre ainsi pratiquement le monde entier. Le monde est divisé en neuf zones. La zone 2 concerne l'Europe et quelques pays du Proche-Orient. L'Etat poursuivant peut procéder à une recherche dans le monde entier ou limiter sa recherche à des zones ou à des pays déterminés selon notamment ses soupçons quant à l'endroit où le fugitif pourrait se trouver ou se rendre. Si l'Etat poursuivant veut procéder à une recherche dans le monde entier en vue d'arrestation, il recourt soit à une diffusion (art. 1er, ch. 14, et 97ss du Règlement d'Interpol sur le traitement des données, Règlement d'Interpol[1405]), soit à la publication d'une notice rouge (art. 1er, ch. 13, et 82ss du Règlement d'Interpol) qui a valeur de demande d'arrestation en vue d'extradition notamment pour les Etats parties à la CEExtr. Dans le cas de la diffusion, l'Etat demandera à son Bureau central national Interpol (BCN) de transmettre un message aux autres BCN leur demandant de procéder à la recherche et à l'arrestation de l'individu. Pour la notice rouge, c'est le Secrétariat général d'Interpol (IPSG) qui procède à sa publication sur demande de l'Etat poursuivant. Il ne peut effectuer cette publication au nom d'Interpol si les données fournies ne répondent pas aux conditions de publication des notices (art. 76, ch. 1 et 2

[1404] Arrêt du TF P 397/83 consid. 1 non publié à l'ATF 109 Ib 317.
[1405] III/IRPD/GA/2011.

let. c, 83 et 84 du Règlement d'Interpol). Si l'Etat poursuivant veut rechercher un individu dans des Etats ou dans des zones déterminées, il ne pourra que procéder à une diffusion. La publication de la notice rouge est en effet réservée aux recherches effectuées dans le monde entier. Avant de procéder à une recherche par le canal Interpol, l'Etat requérant doit s'assurer que sa demande est conforme à son droit interne et à la réglementation d'Interpol, en particulier aux articles 2 chiffres 1 et 3 du Statut d'Interpol [1406] ainsi qu'aux obligations qui s'imposent à lui au regard du droit international (art. 75, ch. 2, et 99, ch. 2 et 3, du Règlement d'Interpol). La demande de recherche fera également l'objet d'un examen de conformité au Règlement d'Interpol tant par les Etats destinataires de la demande que par le Secrétariat général d'Interpol. Interpol peut en outre adopter des résolutions pour qu'une recherche cesse d'être diffusée et interdire aux autres Etats membres de collaborer avec l'Etat requérant pour le cas concerné par le canal Interpol. Il en va ainsi lorsqu'Interpol estime que la recherche est politiquement motivée[1407].

Lorsque la Suisse est destinataire d'une demande de recherche diffusée par le canal Interpol, l'Office fédéral de la police (OFP) en sa qualité de Bureau central national d'Interpol (BCN) la transmet à l'Office fédéral de la justice (art. 351 al. 1 CP) qui examine d'office (art. 17 al. 2 EIMP) sa recevabilité (art. 1 à 5 et 7 EIMP) et sa conformité aux conditions formelles et matérielles prévues dans le traité applicable avec l'Etat requérant, dans l'EIMP et l'OEIMP (art. 28, 35 et 42 EIMP et 10 et 11 OEIMP). Si la demande est recevable et conforme aux conditions prévues mais que la personne n'est pas localisée en Suisse, l'Office fédéral de la justice fera inscrire l'individu recherché dans le Système (suisse) de recherches informatisées de police (RIPOL). S'il est déjà localisé, l'Office fédéral de la justice fera, en principe, procéder à son arrestation ou attendra le dépôt de la demande d'extradition s'il n'y a pas d'urgence.

Lorsqu'un Etat Schengen recherche un individu en vue d'arrestation et d'extradition, l'autorité judiciaire compétente demande à son Bureau SIRENE (SIRENE pour Supplementary Information REquest at the National Entry) que les données relatives pour l'arrestation de l'individu aux fins d'extradition soient insérées dans le Système d'Information Schengen (art. 26 par. 1 de la Décision SIS II). On parle alors de signalement. Comme pour les demandes acheminées par le canal Interpol, l'Office fédéral de la justice examine d'office si le signalement est recevable et s'il satisfait aux conditions formelles et matérielles prévues. Si toutes les conditions sont satisfaites pour une arrestation, la demande d'arrestation est validée pour la Suisse. Dans le cas contraire, l'Office fédéral de la justice demandera au Bureau SIRENE signalant d'apposer un indicateur sur son signalement («*flag*» dans le jargon) transformant la demande d'arrestation en demande de localisation (art. 30 de la Décision SIS II).

[1406] Les art. 2 ch. 1 et 3 du Statut d'Interpol imposent à Interpol et à ses membres d'agir dans le seul cadre des «infractions de droit commun» et leur interdisent toute activité ou intervention dans des questions ou affaires présentant un caractère politique, militaire, religieux ou racial.

[1407] A titre d'exemple, par résolution adoptée lors de la 79ème session de l'Assemblée générale d'Interpol qui s'est tenue à Doha du 8 au 11.11.2010 (*Coopération concernant les nouvelles demandes relatives à des affaires de génocide, de crimes contre l'humanité et de crimes de guerre*, AGN79RES10FR[1].pdf.), cette organisation a décidé que «les nouvelles demandes relatives à des affaires de génocide, de crimes contre l'humanité et de crimes de guerre se poursuivra pour ce qui est des demandes transmises par les pays membres, sauf dans les cas où la demande concerne un ressortissant d'un autre pays membre, et que [ce dernier], après avoir été informé par le Secrétariat général de la demande, s'oppose à celle-ci dans un délai de trente jours». En cas d'opposition, Interpol effacera la demande de recherche de ses banques de données, et invitera ses Etats membres à effacer l'information relative à la recherche dans toutes leurs bases de données et à ne prêter aucune coopération pour le cas concerné via le canal Interpol.

Le signalement dans le SIS se distingue de la diffusion par le canal Interpol par le fait qu'il est directement diffusé sur notre territoire et visible par les autorités compétentes autorisées. Pour les recherches diffusées par le canal Interpol, la recherche doit être inscrite sur ordre de l'Office fédéral de la justice dans le système de recherches suisse RIPOL pour être diffusée et visible en Suisse par les autorités compétentes.

Une demande d'extradition est généralement précédée d'une demande de recherche en vue d'arrestation et d'extradition. Exceptionnellement, il arrive que l'Etat requérant adresse déjà une demande d'extradition sans demander préalablement la recherche ou l'arrestation. Tel est notamment le cas si le lieu de séjour de la personne recherchée est déjà connu.

17.5 Examen de la demande de recherche et d'arrestation

A réception d'une demande de recherche ou d'arrestation, l'Office fédéral de la justice procède d'office à son examen en application du traité en vigueur avec l'Etat requérant et de l'EIMP. Pour la suite de la présentation, l'on se concentrera sur les conditions fixées dans l'EIMP.

L'examen de la demande de recherche ou d'arrestation est limité aux questions de l'irrecevabilité manifeste au sens des articles 1 à 5 et 7 EIMP (art. 17 al. 2 et 43 EIMP)[1408] et aux conditions formelles et matérielles (art. 28, 35 et 42 EIMP et 10 et 11 OEIMP). Pour la suite de l'exposé, on n'examinera que les motifs d'irrecevabilité manifeste des articles 1 à 5 EIMP. L'article 7 EIMP, qui concerne la question de l'extradition de ressortissants suisses, ne présente pas d'intérêt pour cette étude, étant donné que le demandeur d'asile n'est par définition pas de nationalité suisse.

Du point de vue formel, la demande de recherche doit revêtir la forme écrite (art. 28 al. 1 EIMP). Elle doit contenir des indications sur l'organe dont elle émane et le cas échéant sur l'autorité pénale compétente (art. 28 al. 2 let. a EIMP), son objet et son motif (art. 28 al. 2 let. b EIMP), la qualification juridique des faits (art. 28 al. 2 let. c EIMP) et la désignation aussi précise et complète que possible de la personne poursuivie (art. 28 al. 2 let. d EIMP).

Pour permettre de déterminer la nature juridique de l'infraction, la demande de recherche doit contenir ou renvoyer à un document qui contient un bref exposé des faits essentiels (art. 28 al. 3 let. a EIMP)[1409] indiquant à tout le moins le lieu, la date et le mode de commission de l'infraction (art. 10 al. 2 OEIMP) ainsi que l'indication des dispositions légales applicables au lieu de commission de l'infraction et la peine prévue (art. 28 al. 3 let. b EIMP). L'Etat requérant ne doit pas joindre de moyens de preuve ni rendre vraisemblable ce qu'il allègue[1410]. Il suffit que les faits exposés reposent sur de simples soupçons. Il doit également indiquer dans sa demande l'existence d'un titre d'arrestation régulier, la date de son établissement et l'autorité qui l'a décerné ainsi que

[1408] Arrêt du TPF RR.2010.146 + RP.2010.37 du 5.8.2010 consid. 1.3.3.
[1409] La Suisse a expressément fait une réserve à l'art. 16 par. 2 CEExtr : «la Suisse demande que toute requête qui lui est adressée selon l'art. 16, par. 2, contienne une brève description des faits mis à la charge de la personne recherchée, y compris les indications essentielles permettant d'apprécier le caractère de l'infraction au regard du droit d'extradition».
[1410] Arrêt du TF A 25/84/kl du 4.4.1984 consid. 4 non publié à l'ATF 110 Ib 187.

l'intention de l'autorité compétente de demander l'extradition (art. 42 EIMP). Les demandes et leurs annexes ne doivent contenir aucune indication qui soit de nature à aggraver la situation d'une personne en raison de ses opinions politiques, de son appartenance à un groupe social déterminé, de sa race, de sa religion ou de sa nationalité ou qui puisse donner lieu à des réclamations de la Suisse (art. 11 al. 2 OEIMP).

Une demande irrégulière en la forme doit être modifiée ou complétée sur demande de l'Office fédéral de la justice (art. 28 al. 6 EIMP). A défaut, ce dernier n'entrera pas en matière (art. 43 EIMP).

Du point de vue matériel, l'infraction doit être frappée «d'une sanction privative de liberté d'au moins un an ou d'une sanction plus sévère aux termes du droit suisse et du droit de l'Etat requérant» (art. 35 al. 1 let. a EIMP). En application de ce principe l'Office fédéral de la justice doit examiner si les faits reprochés à l'individu sont également punissables en Suisse (condition de la double punissabilité) et dans l'affirmative s'ils sont punissables d'une peine d'au moins un an de prison dans les deux Etats (délit extradable). En cas de condamnation, l'EIMP est muet sur la question du minimum de la peine infligée qui donne lieu à extradition. L'article 2 paragraphe 1 CEExtr prévoit que la sanction prononcée doit être de quatre mois au minimum. Dans l'Accord du 13 novembre 1969 entre la Confédération suisse et la République fédérale d'Allemagne en vue de compléter la Convention européenne d'extradition du 13 décembre 1957 et de faciliter son application, la peine doit être au minimum de trois mois.

Pour déterminer si un acte est punissable en droit suisse, il n'est pas tenu compte des conditions particulières du droit suisse en matière de culpabilité et de répression (art. 35 al. 2 let. a EIMP)[1411]. Il n'est pas non plus tenu compte du champ d'application à raison du temps et des personnes notamment défini par le code pénal suisse et le code pénal militaire du 13 juin 1927 [1412] en ce qui concerne le génocide, les crimes contre l'humanité et les crimes de guerre (art. 35 al. 2 let. b EIMP). En principe, l'infraction ne doit pas relever de la juridiction suisse (art. 35 al. 1 let. b EIMP).

Ces exigences ont pour but de mettre l'autorité requise en situation de s'assurer que la demande d'arrestation, respectivement d'extradition, n'est pas manifestement [irrecevable] ou dénuée de fondement et de vérifier qu'il n'y a pas erreur sur la personne. L'examen de la demande d'arrestation provisoire reste superficiel puisqu'il intervient avant celui, plus approfondi, de la requête d'extradition»[1413].

Sous réserve de motifs conventionnels de refus, c'est dans l'EIMP et plus particulièrement aux articles 1 à 5 EIMP que l'on va trouver les motifs d'irrecevabilité d'une demande d'arrestation (cf. ch. 9.3.3 let. a à e et ch. 9.3.4 let. c). L'Office fédéral de la justice refuse de donner suite à une demande de recherche et d'arrestation uniquement si les motifs d'irrecevabilité sont manifestes (art. 17 al. 2 EIMP).

[1411] P. ex. il n'est pas nécessaire qu'une faillite ait été prononcée ou qu'un acte de défaut de bien ait été dressé si les faits commis peuvent tomber sous le coup de l'art. 163 CP.
[1412] RS 321.0.
[1413] ZIMMERMANN no 346, p. 350.

17.6 Arrestation de la personne poursuivie

Pour déterminer les conditions de l'arrestation provisoire, il y a lieu de se référer au traité liant la Suisse et l'Etat requérant (cf. not. art. 16 CEExtr) ainsi qu'aux articles 44ss EIMP. Pour la suite de l'exposé, seules les dispositions de l'EIMP seront examinées.

17.6.1 Phase non contentieuse

a) Ordonnance provisoire d'arrestation et audition

Dès que l'individu est interpellé, l'Office fédéral de la justice en est immédiatement avisé (art. 46 al. 1 EIMP). Il ordonne son arrestation moyennant une ordonnance provisoire d'arrestation. L'individu est entendu sans délai par l'autorité cantonale (police ou Ministère public). La demande et les pièces à l'appui lui sont présentées ainsi qu'à son mandataire. Il est informé des motifs de son arrestation. L'autorité cantonale vérifie si son identité correspond à celle désignée dans la demande. Elle l'informe des conditions de l'extradition et de l'extradition simplifiée ainsi que de ses droits d'obtenir l'assistance judiciaire, de se faire assister par un mandataire et de communiquer avec un représentant de l'Etat dont il est ressortissant. Afin que l'information soit uniforme, complète et exacte, l'Office fédéral de la justice tient à disposition des autorités cantonales et de l'individu un exposé de la procédure d'extradition, que l'individu reçoit dans une langue qu'il comprend. L'autorité cantonale l'interroge brièvement sur sa situation personnelle, en particulier sur sa nationalité et ses rapports avec l'Etat requérant mais aussi sur ceux qu'il entretient avec la Suisse (art. 44 et 52 EIMP et 16 et 17 OEIMP)[1414]. Il l'interroge également sur ses objections éventuelles à l'arrestation. L'individu peut consentir à son extradition (extradition simplifiée, art. 54 EIMP). S'il consent à son extradition, on lui demandera également s'il renonce à la règle de la spécialité (art. 38 EIMP[1415]). S'il n'y renonce pas, il ne pourra être poursuivi, jugé ou réextradé pour un acte commis antérieurement à la remise et pour lequel l'extradition n'a pas été accordée. L'audition fait l'objet d'un procès-verbal (art. 18 OEIMP).

b) Consentement à l'extradition (extradition simplifiée)

Si l'individu accepte de renoncer à la procédure d'extradition et demande à être extradé selon procès-verbal dressé par une autorité judiciaire (généralement par le Ministère public), l'Office fédéral de la justice autorise sa remise «[à] moins que des considérations particulières ne s'y opposent» (art. 54 al. 1 EIMP). Le fait que la personne poursuivie demande sa remise sans formalités ne veut donc pas dire que l'Office fédéral de la justice ne soit pas tenu d'examiner si toutes les conditions à l'extradition sont remplies. «Si cet examen révèle l'existence de motifs d'irrecevabilté ou d'autres motifs qui obligent la Suisse à rejeter la demande, la remise sans formalité *ne* peut être ordonnée, *quand bien même* la personne poursuivie a donné son *consentement*»[1416]. Tant que l'Office fédéral de la justice n'a pas autorisé sa remise,

[1414] Cf. aussi MARKEES, FJS no 422a, no 2.2.24.242 p. 15.
[1415] Cf. aussi art. 21 OEIMP.
[1416] MARKEES, FJS no 422a, no 2.24.245 pp. 16 et 17; Message du CF FF 1976 II 430, p. 468.

l'individu peut révoquer son consentement (art. 54 al. 2 EIMP). Une telle «révocation signifie l'ouverture de la procédure ordinaire»[1417]. Une fois que l'individu a accepté d'être extradé, une demande d'extradition n'est plus nécessaire. Il sera remis dans les plus brefs délais possibles à l'Etat requérant. Sauf si l'individu a renoncé à la règle de la spécialité, «[l]'extradition simplifiée a les mêmes effets que l'extradition et est soumise aux mêmes restrictions. L'Etat requérant doit y être rendu attentif» (art. 54 al. 3 EIMP). Si la remise est refusée, l'Office fédéral de la justice libère l'individu et procède à l'effacement de la recherche dans le système de recherches suisse RIPOL ou demande à l'Etat signalant d'apposer un «*flag*».

c) Opposition à l'extradition

Si la personne s'oppose à son extradition, son arrestation est maintenue jusqu'à ce que l'Office fédéral de la justice décide de la détention extraditionnelle en émettant un mandat d'arrêt en vue d'extradition mais au plus tard jusqu'au troisième jour ouvrable à compter de l'arrestation (art. 46 al. 2 EIMP). Il fait part immédiatement de l'arrestation à l'Etat requérant et lui impartira un délai de dix-huit jours à compter de la date de l'arrestation pour déposer sa demande d'extradition. Ce délai peut être prolongé à quarante jours (art. 50 EIMP)[1418].

d) Mandat d'arrêt en vue d'extradition

Si l'Office fédéral de la justice décide de maintenir l'extradable en détention extraditionnelle, il décerne un mandat d'arrêt aux fins d'extradition (art. 47 EIMP).

Selon une jurisprudence constante, la détention extraditionnelle est la règle, tandis que la mise en liberté demeure l'exception. Aux termes des articles 47 EIMP et suivants, il peut notamment être renoncé à la détention s'il apparaît que l'individu ne se soustraira pas à l'extradition et n'entravera pas l'instruction (art. 47 al. 1 let. a EIMP), s'il a un alibi (art. 47 al. 1 let. b EIMP), si la demande d'extradition et ses annexes ne sont pas fournies à temps (art. 50 al. 1 EIMP), si la détention est disproportionnée[1419] ou encore si l'extradition est manifestement inadmissible (art. 51 al. 1 EIMP) [1420]. Il s'agit dans ce dernier cas d'une exception au principe qui veut qu'au stade du contrôle de la légalité de la détention le juge n'examine pas les motifs dirigés contre la décision d'extradition au fond[1421].

[1417] MARKEES, FJS no 422a, no 2.24.245 p. 16.
[1418] Cf. aussi art. 16 ch. 4 CEExtr. Certains traités, comme le TEXUS, prévoient un premier délai de 40 jours, avec possibilité de prolongation du délai de 20 jours supplémentaires.
[1419] Arrêts du TPF RR.2008.61 du 12.6.2008 consid. 8.2 et TPF 2008 56 (RR.2008.46 + RP.2008.11 du 22.4.2008) consid. 3.3, p. 59. Cf. aussi ATF 117 IV 359 consid. 2c, p. 362.
[1420] ATF 117 IV 359 consid. 2, pp. 361ss.
[1421] ATF 117 IV 359 consid. 2a, p. 361 et 111 IV 108 consid. 2, pp. 109ss; arrêts du TPF BH.2006.33 du 11.1.2007 consid. 4.1 (où la détention extraditionnelle a été levée parce que la condition de la double incrimination faisait manifestement défaut) et RR.2007.1 du 29.1.2007 consid. 3.

L'Office fédéral de la justice peut substituer d'autres mesures à l'arrestation si l'individu ne peut subir l'incarcération ou si d'autres motifs le justifient (art. 47 al. 2 EIMP), par exemple si la détention extraditionnelle paraît disproportionnée eu égard à la peine encore à purger[1422].

Le mandat d'arrêt doit satisfaire aux conditions de formes fixées à l'article 48 EIMP. Il doit contenir les indications de l'autorité étrangère sur l'individu et sur les faits qui lui sont reprochés, la désignation de l'autorité qui a présenté la demande, la mention que l'extradition est ou sera demandée, l'indication du droit de recours devant la Cour des plaintes du Tribunal pénal fédéral dans un délai de dix jours à compter de la notification écrite du mandat d'arrêt ainsi que la mention du droit à l'assistance d'un mandataire.

L'exécution du mandat d'arrêt incombe à l'autorité cantonale mais l'individu reste placé sous la juridiction des autorités fédérales[1423]. Selon l'article 52 alinéa 1 EIMP, en notifiant le mandat d'arrêt à l'extradable, l'autorité cantonale vérifie si son identité correspond à celle qui est désignée dans la demande. Elle l'informe des conditions de l'extradition et de l'extradition simplifiée ainsi que de ses droits de recours, d'obtenir l'assistance judiciaire et de se faire assister par un mandataire. L'individu est brièvement entendu sur sa situation personnelle, en particulier sur sa nationalité et ses rapports avec l'Etat requérant et la Suisse ainsi que sur ses objections éventuelles au mandat d'arrêt (art. 52 al. 2 EIMP). Cette audition n'est pas nécessaire si l'individu a déjà été entendu lors de la notification de l'ordonnance provisoire d'arrestation.

La détention peut prendre fin, de manière exceptionnelle, à n'importe quel stade de la procédure si les circonstances le justifient (art. 50 al. 3, 1ère phrase EIMP). L'individu peut demander en tout temps d'être mis en liberté (art. 50 al. 3, 2ème phrase EIMP). L'Office fédéral de la justice ordonne également la libération de la personne si la demande d'extradition et ses annexes ne lui sont pas parvenues dans le délai prévu (art. 50 al. 1 EIMP) mais la réincarcération d'un individu antérieurement élargi peut être ordonnée. Les motifs pour la levée du mandat d'arrêt ne sont pas exhaustifs[1424].

Jusqu'au dépôt de la demande d'extradition, la détention est une mesure provisoire. Elle devient définitive lorsque la demande d'extradition est déposée.

[1422] TPF 2008 56 (RR.2008.46 du 22.4.2008) consid. 3.3, p. 59, et arrêt du TPF RR.2014.230 du 29.9.2014 consid. 8.2.
[1423] ZIMMERMANN no 349, p. 355.
[1424] ATF 117 IV 359 consid. 2a, p. 361, et 111 IV 108 consid. 2, p. 109; arrêt du TPF RR.2011.213 du 8.9.2011 consid. 4.

17.6.2 Phase contentieuse

a) Recours au Tribunal pénal fédéral et au Tribunal fédéral contre le consentement à l'extradition

La loi ne prévoit pas de recours dans le cadre de l'article 54 EIMP contre l'ordre de remise vu qu'il s'agit d'une décision d'exécution et que l'individu a renoncé à ses droits de procédure. Néanmoins, la jurisprudence a considéré que la personne peut faire recours en vue de faire valoir que son accord était vicié[1425] en rendant vraisemblable un prétendu vice de la volonté ou une erreur essentielle[1426]. En cas de recours, si l'instance saisie entre en matière sur celui-ci elle examine s'il y a des motifs de refuser l'extradition[1427] et si le recourant a rendu vraisemblable que son accord était vicié.

Etant donné que la remise peut avoir lieu en tout temps, l'individu doit déposer son recours sans délai et demander l'effet suspensif à la remise. Contre l'arrêt du Tribunal pénal fédéral, aussi bien l'individu que l'Office fédéral de la justice (art. 25 al. 3 EIMP) peuvent former un recours en matière de droit public devant le Tribunal fédéral aux conditions de l'article 84 LTF.

b) Recours au Tribunal pénal fédéral et au Tribunal fédéral contre la détention

En vertu de l'article 5 paragraphe 4 CEDH, l'individu peut à tout moment recourir contre sa détention indépendamment de l'existence d'un titre d'arrestation émis par l'Office fédéral de la justice.

Contre le mandat d'arrêt en vue d'extradition et le refus de la mise en liberté (art. 47 EIMP), l'individu dispose d'un délai de dix jours pour recourir au Tribunal pénal fédéral (art. 48 al. 2 et art. 25 al. 1 EIMP). Ensuite, contre l'arrêt du Tribunal pénal fédéral, l'individu et l'Office fédéral de la justice (art. 25 al. 3 EIMP) peuvent former un recours en matière de droit public dans les dix jours devant le Tribunal fédéral à des conditions plutôt restrictives (art. 93 et 84 LTF).

La question de savoir si les conditions de l'annulation du mandat d'arrêt sont remplies dans le cas concret doit être examinée selon des critères rigoureux de manière à ne pas rendre illusoire l'engagement pris par la Suisse de remettre la personne poursuivie, en cas d'admission de la demande d'extradition à l'Etat requérant[1428].

[1425] Arrêt non publié du TF 1A.118/1999 du 17.6.1999 consid. 2b) aa); ATF 106 Ib 371 consid. 1c, p. 374; arrêt du TF P 1250/81 du 25.6.1981 consid. 1 non publié à l'ATF 107 Ib 80; ZIMMERMANN no 503, p. 505; la question avait été laissée indécise dans l'arrêt du TF 1A.132/1989 du 11.8.1989.
[1426] Arrêt non publié du TF 1A.132/1989 du 11.8.1989 ; arrêt du TPF RR.2011.320 du 24.1.2012.
[1427] ATF 106 Ib 371 consid. 1d, p. 374.
[1428] Arrêt du TF G.31/1995 du 21.6.1995 consid. 1; ATF 111 IV 108 consid. 2, pp. 109ss.

c) Requête à la Cour européenne des droits de l'homme

Aux conditions fixées aux articles 34 et 35 CEDH, le requérant peut recourir à la Cour européenne des droits de l'homme pour se plaindre d'une éventuelle violation de l'article 5 paragraphe 4 CEDH.

17.7 Procédure d'extradition proprement dite

17.7.1 Phase non contentieuse

a) Dépôt et examen de la demande d'extradition

A réception de la demande d'extradition, l'Office fédéral de la justice examine si elle satisfait aux conditions de forme et de fond et si elle n'est pas manifestement irrecevable ou inadmissible. En sus des conditions posées aux articles 1 à 5 et 7 EIMP ainsi qu'aux articles 28, 35 et 42 EIMP, l'Office fédéral de la justice doit également vérifier que la demande d'extradition contient l'original ou la copie certifiée conforme d'une décision de condamnation exécutoire, d'un mandat d'arrêt ou de tout autre acte ayant la même force délivré dans les formes prescrites par la loi de l'Etat requérant (art. 41 EIMP). Il s'assure que l'infraction ne relève pas de la juridiction suisse (art. 35 al. 1 let. b EIMP), que les droits de la personne, notamment en cas de jugement par contumace, ont été respectés, que l'individu ne risque pas la peine de mort ou d'être soumis à un traitement portant atteinte à son intégrité corporelle (art. 37 al. 2 et 3 EIMP) et qu'il ne soit pas déféré ou qu'il ne subisse pas une peine prononcée par un tribunal d'exception (cf. art. 38 al. 1 let. c EIMP).

Si la demande est incomplète ou imprécise ou qu'elle ne satisfait pas entièrement aux exigences de forme imposées, ces défauts n'entraînent pas nécessairement le rejet de la demande d'extradition et l'annulation des mesures provisoires ordonnées par l'Office fédéral de la justice. S'il existe une possibilité d'y remédier, l'Office fédéral de la justice est tenu de requérir de l'Etat requérant de la compléter plutôt que de la rejeter. Cette obligation résulte de la courtoisie internationale et de la nature même des traités qui favorisent la coopération internationale. Cette dernière doit être accordée dans toute la mesure du possible. L'Office fédéral de la justice agirait en effet à l'encontre de cette courtoisie et du but poursuivi par le traité s'il ne donnait pas à l'Etat requérant la possibilité de compléter sa demande. Si aucun traité ne lie la Suisse à l'Etat requérant, l'article 28 alinéa 6 EIMP permet à l'Office fédéral de la justice d'exiger qu'une demande irrégulière en la forme soit modifiée ou complétée. Selon Zimmermann, l'article 28 alinéa 6 EIMP «doit (...) être compris comme une norme impérative pour l'autorité d'exécution, laquelle réclame ce complétement lorsqu'il est possible»[1429]. L'Office fédéral de la justice peut également demander à l'Etat requérant la fourniture de garanties (art. 80p EIMP) en lieu et place du refus pur et simple de l'extradition. Si la demande d'extradition ne doit pas être rejetée à ce stade, l'Office fédéral de la justice la fait notifier à l'individu en vue de le faire auditionner sur celle-ci par l'autorité cantonale (art. 52 EIMP).

[1429] ZIMMERMANN no 302, p. 301. Cf. aussi art. 13 CEExtr.

b) Audition et décision d'extradition

La demande d'extradition et «les pièces à l'appui sont présentées à l'individu et à son mandataire» (art. 52 al. 1 EIMP). Si cela s'avère encore nécessaire, l'autorité cantonale l'informe des conditions de l'extradition et de l'extradition simplifiée, ainsi que de ses droits de recours, d'obtenir l'assistance judiciaire et de se faire assister par un mandataire. L'individu est brièvement entendu sur sa situation personnelle et ses rapports avec l'Etat requérant et la Suisse ainsi que sur ses objections éventuelles à l'extradition (art. 52 al. 2 EIMP). A l'occasion de cette audition, l'individu est à nouveau interrogé sur un éventuel consentement à l'extradition. S'il s'y oppose toujours, un délai convenable lui est accordé pour se déterminer sur la demande d'extradition (art. 55 al. 1 EIMP). Ce délai est généralement de quatorze jours mais peut être prorogé sur demande. Si dans le délai imparti la personne poursuivie n'a pas fait valoir d'observations, il est statué sur la base du dossier. L'extradable en est préalablement informé.

Une fois que l'extradable a pris position ou si le délai échoit sans qu'il n'ait déposé d'observations, l'Office fédéral de la justice statue sur l'extradition (art. 55 al. 1 EIMP). Si sur la base du dossier ou des griefs soulevés par l'individu des questions demeurent ouvertes, l'Office fédéral de la justice doit, sur la base du traité[1430] ou de l'article 28 alinéa 6 EIMP, interpeller l'Etat requérant pour lui demander qu'il lui fournisse des compléments ou des garanties (cf. not. art. 80p EIMP). En outre, si l'extradable prétend être poursuivi pour un délit politique «ou si l'instruction laisse apparaître des raisons sérieuses de croire que l'acte revêt un caractère politique», la décision sur ces griefs incombe à la Cour des plaintes du Tribunal pénal fédéral, qui statue comme autorité de première instance (art. 55 al. 2 EIMP). Selon la jurisprudence, l'article 55 alinéa 2 EIMP est applicable à tous les cas où la personne poursuivie soulève une objection de nature politique, qu'elle prétend que les faits décrits dans la demande sont des délits politiques purs, des délits politiques relatifs ou des infractions connexes à de tels délits (art. 3 al. 1 EIMP). De même, lorsqu'elle allègue que la demande tend en réalité à la poursuivre en raison de ses opinions politiques, de son appartenance à un groupe social déterminé, de sa race, de sa religion ou de sa nationalité (art. 2 let. b EIMP) ou encore que l'une de ces raisons risque d'aggraver sa situation dans l'Etat étranger (art. 2 let. c EIMP)[1431].

Le Tribunal pénal fédéral est saisi de l'objection de nature politique ou de poursuite discriminatoire lorsque l'Office fédéral de la justice rejette ce grief. Dans ce cas, l'Office rend sa décision en réservant celle du Tribunal pénal fédéral sur le grief de délit politique ou de poursuite discriminatoire. Pratiquement, l'Office examine et statuera sur tous les autres éléments de fait et de droit se rapportant à l'extradition ainsi que sur les autres griefs soulevés par l'individu sauf l'objection tirée du délit politique qu'il doit soumettre au Tribunal pénal fédéral[1432]. L'Office fédéral de la justice prendra position sur le grief de délit politique ou de poursuite discriminatoire. Il exposera les motifs pour lesquels le grief doit être rejeté et fera une proposition de rejet à l'attention du Tribunal

[1430] Cf. art. 13 CEExtr.
[1431] ATF 111 Ib 138 consid. 1 pp. 140 et 141; arrêts non publiés du TF A 275/84 du 3.10.1984 consid. 1 et A 189/86 du 1.10.1986 consid. 1; arrêt du TF 1A.172/2006 et 1A.206/2006 du 7.11.2006 consid. 1.1 non publié à l'ATF 132 II 469 et les arrêts du TPF RR.2007.98 + 114 du 4.10.2007 consid. 2.1 et RR.2009.231 du 15.9.2009 consid. 2.1.1. Cf. aussi art. 3 al. 2 CEExtr et 5 CERT.
[1432] ZIMMERMANN no 248, p. 254.

pénal fédéral. Rien n'empêche l'Office fédéral de la justice de procéder à un examen approfondi de ce grief. L'Office notifie ensuite la décision d'extradition à l'extradable et transmet simultanément la cause, avec sa proposition de rejet, au Tribunal pénal fédéral qui décide sur le grief de délit politique ou de poursuite discriminatoire. L'extradable sera invité par le Tribunal pénal fédéral à prendre position sur la proposition de l'Office fédéral de la justice. Si l'extradable conteste la décision d'extradition, il devra en outre recourir contre elle au Tribunal pénal fédéral dans le délai prévu. En règle générale, le Tribunal pénal fédéral statuera simultanément sur l'objection et sur le recours éventuel contre la décision d'extradition. La solution prévue à l'article 55 alinéa 2 EIMP se justifie par la nécessité que la décision sur le grief de délit politique ou de poursuite discriminatoire soit prise par une autorité libre de toute pression[1433]. Eu égard au caractère particulier du délit politique, le Tribunal pénal fédéral examine d'office et sans être lié aux faits décrits dans la demande d'extradition si ce motif s'oppose à l'extradition[1434].

Si l'Office fédéral de la justice est d'avis que l'infraction est de nature politique ou que l'individu fait l'objet d'une poursuite discriminatoire et que par voie de conséquence l'extradition doit être refusée, il pourra lui-même statuer sur cette question.

Les pouvoir d'examen de l'Office fédéral de la justice et du Tribunal pénal fédéral font l'objet d'une analyse plus approfondie au chiffre 21.2.4, lettres a et b.

c) Types de décision

La décision d'extradition peut consister dans l'octroi de l'extradition pour la totalité des faits ou dans son refus. Mais l'extradition peut aussi être partielle et ainsi n'être accordée que pour une partie des faits. Elle peut aussi être conditionnelle en réservant par exemple la décision définitive de rejet de la demande d'asile rendue par les autorités compétentes en matière d'asile ou la décision du Tribunal pénal fédéral sur le grief de délit politique (art. 55 al. 2 EIMP). Le juge de l'extradition peut aussi conditionner l'octroi de l'extradition à la fourniture par l'Etat requérant de garanties. La décision peut encore contenir une autorisation à la réextradition sans laquelle l'Etat requérant ne peut extrader un individu à un autre Etat.

Lorsque toutes les conditions formelles et matérielles sont remplies, l'Office fédéral de la justice décide d'accorder l'extradition. Les termes «décide d'accorder l'extradition» sont importants dans la mesure où il ne s'agit pas encore d'autoriser l'extradition. En effet, la décision d'accorder l'extradition ne s'adresse pas à l'Etat étranger mais à l'individu. L'Office fédéral de la justice lui communique que l'extradition sera accordée. Aussi longtemps que l'extradition n'est pas autorisée, l'Office fédéral de la justice peut reconsidérer sa décision. La personne sera extradée pour les faits objet de la demande d'extradition et l'Etat requérant devra respecter le principe de la spécialité. Ce principe «s'applique d'office sans que la Suisse n'ait à en revendiquer le bénéfice ou exiger des assurances quelconques quant à son respect»[1435].

[1433] Message du CF, FF 1976 II 430, p. 449 ; ZIMMERMANN no 622, p. 631.
[1434] Cf. Arrêt du TF 1C_274/2015 du 12.8.2015 consid. 5.2.
[1435] ZIMMERMANN no 352, p. 360.

L'Office fédéral de la justice peut décider de n'accorder l'extradition que pour une partie des faits et de l'exclure pour d'autres notamment si ces derniers sont prescrits, ne satisfont pas à la règle de la double punissabilité ou revêtent un caractère politique. L'extradition peut aussi être refusée pour une partie des condamnations prononcées si la garantie d'un droit à un nouveau jugement n'est pas fournie. On parle alors d'extradition partielle. En vertu de la règle de la spécialité, les faits pour lequels l'extradition n'est pas accordée ne peuvent donner lieu à une poursuite et à une condamnation. Il en va de même pour les condamnations qui ne pourront être exécutées.

Si la personne soulève le grief de délit politique ou de poursuite discriminatoire, l'Office fédéral de la justice rend sa décision en réservant celle du Tribunal pénal fédéral (art. 55 al. 2 EIMP). Lorsqu'une procédure d'asile est pendante, l'Office fédéral de la justice rend sa décision en réservant également la décision définitive de rejet de la demande d'asile. L'Office fédéral de la justice peut aussi accorder l'extradition sous réserve de la révocation de l'asile ou du retrait du statut de réfugié si une telle procédure est pendante et que la procédure d'extradition n'est pas retardée de manière disproportionnée[1436]. Les conditions posées ne sont pas formulées à l'égard de l'Etat requérant et ne dépendent donc pas de son comportement mais du comportement d'une autorité suisse. Si le Tribunal pénal fédéral admet le grief de délit politique ou de poursuite discriminatoire ou si la qualité de réfugié est reconnue, la décision d'extradition sera en définitive une décision de refus de l'extradition à l'égard de l'Etat requérant.

Lorsque l'Etat requérant n'est pas lié à la Suisse par une convention d'extradition — et *a fortiori* quand il l'est -, il y a lieu de donner suite à sa demande dans la mesure du possible et notamment en lui imposant des conditions[1437] ou en exigeant de sa part la fourniture de garanties. Si ces conditions ne sont pas satisfaites respectivement si ces garanties ne sont pas données, l'extradition n'a pas lieu (la demande de garanties, leur octroi et la décision sur leur validité font l'objet de la procédure particulière de l'article 80p EIMP qui sera présentée au chapitre 18 ci-dessous). Enfin, si la personne s'est vu reconnaître le statut de réfugié ou a été mise au bénéfice de l'asile, l'extradition est aussi refusée. En cas de rejet de la demande d'extradition l'article 56 alinéa 2 EIMP dispose que l'Office fédéral de la justice met alors fin à la détention extraditionnelle. Dans le cas où des mesures substitutives à la détention ont été adoptées celles-ci seront levées. Le refus de l'extradition n'empêche pas l'Etat requérant de déposer une nouvelle demande d'extradition car la règle du *ne bis in idem* ne s'applique pas aux décisions rendues en matière d'entraide au sens large.

Si la personne qui a sa résidence habituelle a commis des délits de droit commun mais qu'elle ne peut être extradée sur la base des règles contenues à l'article 3 paragraphe 2 CEExtr ou à l'article 2 lettres b et c EIMP se pose la question du sort à lui réserver. Une solution consiste dans une délégation de la poursuite pénale (art. 85ss EIMP) ou de l'exécution de la peine (art. 94ss EIMP), par laquelle l'Etat étranger demanderait à la Suisse de réprimer à sa place les infractions en cause ou de faire exécuter la peine

[1436] Arrêt du TF 1A.267/2005 du 14.12.2005 consid. 3.4.
[1437] Arrêt du TF 1C_432/2007 du 17.12.2007 consid 2.4.

étrangère alors même qu'il n'existerait aucune circonstance habituelle de rattachement selon son droit interne.

d) Communication des décisions et ses destinataires

Selon l'article 57 alinéa 2 EIMP, l'Office fédéral de la justice «communique la décision à l'Etat requérant et lui fait connaître le temps et le lieu de l'exécution». L'article 27 alinéa 5 EIMP impose à l'Office fédéral de la justice l'obligation de motiver les décisions d'irrecevabilité ou de rejet d'une demande. De son côté, l'article 18 paragraphes 1 et 2 CEExtr dispose que la «Partie requise fera connaître à la partie requérante par la voie prévue [à l'article 12 paragraphe 1] sa décision sur l'extradition. Tout rejet complet ou partiel devra être motivé». L'Etat requérant doit donc être informé de manière motivée de la décision de refus.

Si le refus se base sur la reconnaissance de la qualité de réfugié respectivement sur l'octroi de l'asile, l'Office fédéral de la justice ne pourra en faire mention dans sa communication à l'Etat requérant en vertu de la LAsi. L'article 97 alinéa 1 LAsi interdit en effet «de communiquer à l'Etat d'origine ou de provenance des données personnelles relatives à un requérant, à un réfugié reconnu ou à une personne à protéger lorsque cette communication mettrait en danger l'intéressé ou ses proches. De même, il est interdit de divulguer des informations se rapportant à une demande d'asile». Dans sa pratique, l'Office fédéral de la justice indique de manière laconique à l'Etat requérant que l'extradition est refusée en application du droit interne et du principe de non-refoulement. L'usage de la notion de «non-refoulement» nous semble problématique en raison de son origine dans la Convention de 1951.

Lorsque la personne a participé à la procédure d'extradition, le droit d'être entendu comporte aussi le droit de recevoir une décision motivée. Elle connaîtra ainsi les motifs du refus et pourra donc faire valoir cette décision en cas de nouvelle procédure d'extradition.

Si la personne n'a pas eu connaissance d'une demande d'extradition, la jurisprudence a posé des principes. En présence de reproches très clairs de délits politiques relatifs, la demande doit être rejetée sans que la personne ne soit auditionnée au sens de l'article 52 EIMP. Néanmoins, l'Office fédéral de la justice doit rendre une décision de clôture de la procédure d'extradition en application de l'article 62 alinéa 2 DPA et non se contenter d'informer l'Etat étranger. En effet, la personne poursuivie a un intérêt digne de protection à connaître l'existence et les motifs de la décision suisse d'irrecevabilité dans la perspective d'une éventuelle demande d'extradition ultérieure ou pendante dans un autre Etat où elle sera alors en mesure de produire les documents afférents à cette décision[1438]. Ce n'est toutefois pas dans tous les cas que la décision lui est notifiée. Pour

[1438] Arrêt du TF 2A.212/2006 du 9.10.2006 consid. 4.2: «Das Auslieferungsverfahren sei bereits mit dem Eingang des Ersuchens um Fahndung und Festnahme zum Zwecke der Auslieferung angehoben. Auch wenn sich bereits bei der Eintretensprüfung gemäss Artikel 43 IRSG) ergebe, dass die im Ersuchen erwähnten Vorwürfe sehr klar als relativ-politische Delikte zu werten seien, für welche die Auslieferung nicht gewährt werden könne, und die Auslieferung daher mit diplomatischer Note abgelehnt worden sei, sei damit das Auslieferungsverfahren abgeschlossen worden; es liege eine Nichtannahme im Sinne vom Artikel 27 Absatz 5 IRSG vor und eine Instruktion mit Anhörung des Verfolgten (Art. 52 folgende (ff). IRSG) sei in diesem Falle nicht durchzuführen. Dies ändere nichts daran, dass auch mit der Nichtannahme des Ersuchens und Mitteilung der Nichtauslieferung des Beschuldigten mit diplomatischer Note an den

que tel soit le cas, la personne doit avoir un domicile en Suisse ou au moins y avoir élu domicile (art. 80m al. 1 EIMP et 9 OEIMP)[1439]. Ces principes valent *mutatis mutandis* lorsque l'extradition est refusée en raison de la qualité de réfugié de la personne concernée.

S'agissant de l'information sur l'existence d'une demande de recherche à l'encontre d'une personne qui s'est vu reconnaître le statut de réfugié et/ou a reçu l'asile, l'Office fédéral de la justice et le Secrétariat d'Etat aux migrations (à l'époque l'Office fédéral des réfugiés) ont mis en place une pratique suite à l'arrestation en Slovénie du citoyen suisse Öztürk (qui avait auparavant obtenu l'asile en Suisse) sur la base d'une demande de recherche turque[1440]. Il a ainsi été convenu entre ces deux autorités que toutes les personnes à qui l'on octroie le statut de réfugié sont, avec la décision leur accordant l'asile, informées de manière générale et abstraite du risque possible lors de voyages à l'étranger et des possibilités d'action limitées de la Suisse en cas d'arrestation à l'étranger[1441]. La personne ne reçoit une information plus concrète sur l'existence d'une telle recherche par l'Office fédéral de la justice que si la demande étrangère viole l'ordre public international[1442]. Nonobstant la mise en place d'une pratique d'informations entre les autorités concernées, d'autres arrestations de réfugiés eurent lieu provoquant de nouvelles interpellations au Conseil national[1443].

---

ersuchenden Staat das Auslieferungsverfahren materiell abgeschlossen werde. Es sei somit in sinngemässer Anwendung von Artikel 62 VStrR eine begründete Feststellungsverfügung über den Abschluss des Auslieferungsverfahrens zu erlassen. Der Verfolgte habe im Hinblick auf allfällige spätere Auslieferungsersuchen am Erlass einer solchen Verfügung ein schützenswertes Interesse, könne er doch damit jederzeit dokumentieren, dass das gegen ihn geführte Verfahren eingestellt wurde und aus welchen Gründen dies geschehen sei. Da die türkischen Behörden jederzeit wieder — in der Schweiz oder in einem anderen Staat — ein Auslieferungsbegehren stellen könnten, sei diese Verfügung für den Verfolgten von erheblicher praktischer Bedeutung. Dass der so ausgelegte Article 62 VStrR dem Schutz des Beschuldigten dient, liegt auf der Hand»). Ce raisonnement a été repris dans deux autres arrêts, l'un du TPF du 5.8.2010 (RR.2010.146/RP.2010.37) et l'autre du TAF du 13.11.2009 (A-1269/2008).

[1439]Arrêt du TAF du 13.11.2009 (Arrêt du TAF A-1269/2008 du 13.11.2009). Dans cet arrêt, le TAF a précisé que l'information à la personne devait aussi se baser sur l'art. 52 al. 1 EIMP.

[1440] Suite à cette arrestation, le Conseil fédéral avait eu l'occasion, le 4.12.2000, de préciser ce qui suit dans une réponse à l'Interpellation du Conseiller national Gysin du 4.10.2000 «4./6./7. Les demandes d'arrestation internationales doivent en principe être traitées de manière confidentielle dans l'intérêt de la coopération transfrontalière dans le cadre de la lutte contre la criminalité. Ces informations sont couvertes par le secret de fonction. Une demande d'arrestation ne pourrait exiger une protection particulière si elle entraînait une violation des droits de l'homme fondamentaux (ordre public international). Tel serait notamment le cas lorsqu'une demande d'arrestation contiendrait des faits qui de prime abord relèveraient du droit commun, mais dont la poursuite serait en réalité basée sur des motifs politiques, ethniques ou religieux. Si de tels cas étaient connus, on devrait informer la personne concernée de l'existence d'une demande d'arrestation et l'avertir avant qu'elle n'entreprenne un voyage à l'étranger. Dans ce cadre, il serait également permis de donner suite à une demande de renseignements. 8. Les autorités suisses ne peuvent exercer que peu d'influence en cas d'arrestation à l'étranger d'un ressortissant suisse ou d'un réfugié dont le statut aurait été reconnu en Suisse. Dans ce cas, il n'y aurait pas une grande différence si cette arrestation s'effectuait dans le cadre d'une procédure pénale initiée par l'Etat du lieu où le crime a été commis ou dans le cadre d'une extradition. Dans chaque cas, il appartient en premier lieu à la personne poursuivie de veiller elle-même à la sauvegarde de ses droits. La Suisse peut, lorsqu'une personne est interpellée à l'étranger, offrir une assistance par le biais de la protection consulaire. D'autres mesures sont seulement envisageables quand l'arrestation ou l'extradition pourrait violer l'ordre public international. 11. Bien que les autorités aient traité le dossier Öztürk en respectant le droit, la coordination entre les offices compétents devra être améliorée. Suite au cas Öztürk, l'Office fédéral des réfugiés indiquera à l'avenir, à l'occasion de la reconnaissance de la qualité de réfugié, sous une forme générale les caractéristiques du statut juridique octroyé aux réfugiés et la frontière de la protection dont ils bénéficieraient. Pour le reste, l'Office fédéral de la justice devra, dans les cas où les autorités suisses constateraient que l'Etat d'origine aspirerait à l'arrestation d'un demandeur d'asile ou d'un réfugié, examiner d'entente avec l'Office fédéral des réfugiés quelles mesures pourraient être adoptées. L'Office fédéral de la justice décidera notamment si, et sous quelles formes, la personne concernée devra être informée» (Interpellation Gysin Remo du 4.10.2000 [00.3505]). Cf. aussi Postulat Vermot-Mangold du 20.9.2000.

[1441] Interpellation Gysin Remo du 1703.2004 (04.3112).

[1442] Postulat Fetz du 22.6.2006 (06.3352).

[1443] Interpellation Gysin Remo du 1703.2004 (04.3112); Interpellation Teuscher du 16.3.2004 (04.1020); Postulat Fetz du 22.6.2006 (06.3352).

Outre l'Etat requérant et la personne concernée, se pose également la question de savoir si d'autres Etats, instances ou des tiers privés doivent être informés du refus.

L'Etat requérant ne peut diffuser une recherche par le canal Interpol qu'en vue de rechercher une personne pour des infractions de droit commun et non pour des motifs politiques, militaires, religieux ou raciaux. Le Secrétariat général d'Interpol procède non seulement à un examen de la conformité des demandes mais il ne peut prêter son concours à des poursuites politiques, militaires ou raciales. Il doit y procéder d'office mais aussi sur interpellation d'un individu ou d'un Bureau central national d'Interpol. Le Secrétariat général d'Interpol procède aux vérifications nécessaires et engage un échange de vues avec le Bureau central national d'Interpol à l'origine de l'information contestée. Si une demande de recherche en vue d'arrestation et d'extradition par un Etat membre contrevient à l'article 3 du Statut, le Secrétariat général d'Interpol devra refuser qu'elle soit diffusée ou la révoquer si elle a déjà été publiée. Le Secrétariat général d'Interpol peut aussi effacer une notice rouge si le refus de l'Etat requis d'extrader la personne est basé sur l'exception de délit politique ou sur des principes généraux du droit pénal tel que le principe *ne bis in idem*. La commission de contrôle des archives d'Interpol (The Supervisory Board for the Control of Interpol's Archives) peut aussi demander que la notice rouge soit effacée[1444]. La Suisse peut donc aussi informer Interpol de sa décision de refus de l'extradition.

17.7.2 Phase contentieuse

Contre la décision de l'Office fédéral de la justice, la personne poursuivie dispose d'un délai de trente jours pour recourir au Tribunal pénal fédéral (art. 25 EIMP). Contre l'arrêt du Tribunal pénal fédéral, l'individu ainsi que l'Office fédéral de la justice disposent d'un délai de dix jours pour faire un recours en matière de droit public au Tribunal fédéral (art. 89, al. 1 et 2 let. a, et 100, al. 1 e 2 let. b, LTF et art. 25 al. 3 EIMP) aux conditions fixées par l'article 84 LTF. Selon l'article 84 alinéa 1 LTF, «le recours n'est recevable contre une décision rendue en matière d'entraide pénale internationale que s'il a [notamment] pour objet une extradition (...) et s'il concerne un cas particulièrement important». L'alinéa 2 dispose qu'«un cas est particulièrement important notamment lorsqu'il y a des raisons de supposer que la procédure à l'étranger viole des principes fondamentaux ou comporte d'autres vices graves.

S'il s'oppose toujours à son extradition, l'extradable aura la faculté de porter son affaire devant la Cour européenne des droits de l'homme ou devant le Comité des Nations Unies contre la torture.

[1444] KAPFERER no 306, p. 100.

En vertu de l'article 34 CEDH, la Cour européenne des droits de l'homme peut recevoir des requêtes de tout individu prétendant être victime d'une violation de la CEDH. La Cour n'examine les requêtes que si elles remplissent les critères d'admissibilité définis aux articles 34 et 35 CEDH. Le requérant ne peut invoquer qu'une violation de la CEDH. En matière d'extradition, la personne peut notamment invoquer une violation des articles 3, 6 ou 8 CEDH pour s'opposer à son extradition.

L'extradable peut adresser une communication au Comité des Nations Unies contre la torture. Les conditions de recevabilité de la communication sont fixées à l'article 22 de la Convention de 1984 et aux articles 102 et suivants du Règlement intérieur du Comité contre la torture. Le particulier ne peut invoquer qu'une violation de la Convention de 1984. Mais à la différence de l'article 3 CEDH, le but de protection offert par l'article 3 de la Convention de 1984 est limité aux actes de torture tels que définis à son article 1er et ne s'étend donc pas aux traitements inhumains ou dégradants[1445]. En outre, la Convention de 1984 ne vise pas les actes de torture qui sont le fait de privés. Le Comité des Nations Unies contre la torture semble toutefois admettre que l'article 3 de la Convention contre la torture de 1984 vise aussi la torture pratiquée par des privés lorsque l'Etat ne veut pas ou ne peut offrir sa protection[1446].

17.8 Exécution et suspension de l'extradition

L'individu est extradé, à savoir remis à l'Etat requérant dès que la décision d'extradition devient exécutoire et définitive (art. 57 EIMP, cf. aussi art. 18 CEExtr). Tel est le cas si la personne poursuivie demande expressément à être remise sans délai (art. 56 al. 1 let. a EIMP), si le délai de recours au Tribunal pénal fédéral et/ou au Tribunal fédéral est échu sans avoir été utilisé ou si toutes les voies de recours ordinaires ont été épuisées. En cas de requête à la Cour européenne des droits de l'homme ou de communication au Comité des Nations Unies contre la torture, la remise a lieu à moins que ces deux instances ne demandent à la Suisse de suspendre la remise.

Toutefois, la décision d'extradition est exécutoire sans être encore définitive, et l'individu est remis à l'Etat requérant, si dans les cinq jours qui suivent la notification de la décision d'extradition l'individu n'a pas déclaré vouloir recourir (art. 56 al. 1 let. a et b EIMP). Dans ce cas, s'il est extradé avant l'échéance du délai de recours, l'Office fédéral de la justice informe l'Etat requérant que la décision n'est pas encore définitive. Si l'individu fait recours et obtient totalement gain de cause ou au moins partiellement, l'Office fédéral de la justice devra demander à l'Etat requérant le retour de la personne poursuivie ou assortir la décision d'extradition de restrictions ou de conditions.

L'EIMP ne prévoit expressément que deux hypothèses où la remise peut être suspendue (art. 58 EIMP). Elle peut l'être si la personne fait l'objet d'une procédure pénale en Suisse ou si elle doit y subir une sanction privative de liberté. La pratique

---

[1445] DE WECK, p. 108; pour des exemples de rejets de recours: décisions du CAT, *M.C. c. Pays-Bas* du 2.5.2003, no 201/2001, par. 3.1, 5.3 et 6.2, *T.M. c. Suède* du 18.11.2003, no 228/2003, par. 4.1 et 6.2; *L.J.R. c. Australie*, du 10.112008, no 316/2007, par. 4.3 et 6.2.

[1446] DE WECK, p. 109 ; décisions du CAT, *Güclü c. Suède* du 11.11.2010, no 349/2008, par. 5.2, et *Aytulun et Güclü c. Suède* du 19.11.2010, no 373/2009, par. 6.2. Les deux cas concernaient des plaignants turcs d'ethnie kurde qui craignaient des représailles par le PKK.

prévoit encore l'hypothèse où une procédure d'asile est pendante. Ce qui laisse entendre que le droit des réfugiés et de l'asile et notamment le principe de non-refoulement de l'article 33 de la Convention de 1951 priment l'extradition.

Selon l'article 58 alinéa 1 EIMP, «l'exécution de l'extradition peut être différée tant que la personne à extrader est poursuivie en Suisse pour d'autres infractions ou qu'elle doit y subir une sanction privative de liberté». Néanmoins, «[s]ur proposition de l'Office fédéral de la justice, l'autorité compétente peut suspendre à l'égard de la personne poursuivie à l'étranger, l'action pénale ou l'exécution d'une sanction à raison d'une autre infraction si la sanction encourue en Suisse n'a pas une importance considérable en comparaison de celle à laquelle on peut s'attendre à l'étranger ou l'exécution en Suisse ne paraît pas opportune» (art. 20 al. 1 EIMP). De plus, en cas de poursuite pénale ou d'exécution d'une peine pendante en Suisse, l'individu peut être remis temporairement à l'Etat requérant si l'autorité cantonale ou fédérale compétente donne son accord (art. 58 al. 2 EIMP)[1447].

Quand une personne, qui fait l'objet d'une demande d'extradition, a déposé une demande d'asile en Suisse, l'autorité qui statue sur l'extradition doit éviter que les obligations conventionnelles en matière d'extradition entrent en conflit avec les obligations de la Suisse dérivant de la Convention de 1951. Elle doit donc statuer en tenant compte d'une éventuelle reconnaissance du statut de réfugié.

Deux cas de figure doivent toutefois être distingués. L'exécution de l'extradition est suspendue si la demande d'extradition émane de l'Etat d'origine. Si elle émane d'un autre Etat, l'extradition est exécutée, mais à condition que la personne ne soit pas remise ultérieurement à l'Etat d'origine prétendument persécuteur (refoulement en cascade). L'Etat auquel la personne est remise doit en effet offrir une protection effective et être désigné par le Conseil fédéral comme Etat tiers sûr[1448]. Le principe de la spécialité (cf. art. 38 EIMP, 14 et 15 CEExtr) peut ici également constituer une garantie suffisante que l'individu ne sera pas remis à son Etat d'origine sans accord préalable de la Suisse. Enfin, il y a lieu de citer comme autre disposition susceptible de faire obstacle à un refoulement vers l'Etat prétendument persécuteur l'article 32 alinéa 3 de la Convention de 1951 qui prévoit que les Etats contractants accorderont à un réfugié un délai raisonnable pour lui permettre de chercher à se faire admettre régulièrement dans un autre pays. Il s'ensuit que le renvoi de l'individu vers son Etat d'origine moyennant refus d'un voyage vers un autre Etat serait assimiliable à une extradition non conforme à la règle de la spécialité[1449].

Le cas de figure de la suspension de l'exécution de l'extradition est à distinguer de celui de la suspension de la procédure d'extradition. Selon la jurisprudence, lorsqu'une procédure d'asile est pendante la suspension de la procédure d'extradition n'est exceptionnellement admissible que si la procédure d'extradition n'en est pas retardée de manière exagérée[1450]. Après l'entrée en vigueur de la Loi de coordination, le Tribunal fédéral (affaires L. et Q., cf. ch. 3.3.1, let. l et q) et le Tribunal pénal fédéral (affaire N.,

[1447] Cf. aussi art. 19 CEExtr.
[1448] Cf. not. ATAF 2010/56.
[1449] Arrêt du TPF RR.2008.59 du 19.6.2008 consid. 7.3.
[1450] Cf. p.ex. arrêt du TF 1A.267/2005 du 14.12.2005 consid. 3.4 ainsi que l'arrêt du TPF RR.2010.246 + RR.2010.214 du 22.12.2010 consid. 5.

cf. ch. 3.3.1, let. n) ont suspendu la procédure d'extradition au profit de la procédure d'asile. Ainsi, dans une décision incidente du 26 mars 2014, le Tribunal pénal fédéral avait suspendu la procédure d'extradition en considérant qu'en présence de procédures parallèles devant le Tribunal pénal fédéral et le Tribunal administratif fédéral, l'article 55a EIMP pose l'obligation de coordination de la procédure d'extradition avec la procédure d'asile. Pour le Tribunal pénal fédéral, la procédure d'extradition pouvait alors être suspendue au profit de la procédure d'asile afin d'éviter des décisions contradictoires pour autant que la procédure d'extradition ne s'en trouvât pas excessivement retardée. Tel est le cas lorsque la décision du Tribunal administratif fédéral est attendue dans un proche délai de sorte qu'une suspension n'aurait ainsi pas pour effet de prolonger excessivement la procédure d'extradition[1451]. Une suspension doit néanmoins être compatible avec les obligations internationales ainsi qu'avec le principe de célérité ancré à l'article 17a EIMP. Il en va de même dans le cas d'une procédure de révision de l'asile[1452].

Ces décisions de suspension appellent les commentaires suivants. Contrairement à ce qu'affirme le Tribunal pénal fédéral et conformément à la volonté du législateur, il n'incombe pas au Tribunal pénal fédéral mais au Tribunal fédéral d'éviter des décisions contradictoires. En outre, une telle suspension ne va pas sans poser de problèmes du point de vue du principe de la célérité et de la détention de l'individu. En effet, le risque existe, et cela a été confirmé par le passé (affaire C., cf. ch. 3.3.1, let. c) que l'individu soit maintenu en détention dans l'attente de la décision en matière d'asile et qu'en cas d'octroi de l'asile ou de non-exécutabilité de l'extradition il faille le libérer. La détention peut ainsi devenir injustifiée avec la conséquence de devoir indemniser l'individu.

Chapitre 18 Extradition moyennant garanties (art. 80p EIMP)

18.1 Généralités

Plutôt que de rejeter la demande d'extradition, la Suisse examine s'il est possible de soumettre la coopération à des conditions auxquelles l'Etat requérant se conforme[1453] et notamment la subordonner à la fourniture préalable de garanties ou d'assurances diplomatiques[1454].

Si l'article 80p EIMP parle de «conditions», il y a lieu de relever que dans la littérature et la jurisprudence, mais aussi à l'article 37 alinéas 2 et 3 EIMP, on rencontre tantôt les termes de «garanties», tantôt celles d'«assurances», tantôt encore celles d'«assurances diplomatiques». Si matériellement il n'y a pas de différence fondamentale entre ces diverses notions, on relève néanmoins que par «assurances diplomatiques», on désigne en fait le mode de fourniture des garanties qui sont transmises par la voie diplomatique[1455]. Etant donné qu'aujourd'hui on privilégie la voie ministérielle pour la transmission des demandes d'arrestation et d'extradition voire même que l'on habilite dans certains pays le bureau du procureur général pour le dépôt de ces demandes

[1451] Décision incidente du TPF RR.2013.261 + 2013.290 + RP 2013.57 du 26.3.2014.
[1452] Arrêt du TPF RR.2010.246 + RR.2010.214 du 22.12.2010.
[1453] ZIMMERMANN no 313, p. 313.
[1454] ATF 123 II 161 (entraide) consid. 6 f) cc), p. 172.
[1455] SCHAFFNER/KÜHLER, no 11, p. 772.

(comme c'est le cas en Russie, en Ukraine ou au Portugal), les termes «assurances diplomatiques» ne sont plus appropriés. Pour la suite de la présentation, ces termes seront utilisés de manière indistincte.

Dans la pratique suisse, des garanties sont exigées d'un Etat avec lequel la Suisse n'est liée par aucun traité (Etat non conventionnel) car l'extradition ne peut être accordée que dans le respect des principes fondamentaux posés aux articles 2 lettres a à d, 37 alinéa 2 et 38 EIMP. Elle n'est par conséquent admissible que si l'Etat requérant assure que la procédure appliquée sera conforme à ces principes. Ceux-ci seront rappelés à l'Etat requérant chaque fois que celui-ci sollicitera une extradition[1456]. La Suisse peut exiger des garanties même en présence d'un traité dans le cas d'une première extradition[1457]. La Suisse subordonne également l'octroi de la coopération à la présentation de garanties lorsqu'une décision d'extradition porte atteinte, par ses conséquences, à l'exercice d'un droit garanti par la CEDH ou si la situation concrète des droits de l'homme dans l'Etat requérant l'exige[1458]. Enfin, en présence de certains Etats, et donc indépendamment de la particularité du cas d'espèce, l'Office fédéral de la justice ne peut accorder l'extradition que contre la fourniture préalable de garanties. La jurisprudence suisse distingue en effet trois catégories de pays. La première catégorie regroupe les pays à l'égard desquels il n'y a en principe pas de doute à avoir quant au respect des droits de l'homme. Il s'agit des pays à tradition démocratique (les pays occidentaux)[1459]. L'extradition à ces pays n'est subordonnée à aucune condition. Ont également été considérés comme faisant partie de cette première catégorie la Macédoine[1460], le Montenegro[1461], la Roumanie[1462], la Serbie[1463] et la Slovaquie[1464]. Le fait d'appartenir à la première catégorie ne signifie pas que dans un cas particulier des garanties ne puissent être exigées lorsque des motifs sérieux l'imposent. Tel a été le cas par le passé pour la France[1465] et plus récemment pour la Macédoine[1466] et l'Italie[1467]. Tombent dans la

[1456] ATF 111 Ib 138 consid. 6, p. 145, avec renvoi à l'ATF 107 Ib 68 consid. 2a, p. 70: il s'agissait en l'espèce du Sri Lanka.
[1457] Il a été procédé de la sorte dans le cas d'une première extradition vers le Sri Lanka et l'Ukraine, cf. ATF 107 Ib 68 consid. 2a, p. 70; arrêt du TPF RR.2007.99-111 du 10.9.2007 consid. 4.1.
[1458] Sont fréquemment consultés dans ce contexte les rapports du Département d'Etat américain et des ONG tels que AI et HRW.
[1459] Arrêts du TPF RR.2015.264 + RP.2015.56 du 26.10.2015 consid. 2.2 et RR.2012.10 + RP.2012.3 du 26.4.2012 consid. 3.1.1.
[1460] Arrêt du TPF RR.2013.101 + RR.2013.141 + RP.2013.27 du 21.11.2013; ZIMMERMANN no 654, p. 667.
[1461] Arrêt du TPF RR.2008.169 du 22.1.2010. ZIMMERMANN no 654, p. 667.
[1462] Arrêt du TF 1A.265/2003 du 29.1.2004; arrêt du TPF RR.2010.132 + RP.2010.30 du 4.10.2010; ZIMMERMANN no 654, p. 667.
[1463] Arrêt du TPF RR.2015.264 + RP.2015.56 du 26.10.2015 consid. 2.4.1 avec renvoi à RR.2013.102 du 18.7.2013 (entrepris sans succès devant le TF (1C_655/2013 du 30.08.2013). Cf. aussi arrêts du TPF RR.2015.266 du 11.12.2015 consid. 4.22, RR.2013.260 du 18.2.2014 et RR.2012.23 + RP.2012.7 du 2.8.2012.
[1464] Arrêt du TPF RR.2008.305 du 10.2.2009; ZIMMERMANN no 654, p. 667.
[1465] Dans un arrêt A 189/86 du 1.10.1986, le TF s'est penché sur l'allégation de l'individu selon laquelle, en cas d'extradition, la France ne serait pas en mesure de garantir sa sécurité sérieusement menacée par un groupe terroriste dont il serait l'adversaire. Le TF rejette ce grief, en considérant qu'il est incontesté que la situation actuelle de l'extradable risque d'être aggravée s'il est transféré en Corse, en raison du contexte qui entoure la commission de l'acte criminel qui lui est reproché. En effet, deux individus ont été assassinés à la maison d'arrêt d'Ajaccio, où ils étaient détenus sous la prévention de complicité avec l'opposant, et un troisième prévenu a été assassiné après sa mise en liberté. En outre, le bateau-restaurant que l'extradable exploitait à Porto-Vecchio a été, après son départ, l'objet d'un attentat. L'opposant aurait dû rendre vraisemblable que la France n'était pas prête à mettre en œuvre tous les moyens nécessaires à assurer sa sécurité en cours de procédure et d'exécution de la peine. Or, la France a donné une garantie dans ce sens (consid. 2c). Dans cette affaire, le risque encouru par l'extradable — qui pour la petite histoire est décédé de mort naturelle — était bien réel.
[1466] Arrêt du TPF RR.2009.11 du 6.9.2011 où le TPF a néanmoins exigé une garantie en relation au traitement à assurer à l'extradable. ZIMMERMANN no 654, p. 667.
[1467] Arrêt du TPF RR.2013.229 du 16.10.2013. La garantie avait été fournie spontanément par l'Italie en raison de l'arrêt de la CourEDH dans l'affaire *Torreggiani et autres c. Italie* du 8.1.2013 (définitif le 27.5.2013) nos 43517/09, 46882/09, 55400/09, 57875/09, 61535/09, 35315/10 et 37818/10 tombé peu de temps avant la décision d'extradition qui condamnait l'Italie à prendre des mesures en vue de pallier sa situation carcérale. Dans une affaire subséquente, le TPF se basant sur

seconde catégorie, les pays dans lesquels certes il existe des risques de violation des droits humains ou des principes fondamentaux, mais qui peuvent être éliminés ou à tout le moins fortement réduits grâce à la fourniture de garanties par le pays de destination de telle sorte que le risque résiduel demeure à un stade purement théorique. En règle générale, les pays de la deuxième catégorie ont adhéré au Conseil de l'Europe et sont soumis à sa surveillance, ce qui fait naître une présomption de respect des droits prévus par la CEDH. Pour cette seconde catégorie d'Etats, un risque abstrait de violations ne suffit pas pour refuser l'extradition, sans quoi la Suisse ne pourrait plus accorder l'extradition à ces pays avec pour effet de permettre aux délinquants en fuite de se soustraire à la justice, sapant ainsi les fondements de l'extradition[1468]. Dans cette catégorie, le Tribunal fédéral (et par la suite le Tribunal pénal fédéral) a classé l'Equateur[1469], la Géorgie[1470], le Kosovo[1471], le Mexique[1472], la Moldavie[1473], l'Ukraine[1474], l'Albanie[1475], la Fédération de Russie[1476], la Turquie[1477], Taïwan[1478] et le Kazakhstan[1479]. Il y a lieu de souligner que le Conseil fédéral a désigné l'Albanie, la Moldavie (Transnistrie non comprise) et la Serbie comme des Etats d'origine sûrs[1480]. En se référant à l'ATF 134 IV 156, Schaffner et Kühler mentionnent également dans la seconde catégorie la Tunisie, la République fédérale de Yougoslavie (sic) et l'Inde[1481]. Font partie de la troisième catégorie les pays pour lesquels il existe des motifs tout à fait concrets de penser qu'un danger de torture menace l'extradable, danger que même l'obtention d'assurances ne permettrait pas d'éliminer ou à tout le moins de réduire. Dans ces cas l'extradition est exclue[1482]. L'Iran fait partie de cette catégorie[1483]. Quand la Suisse est saisie d'une nouvelle demande d'extradition dans laquelle l'Etat requérant allègue une amélioration de la situation des droits de l'homme, l'Office fédéral de la justice doit se livrer à un nouvel examen d'ensemble des conditions posées par l'article 2 EIMP, ce qui implique un jugement de valeur actualisé sur les affaires internes de l'Etat requérant[1484]. Pour procéder à un changement de catégorie et considérer par exemple qu'une extradition peut avoir lieu sans conditions en dérogation à la jurisprudence fédérale constante, l'Office fédéral de la justice doit présenter de manière motivée le raisonnement qui l'amène à classer désormais un Etat dans la première catégorie alors qu'il se trouvait dans la seconde[1485]. L'Office fédéral de la justice ou l'autorité de recours doit également présenter de manière motivée le raisonnement qui

---

son arrêt RR.2013.229 du 16.10.2013 exigeait de l'Italie dans l'arrêt RR.2014.30 + RP.2014.4 du 21.3.2014 une garantie similaire. Sur recours de l'OFJ, le TF par arrêt 1C_176/2014 du 12.5.2014 admettait le recours et annulait l'arrêt du TPF au motif que celui-ci n'avait pas suffisamment pris en compte les mesures prises entretemps par l'Italie pour pallier la situation (ZIMMERMANN no 654, p. 667 avec note de bas de page no 912).

[1468] Arrêts du TPF RR.2015.264 + RP.2015.56 du 26.10.2015 consid. 2.2 et RR.2012.10 + RP.2012.3 du 26.4.2012 consid. 3.1.1.

[1469] Arrêt du TF 1A.277/2004 du 3.12.2004.

[1470] ATF 132 II 469.

[1471] Arrêts du TPF RR.2012.56 du 8.6.2012 et RR.2010.233 du 4.4.2011.

[1472] Arrêt du TF 1A.149/1999 du 9.9.1999.

[1473] Arrêt du TF 1A.320/2005 du 23.1.2006 (extradition refusée en raison de garanties insuffisantes). Cf. aussi arrêt du TPF RR.2008.24 du 26.2.2008.

[1474] Arrêt du TPF RR.2008.47 du 30.4.2008 consid. 3.4.

[1475] Arrêt du TF 1A.149/2004 du 20.7.2004.

[1476] ATF 123 II 161; 134 IV 156 consid. 6.14, p. 172.

[1477] ATF 133 IV 76 consid. 4.8; ATF 122 II 373.

[1478] ATF 130 II 217 (entraide refusée en raison de garanties insuffisantes).

[1479] ATF 123 II 511; cf. aussi arrêt du TF 1C_301/2007 du 2.10.2007 consid. 2.4.

[1480] MATTHEY, art. 6a LAsi, no 13, p. 68.

[1481] SCHAFFNER/KÜHLER, no 44, p. 781 et ATF 134 IV 156 consid. 6.4, p. 165.

[1482] Arrêts du TPF RR.2015.264 + RP.2015.56 du 26.10.2015 consid. 2.2, RR. 2012.10 + RP.2012.3 du 26.4.2012 consid. 3.1.1 et RR.2008.180 + RP.2008.33 du 2.10.2008 consid. 2.3.

[1483] cf. ATF 133 IV 76 consid. 4.8, p. 91.

[1484] Arrêt du TF 1A.13/2007 du 9.3.2007 consid. 3.2 à 3.5.

[1485] Arrêt du TPF RR.2011.155 + RP.2011.23 du 6.9.2011 consid. 2.4 où il s'agissait de l'Albanie.

l'amène à déclasser un Etat auquel l'on ne peut plus reconnaître une culture d'Etat de droit à tout le moins tant qu'un changement de catégorie ne s'impose pas sur la base d'une nouvelle évaluation par la Cour européenne des droits de l'homme[1486].

La réponse à la question de savoir si dans le cas particulier l'extradition doit être soumise à la fourniture d'assurances consiste à procéder à un jugement de valeur. Il s'agit tout d'abord d'évaluer la situation générale des droits de l'homme dans l'Etat requérant. Ensuite et avant tout, il s'agit d'examiner si l'individu lui-même sur la base des circonstances concrètes de son cas pourrait courir le risque d'être soumis à un traitement contraire aux droits humains. A ce sujet, le fait qu'il appartienne à un groupe qui est menacé dans l'Etat requérant dans une mesure particulière joue un rôle pour exiger des garanties[1487].

Pour procéder à cette évaluation, l'Office fédéral de la justice, le Tribunal pénal fédéral et le Tribunal fédéral peuvent se référer à des rapports établis par d'autres Etats (p. ex. Département d'Etat américain), par le Conseil de l'Europe, par des institutions spécialisées de l'Organisation des Nations Unies ou encore par des Organisations non gouvernementales tels qu'Amnesty international et Human rights watch[1488]. Ils peuvent également se référer aux décisions de la Cour européenne des droits de l'homme, du Comité des Nations Unies contre la torture, du Comité des droits de l'homme ou encore d'autres Etats. L'Office fédéral de la justice, sur sa propre initiative ou sur demande du Tribunal fédéral et du Tribunal pénal fédéral, peut également recourir aux compétences du Département fédéral des affaires étrangères pour procéder à une évaluation. L'Office fédéral de la justice lui demandera si une extradition est possible avec ou sans garanties, le cas échéant si les garanties qu'il entend demander sont suffisantes ou s'il faut en exiger d'autres. La prise de position du Département fédéral des affaires étrangères est en principe confidentielle[1489].

D'un point de vue procédural, l'Office fédéral de la justice peut requérir ces garanties schématiquement à trois moments distincts. Il peut les exiger avant qu'il ne rende sa décision de sorte qu'elles y sont intégrées. Il peut les exiger après avoir rendu sa décision s'il a conditionné l'octroi de l'extradition à la fourniture de garanties. Enfin, il peut exiger des garanties sur demande du Tribunal pénal fédéral ou du Tribunal fédéral. Dans les deux derniers cas de figure l'Office fédéral de la justice agira selon la procédure prévue à l'article 80p EIMP. Dans le premier cas de figure, la procédure de l'article 80p EIMP s'appliquera par analogie.

[1486] Arrêt du TF 1C_176/2014 du 12.5.2014 consid. 4.4. Cf. aussi arrêt du TPF RR.2014.316 du 26.3.2015 consid. 4.4.
[1487] ATF 134 IV 156 consid. 6.8, p. 170; pour un ex. où le TF a retenu deux éléments pour l'existence d'un tel danger: le recourant était kurde et son extradition était demandée pour des délits sexuels. L'extradition n'a été, par conséquent, accordée que moyennant garanties pour prévenir tout risque de mauvais en raison de son origine kurde et le type de délit commis: arrêt non publié du TF 1A.75/1993 du 18.3.1994 consid. 5b.
[1488] ZIMMERMANN no 315, p. 319.
[1489] Arrêt du TPF RR.2014.328 du 23.4.2015 consid. 4.3. Cf. aussi arrêts du TPF RR.2014.328 du 2008 consid. 4.3 et RR.2011.180 du 29.11.2011 consid. 2.1

18.2 Objet des garanties

Les garanties représentent une limitation à la coopération en exigeant de l'Etat requérant qu'il adopte, s'abstienne ou tolère un ou des comportements précis[1490].

L'EIMP contient plusieurs articles qui permettent à la Suisse de demander à l'Etat requérant la fourniture de garanties. Il s'agit des articles 80p, 8, 37, alinéas 2 et 3, et 38 EIMP[1491].

L'article 80p EIMP est énoncé dans la partie consacrée à l'entraide. L'article 80p EIMP pose le principe (al. 1) et décrit la procédure à suivre pour demander les garanties (al. 2 à 4). Il est formulé de manière large puisqu'il utilise le terme de conditions et ne limite donc pas les cas où elles doivent être imposées. L'article 80p EIMP précise l'autorité qui demande les garanties et décrit la procédure à suivre pour les réclamer. Selon la jurisprudence fédérale, l'article 80p EIMP s'applique par analogie à la procédure d'extradition[1492].

L'article 8 se trouve dans la partie générale de l'EIMP et concerne toute forme de coopération. Lorsqu'il s'agit de donner suite à une demande étrangère, la Suisse exige, en fonction des circonstances, de l'Etat requérant la fourniture d'une garantie de réciprocité. Alors que l'Office fédéral de la justice est compétent pour exiger cette garantie de réciprocité, il revient par contre au Conseil fédéral d'accorder la garantie de réciprocité à l'Etat requérant (art. 8 al. 3 EIMP).

L'article 37 alinéas 2 et 3 EIMP est ancré dans la partie consacrée à l'extradition et prévoit expressément trois cas où les garanties doivent être exigées pour que l'extradition soit accordée: en cas de jugement par défaut, de peine de mort et de traitement portant atteinte à l'intégrité corporelle. En cas de jugement par défaut, l'Etat requérant doit donner des assurances jugées suffisantes pour garantir à la personne poursuivie le droit à une nouvelle procédure de jugement qui sauvegarde les droits de la défense (art. 37 al. 2 EIMP)[1493]. En cas de peine capitale, l'Etat requérant doit donner la garantie que la peine de mort ne sera ni requise, ni prononcée, ni appliquée (art. 37 al. 3 EIMP)[1494]. Il y aura lieu également de demander des garanties en cas de risque de torture ou de traitement cruel, inhumain ou dégradant[1495] ou de tout autre traitement portant atteinte à l'intégrité corporelle (art. 37 al. 3 EIMP). L'article 37 EIMP ne décrit pas la procédure à suivre pour réclamer les garanties. Il y a donc lieu de se référer à l'article 80p EIMP.

L'article 38 EIMP, qui consacre le principe de la spécialité, constitue aussi une garantie que doit respecter l'Etat requérant. Cette règle est rappelée implicitement ou expressément au moment de communiquer à l'Etat requérant les faits pour lesquels l'extradition est accordée. L'Etat requérant n'a pas à fournir expressément cette garantie, mais il peut arriver que l'Office fédéral de la justice l'exige.

[1490] SCHAFFNER/KÜHLER, no 10, p. 772.
[1491] ATF 134 IV 156 consid. 6.10, p. 171.
[1492] ATF 133 IV 134 consid. 6.10, avec renvoi à 123 II 511.
[1493] Cf. aussi art. 3 PA II CEExtr.
[1494] ATF 123 II 511 consid. 6c, p. 522.
[1495] ATF 123 II 511 consid. 6b, p. 521.

La Convention européenne d'extradition et son second Protocole additionnel prévoient expressément deux cas de figure où des garanties doivent être exigées, à savoir en cas de peine de mort (art. 11 CEExtr) et de jugement par défaut (art. 3 PAII CEExtr). En outre, par le biais de réserves formulées à l'article 1 CEExtr, la Suisse s'est expressément réservée la possibilité d'exiger d'un Etat étranger la garantie que l'individu ne sera pas astreint à subir une peine portant atteinte à son intégrité corporelle ou à être soumis contre son gré à une mesure de cette nature ou encore qu'il ne soit pas déféré ou qu'il ne subisse pas une peine prononcée par un tribunal d'exception. D'autres conventions multilatérales peuvent soumettre l'extradition à des conditions. On peut à ce titre mentionner la Convention des Nations Unies contre la criminalité transnationale organisée du 15 novembre 2000 qui prévoit à son article 16 chiffre 11 une telle possibilité.

En dehors des hypothèses prévues dans l'EIMP et dans les conventions, c'est au cas par cas ou en fonction de la catégorie dans laquelle l'Etat requérant a été classé que l'Office fédéral de la justice décide si des garanties et lesquelles doivent être exigées. Leur objet n'est donc pas limité.

Habituellement ces garanties portent sur la régularité de la procédure étrangère plus spécialement sur le respect des garanties de procédure conférées par les instruments internationaux à l'accusé dans le procès pénal[1496], la proscription des tribunaux d'exception ou le droit à un nouveau procès[1497]. Elles peuvent concerner l'application de la clause de non-discrimination. Elles peuvent porter sur les conditions de détention[1498], la prohibition de la peine de mort, l'interdiction de tout traitement portant atteinte à l'intégrité physique ou psychique, l'accès à des soins médicaux suffisants ou l'adoption de mesures en vue d'éviter qu'une personne se fasse tuer en détention[1499] ou qu'elle y subisse des représailles ou des actes d'intimidation par des tiers[1500]. Les assurances peuvent également porter sur les droits de la personne de recevoir librement des visites[1501], de communiquer avec son avocat sans limite et sans surveillance. Elles peuvent porter sur le lieu de détention. Ainsi, dans une affaire récente la Suisse a exigé la fourniture par l'Ukraine de la garantie que l'extradable sera détenu, tant lors de la détention provisoire que lors de l'exécution de la peine, dans un centre de détention proche de la capitale, c'est-à-dire à une distance maximale de 200 km de Kiev ou dans un centre de détention à l'ouest de cette zone[1502]. Elles peuvent également prévoir la mise en place d'un monitoring, afin de permettre aux autorités suisses de veiller au respect des garanties fournies. Le monitoring s'exercera sous la forme de droits octroyés à un représentant de la Suisse ou à une personne désignée par la représentation suisse de parler et de rendre visite sans mesure de surveillance à l'extradable en tout temps et sans s'annoncer au préalable, d'assister à l'audience de jugement, de se faire remettre la décision judiciaire, d'être informé du lieu de détention ainsi que d'être informé sans

[1496] Cela inclut not. le droit de choisir son défenseur et de s'entretenir librement avec lui; la proscription des tribunaux d'exception; la garantie de l'indépendance et de l'impartialité de l'autorité de jugement. Dans un cas d'extradition au Kazakhstan, le TF a même été jusqu'à exiger l'engagement du Président de ce pays, en sa qualité de chef d'Etat, à assurer le respect d'un certain nombre de garanties de procédure et à respecter le principe d'indépendance et d'impartialité des autorités judiciaires chargées de la procédure pénale dirigée contre l'individu (ATF 123 II 511).
[1497] ZIMMERMANN no 315, p. 318 et ATF 134 IV 156.
[1498] Garantie que les conditions de détention ne seront pas humiliantes ou dégradantes au sens de l'art. 3 CEDH.
[1499] Arrêt du TF A 189/86 du 1.10.1986.
[1500] Arrêt du TPF RR.2013.258 + RP.2013.52 du 6.6.2014.
[1501] ATF 129 II 268 consid. 6.4.3 f, p. 275 (entraide), 123 II 161 consid. 6f dd, p. 173, 123 II 511 consid. 4b, p. 516 et
[1502] Arrêt du TPF RR.2014.283 + RR.2014.309 + RP.2014.79 du 26.1.2015.

délai du changement du lieu de détention. L'extradable se verra de son côté accorder le droit de s'adresser en tout temps à ce représentant[1503]. La garantie peut porter sur le respect du principe de la spécialité[1504]. Enfin, une garantie peut aussi consister à demander à l'Etat étranger le retour de la personne en Suisse après une extradition. Ainsi, si les autorités suisses n'ont pas décidé définitivement sur une demande d'asile, la Suisse peut accorder l'extradition à condition que la personne réclamée puisse retourner en Suisse à l'issue de la procédure pénale ou après avoir purgé sa peine[1505].

18.3 Demande et vérification des garanties

L'article 80p EIMP pose le principe et la procédure à respecter pour exiger les garanties et statuer sur leur validité.

L'Office fédéral de la justice peut demander à l'Etat requérant de lui fournir des garanties après avoir rendu la décision d'extradition, notamment sur demande du Tribunal pénal fédéral ou du Tribunal fédéral. Dans ce cas de figure, la procédure à suivre pour obtenir et statuer sur la validité des garanties est exposée à l'article 80p EIMP. Mais l'Office fédéral de la justice peut aussi demander à l'Etat requérant de lui fournir des garanties avant de rendre la décision d'extradition. L'article 80p EIMP s'applique alors *mutatis mutandis*[1506].

Lorsque l'extradition doit être subordonnée à la fourniture de garanties, l'Office fédéral de la justice communique les conditions à l'Etat requérant et lui impartit un délai approprié pour fournir un engagement clair, précis et univoque[1507]. Le Tribunal pénal fédéral exige même que l'Etat requérant reprenne textuellement ou mot par mot ces garanties (wortgetreu)[1508]. Si le délai imparti n'est pas respecté, l'entraide est refusée ou ne peut être octroyée uniquement sur les points ne faisant pas l'objet de conditions (art. 80p al. 2 EIMP). L'Office fédéral de la justice examine si la réponse de l'Etat requérant constitue un engagement suffisant au regard des conditions fixées (art. 80p al. 3 EIMP). Il donne à l'individu la possibilité d'exercer son droit d'être entendu puis statue sur la validité des garanties.

Seul l'Office fédéral de la justice est compétent pour s'adresser à l'Etat requérant dans le cadre de l'exécution conditionnelle même si c'est l'autorité de recours qui a fixé les conditions à remplir (art. 80p al. 2 EIMP). Quand le Tribunal pénal fédéral ou le Tribunal fédéral fixe de manière précise la teneur des conditions à exiger, l'Office

---

[1503] ATF 134 IV 156 consid. 6.14.1, p. 173.
[1504] Arrêt du TPF RR.2007.142 du 22.11.2007 consid. 5. Cf. aussi Arrêt non publié du TF 1A.133/1991 du 21.8.1991 consid. 5b.
[1505] Cf. Arrêt du TPF RR.2008.59 du 19.6.2008 consid. 7.3.
[1506] Le fait de demander les garanties avant de statuer sur l'extradition présente des avantages pour l'individu du point de vue de la célérité et de l'économie de procédure. En effet, l'individu exerce son droit d'être entendu tant sur la demande d'extradition que sur les garanties. L'OFJ statue simultanément sur l'extradition et la validité des garanties. Enfin, le recours portera sur une seule décision, celle d'extradition. Le recourant pourra y critiquer aussi bien les conditions de l'extradition que la validité des assurances données. Cette manière de procéder présente aussi un important avantage pour l'individu dans la mesure où il disposera de deux instances de recours (TPF et TF) et d'un délai de recours au TPF de trente jours alors que dans la procédure de l'article 80p EIMP seul le recours au TPF dans un délai de dix jours est ouvert. En vertu de l'article 80p alinéa 4 EIMP, le TPF statue en effet définitivement dans le cadre de la procédure de l'article 80p EIMP (Cf. arrêt du TF 1C_192/2012 du 3.5.2012 consid. 2).
[1507] ZIMMERMANN no 314, p. 315.
[1508] Arrêt du TPF RR.2014.328 du 23.4.2015 consid. 5.2.4.

fédéral de la justice doit se borner à communiquer à l'Etat requérant ces conditions. Il ne peut s'écarter des garanties exigées par le juge encore moins les interpréter ou les atténuer[1509]. L'Office fédéral de la justice n'est en effet pas habilité à modifier la position de la Suisse, comme Etat requis, et à entrer dans une négociation à ce sujet. La situation peut se présenter différemment lorsque les conditions sont libellées d'une telle manière que l'Office fédéral de la justice dispose à cet égard d'une marge d'interprétation[1510] ou lorsque l'Office fédéral de la justice demande de sa propre initiative la fourniture de garanties. Dans ce cas il dispose d'une certaine marge d'appréciation dans l'examen du point de savoir si l'engagement de l'Etat requérant est suffisant[1511]. En tous les cas, les conditions fixées ne sont pas négociables et s'imposent à l'ensemble des autorités de l'Etat requérant[1512].

Le délai prévu à l'article 80p alinéa 2 EIMP est un délai d'ordre que l'Office fédéral de la justice peut proroger pour des motifs valables et pour autant que la détention extraditionnelle ne soit pas prolongée de manière inutile. L'octroi d'un délai supplémentaire se justifie notamment si l'Etat requérant ne remplit que partiellement ses obligations sans qu'il faille conclure de ce comportement un refus de fond de l'Etat d'exécuter ses obligations. L'Office fédéral de la justice dispose à ce propos d'un pouvoir d'appréciation[1513].

Si l'Etat requérant ne fournit pas les garanties demandées, l'extradition n'aura pas lieu ou que partiellement. L'Etat requérant pourra toujours fournir après coup les garanties exigées notamment dans le cadre d'une nouvelle demande d'extradition.

A réception de la réponse, l'Office fédéral de la justice examine si elle constitue un engagement suffisant au regard des conditions fixées[1514], de toutes les circonstances du cas et du but de protection de la personne concernée[1515]. L'Office fédéral de la justice mais aussi le Tribunal pénal fédéral voire encore le Tribunal fédéral vérifient s'il existe des motifs concrets permettant de penser qu'en dépit des garanties formulées, l'extradadable risque une atteinte à ses droits notamment la torture ou des mauvais traitements[1516].

Il est important que l'autorité étrangère appelée à donner les garanties engage toutes les autorités de l'Etat requérant. En présence de pouvoirs apparents, la question de savoir quelle est l'autorité compétente pour donner les garanties requises doit être résolue selon le droit interne de l'Etat requérant. Elle échappe à l'examen de l'autorité suisse. Dans le domaine de l'entraide, il peut s'agir du chef de l'Etat, du gouvernement, du Ministère de la justice (cf. art. 29 al. 1 EIMP et 5 PA II CEExtr), d'une autorité judiciaire supérieure, du procureur général, voire de l'autorité requérante elle-même, à l'exclusion

[1509] ZIMMERMANN no 316, p. 317.
[1510] Arrêt du TF 1A.34/1998 du 20.3.1998 consid. 3b.
[1511] ZIMMERMANN no 314, p. 317.
[1512] ZIMMERMANN no 314, p. 315.
[1513] Arrêt du TPF RR.2008.54 du 13.5.2008 consid. 3.2.
[1514] Art. 80p al. 3 EIMP. L'OFJ rend une décision formelle à ce sujet; Message du 29.3.1995, FF 1995 III 1, p. 35; ATF 123 II 161 consid. 6f) dd), p. 173.
[1515] ZIMMERMANN no 314, p. 315; Arrêt du TF 1A.29/1998 du 6.4.1998 (entraide).
[1516] Cf. p. ex. arrêt du TPF RR.2008.180 + RP.2008.33 du 2.10.2008.

de la représentation diplomatique[1517]. En effet, les diplomates sont seulement compétents pour transmettre des explications et non pour leur rédaction[1518].

Le simple renvoi aux dispositions du droit interne de l'Etat (constitution, code pénal, code de procédure pénale et loi d'extradition) ainsi qu'aux instruments internationaux applicables pour lui ne constitue pas un engagement conforme à l'article 80p EIMP. En effet, il est présumé que l'Etat requérant s'en tient aux dispositions de son droit interne et aux traités qui le lient et notamment aux instruments internationaux garantissant les droits de l'homme. Si cette présomption était suffisante, l'article 80p EIMP n'aurait pas de raison d'être[1519]. L'Etat requérant doit reprendre explicitement et textuellement les conditions posées[1520].

Si l'octroi de garanties correspond à la pratique suivie jusqu'ici entre la Suisse et l'Etat requérant, il n'y a pas de raison de soupçonner ce dernier de ne pas tenir ses engagements ni de soupçonner qu'il offrirait à la légère des garanties expresses sans être en mesure d'y satisfaire. Il faut ajouter que, selon le principe de la bonne foi régissant les relations entre Etats[1521], l'autorité requérante doit respecter les engagements pris. Il n'y a pas de raison de penser que ces engagements ne seront pas respectés et qu'à l'égard de l'individu les moyens nécessaires ne seront pas mis en œuvre pour lui assurer un traitement conforme aux garanties données[1522]. En effet, les assurances fournies constituent un engagement d'Etat à Etat qui l'emporte, selon la règle *pacta sunt servanda*, sur les prescriptions contraires du droit de l'Etat requérant. Car de deux choses l'une. Ou bien l'Etat requérant refuse de souscrire aux conditions posées par la Suisse avec la conséquence que la coopération sera refusée. Ou bien il y souscrit sans réserve et dans ce cas il ne peut plus invoquer son droit interne pour échapper à ses obligations. L'Etat qui donne de telles garanties puis n'en tient pas compte engage sa responsabilité internationale[1523].

En l'absence de précédent, il n'est pas possible de savoir si un pays est susceptible de respecter les garanties que l'Office fédéral de la justice entend demander. Il y a donc lieu d'examiner la vraisemblance que l'Etat respectera ces garanties à l'aune de son comportement face à la communauté internationale et à ses engagements internationaux[1524].

[1517] ZIMMERMANN no 315, p. 318; arrêt du TF 1A.214/2004 du 28.12.2004 consid. 2.3.2, avec référence à l'ATF 110 Ib 173.
[1518] Arrêt du TPF RR.2007.47 du 2.5.2007 consid. 4.2.
[1519] Arrêt du TF 1A.179/2004 du 24.9.2004 consid. 3.2. Ainsi, dans un cas d'espèce, la réponse consistant à dire que la législation nationale était conforme aux différents instruments internationaux applicables dans ce domaine (Pacte ONU II et CEDH), ratifiés par l'Etat requérant et incorporés à son ordre juridique interne, n'a pas été jugée suffisante, après que le DFAE, saisi par l'OFJ, a officiellement pris position en rappelant la nécessité de réclamer des garanties (arrêt du TF 1A.320/2005 du 23.1.2006).
[1520] Arrêts du TF 1A.320/2005 du 23.1.2006 consid. 4 à 4.4 et 1A.179/2004 du 24.9.2004 consid. 3.2.
[1521] Voir à ce sujet ATF 121 I 181 consid. 2c aa, p. 184, et 101 Ia 405 consid. 6b bb, p. 414.
[1522] Arrêt du TPF RR.2007.142 du 22.11.2007 consid. 6.4, Arrêts du TF 1A.320/2005 du 23.1.2006 consid. 4-4.4 et 1A.215/2000 du 16.10.2000 consid. 6b.
[1523] ZIMMERMANN no 313, p. 314.
[1524] Arrêt du TPF RR.2009.26-31 du 23.2.2010: cas d'une demande d'entraide de l'Iran, où il a été considéré que, notamment dans le domaine nucléaire, l'Iran est prêt à subir des sanctions internationales plutôt que de remplir ses obligations. L'entraide a été intégralement refusée, car il a été estimé douteux que la menace de refuser dorénavant l'entraide constitue une menace suffisamment intimidante pour que l'Iran respecte ses engagements dans le cas précis. Il était donc impossible de garantir que l'octroi de l'entraide sous condition permettrait d'abaisser suffisamment le risque d'atteinte aux droits fondamentaux.

18.4 Droit d'être entendu

Avant que l'Office fédéral de la justice ne décide si la réponse de l'Etat requérant constitue un engagement suffisant au regard des conditions fixées, il doit inviter l'individu à se déterminer à ce sujet en lui impartissant un bref délai[1525]. Après avoir examiné le contenu des garanties et la prise de position de l'individu, l'Office fédéral de la justice rend une décision formelle quant à la validité et à la crédibilité des garanties. Cette décision est intégrée à la décision d'extradition si les garanties ont été requises avant que l'Office fédéral de la justice ne statue sur la demande d'extradition. Lorsque la procédure selon l'article 80p EIMP est mise en oeuvre postérieurement à la décision d'extradition, le droit d'être entendu ne portera que sur la validité des garanties et leur respect par l'Etat requérant. La procédure de contrôle instituée par l'article 80p alinéa 4 EIMP n'aura pas pour but de remettre en discussion la décision relative à l'octroi de l'extradition[1526]. Dans les deux cas de figure, l'EIMP ne confère pas à l'Office fédéral de la justice la tâche de reformuler ou d'interpréter les conditions posées à l'Etat requérant lesquelles sont intangibles.

L'extradable pourra soulever comme griefs que les garanties fournies ne sont pas aptes à exclure ou à tout le moins réduire le risque de mauvais traitement ou que l'Etat requérant ne se tiendra pas aux engagements pris. En effet, les présomptions de respect des engagements par l'Etat requérant et sa bonne foi sont réfragables[1527].

Une fois entrée en force, la décision de l'Office fédéral de la justice constatant que les garanties fournies sont suffisantes ne peut plus être mise en discussion dans le cadre d'un recours dirigé contre une décision ultérieure. De même, et inversement, la vérification du caractère suffisant de l'engagement donné par l'autorité étrangère constitue le seul objet de la voie de droit instituée par l'article 80p alinéa 4 EIMP. Elle n'a pas pour but de remettre en discussion la décision relative à l'octroi de la coopération par une sorte d'appel déguisé[1528].

18.5 Voies de recours

Si les garanties ont été requises avant que la décision d'extradition ne soit rendue, l'Office fédéral de la justice statue simultanément sur l'extradition et sur la validité des assurances exigées de l'Etat requérant. En pareil cas, le Tribunal pénal fédéral dans le cadre du recours interjeté contre la décision d'extradition peut aussi revoir la validité de l'engagement donné par l'Etat requérant. En ce sens, le recours ordinaire absorbe la procédure de l'article 80p alinéa 4 EIMP[1529]. Dans cette hypothèse, la voie du recours au Tribunal fédéral sera également ouverte pour l'examen de la validité des assurances.

[1525] ATF 124 II 132 consid. 2c p. 138; arrêts du TF 1A.29/1998 du 6.4.1998 et 1A.34/1998 du 20.3.1998 consid. 1b.
[1526] Arrêt du TFP RR.2008.146 + RP.2008.28 du 18.7.2008.
[1527] Cf. SCHAFFNER/KÜHLER no 67, p. 787.
[1528] ZIMMERMANN no 314, p. 317; ATF 131 II 228 consid. 2, p. 232; arrêts du TF 1A.214/2004 du 28.12.2004 consid. 2.1, 1A.6/1999 du 8.3.1999 consid 2b et 1A.228/1998 du 11.12.1998 consid. 2c.
[1529] Cf. ATF 123 II 511 consid. 4b, pp. 515 et 516; arrêts du TF 1A.179/2004 du 24.9.2004 consid. 2 et 1A.74/1998 du 14.5.1998 consid lc.

Si la décision de l'Office fédéral de la justice sur la validité des garanties est prise après avoir statué sur la demande d'extradition, cette décision est attaquable devant le Tribunal pénal fédéral qui tranche définitivement (art. 80p al. 4 EIMP). Il est désormais impossible de saisir le Tribunal fédéral au regard du texte clair de l'article 80p alinéa 4 EIMP. La clause spéciale de l'article 84 LTF ne s'applique pas[1530]. L'autorité de recours qui a exigé de l'Etat requérant qu'il fournisse des garanties selon l'article 80p EIMP n'a pas qualité pour recourir contre la décision rendue à ce propos par l'Office fédéral de la justice.

18.6 Examen dans la procédure d'asile des garanties données dans la procédure d'extradition

L'usage des garanties fait l'objet d'une longue pratique dans les relations extraditionnelles entre les Etats. Les garanties sont requises et fournies dans le cadre de procédures d'extradition bilatérales qui offrent un contexte légal clair impliquant la fourniture d'assurances identifiables et vérifiables. Toutefois les garanties sont toujours plus utilisées en droit d'asile qui ne fournit toutefois pas ce contexte légal clair[1531].

La Convention de 1951 ne contient en effet pas de base explicite pour demander des assurances en vue de garantir la sécurité d'un réfugié ou d'un requérant d'asile. En outre, les garanties se fondent sur la présomption de l'existence d'un risque de persécution ou d'atteinte à l'intégrité, raison pour laquelle la personne demande à être reconnue comme réfugié. L'usage des garanties est donc difficile à concevoir lorsque la crainte fondée de persécution concerne l'Etat présumé persécuteur. Dans une telle situation, le concept d'assurances ne peut pas faire partie de la clause de protection, car une telle clause implique que la personne concernée peut actuellement obtenir une protection de son Etat d'origine et qu'elle veut s'en prévaloir, ce que la personne concernée ne veut justement pas. Bien plus, en permettant aux Etats de pouvoir réclamer des garanties, cela équivaudrait à annihiler l'objet et le but de la Convention de 1951. Cela poserait aussi des problèmes du point de vue de la confidentialité de la demande d'asile si l'Etat devait demander des garanties et aggraver le risque de subir des persécutions[1532]. En effet, certains pays voient déjà dans le dépôt d'une demande d'asile par l'un de leurs ressortissants une attitude hostile à leur égard — trahison, dénigrement du régime en place — et condamnent pénalement un tel acte[1533]. Néanmoins Wouters juge que l'usage des garanties est possible dans les cas qui tombent sous l'exception du chiffre 2 de l'article 33 de la Convention de 1951[1534].

[1530] ATF 133 IV 134 consid. 1, p. 136.
[1531] WOUTERS, p. 27. On trouve ainsi dans la jurisprudence du Comité des Nations Unies contre la torture des exemples de pays qui recourent aux garanties pour refouler des requérants d'asile déboutés (cf. *Agiza c. Suède* du 20.5.2005 no 233/2003 et *Attia c. Suède* du 17.11.2003, no 199/2002).
[1532] WOUTERS, pp. 110 et 111.
[1533] Manuel SEM, Article D8, p. 9.
[1534] WOUTERS, p. 112.

En procédure d'asile suisse, contrairement à la procédure d'extradition, il est légalement interdit de recourir à des garanties lorsqu'on expulse une personne car cela reviendrait à communiquer à l'Etat concerné qu'un individu a déposé une demande d'asile[1535]. L'interdiction du recours aux garanties n'empêche pas qu'elles soient données dans la procédure d'extradition. Celles-ci peuvent en effet être utiles pour l'appréciation du droit à l'asile ou de l'exigibilité du renvoi.

Lorsque les garanties sont données dans le cadre de l'extradition, le Haut Commissariat des Nations Unies pour les réfugiés considère que l'autorité compétente en matière d'asile devra non seulement vérifier l'adéquation et la fiabilité des assurances données mais aussi déterminer leur respect dans le passé par l'Etat requérant et l'existence de mécanismes de suivi efficaces. Si le requérant d'asile répond aux critères d'éligibilité au statut de réfugié, il est protégé par l'article 33 paragraphe 1 de la Convention de 1951 contre une extradition et les garanties deviennent donc superflues[1536]. Pour Wouters, cette règle devrait également s'appliquer au requérant d'asile[1537].

Le juge de l'asile prend donc en compte les garanties pour déterminer si l'individu a une crainte fondée d'être persécuté[1538]. Il se livre ainsi à un examen de la validité des garanties octroyées dans le cadre de la procédure d'extradition. On trouve dans la jurisprudence de l'ancienne Commission de recours en matière d'asile et du Tribunal administratif fédéral plusieurs exemples d'un tel examen.

Ainsi, dans les affaires A. et B.[1539], l'ancienne Commission de recours en matière d'asile avait écarté les garanties fournies en mettant notamment en doute l'efficacité du monitoring proposé. Dans l'affaire C.[1540], il ressort de l'arrêt du Tribunal administratif fédéral du 17 décembre 2008[1541] que le Secrétariat d'Etat aux migrations avait reconnu la qualité de réfugié au recourant tout en considérant que les garanties fournies dans la procédure d'extradition et la règle de la spécialité protégeraient l'individu. Le Tribunal administratif fédéral avait néanmoins considéré que le recourant avait des raisons relevant du domaine de l'asile de croire qu'il risquerait d'être poursuivi après sa libération voire même d'être attaqué par son ancienne organisation et par des groupes proches de l'Etat. Pour le Tribunal administratif fédéral, la règle de la spécialité ne l'aurait donc pas protégé. Le risque de torture ne pouvait pas non plus être exclu. Vu que le recourant avait la qualité de réfugié, le Tribunal administratif fédéral avait laissé ouverte la question de la valeur des garanties données. Si les garanties peuvent ainsi influencer dans un cas concret la décision du juge de l'asile, celui-ci ne se considère toutefois pas lié par les garanties fournies et les apprécie dès lors librement. Cela signifie également que le juge de l'asile n'est lié ni par la présomption de bonne foi de l'Etat requérant ni par les appréciations du Département fédéral des affaires étrangères,

[1535] Manuel SEM, Article F1, p. 9. Cf. Courrier du 4 avril 2007 du CF à HRW (Humanrights.ch, *De l'usage des "assurances diplomatiques" lors des renvois*, http://www.humanrights.ch/fr/Suisse/interieure/Poursuite/Torture/idart_4826-content.html (lien vérifié le 15.3.2016). Cf. également l'argumentation similaire en réponse à l'interpellation Gysin (Interpellation Gysin Remo du 4.10.2000 [00.3505]).
[1536] HCR (2006) no 39, pp. 16 et 17; WOUTERS, p. 111.
[1537] WOUTERS, p. 111.
[1538] Cf. HCR (2006) no 44, p. 17.
[1539] Cf. ch. 3.3.1, let. a et b.
[1540] Cf. ch. 3.3.1, let. c.
[1541] Arrêt du TAF E-4286/2008 du 17.10. 2008.

lorsque ce dernier ne s'oppose pas à une extradition si des garanties sont données (cf. affaire C.).

18.7 Pratique de la Cour européenne des droits de l'homme en matière de garanties

La question des garanties occupe une place importante dans la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme en particulier en matière d'extradition.

La Cour européenne des droits de l'homme considère que les garanties ne délient pas l'Etat, ni d'ailleurs elle-même, de l'obligation d'examiner si dans leur application pratique les garanties sont suffisantes pour protéger un individu d'un traitement prohibé par l'article 3 CEDH[1542]. Le poids à donner aux garanties dépend, dans chaque cas, des circonstances prévalant au moment de la décision ou du renvoi s'il a déjà eu lieu (material time)[1543].

Lorsque la Cour européenne des droits de l'homme procède à cet examen, la question qu'elle se pose à titre préliminaire consiste à savoir si la situation générale des droits de l'homme dans l'Etat requérant exclut d'emblée d'accepter les garanties. De Weck a constaté qu'il est assez rare que la Cour européenne des droits de l'homme exclue d'emblée de les accepter en raison de la situation générale dans un Etat[1544]. La Cour européenne évalue ensuite la qualité des assurances données ainsi que, à la lumière des pratiques dans l'Etat requérant, leur fiabilité[1545]. Pour juger de la fiabilité des garanties, la Cour s'assure que l'Etat requérant bénéficie de la présomption de bonne foi et qu'aucun rapport n'indique que cet Etat a, par le passé, violé les garanties données[1546]. En principe, l'existence de rapports dénonçant des pratiques systématiques de mauvais traitements dans l'Etat en question est susceptible d'affaiblir la confiance accordée aux garanties[1547]. Néanmoins, dans l'arrêt *Othman (Abu Qatada) c. Royaume-Uni*, la Cour a clairement indiqué que même des assurances données par des Etats connus pour leurs mauvais traitements ne sont pas nécessairement inefficaces[1548].

[1542] GRABENWARTER no 14, p. 47.
[1543] DE WECK, p. 354; *Saadi c. Italie* du 28.2.2008 [GC], no 37201/06, par. 148.
[1544] DE WECK, p. 354; arrêt de la CourEDH *Othman (Abu Qatada) c. Royaume-Uni* du 17.1.2012, no 8139/09, par. 188. Pour des ex. où les garanties n'ont pas été jugées fiables : *Ismoilov c. Russie* du 24.4.2008, no 2947/06; *Yuldashev c. Russie* du 8.7.2010, no 1248/09; *Gaforov c. Russie* du 21.10.2010, no 25404/09; *Sultanov c. Russie* du 4.11.2010 no 15303/09; *Sidikovy c. Russie* du 20.6.2013, no 73455/11, par. 150.
[1545] DE WECK, p. 355; *Othman (Abu Qatada) c. Royaume-Uni* du 17.1.2012, no 8139/09, par. 189. «L'existence de textes internes et l'acceptation des traités internationaux garantissant, en principe, le respect des droits fondamentaux ne suffisent pas, à elles seules, à assurer une protection adéquate contre le risque de mauvais traitements lorsque des sources fiables font état de pratiques des autorités — ou tolérées par celles-ci — manifestement contraires aux principes de la Convention» (NGUYEN/AMARELLE [2010], p. 137).
[1546] DE WECK, pp. 353 et 354 ; arrêts de la CourEDH *Harkins et Edwards c. Royaume-Uni* du 17.1.2012, nos 9146/07 et 32650/07, par. 85, 86 et 91, *Al-Moayad c. Allemagne* du 20.2.2007, no 35865/03, par. 65 à 71, *Babar et Ahmad et autres c. Royaume-Uni* du 10.4.2012, nos 24027/07, 11949/08, 6742/08, 66911/09, par. 104 à 110, *El-Masri c. ex-République yougoslave de Macédoine* du 13.12.2012 [GC], no 39630/09, par. 219. Ainsi dans une affaire de peine de mort où l'extradition était demandée par les Etats-Unis, la CourEDH a jugé que cette présomption de bonne foi s'appliquait à cet Etat, qui a une longue histoire de respect pour la démocratie, les droits humains et l'Etat de droit et qui a, de longue date, des accords d'extradition avec d'autres Etats. Cette présomption a permis à la CourEDH de juger fiables les garanties données par les Etats-Unis qu'ils n'appliqueront pas la peine de mort ou d'autres traitements inhumains dans des affaires à forte connotation politique concernant l'extradition d'individus soupçonnés de terrorisme.
[1547] DE WECK, p. 354; arrêt de la CourEDH *Chahal c. Royaume-Uni* du 15.11.1996, no 22414/93, par. 104 et 105.
[1548] DE WECK, p. 354; arrêt de la CourEDH *Othman (Abu Qatada) c. Royaume-Uni* du 17.1.2012, no 8139/09.

D'après de Weck, avant l'affaire *Othman*, la Cour européenne des droits de l'homme semblait donner plus de poids à la situation des droits de l'homme prévalant dans le pays de destination[1549]. Avec cette affaire, elle a clairement rejeté l'argument que les Etats connus pour leur pratique systématique de mauvais traitements et pour leur non-respect des obligations internationales ne peuvent bénéficier d'aucune confiance. La Cour européenne des droits de l'homme continue donc à maintenir son point de vue en vertu duquel ce n'est que dans des cas rares que la situation générale dans un pays signifie qu'aucune foi ne peut être donnée aux assurances[1550]. Elle n'exclut donc pas catégoriquement l'efficacité des garanties données par des Etats qui pratiquent la torture. L'acquittement et la remise en liberté d'Othman après son extradition à la Jordanie ont d'ailleurs donné raison à la Cour européenne sur l'efficacité des garanties[1551], bien qu'il faille reconnaître que le *Memorandum of Understanding* signé par la Jordanie et le Royaume-Uni était tout à fait particulier et a donc très certainement joué un rôle décisif dans la décision de la Cour. Néanmoins, cela n'empêche pas la Cour européenne des droits de l'homme de demander aux tribunaux nationaux d'adopter une approche quelque peu critique à l'égard des assurances diplomatiques si des sources fiables rendent compte de pratiques manifestement contraires aux principes de la CEDH qui ont cours ou qui sont tolérées par des Etats[1552]. De Weck a néanmoins constaté que les cas sont plutôt rares où la Cour européenne accepte les garanties alors que des sources indépendantes rapportent des pratiques systématiques de mauvais traitements[1553].

L'affaire *Othman* est également intéressante par le fait que la Cour européenne des droits de l'homme y a défini onze critères pour apprécier la qualité des assurances données par l'Etat requérant. Cette liste n'est pas exhaustive[1554]. Les critères retenus sont les suivants: les termes dans lesquels les assurances ont été données; leur caractère spécifique; l'autorité qui les a données et si cette autorité ou la personne qui les a données peut lier l'Etat requérant; le fait que les assurances émanent de l'autorité centrale de l'Etat requérant et que les autorités locales sont liées par les garanties; le fait qu'elles concernent des traitements légaux ou illégaux; si l'Etat requérant est partie à la CEDH; la durée et l'étroitesse des relations entre les deux Etats et l'existence de rapports sur le respect de garanties similaires par l'Etat de destination; la qualité des moyens de contrôle du respect des assurances données y compris l'octroi d'un accès sans surveillance aux avocats de la personne; l'existence d'un système effectif de protection contre les mauvais traitements y compris la volonté de coopérer avec des systèmes de monitoring internationaux (comme p. ex. avec des ONG actives en matière de droits de l'homme) et si l'Etat de destination est disposé à enquêter sur des allégations de torture; le fait que la personne concernée a déjà subi de tels traitements dans l'Etat requérant; et l'existence d'un examen de la validité des garanties données effectué par les tribunaux de l'Etat concerné[1555].

[1549] DE WECK, p. 357. L'affaire *Saadi c. Italie* en serait l'exemple le plus illustratif.
[1550] Arrêts de la CourEDH *Othman (Abu Qatada) c. Royaume-Uni* du 17.1.2012, no 8139/09, par. 188, *M.S. c. Belgique* du 31.1.2012, no 50012/08, par. 126-132 et *Kozhayev c. Russie* du 5.6.2012, no 60054/10, par. 84.
[1551] http://www.lemonde.fr/proche-orient/article/2014/09/24/le-predicateur-abou-qatada-acquitte-et-bientot-libere_4493221_3218.html.
[1552] DE WECK, p. 359 et arrêt de la CourEDH *Azimov c. Russie* du 18.4.2013, no 67474/11, par. 133.
[1553] DE WECK, p. 358, où elle cite, outre l'exemple d'*Othman*, ceux de *Mamatkulov et Askarov c. Russie* du 4.2.2005 [GC], no 46827/99 et 4695/99, par. 76 et de *Shamayev et al. c. Géorgie et Russie* du 12.4.2005, no 36378/02, par. 340-353. Cf. les critiques de WOUTERS, pp. 295 à 303. Cf. aussi GRABENWARTER no 14, p. 47.
[1554] DE WECK, p. 357.
[1555] *Othman (Abu Qatada) c. Royaume-Uni* du 17.1.2012, no 8139/09, par. 189: « (i) whether the terms of the assurances have been disclosed to the Court; (ii) whether the assurances are specific or are general and vague; (iii) who has given

Selon de Weck, il est difficile d'identifier le critère auquel la Cour européenne des droits de l'homme donne le plus de poids. Il semblerait que la Cour prête une attention particulière au caractère spécifique des garanties et à la compétence de l'autorité qui les a fournies pour leur mise en application. Le critère du monitoring ne semble par contre pas être un critère inconditionnel pour juger de l'efficacité des garanties[1556].

18.8 Pratique du Comité des Nations Unies contre la torture en matière de garanties

De Weck a répertorié huit décisions où le Comité des Nations Unies contre la torture s'est explicitement prononcé sur la question des garanties[1557].

Selon de Weck, le Comité des Nations Unies contre la torture se montre très sceptique à l'égard des garanties depuis notamment les affaires *Agiza c. Suède* du 20 mai 2005 et *Boily c. Canada* du 14 novembre 2011, où les assurances se sont révélées inefficaces. Dans sa jurisprudence récente, le Comité contre la torture a clairement déclaré que les assurances peuvent être vues comme un indicateur d'un risque de mauvais traitement. Lorsque des garanties sont fournies à l'égard d'individus qui ont été torturés par le passé ou qui appartiennent à des groupes dont les membres sont souvent sujets à de mauvais traitements dans le pays de destination, le fardeau de la preuve se déplace de l'individu vers l'Etat de renvoi. Il incombe alors à ce dernier de dissiper tout doute au sujet du risque de torture. En outre, aux yeux du Comité, les garanties doivent offrir un système de monitoring indépendant et suffisamment fiable qui doit prévoir un contact intime et continu avec la personne dès sa remise. Ceci ne veut néanmoins pas dire que ledit Comité accepte les garanties fournies par des Etats connus pour leurs pratiques systématiques de la torture[1558].

---

the assurances and whether that person can bind the receiving State; (iv) if the assurances have been issued by the central government of the receiving State, whether local authorities can be expected to abide by them; (v) whether the assurances concern treatment which is legal or illegal in the receiving State; (vi) whether they have been given by a Contracting State; (vii) the length and strength of bilateral relations between the sending and receiving States, including the receiving State's record in abiding by similar assurances; (viii) whether compliance with the assurances can be objectively verified through diplomatic or other monitoring mechanisms, including providing unfettered access to the applicant's lawyers; (ix) whether there is an effective system of protection against torture in the receiving State, including whether it is willing to cooperate with international monitoring mechanisms (including international human rights NGOs), and whether it is willing to investigate allegations of torture and to punish those responsible; (x) whether the applicant has previously been ill-treated in the receiving State; and (xi) whether the reliability of the assurances has been examined by the domestic courts of the Contracting State »; DE WECK, p. 355; ZIMMERMANN no 313, pp. 314 et 315.

[1556] DE WECK, p. 367.

[1557] Il s'agit des affaires: *Attia c. Suède* du 17.11.2003, no 199/2002; *Agiza c. Suède* du 20.5.2005, no 233/2003; *Pelit c. Azerbaïdjan* du 1.5.2007, no 281/2005; *L.J.R. c. Australie* du 10.11.2008, no 316/2007; *Boily c. Canada* du 14.11.2011, no 327/2007; *Kalinichenko c. Maro*c du 25.11.2011, no 428/2010; *Abdussamatov et 28 autres c. Kazakhstan* du 1.6.2012, no 444/2010; *Abichou c. Allemagne* du 21.5.2013, no 430/2010; DE WECK, p. 359. Il y a lieu de relever que les affaires Attia et Agiza concernaient le refoulement de requérants d'asile.

[1558] DE WECK, pp. 365 et 366. Cf. CAT, rapport annuel 2012/2013, p. 171 (A/68/44): « the more widespread the practice of torture or other cruel, inhuman or degrading treatment, the less likely the possibility of the real risk of such treatment being avoided by diplomatic assurances, however stringent any agreed follow-up procedure may be. Therefore, the Committee considers that diplomatic assurances are unreliable and ineffective and should not be used as an instrument to modify the determination of the Convention».

18.9 Comparaison entre les pratiques de la Cour européenne des droits de l'homme, du Comité des Nations Unies contre la torture et de la Suisse

La Cour européenne des droits de l'homme attacherait plus d'importance aux garanties que le Comité des Nations Unies contre la torture bien que ce dernier n'ait jamais totalement exclu leur efficacité[1559]. Si, en matière de peine de mort, les garanties ont prouvé leur utilité, pour le reste, la Cour européenne et le Comité contre la torture se montrent plus prudents dans l'acceptation des garanties en particulier lorsqu'elles sont données par des Etats connus pour leurs pratiques de la torture. Pour le Comité des Nations Unies contre la torture, les assurances fournies par des Etats qui pratiquent la torture ne sont pas fiables et doivent nécessairement contenir un mécanisme de monitoring strict et indépendant. Le Comité contre la torture serait ainsi sur la même longueur d'onde que le Comité des droits de l'homme. Le Comité contre la torture va même jusqu'à affirmer que la demande de garanties est un indicateur du risque de torture. La Cour européenne des droits de l'homme n'a pas adopté une telle position[1560]. Dans l'affaire *Othman*, la Cour européenne des droits de l'homme a, en effet, clairement affirmé que c'est dans des cas vraiment exceptionnels et extrêmes quant à la situation des droits de l'homme dans l'Etat de destination que l'efficacité des garanties doit être exclue. Pour la Cour, la fiabilité des garanties doit être examinée à l'égard de la situation des droits de l'homme et à la lumière des critères énumérés dans l'affaire *Othman*.

Selon de Weck, pour la Cour européenne des droits de l'homme, la spécificité des garanties, l'autorité qui les a fournies et le fait que l'Etat de destination est partie à la CEDH sont des critères importants pour juger de leur validité[1561]. Le critère du monitoring ne semble par contre pas être décisif. De son côté, le Comité contre la torture attache plus d'importance à la situation des droits de l'homme au moment du refoulement et à l'efficacité du mécanisme de monitoring mis en place, sans toutefois définir précisément en quoi doit consister ce mécanisme. De Weck constate néanmoins que depuis l'affaire *Agiza*, le Comité contre la torture serait devenu plus strict que la Cour européenne lorsqu'il est amené à apprécier l'efficacité du monitoring[1562].

Malgré ces différences, aussi bien pour le Comité contre la torture que pour la Cour européenne, plus le rapport sur la torture dans l'Etat de destination est négatif, plus les chances de considérer les assurances comme fiables se réduit. En outre, plus ce rapport est négatif, sans toutefois que la situation des droits de l'homme ne rende les garanties complètement inefficaces, plus la qualité des exigences entourant la mise en place d'un monitoring sera élevée[1563].

Considérée dans son ensemble, la pratique suisse se recoupe en grande partie avec celle de la Cour européenne des droits de l'homme, ce qui n'est pas vraiment étonnant vu qu'elle s'en inspire (examen tant de la situation générale des droits de l'homme que de la situation spécifique de l'individu; prise en compte des relations existantes et éprouvées entre la Suisse et l'Etat requérant; spécificité des garanties; compétence de

[1559] DE WECK, p. 368.
[1560] DE WECK, pp. 366 et 367.
[1561] DE WECK, p. 367.
[1562] DE WECK, p. 367.
[1563] DE WECK, p. 368.

l'autorité qui les a données; ratification par l'Etat requérant des instruments de protection des droits de l'homme; ainsi que mise en place d'un monitoring). En règle générale, les garanties ne sont pas exigées des Etats ayant des relations extraditionnelles éprouvées avec la Suisse. Il arrive toutefois que la Suisse exige de ces Etats des garanties dans des cas particuliers, notamment en présence d'un contexte politique avéré, comme cela s'est produit avec la Turquie[1564]. C'est donc en fonction du cas d'espèce que l'on va exiger des garanties et surtout la garantie du monitoring, laquelle semble souvent constituer un critère décisif pour les autorités suisses en vue de l'octroi de l'extradition[1565]. Le monitoring constitue en effet un empiètement assez important sur la souveraineté d'un Etat voire même une ingérence dans ses affaires. L'Etat requérant ne donnera donc pas cette garantie à la légère.

Si la Suisse s'inspire grandement de la pratique de la Cour européenne des droits de l'homme, elle a aussi développé sa propre pratique qui, selon les circonstances, peut apparaître tantôt plus sévère — en refusant d'emblée l'extradition aux Etats appartenant à la troisième catégorie -, tantôt plus souple — en n'exigeant pas de garanties pour les Etats de la première catégorie ou en se contentant des garanties usuellement exigées pour les Etats de la seconde catégorie sans prise en compte effective du cas concret (cf. affaires A., B. et C.)[1566] — que celles de la Cour et du Comité. La classification tripartite opérée par la jurisprudence est critiquée par Charrière. De l'avis de cet auteur, cette répartition «ne doit pas nécessairement dispenser l'autorité suisse d'évaluer scrupuleusement la validité et la fiabilité d'une garantie diplomatique, quand bien même l'Etat requérant appartiendrait traditionnellement à la première catégorie»[1567].

18.10 Critiques formulées à l'encontre de l'usage des garanties

L'usage des garanties en cas de risque de torture a été critiqué notamment par les organisations non gouvernementales Human Rights Watch et Amnesty international, mais aussi par l'ancien rapporteur spécial sur la torture Manfred Nowak ou l'ancienne Haut-commissaire aux droits de l'homme des Nations Unies Louise Arbour. Dans la littérature suisse, l'usage des garanties a également fait l'objet de critiques[1568].

Pour Nowak, les assurances diplomatiques ont prouvé leur manque de fiabilité et d'efficacité comme protection contre la torture et les mauvais traitements. Constatant que les assurances sont généralement demandées à des Etats où la pratique de la torture est systématique, le respect des garanties par de tels Etats serait donc illusoire. Même le mécanisme de monitoring serait inefficace. Pour Nowak, les assurances diplomatiques ne sont rien d'autre qu'une tentative pour les Etats de contourner leurs obligations

[1564] Arrêt du TF 1A.13/2007 du 9.3.2007 consid. 3.4; ATF 133 IV 76 consid. 4.5, p. 88, et consid. 4.8, p. 91; arrêt du TF 1A.215/2000 du 16.10.2000 consid. 6b.
[1565] Arrêt du TPF RR.2014.328 du 23.4.2015 consid. 5.2.5. Cf. aussi arrêt du TPF RR.2015.50 + RR.2015.68 + RP.2015.14 du 2.7.2015 consid. 10.5.4. Pour des ex. où le TPF avait jugé que le monitoring proposé n'était pas adéquat à la situation du cas d'espèce: RR.2008.18 + 33 du 20.3.2008 consid. 4.4 ou que la garantie non fournie textuellement n'était pas suffisante: RR.2014.328 du 23.4.2015 consid. 5.2.5.
[1566] Cf. ch. 3.3.1, let. a), b) et c).
[1567] CHARRIÈRE, p. 887.
[1568] ATF 134 IV 156 consid. 6.6ss, pp. 162ss. Cf. aussi CHARRIÈRE, p. 880.

découlant du principe de non-refoulement. L'opinion de Nowak a été relayée par le rapporteur spécial sur la torture en fonction Juan E. Mendez[1569].

Human Rights Watch a publié divers documents où elle dénonce la pratique des garanties et s'est adressée à plusieurs gouvernements, dont la Suisse, pour qu'il y soit renoncé en cas de risque de torture[1570]. Human Rights Watch a également dénoncé la pratique du Royaume-Uni en matière d'assurances, en lui reprochant non seulement sa pratique interne mais aussi son *lobbying* aux niveaux régional et international (UE, Conseil de l'Europe et ONU) pour tenter de légitimer l'usage des assurances diplomatiques contre la torture et de promouvoir leur usage comme outil de contre-terrorisme[1571]. Dans la doctrine suisse, Martina Caroni et Peter Popp ont formulé des critiques à l'égard de l'usage des garanties. Quant à Zimmermann, il approuve leur usage[1572].

Suite à un courrier daté du 14 décembre 2006 adressé au Conseil fédéral où Human Rights Watch a demandé à la Suisse de fermement rejeter le recours aux assurances diplomatiques, le Conseil fédéral a fait part, dans sa réponse du 4 avril 2007, de sa position en matière de garanties. Le Conseil fédéral y défend la pratique des garanties tout en procédant à une distinction entre extradition et renvoi. En cas de renvois au titre de la législation en matière d'asile et d'étrangers, il est interdit de demander de telles garanties pour des raisons juridiques. Lorsqu'un Etat fournit des garanties, par exemple dans le cadre d'une procédure d'extradition qui se déroule en parallèle, elles sont dûment prises en compte lors de la décision. De la même manière, l'existence d'un danger potentiel est soigneusement examinée dans chaque cas[1573]. La position du Conseil fédéral a été reprise dans plusieurs décisions du Tribunal pénal fédéral et du Tribunal fédéral pour rejeter les griefs des recourants formulés à l'encontre de l'usage des garanties[1574].

Selon Johnston, l'usage des assurances pour éviter le risque de torture est permis par le droit international. Cet auteur propose néanmoins pour renforcer la protection des droits de l'homme, l'établissement de standards minimums pour l'usage des garanties et de critères communs à appliquer pour déterminer si les assurances peuvent être vues comme suffisamment fiables pour la protection contre la torture[1575].

Aux yeux de Charrière, «la pratique suisse des garanties diplomatiques en matière d'extradition constitue un mal pour un bien. En tolérant cette pratique, la Suisse

---

[1569] DE WECK, pp. 368 et 369. UN Doc. E/CN.4/2006/6 du 23.12.2005 par. 32; NOWAK (2005), p. 687; UN Doc. A/HRC/16/52 du 3.2.2011 par. 60-63.
[1570] HRW 2004, p. 37: «Human Rights Watch is deeply concerned that governments are increasingly relying on diplomatic assurances as a device to circumvent the obligation not to return any person to a place where he or she would be at risk of torture or ill-treatment. The concern derives from the many examples in this paper, indicating a trend that seriously undermines the absolute prohibition against torture and ill-treatment. The use of diplomatic assurances threatens to erode the decades-long work of governments — in close alliance with civil society — to eradicate torture. It would be tragic indeed if the actions of terrorists resurrected torture as a legitimate means of interrogation and control».
[1571] HRW 2008, p. 37.
[1572] ATF 134 IV 156 consid. 6.6.2, p. 167.
[1573] Humanrights.ch, *De l'usage des "assurances diplomatiques" lors des renvois*, http://www.humanrights.ch/fr/Suisse/interieure/Poursuite/Torture/idart_4826-content.html (lien vérifié le 15.3.2016). Cf. également l'argumentation similaire en réponse à l'interpellation Gysin (Interpellation Gysin Remo du 4.10.2000 [00.3505]).
[1574] Cf. not. ATF 134 IV 156 consid. , p. 6.6.3, pp. 168 et 169 et arrêt du TPF RR.2008.180 + RP.2008.33 du 2.10.2008 consid. 2.2.
[1575] JOHNSTON, pp. 1, 47 et 48.

reconnaît implicitement que des violations sont perpétrées un peu partout dans le monde, mais elle prend également conscience de ses limites: à l'heure où nous vivons, il n'est guère possible de garantir une effectivité sans faille aux assurances diplomatiques»[1576].

Pour notre part, nous sommes de l'avis que la pratique des garanties ne doit pas être vue comme un moyen de contourner le principe de non-refoulement et ce pour les motifs suivants.

Les critiques formulées à l'encontre des garanties concernent surtout le risque de tortures et de mauvais traitements. Or, les situations où les assurances diplomatiques peuvent être demandées ne se limitent pas à ces risques. Il ne peut donc être d'emblée renoncé à la pratique des assurances.

Comme on a eu l'occasion de le voir, pour que les garanties fournies soient considérées comme valides, elles doivent non seulement répondre à des critères déterminés mais elles doivent aussi être demandées au terme d'un examen approfondi aussi bien de la situation générale dans l'Etat requérant que de la situation individuelle. Lorsqu'il existe des motifs tout à fait concrets de penser qu'un danger de torture ou de mauvais traitements menace l'extradable, danger que même l'obtention d'assurances ne permettrait pas d'éliminer ou à tout le moins de réduire, la question des garanties ne se pose même pas, vu que dans un tel cas l'extradition est d'emblée exclue[1577]. Par contre, lorsque le risque existe d'une violation des droits de l'homme, mais que l'Etat requérant se déclare prêt à prendre des mesures et qu'il est de bonne foi, les garanties et notamment la garantie d'un monitoring peuvent constituer un instrument efficace pour remédier aux risques de torture ou de mauvais traitements. A côté de ces garanties l'extradable bénéficie également de la règle de la spécialité s'il n'y renonce pas expressément (art. 38 EIMP, 14 et 15 CEExtr). Cette règle s'applique d'office sans que l'Etat requis n'ait à en revendiquer le bénéfice ou exiger des assurances quelconques quant à son respect[1578]. La règle de la spécialité n'empêche pas seulement l'Etat requérant de poursuivre l'individu concerné pour d'autres délits mais donne aussi à l'individu la possibilité de quitter le pays de renvoi. Ce n'est que dans l'hypothèse où l'individu décide de demeurer dans l'Etat requérant au-delà de l'expiration d'un délai de répit ou qu'il y retourne qu'il peut perdre la protection offerte par cette règle[1579].

L'usage des garanties en matière d'extradition et la règle de la spécialité ne constituent donc pas une entorse au principe de non-refoulement. Bien au contraire. Comme l'indique Wouters, l'usage des assurances pour garantir la sécurité des personnes après leur renvoi constitue une autre méthode pour permettre un renvoi d'étrangers qui n'ait pas lieu en violation de l'interdiction du refoulement[1580]. L'usage des garanties tend même à renforcer le principe de non-refoulement car c'est un moyen de rappeler aux Etats leurs obligations. En outre, ce moyen constitue une immixtion dans les affaires internes de l'Etat requérant ainsi qu'un empiètement sur sa souveraineté par la mise en place d'un éventuel monitoring. L'affaire *Othman* constitue à ce propos un exemple

[1576] CHARRIÈRE, p. 889.
[1577] Arrêts du TPF RR.2012.10 + RP.2012.3 du 26.4.2012 consid. 3.1.1 et RR.2008.180 + RP.2008.33 du 2.10.2008 consid. 2.3.
[1578] ATF 118 lb 462 consid. 2a, p. 465.
[1579] ATF 118 lb 462 consid. 2a, pp. 465 et 466.
[1580] WOUTERS, pp. 26 et 27.

illustratif de l'efficacité des garanties[1581]. Dans la pratique suisse on ne dénombre à ce jour qu'un seul cas où les garanties n'ont pas été respectées, il s'agit d'un cas d'extradition à l'Inde où il ne s'agissait pas de traitements prohibés par l'article 3 CEDH, mais d'une violation du principe de célérité. Ce cas isolé ne saurait remettre en cause la pratique des assurances diplomatiques[1582].

Certes ni les garanties, ni la règle de la spécialité ne constituent des obstacles permanents contre une violation des droits de l'homme. Aucun Etat ne peut d'ailleurs assurer une protection absolue et permanente à un individu[1583]. Il suffit qu'il soit capable d'offrir sa protection. A notre avis, en extradant une personne dans un contexte de risque de persécution, l'Etat requis devrait s'assurer que la personne puisse effectivement quitter le territoire de l'Etat requérant en toute sécurité. C'est l'enseignement que l'on peut tirer de l'affaire C. (cf. ch. 3.3.1, let. c). Se pose tout de même la question de savoir si la personne concernée a effectivement la possibilité de se rendre dans un autre pays. Car si elle est partout indésirable, en raison par exemple de son activité pour une organisation terroriste, l'efficacité des garanties et de la règle de la spécialité dans un tel cas de figure serait sujette à caution. C'est ainsi au cas par cas qu'il faut juger de l'efficacité des garanties et de la règle de la spécialité.

Chapitre 19 Coordination asile-extradition

Les paragraphes précédents ont fourni l'occasion de présenter le déroulement des procédures d'asile et d'extradition. Dans le présent chapitre il sera question d'examiner comment les autorités concernées se coordonnent lorsque les procédures d'extradition et d'asile sont simultanément pendantes. Mais ce cas de figure n'est pas le seul où lesdites autorités sont appelées à interagir. En effet une demande d'extradition peut aussi concerner une personne au sujet de laquelle la procédure d'asile est close. Il s'agit des cas où cette personne a été reconnue comme réfugié au bénéfice de l'asile; d'un réfugié admis provisoirement; d'une personne provisoirement admise; d'une personne au bénéfice d'une autorisation de séjour pour cas de rigueur; d'une personne au bénéfice d'une autorisation de séjour ou d'établissement ordinaire à la suite par exemple d'une décision de NEM; d'une personne qui fait l'objet de décisions de rejet de l'asile et de renvoi définitives; enfin d'un réfugié qui a entretemps acquis la nationalité suisse[1584].

Lorsque les procédures d'asile et d'extradition sont pendantes simultanément, la procédure d'asile doit se dérouler en étroite coordination avec la procédure d'extradition du point de vue du temps, de la procédure et du contenu[1585].

En vertu de l'article 9 lettre c chiffre 1 de l'Ordonnance sur le système d'information central sur la migration [1586], les collaborateurs de l'Office fédéral de la justice ont accès au système d'information central sur la migration (SYMIC). S'il apparaît que la personne qui fait l'objet d'une demande de recherche, d'arrestation ou d'extradition a

[1581] http://www.theguardian.com/world/2014/sep/24/abu-qatada-cleared-terror-charges-jordan-court.
[1582] Arrêt du TF 1C_471/2008 du 28.11.2008 consid. 2.2 avec renvoi à l'ATF 134 IV 156 consid. 6.6.3, p. 169.
[1583] Cf. Manuel SEM, Article D2, p. 9 et JICRA 1996/28 consid. 3c bb.
[1584] Manuel SEM, Article F1, p. 1.
[1585] Manuel SEM, Article F1, p. 5.
[1586] RS 142.513.

un dossier asile (N-Dossier), l'Office fédéral de la justice communique au Secrétariat d'Etat aux migrations l'existence d'une telle demande par l'Etat d'origine ou un Etat tiers, éventuellement en lui transmettant les documents correspondants. De leur côté, en vertu de l'article 6 de l'Ordonnance sur le système de gestion de personnes, de dossiers et d'affaires (PAGIRUS) de l'Office fédéral de la justice (Ordonnance PAGIRUS)[1587], les collaborateurs du Secrétariat d'Etat aux migrations ont accès à PAGIRUS. Sont enregistrés dans PAGIRUS l'ensemble des dossiers (B-Dossier) de procédures d'extradition ou d'entraide en cours ou liquidés ainsi que les personnes concernées. S'il s'avère que le requérant d'asile a un dossier B, le Secrétariat d'Etat aux migrations informe sans retard l'Office fédéral de la justice. Le Secrétariat d'Etat aux migrations peut aussi apprendre l'existence d'une telle recherche ou d'une telle demande d'extradition soit sur la base des indications fournies par la personne elle-même ou sur la base du Système de recherches informatisées de police (RIPOL)[1588].

Il peut arriver qu'une personne au moment de son arrestation et de son audition ou durant sa détention extraditionnelle déclare vouloir déposer une demande d'asile. Dans de tels cas de figure, l'Office fédéral de la justice ou l'autorité cantonale qui procède à l'audition doit suivre la procédure instaurée par l'article 8 alinéa 3 OA 1 et transmettre la demande d'asile aux autorités cantonales compétentes en matière d'asile[1589].

Lorsque le requérant d'asile fait l'objet d'une demande d'extradition de l'Etat prétendument persécuteur, la Loi de coordination prévoit plusieurs mesures.

Le Secrétariat d'Etat aux migrations est tenu de traiter avec une célérité particulière les demandes d'asile lorsqu'une personne se trouve en détention extraditionnelle (art. 37 al. 4 LAsi).

Le Secrétariat d'Etat aux migrations et l'Office fédéral de la justice doivent se mettre à disposition les dossiers respectifs (art. 41a LAsi et 55a EIMP). Des actes de la procédure d'extradition potentiellement essentiels sont ainsi intégrés dans le dossier d'asile. Ces actes sont soumis au droit de consulter le dossier sous réserve des limitations légales et usuelles, ce qui exige que le Secrétariat d'Etat aux migrations et l'Office fédéral de la justice se contactent et se coordonnent préalablement au sujet du moment et de l'étendue de la consultation du dossier, entre autres en fonction de la connaissance qu'en a la personne concernée de l'existence de la procédure d'extradition[1590].

[1587] RS 351.12; PAGIRUS est également réglé par l'art. 11a EIMP.
[1588] Manuel SEM, Article F1, p. 5.
[1589] Arrêt du TF 1A.52/2005 du 12.4.2005 consid. 2.3.
[1590] Manuel SEM, Article F1, pp. 5 et 6.

La Loi de coordination ne prévoit pas la suspension des procédures. Ce nonobstant, les affaires L., N. et Q. (cf. ch. 3.3.1, let. l, n et q ci-dessus) fournissent des exemples où le Tribunal pénal fédéral et le Tribunal fédéral ont néanmoins suspendu la procédure d'extradition dans l'attente de l'issue de la procédure d'asile. Etonnamment dans les affaires P. et Q. (cf. ch. 3.3.1, lettres p et q ci-dessus), ce sont le Tribunal administratif fédéral et le Tribunal fédéral qui ont suspendu la procédure d'asile dans l'attente de l'issue de la procédure d'extradition. Il n'est donc pas exclu que les autorités concernées suspendent leurs procédures en vue d'éviter des décisions contradictoires.

En cas de procédures d'asile et d'extradition parallèles, la Loi de coordination a instauré la voie du recours au Tribunal fédéral contre la décision du Tribunal administratif fédéral (art. 83 let. d ch. 1 LTF). Ainsi, lorsque les procédures d'asile et d'extradition sont pendantes simultanément, le Tribunal fédéral connaît des recours en matière d'asile et d'extradition en vue d'éviter des décisions contradictoires et de respecter le principe de non-refoulement. A ce jour, le Tribunal fédéral n'a eu à statuer qu'une seule fois sur des décisions contradictoires (affaire V., ch. 3.3.1, let. v ci-dessus). Dans une autre affaire où des décisions contradictoires avaient été rendues (affaire N. ch. 3.3.1, let. n ci-dessus), le Tribunal fédéral n'avait pas été saisi d'un recours par le Département fédéral de justice et police contre la décision du Tribunal administratif fédéral[1591]. Le Tribunal fédéral n'avait donc pas pu remédier à la situation. A l'exception de l'affaire V., le Tribunal fédéral a été jusqu'ici surtout amené à statuer sur des recours où il n'y avait pas de décisions contradictoires (décision d'asile négative avec décision d'extradition positive).

Quant aux effets des décisions, il ressort de la pratique les éléments suivants.

Les décisions définitives d'octroi de l'asile ou de reconnaissance de la qualité de réfugié lient toutes les autres autorités (art. 59 LAsi). La personne concernée ne peut alors être extradée à l'Etat d'origine. En cas de procédure d'asile toujours pendante, l'extradition ne peut être accordée que sous réserve d'une décision définitive de rejet de la demande d'asile[1592] ou de non-reconnaissance du statut de réfugié. En cas de décision préalable refusant l'asile, l'Office fédéral de la justice est dès lors libre de décider sur la demande d'extradition. Si l'Office fédéral de la justice refuse l'extradition, il apparaît envisageable selon la motivation du refus et selon la constellation des Etats que le Secrétariat d'Etat aux migrations sur demande de la personne ou même d'office en application de l'article 3 CEDH revienne sur sa décision de refus et qu'il accorde l'asile, reconnaisse la qualité de réfugié ou mette la personne au bénéfice de l'admission provisoire pour renvoi inadmissible. Un nouvel examen est notamment nécessaire lorsque la décision de refus se base sur des motifs matériels qui dans tous les cas seraient propres à fonder la reconnaissance du statut de réfugié, respectivement un refus du renvoi pour inadmissibilité. Un tel raisonnement peut valoir *mutatis mutandis* en cas de décision de non-entrée en matière (NEM)[1593]. La nécessité d'un nouvel examen matériel laisse donc entendre que le refus de l'extradition n'entraîne pas *ipso facto* l'octroi de l'asile ou la reconnaissance du statut de réfugié. En tous les cas, le Secrétariat d'Etat aux migrations ne pourra ignorer la décision de refus de l'extradition lorsqu'il devra

[1591] Manuel SEM, Article F1, p. 6.
[1592] Manuel SEM, Article F1, p. 6.
[1593] Manuel SEM, Article F1, pp. 6 et 7.

statuer sur la question de l'exécution du renvoi dans l'Etat d'origine. Ainsi, la décision de refus de l'extradition peut protéger un individu contre le refoulement quand bien même il ne remplirait pas les conditions d'octroi de l'asile ou de la reconnaissance du statut de réfugié. La protection offerte par le droit de l'extradition va donc au-delà de la protection du droit de l'asile et des réfugiés.

En cas de demande d'extradition, les éventuels motifs de NEM (NEM pour absence de demande d'asile [art. 31a al. 3 LAsi], NEM sur la demande de révision [art. 111b LAsi], NEM sur des demandes multiples [art. 111c LAsi]) doivent être appliqués avec retenue. Car l'existence d'une demande d'extradition exige régulièrement un examen matériel approfondi des allégations en matière d'asile, en particulier si les allégations en matière d'asile et les motifs de la demande d'extradition se recoupent. Une exception est constituée par les demandes d'asile qui sont manifestement déposées après coup et celles qui sont manifestement abusives sans indication d'une persécution (art. 31a al. 3 LAsi; cf. affaire U., ch. 3.3.1, let. u ci-dessus)[1594].

En cas de coexistence d'une procédure Dublin et d'une demande d'extradition de l'Etat d'origine respectivement d'un Etat-Dublin ou d'un Etat tiers, le Secrétariat d'Etat aux migrations doit décider selon le cas et la constellation des pays, après accord avec l'Office fédéral de la justice, quelle procédure a la priorité (décision matérielle en Suisse ou dans l'Etat Dublin [art. 31 al. 1 let. b LAsi] respectivement procédure d'extradition). En principe, pour les demandes d'extradition provenant d'un Etat-Dublin respectivement d'Etats tiers (en principe européens), la priorité revient à la procédure d'extradition[1595]. Si la demande d'extradition émane de l'Etat d'origine, le Secrétariat d'Etat aux migrations révoque en cas de procédure Dublin sa décision de transfert et examine la demande d'asile.

Lorsque le Secrétariat d'Etat aux migrations ne reconnaît pas la qualité de réfugié, mais décide de mettre le requérant d'asile au bénéfice de l'admission provisoire, l'Office fédéral de la justice ne peut se départir sans autres de cette décision lorsqu'il statue sur la demande d'extradition. Il doit en effet examiner les motifs pour lesquels l'admission provisoire a été accordée (affaire V., ch. 3.3.1, let. v ci-dessus). En outre, en vertu de l'article 32 lettre b OA 1, le renvoi de Suisse ne peut être prononcé lorsque le requérant d'asile fait l'objet d'une décision d'extradition. Le Secrétariat d'Etat aux migrations ne peut dès lors ni examiner ni décider du renvoi. Dans les cas où le Secrétariat d'Etat aux migrations examine ou décide du renvoi, il doit réserver la décision définitive d'octroi de l'extradition[1596]. En d'autres termes, il revient à l'Office fédéral de la justice respectivement au Tribunal pénal fédéral et au Tribunal fédéral d'examiner au final si le principe de non-refoulement fait obstacle à une extradition.

[1594] Manuel SEM, Article F1, p. 7.
[1595] Manuel SEM, Article F1, p. 7.
[1596] Manuel SEM, Article F1, p. 7.

La Loi de coordination a surtout été élaborée pour régler les cas où les procédures d'asile et d'extradition sont pendantes simultanément. Elle ne vise donc pas les situations où la personne est déjà au bénéfice d'une protection[1597]. Une coordination entre les autorités compétentes concernées peut néanmoins aussi s'avérer nécessaire en présence de procédures d'asile définitivement closes. Ainsi dans une affaire pendante devant lui, le Tribunal pénal fédéral a demandé au Secrétariat d'Etat aux migrations de lui transmettre le dossier de la procédure d'asile close[1598].

Lorsque l'Office fédéral de la justice est saisi d'une demande d'arrestation et/ou d'extradition de l'Etat prétendument persécuteur et qu'il constate que la personne a obtenu l'asile ou a été reconnue comme réfugié, il en informe le Secrétariat d'Etat aux migrations et lui transmet la demande d'extradition en lui demandant si sur la base de la demande étrangère le Secrétariat d'Etat aux migrations a l'intention de lui retirer la qualité de réfugié ou l'asile.

Le Secrétariat d'Etat aux migrations examine, sur la base des documents transmis, le statut juridique et de séjour de la personne concernée en Suisse. Il examine si la demande d'extradition se réfère à de nouveaux faits ou s'il s'agit de faits qui correspondent aux motifs allégués par le requérant d'asile et qui avaient donné lieu à la décision en matière d'asile. Souvent les allégations du requérant d'asile se recoupent avec les faits à la base de la demande d'extradition (Stoffgleichheit). Mais il arrive aussi que la demande d'extradition se fonde sur des faits totalement différents, ce qui peut (mais ne doit pas forcément) constituer un indice d'une éventuelle invraisemblance des allégations du requérant d'asile[1599]. Avec cet examen, le Secrétariat d'Etat aux migrations apprécie donc également s'il y a des motifs de révocation de l'asile au sens de l'article 63 LAsi. Le Secrétariat d'Etat aux migrations communique ensuite à l'Office fédéral de la justice sa prise de position.

Si l'objet de la demande d'extradition correspond à des faits déjà connus du Secrétariat d'Etat aux migrations, qu'il n'y a rien de nouveau qui ressorte des actes et que ces faits avaient déjà fait l'objet d'un examen de sa part, le Secrétariat d'Etat aux migrations communique à l'Office fédéral de la justice qu'une révocation de l'asile respectivement du statut de réfugié sur la base de l'ensemble des actes n'est pas possible. Cela signifie que l'extradition à l'Etat d'origine est refusée. D'ailleurs, pour les autorités fédérales, le réfugié et le réfugié admis provisoirement ne peuvent être extradés[1600].

Lorsque la qualité de réfugié ou l'asile ne sont pas révoqués, l'Office fédéral de la justice et le Secrétariat d'Etat aux migrations s'assurent que le réfugié avait déjà été mis en garde de manière générale et abstraite dans la décision d'asile sur la limitation de la protection dont il bénéficie en cas de voyages à l'étranger. Si ce n'est pas le cas, le Secrétariat d'Etat aux migrations doit lui communiquer après coup de manière générale et abstraite que la protection qui lui a été accordée ne vaut que pour la Suisse. Le Secrétariat d'Etat aux migrations informe l'Office fédéral de la justice qu'il a procédé à

[1597] Arrêt du TF 1C_377/2015 du 22.7.2015 consid. 2.1 (où le recourant bénéficiait d'une protection subsidiaire en Italie inconnue du droit suisse, mais n'avait pas demandé l'admission provisoire en Suisse) avec renvoi à l'ATF 138 II 513 consid. 1.2.1 pp. 515ss.
[1598] Cette affaire porte la référence RR.2016.126 + RP.2016.31
[1599] Manuel SEM, Article F1, p. 5.
[1600] Manuel SEM, Article F1, p. 10.

cette mise en garde[1601]. Cette pratique d'information a été mise en oeuvre après plusieurs cas d'arrestation à l'étranger de personnes qui avaient été reconnues comme réfugiés en Suisse. Enfin, si l'extradition est refusée sans qu'il y ait eu de procédure d'extradition, la personne doit être informée de ce refus (cf. ch. 17.7.1 let. d ci-dessus).

S'il ressort de la demande d'extradition des faits nouveaux et essentiels dont le Secrétariat d'Etat aux migrations n'avait pas connaissance jusqu'alors, ce dernier examine s'ils sont propres à conduire à une révocation de l'asile au sens de l'article 63 alinéa 1 lettre a LAsi, à une indignité au sens des articles 53 LAsi et 63 alinéa 2 LAsi voire encore au retrait du statut de réfugié au sens de l'article 1(F) de la Convention de 1951. Si l'un de ces cas de figure se présente, le Secrétariat d'Etat aux migrations ouvre une procédure *ad hoc*[1602].

Lorsqu'une personne a fait l'objet d'une procédure d'asile qui est close au moment où la demande d'extradition est déposée et pour autant que la demande d'asile ait été rejetée, l'Office fédéral de la justice doit prendre en compte le dossier d'asile avant de statuer.

Le Manuel du Secrétariat d'Etat aux migrations est muet sur la manière dont les autorités doivent se coordonner en cas de second asile, d'octroi de l'asile à des groupes de réfugiés, de regroupement familial et d'extinction de l'asile, notamment dans l'hypothèse où l'extinction intervient au terme d'un séjour à l'étranger (art. 64 et 65 LAsi).

Dans le cas du second asile, l'octroi de l'asile n'intervient pas au terme d'une procédure. C'est donc sur la base de la reconnaissance du statut octroyé par un Etat étranger que l'Office fédéral de la justice devra décider de l'octroi ou non de l'extradition. Selon la jurisprudence, la simple reconnaissance à l'étranger ne conduit pas d'emblée à l'inadmissiblité de la demande d'extradition. En effet, il n'est pas exclu que les circonstances prévalant au moment de la reconnaissance de la qualité de réfugié à l'étranger de la personne poursuivie se soient modifiées respectivement que de nouveaux faits auraient pu conduire à la révocation dudit statut. On ne peut donc pas encore conclure sur la base de la simple qualité de réfugié à l'inadmissibilité de l'extradition[1603]. En outre, la protection subsidiaire obtenue dans un Etat tiers n'a pas la même valeur que la reconnaissance de la qualité de réfugié et ne fait donc pas obstacle à une extradition (cf. affaire U., ch. 3.3.1, let. u ci-dessus). Il est donc nécessaire que les autorités concernées procèdent elles-mêmes à l'examen du cas sans être liés par la décision étrangère.

S'agissant d'une demande d'extradition relative à un individu appartenant à un groupe de réfugiés, l'octroi de l'asile à la personne en particulier devrait, à notre avis, faire l'objet d'une procédure d'asile devant le Secrétariat d'Etat aux migrations. La demande d'extradition et la fourniture de garanties peuvent en effet contenir des éléments qui peuvent influer sur l'octroi ou non de l'asile. Le même raisonnement devrait s'appliquer en cas de regroupement familial. En outre, seule la personne visée par la demande

[1601] Manuel SEM, Article F1, p. 10.
[1602] Manuel SEM, Article F1, pp. 10 et 11.
[1603] Arrêt non publié du TF G.37/1990 du 7.9.1990 consid. 5 b à d. In casu, la personne avait été reconnue comme réfugié en Allemagne.

d'extradition est légitimée à former recours au Tribunal fédéral[1604]. En ce qui concerne le classement d'une demande en application de l'article 8 alinéa 3bis LAsi[1605], la question se pose de savoir ce qu'il se passera si la personne réapparaît et qu'elle fait l'objet d'une demande d'extradition. Le Secrétariat d'Etat aux migrations va-t-il ignorer une nouvelle demande d'asile si elle est redéposée dans le délai de trois ans ? Deux hypothèses de réponse sont possibles, soit il incombera au juge de l'extradition de vérifier les allégations de la personne et sa décision liera le juge de l'asile, soit le Secrétariat d'Etat aux migrations reprendra l'instruction de la procédure. En tous les cas, il est douteux que l'on attende le terme du délai de trois ans pour que l'autorité compétente examine une nouvelle demande d'asile.

L'enseignement que l'on peut tirer du présent chapitre c'est que la Loi de coordination ne règle pas de manière exhaustive tous les cas de figure où une coordination ou à tout le moins une collaboration entre les autorités compétentes s'avère nécessaire. En dehors des cas où les procédures d'asile et d'extradition sont simultanément pendantes, soit il n'existe pas de solution actuellement, soit la solution repose sur la pratique mise en place par les autorités administratives concernées. En outre, l'exemple du classement prévu à l'article 8 alinéa 3bis LAsi montre que la modification de la LAsi entrée en vigueur le 1er février 2014 a eu lieu sans que l'on ne se préoccupe des problèmes qui peuvent surgir en cas de procédures d'asile et d'extradition parallèles.

Chapitre 20 Analyse comparée des procédures d'asile et d'extradition

Il y a lieu tout d'abord de constater que le Secrétariat d'Etat aux migrations et l'Office fédéral de la justice sont rattachés au Département fédéral de justice et police et que les procédures concernées ont des autorités communes. Il s'agit du Conseil fédéral, du Département et du Tribunal fédéral, mais aussi de la Cour européenne des droits de l'homme et du Comité des Nations Unies contre la torture. On relève également qu'aussi bien le Secrétariat d'Etat aux migrations que l'Office fédéral de la justice peuvent faire appel au Département fédéral des affaires étrangères, à l'Office fédéral de la police, au Service de renseignement de la Confédération et au Haut Commissariat des Nations Unies pour les réfugiés en vue notamment de procéder à des évaluations. Les procédures d'asile et d'extradition se distinguent par contre au niveau des autorités de première et de seconde instances. Ainsi, en matière d'asile, c'est le Secrétariat d'Etat aux migrations et, sur recours, le Tribunal administratif fédéral qui statuent sur des demandes d'asile. En procédure d'extradition, c'est l'Office fédéral de la justice et le Tribunal pénal fédéral — agissant aussi comme autorité de première instance en vertu de l'article 55 alinéa 2 EIMP -, qui statuent sur les demandes d'extradition. Il y a lieu de rappeler que la procédure d'extradition connaît deux instances de recours, alors que la procédure habituelle en matière d'asile n'en connaît qu'une seule.

[1604] ATF 138 II 513.

[1605] Cette disposition est ainsi libellée: «Le requérant qui, sans raison valable, ne respecte pas son obligation de collaborer ou ne se tient pas à la disposition des autorités compétentes en matière d'asile pendant plus de vingt jours renonce de facto à la poursuite de la procédure. Sa demande est classée sans décision formelle. Il peut déposer une nouvelle demande au plus tôt après trois ans. Le respect de la Convention du 28 juillet 1951 relative au statut des réfugiés3 est réservé». Elle fera l'objet d'une analyse au ch. 16.6.1.3, let. f) ci-dessous.

Au niveau du droit applicable, on peut relever que les procédures d'asile et d'extradition ont plusieurs sources en commun et notamment les différents instruments de protection des droits de l'homme. On doit également relever que la Convention de 1951, le Statut du Haut commissariat aux réfugiés, les recommandations et prises de positions élaborées par cette instance ainsi que la LAsi exercent une influence en matière d'extradition même si ces sources sont spécifiques au droit de l'asile.

S'agissant de la nature des procédures, on relève qu'aussi bien la procédure d'asile que la procédure d'extradition sont de nature administrative. La PA notamment s'applique aux deux procédures. Celles-ci présentent également la particularité que les autorités compétentes respectives peuvent ordonner la détention de l'individu en vue de le refouler. Toutefois, si en matière d'asile c'est une autorité administrative qui statue sur le risque de traitement discriminatoire, en matière d'extradition, c'est une autorité judiciaire à savoir le Tribunal pénal fédéral.

Pour ce qui concerne le déroulement des procédures, on constate qu'aussi bien la procédure d'asile que celle d'extradition débutent avec le dépôt d'une demande. Il n'y a pas de procédure d'asile, encore moins de procédure d'extradition, sans demande. A la différence de ce qui se passe en procédure d'asile, le droit de l'extradition pose des exigences plus strictes pour la forme et le contenu de la demande d'extradition et notamment l'exigence de la forme écrite. Ni les autorités compétentes en matière d'asile, ni celles en matière d'extradition n'agissent d'office. C'est donc la maxime de disposition qui prévaut dans les deux procédures. Mais, alors que dans la procédure d'asile c'est l'individu qui déclenche la procédure par le dépôt d'une demande *ad hoc*, en procédure d'extradition c'est un Etat. Il y a lieu toutefois de préciser ici qu'en procédure d'extradition, même en présence d'une demande étrangère, c'est l'Office fédéral de la justice qui décide en pratique de l'ouverture de la procédure à l'égard de la personne concernée.

Aussi bien en procédure d'asile qu'en procédure d'extradition, la question de l'identification de la personne revêt une grande importante. Alors qu'en droit de l'extradition, il incombe à l'Etat requérant d'établir l'identité de la personne recherchée, en droit de l'asile c'est au Secrétariat d'Etat aux migrations qu'incombe cette obligation. Le fait qu'une demande d'extradition existe peut donc contribuer à faciliter l'identification. En cas de doutes sur l'identité de la personne, le Secrétariat d'Etat aux migrations peut ainsi bénéficier des possibilités offertes par le droit de l'extradition qui permet au juge de l'extradition d'interpeller l'Etat requérant notamment en vue de préciser l'identité de la personne.

L'absence de l'individu dans la procédure d'asile peut entraîner une décision de classement (art. 8 al. 3^{bis} LAsi). Dans la procédure d'extradition, le juge de l'extradition ne peut décider *proprio motu* de classer la demande en cas de fuite de l'individu. Il devra statuer sur la demande d'extradition aussi longtemps que l'Etat étranger manifeste son intention de la maintenir ou qu'une question annexe nécessite qu'il soit tranché sur la demande d'extradition même en l'absence de l'individu.

Enfin, alors qu'en droit de l'extradition il est possible d'accorder l'extradition moyennant garanties, le droit suisse de l'asile ne connaît pas la pratique des garanties.

Néanmoins, la fourniture de garanties dans un cas concret peut influer sur la décision qui sera prise en matière d'asile.

Conclusions à la quatrième partie

Les procédures d'asile et d'extradition présentent plusieurs points communs. Ce sont surtout deux procédures qui se complètent et qui s'influencent réciproquement. Si le juge de l'extradition ne peut se départir ou s'écarter des décisions prises en matière d'asile, celles prises en matière d'extradition influent également sur les appréciations du juge de l'asile. Ces points communs, cette complémentarité et cette influence réciproque deviennent encore plus flagrants lorsque l'on abordera dans la cinquième partie de ce travail le pouvoir d'examen des autorités concernées, le droit d'être entendu et le devoir de collaboration de l'individu, mais aussi les questions de preuve et de vraisemblance.

Partie V

Etablissement et appréciation des faits en matière d’asile et d’extradition

Introduction à la cinquième partie

Au début de cette étude nous avions émis l'hypothèse que la principale cause des décisions contradictoires résidait dans la manière d'établir et d'apprécier les faits. L'étude de cas (ch. 3.3) a permis non seulement de confirmer cette hypothèse, mais aussi de constater que la Loi de coordination n'a pas remédié aux risques de décisions contradictoires. Dès lors, dans la perspective de trouver une solution à ce problème, il s'imposait d'analyser la manière dont les juges de l'asile et de l'extradition établissent et apprécient les faits et plus particulièrement de mettre en évidence les points de convergences et de divergences entre les procédures d'asile et d'extradition quant au pouvoir d'examen (chap. 21), au droit d'être entendu (chap. 22), au devoir de collaboration (chap. 23) ainsi qu'aux questions de preuve et de vraisemblance (chap. 24).

Au terme de cette analyse nous constaterons que les procédures d'asile et d'extradition présentent plusieurs points communs (chap. 25). Se posera dès lors la question de savoir si une unification de ces deux procédures est envisageable.

Chapitre 21 Pouvoirs d'examen

21.1 Pouvoirs d'examen en procédure d'asile

21.1.1 Remarques liminaires

En droit suisse de l'asile, plusieurs autorités exercent des compétences. A côté du Secrétariat d'Etat aux migrations, du Tribunal administratif fédéral et du Tribunal fédéral, le Conseil fédéral, le Département fédéral de justice et police et les autorités cantonales (p. ex. la police de l'aéroport de Zurich) exercent également des compétences de nature décisionnelle[1606], exécutoire[1607] ou encore réglementaire[1608]. Certaines de ces autorités sont communes aux domaines de l'asile et de l'extradition. Il s'agit de la police de l'aéroport de Zurich qui procède aussi aux auditions en matière d'extradition, du Tribunal fédéral, du Conseil fédéral et du Département fédéral de justice et police. Dans les prochains paragraphes, on se limitera à la présentation des pouvoirs d'examen du Secrétariat d'Etat aux migrations, du Tribunal administratif fédéral et du Tribunal fédéral, qui sont les autorités suisses les plus fréquemment appelées à statuer en matière d'asile, ainsi qu'aux pouvoirs d'examen de la Cour européenne des droits de l'homme et du Comité contre la torture.

[1606] P. ex. le Conseil fédéral peut décider d'autoriser l'entrée en Suisse afin d'éviter des cas de rigueur (art. 22 al. 2[bis] LAsi), les autorités cantonales peuvent assigner un lieu de séjour au requérant (28 al. 1 LAsi) ou encore le DFJP «peut habiliter les cantons à prolonger, au-delà du délai de départ, les autorisations d'exercer une activité lucrative de certaines catégories de personnes» (art. 43 al. 3 LAsi).
[1607] P. ex. la police à l'aéroport de Zurich procède à l'audition sur les données personnelles.
[1608] P. ex. «[l]e Conseil fédéral édicte des dispositions complémentaires concernant la procédure d'asile, notamment pour qu'il soit tenu compte dans la procédure de la situation particulière des femmes et des mineurs» (art. 17 al. 2 LAsi) ou le DFJP «édicte des dispositions relatives aux [CEP] afin d'en assurer le bon fonctionnement et de garantir une procédure rapide» (26 al. 3 LAsi).

21.1.2 Pouvoir d'examen du Secrétariat d'Etat aux migrations

Il n'y a pas de procédure d'asile sans demande d'asile déposée par un particulier (maxime de disposition). Toutefois, du «dépôt de la demande d'asile et jusqu'à la décision de première instance ou la clôture de l'affaire par un autre moyen ([p. ex.] radiation suite à une disparition, retrait de la demande ou mort du requérant d'asile), la conduite de la procédure incombe au [Secrétariat d'Etat aux migrations] et non au requérant» (maxime inquisitoire ou principe de l'instruction d'office)[1609]. En d'autres termes, il revient à l'administration de décider quels faits doivent être établis, si un échange d'écritures doit avoir lieu, si des délais doivent être fixés et si des preuves doivent être administrées (p. ex. expertise ou audition complémentaire)[1610].

En procédure d'asile, les règles générales de la PA «s'appliquent à moins que la [LAsi] ne prévoie des règles de procédure spécifiques»[1611]. S'agissant de l'établissement des faits, le Secrétariat d'Etat aux migrations doit, conformément à l'article 12 PA, «constater d'office les faits et procéder s'il y a lieu à l'administration des preuves». Autrement dit, il doit réunir de son propre chef les pièces déterminantes et la documentation nécessaire pour l'établissement de l'état de faits, définir les faits pertinents pour la solution du litige et procéder à l'administration et à l'appréciation des preuves en bonne et due forme[1612]. Plus concrètement, le Secrétariat d'Etat aux migrations doit exiger du requérant d'asile qu'il lui remette ses pièces d'identité, l'interroger de manière complète et correcte (art. 29 LAsi et 32 PA), «procéder à toutes les clarifications indispensables à la constatation des faits et à la recherche de la vérité»[1613], examiner avec diligence et sérieux les allégations du requérant d'asile et en tenir compte dans sa prise de décision, ce qui doit s'exprimer dans la motivation de la décision (cf. art. 35 al. 1 PA). Les allégations tardives doivent également être prises en considération lorsqu'elles portent sur des faits pertinents (art. 32 al. 2 PA)[1614].

Lorsque la constatation des faits l'exige ou s'il s'avère qu'aucune décision en matière d'asile ne peut être prise sur la base d'une audition au sens de l'article 29 LAsi ou lorsque les déclarations du requérant et les moyens de preuve versés au dossier ne permettent pas d'établir les faits avec certitude, le Secrétariat d'Etat aux migrations ordonne des mesures d'instruction[1615]. Selon la jurisprudence, un complément

[1609] Manuel SEM, Article B3, p. 5. «Les maximes de procédures sont les principes qui règlent la manière dont une procédure doit se dérouler» (C. GRISEL, no 133, p. 47). Elles renseignent sur le partage des obligations entre les participants à la procédure et en particulier sur leur position en relation avec le début, le déroulement et la fin de la procédure, la détermination de l'objet de la procédure ou les droits et les obligations dans l'établissement des faits. Elles servent de lignes directrices et de moyens d'interprétation en présence de règles de procédure lacunaires ou peu claires (KÖLZ/HÄNER/BERTSCHI no 135, p. 47). «On distingue les maximes qui concernent l'ouverture de la procédure (maxime d'office et maxime de disposition) de celles qui s'appliquent à son déroulement et à l'établissement des faits (maxime inquisitoire et maxime des débats; C. GRISEL no 133, p. 47; Manuel SEM, Article B3, p. 4). Bien que «traditionnellement, ces couples de maximes [soient] présentés comme des antagonistes (...), ils ne sont pas toujours appliqués dans leur forme absolue [en procédure administrative]: ils subissent [en effet] des tempéraments, des restrictions, prévoient des exceptions, qui dans la pratique les rapprochent et réduisent leurs différences (C. GRISEL, no 133, p. 47).
[1610] Manuel SEM, Article B3, p. 5.
[1611] Manuel SEM, Article B3, p. 1.
[1612] Manuel SEM, Article B3, p. 4.
[1613] Manuel SEM, Article B3, p. 4.
[1614] JICRA 2004/38.
[1615] La modification de la LAsi entrée en vigueur le 1.2.2014 a entraîné l'abrogation de l'art. 41 al. 1 LAsi qui prévoyait la mise en oeuvre de mesures d'instruction complémentaires. Le Conseil fédéral avait justifié cette abrogation par un souci de simplification législative vu que cette disposition faisait double emploi avec les principes de procédure qui imposent à une autorité d'établir les faits de telle sorte qu'elle puisse rendre une décision conforme au droit (Message du CF FF 2010 4035, pp. 4073 et 4077). Dans les faits, l'abrogation de l'art. 41 al. 1 LAsi ne change rien à l'obligation du SEM d'établir les faits et d'adopter des mesures d'instruction complémentaires.

d'instruction s'impose lorsqu'au regard des allégations du requérant d'asile et des preuves qu'il a présentées, il subsiste des doutes et des incertitudes qui ne pourront vraisemblablement être levées que par une administration de preuves ordonnée d'office[1616]. «L'instruction d'un dossier doit être poursuivie jusqu'à ce qu'il n'y ait plus de doute raisonnable quant à l'existence des faits pertinents, les parties étant au demeurant tenues de respecter leur obligation de collaborer»[1617]. Cela est valable aussi bien dans le cadre de l'examen de la vraisemblance (art. 7 LAsi) que dans celui de la pertinence (art. 3 LAsi) des faits allégués. Ces mesures d'instruction complémentaires peuvent consister en une audition ou en une demande de renseignements aux représentations suisses situées dans le pays concerné (ancien art. 41 al. 1 LAsi). S'agissant des renseignements des ambassades, si dans certains arrêts le Tribunal administratif fédéral a reconnu l'importance de «l'influence des ambassades et de leurs "personnes de confiance"»[1618], il a également estimé dans d'autres affaires que la fiabilité des informations fournies par les ambassades pouvait être sujette à caution[1619]. Selon Nguyen, cité par Matthey, seule une «force probante relative» est désormais accordée à ces enquêtes[1620].

Le Conseil fédéral peut également conclure avec des pays tiers et des organisations internationales des accords de coopération dans le but de faciliter l'établissement des faits, en particulier de déterminer les motifs qui ont poussé le requérant d'asile à fuir son pays d'origine ou de provenance, l'itinéraire qu'il a emprunté et les Etats tiers dans lesquels il a séjourné (art. 29a LAsi). La Suisse coopère ainsi avec l'Autriche et l'Allemagne en relation avec les informations sur les Etats de provenance (D-A-CH)[1621].

Lorsque les autorités établissent les faits, elles doivent en vertu de la maxime inquisitoire «non seulement rechercher les éléments en défaveur du requérant, mais aussi en sa faveur. Elles peuvent certes faire ressortir la fausseté des allégations du requérant en lui révélant et en lui soumettant ses contradictions mais elles doivent également prendre au sérieux tous les éléments plaidant en sa faveur. Si par exemple un requérant affirme avoir été torturé et [qu'il a encore] des marques visibles sur son corps, l'autorité ne saurait ignorer cette affirmation simplement parce qu'il s'est contredit peu avant sur un point essentiel»[1622]. A l'inverse, la règle *in dubio pro fugitivo* «ne dispense pas l'autorité de poursuivre l'instruction lorsque de sérieux doutes subsistent. En particulier, le principe de l'économie de la procédure et l'application de la règle [*in dubio pro fugitivo*] ne sauraient justifier la renonciation à une mesure d'instruction»[1623]. Lorsque le Secrétariat d'Etat aux migrations «conteste les faits avancés par un requérant,

[1616] JICRA 1995/23 consid. 5a.
[1617] Manuel SEM, Article B3, p. 4.
[1618] MATTHEY, art. 7 LAsi, no 7, p. 75, avec notamment renvoi à l'arrêt du TAF D-1739/2009 du 20.4.2009.
[1619] MATTHEY, art. 7 LAsi, no 7, p. 75, avec notamment renvoi à l'arrêt du TAF D-7060/2006 du 14.8.2008 consid. 6.6.3 in fine et consid. 6.6.4.
[1620] MATTHEY, art. 7 LAsi, no 7, p. 75.
[1621] BAMF, pp. 23 à 26.
[1622] Manuel OSAR, p.153. Les mesures d'instruction doivent également permettre d'apprécier si les conditions de reconnaissance de la qualité de réfugié au sens de l'art. 3 LAsi sont remplies. Selon une décision de principe de la CRA, les autorités sont tenues, en vertu du principe de l'instruction d'office, de signaler au requérant ses propres contradictions et incohérences dans le cadre de l'établissement des faits afin de lui offrir la possibilité d'apporter des explications et des moyens de preuve. A cet égard, l'autorité dispose d'une certaine marge de manoeuvre. Toutefois, on ne doit pas forcément confronter directement le requérant à ses contradictions. On peut aussi tenter d'élucider les divergences que l'on constate en lui posant d'autres questions formulées différemment. Cette règle découle de l'obligation faite à l'autorité de constater de manière exacte et complète les faits pertinents. Elle ne constitue pas, en revanche, un droit procédural découlant du droit d'être entendu (JICRA 1994/13 consid 3b) (décision de principe).
[1623] Manuel ODM, chapitre 2, par. 2, pp. 2 et 3 avec renvoi à Werenfels no 3, p. 134 et note de bas de page no 7.

il doit présenter des arguments fondés soit sur des preuves soit, à tout le moins, sur une version des évènements objectivement plus proches de la réalité que celle du requérant d'asile»[1624].

Un aspect de la maxime inquisitoire consiste à appliquer d'office le droit et la jurisprudence. Le Secrétariat d'Etat aux migrations est, en effet, tenu, «en qualité d'autorité précédente, de se conformer à la jurisprudence du Tribunal administratif fédéral. Ce principe s'applique également lorsqu'il s'agit de savoir si l'exécution du renvoi de demandeurs d'asile déboutés dans leur pays d'origine est de façon générale raisonnablement exigible. A cet égard, [le Secrétariat d'Etat aux migrations] ne peut développer une pratique en fonction des pays qui lui serait propre et qui contredirait la jurisprudence du [Tribunal administratif fédéral], telle qu'elle est publiée ou communiquée de toute autre manière»[1625].

La maxime inquisitoire impose également à l'autorité l'obligation d'indiquer les motifs retenus pour fonder sa décision. La motivation doit être suffisante pour permettre à la partie de recourir en connaissance de cause et à l'autorité de recours de se prononcer sur la légalité de la décision entreprise[1626]. L'autorité ne doit pas s'exprimer expressément sur chaque allégation ou chaque objection mais peut se limiter à l'essentiel[1627]. La densité de la motivation dépend de l'objet sur lequel porte la décision, des circonstances de la procédure et des intérêts de la personne concernée, étant précisé, au sens de la jurisprudence, qu'en cas d'atteintes graves à des intérêts juridiquement protégés — comme dans la question de l'octroi de l'asile — une motivation diligente est requise. Il en va ainsi pour le renvoi d'un mineur non accompagné[1628].

Enfin, lorsque le requérant fait l'objet d'une demande d'extradition, le Secrétariat d'Etat aux migrations prend en considération le dossier relatif à la procédure d'extradition pour statuer sur la demande d'asile (art. 41a LAsi).

Dans l'exercice de ses tâches d'établissement et de documentation des faits, le Secrétariat d'Etat aux migrations dispose notamment d'une banque de données et de personnel spécialisé qui lui permettent d'examiner la vraisemblance des allégations du requérant et leur pertinence pour la reconnaissance du statut de réfugié. Il peut également recourir à des expertises.

Le Secrétariat d'Etat aux migrations a l'obligation générale de documenter le plus complètement possible la situation en matière de droits humains et l'évolution politique dans les divers pays de provenance des requérants d'asile et de se référer à ces

[1624] Manuel SEM, Article B3, p. 4. Si, lors d'une audition, «des questions spécifiques au pays sont posées et lorsque par la suite, la provenance alléguée n'est pas considérée comme vraisemblable par le [Secrétariat aux migrations, celui-ci] doit consigner dans le dossier, de manière transparente, les questions et les réponses qui ont été posées au requérant, il doit spécifier quelles réponses sont considérées comme fausses et pourquoi un requérant d'asile dans une situation comparable aurait dû pouvoir connaître les réponses correctes, il doit justifier les réponses fausses et correctes sur le pays d'origine (...) [ainsi que] détailler en quoi les réponses fournies par un requérant sont contraires aux faits, fausses ou insuffisantes afin que celui-ci puisse faire objection en toutes connaissance de cause et finalement, il doit citer et apprécier tous les éléments pertinents et favorables au requérant, dans sa décision» (Manuel SEM, Article B3, p. 4 avec référence à l'ATAF 2015/10 consid. 5.2.2).
[1625] ATAF 2010/54 (regeste).
[1626] JICRA 2004/38 consid. 6.3.
[1627] JICRA 1994/3 consid. 4a.
[1628] JICRA 2006/24 consid. 5.

informations dans un cas d'espèce. Le Secrétariat d'Etat aux migrations et le Tribunal administratif fédéral ont ainsi à leur disposition la banque de données «Artis» («Asylum Retrieval Information System»[1629]). Artis est réglée par les articles 102 alinéa 3 LAsi et 1b OA 3. Sa gestion est confiée au Secrétariat d'Etat aux migrations et plus précisément à sa Section Analyse. Artis est un système d'informations et de documentation sur la situation politique, humanitaire et en matière de droits de l'homme dans les Etats d'origine et de transit (Country of origin information, COI) des requérants d'asile. Ces informations sont entendues dans un sens très large. Elles portent sur le respect des obligations internationales, les lois nationales en vigueur et leur application, les structures étatiques ainsi que leur administration, l'appareil judiciaire et militaire et les organisations similaires, les acteurs de luttes non étatiques, les organisations de droits de l'homme, les acteurs politiques et économiques, les acteurs ethniques et religieux ainsi que les conflits existant dans ces Etats. Dans la recherche d'informations, une attention particulière est portée aux aspects spécifiques liés au sexe ainsi que, de plus en plus, à l'accès aux traitements médicaux. La Section analyse se procure de telles informations, les examine et les prépare conformément à la loi. L'objet de ces informations concerne uniquement des faits et non des appréciations juridiques. Pour cela, elle se conforme aux standards européens[1630]. Ces informations sont accessibles au personnel du Secrétariat d'Etat aux migrations et du Tribunal administratif fédéral et sont enregistrées de manière centralisée dans Artis[1631]. Pour obtenir ces informations, la Section Analyse se base sur les banques de données du Haut Commissariat des Nations Unies pour les réfugiés (Refworld) et sur le réseau européen des informations sur les pays d'origine (European Country of Origin Information Network [ecoi.net]), mais aussi sur des rapports provenant d'organismes étatiques (p. ex. Département d'Etat américain), internationaux (ONU) et non étatiques, d'organisations non gouvernementales spécialisées (p. ex. AI ou HRW), des publications scientifiques, des revues spécialisées, des journaux de renom, des agences de presse, des monographies, des ouvrages de référence et sur des informations provenant d'internet[1632]. Selon Bleickler, «[l]es informations contenues dans Artis permettent aux autorités compétentes de vérifier les déclarations factuelles des requérants d'asile sur leur pays d'origine et de s'imprégner de la situation locale. Elles ne sont toutefois qu'une des sources utilisées pour examiner la vraisemblance des motifs d'une demande d'asile. Elles jouent d'ailleurs un rôle plutôt mineur dans ce domaine; même si elles permettent d'illustrer les invraisemblances les plus flagrantes. En revanche, les informations contenues dans Artis jouent un rôle primordial — et c'est en cela qu'elles sont absolument nécessaires — pour vérifier le besoin de protection et déterminer si les personnes concernées peuvent se voir reconnaître le statut de réfugié»[1633].

[1629] BLEICKLER no 4, p. 759.
[1630] Manuel SEM, Article C8, pp. 2, 5 et 6.
[1631] Manuel SEM, Article C8, p. 5.
[1632] Manuel SEM, Article C8, pp. 6 et 7; pour des ex. de sources d'informations: ATAF 2011/7.
[1633] BLEICKLER nos 12 et 13, p. 760.

L'accès à Artis par des personnes n'appartenant ni au Secrétariat d'Etat aux migrations ni au Tribunal administratif fédéral est réglé par les articles 102 alinéa 3 LAsi et 1b alinéa 4 OA 3. Selon l'article 102 alinéa 3 LAsi, «l'accès par une procédure d'appel aux banques de données qui contiennent surtout des informations techniques provenant de sources publiques peut être accordé, sur demande, à des utilisateurs externes». Le Secrétariat d'Etat aux migrations peut rendre accessibles, par une procédure d'appel, les informations contenues dans Artis «aux autorités cantonales de police des étrangers» (art. 1b al. 4 let. a. OA 3), «aux représentants de l'administration fédérale qui ont besoin d'informations sur les pays de provenance des requérants d'asile pour accomplir leur travail» (art. 1b al. 4 let. b. OA 3), «aux autorités d'Etats étrangers et aux organisations internationales avec lesquelles la Suisse entretient un échange institutionnalisé d'informations» (art. 1b al. 4 let. c. OA 3). Actuellement l'Office fédéral de la justice n'a pas accès à Artis.

Le Secrétariat d'Etat aux migrations «gère également une base de données sur les cas médicaux et une collection de documents judiciaires turcs» (art. 1d et 1f OA 3)[1634].

Le Secrétariat d'Etat aux migrations peut procéder à des demandes de renseignements de témoins ou de tiers. Ainsi, dans leur recherche de la vérité les autorités d'asile peuvent par exemple requérir un rapport de la représentation des oeuvres d'entraide ou une prise de position du Haut Commissariat des Nations Unies pour les réfugiés . En raison de ses connaissances étendues en la matière, les prises de position du Haut Commissariat revêtent une grande importance dans l'appréciation de la vraisemblance d'une persécution invoquée. Dès lors, bien que ni le Secrétariat d'Etat aux migrations, ni les instances de recours ne doivent consulter le Haut Commissariat, l'intervention de celui-ci à la requête du requérant démontre qu'un dossier est tout à fait particulier tant en raison du pays d'origine du requérant que de son origine personnelle et de son vécu[1635].

La clarification des faits peut également nécessiter la mise en oeuvre d'une expertise ou l'élaboration d'un rapport d'expert. Les cas les plus fréquents sont ceux d'expertises médicales pour déterminer s'il y a eu ou non des actes de torture ou d'expertises scientifiques sur l'authenticité d'un document déposé dans la procédure. Il peut également être procédé à l'analyse de l'âge osseux pour vérifier les allégations d'un requérant au sujet de son âge. Le Secrétariat d'Etat aux migrations dispose également de l'expertise des collaborateurs de l'Unité LINGUA qui «est chargée de réaliser ce qui est communément appelé des analyses de provenance. L'Unité LINGUA peut être mandatée lorsqu'un requérant d'asile ne fournit pas les documents nécessaires à l'établissement de son origine et lorsqu'il existe des doutes sur ses allégations concernant le lieu où il dit avoir vécu. L'objectif des analyses de provenance est de déterminer le lieu ou du moins le milieu qui a le plus marqué le sujet et qui peut donc être considéré comme son lieu/milieu de socialisation principale. Pour ce faire, LINGUA fait appel à des experts externes qui, sur la base de l'enregistrement d'une conversation téléphonique, examinent le parler du requérant d'asile ainsi que ses connaissances du lieu/milieu dont il dit provenir et des habitudes culturelles et sociales

[1634] BLEICKLER no 9, p. 760.
[1635] JICRA 1997/25.

ayant cours dans celui-ci. Le rapport d'une analyse de provenance constitue une des pièces contribuant à la décision sur la demande d'asile ou à l'obtention de documents de voyage dans la phase de l'exécution du renvoi»[1636].

La LAsi va toutefois apporter des atténuations et des limitations au pouvoir d'examen des autorités compétentes en matière d'asile. La maxime inquisitoire est ainsi précisée par une disposition qui exige du requérant qu'il prouve ou du moins rende vraisemblable sa qualité de réfugié. Il s'agit de l'article 8 LAsi. En outre, les présomptions légales, telles qu'elles existent dans le cadre des motifs de NEM (p. ex. Etat d'origine sûr et Etat tiers sûr [cf. art. 31a LAsi]), apportent également des limites à la maxime inquisitoire. Enfin, dans l'établissement des faits, le Secrétariat d'Etat aux migrations et les autorités de recours en matière d'asile ne peuvent communiquer avec l'Etat à l'égard duquel l'individu demande protection. On peut notamment déduire cette interdiction de l'article 97 alinéa 1 LAsi, qui «interdit de communiquer à l'Etat d'origine ou de provenance des données personnelles relatives à un requérant, un réfugié reconnu ou une personne à protéger lorsque cette communication mettrait en danger l'intéressé ou ses proches. De même, il est interdit de divulguer des informations se rapportant à une demande d'asile».

21.1.3 Pouvoir d'examen du Tribunal administratif fédéral

Contre les décisions du Secrétariat d'Etat aux migrations, le requérant d'asile peut recourir au Tribunal administratif fédéral (art. 105 LAsi en relation avec l'art. 33 LTAF), lequel examine d'office la recevabilité du recours et sa compétence. En cas d'admission du recours, il peut soit réformer la décision, soit renvoyer l'affaire au Secrétariat d'Etat aux migrations pour nouvelle décision (effet cassatoire).

Le pouvoir d'examen du Tribunal administratif fédéral est limité à la violation du droit fédéral (Cst., lois, ordonnances édictées par les autorités fédérales, mais aussi conventions ratifiées par la Suisse [p. ex. Convention de 1951 et CEDH])[1637] notamment pour abus ou excès du pouvoir d'appréciation, pour établissement inexact ou incomplet de l'état de fait pertinent (art. 106 al. 1 let. a et b LAsi et art. 49 let. a et b PA) et pour inopportunité (art. 49 let. c PA). Il applique d'office le droit pertinent. Il est ainsi tenu, indépendamment des considérations juridiques développées par les parties et dans les limites de son pouvoir d'examen, de faire en sorte que le droit pertinent soit appliqué correctement. «[I]l est compétent et possède un plein pouvoir de cognition pour revoir l'état de fait établi par l'instance inférieure»[1638]. Il peut ainsi compléter l'état de fait en ordonnant des mesures d'instruction et en procédant à une audition (art. 40 al. 2 LTAF), en requérant des renseignements de témoins ou de tiers[1639] (p. ex. des représentations suisses) et des certificats, en mettant en œuvre des expertises[1640] (expertises médicales et analyses LINGUA) ou en demandant une prise de position du Haut Commissariat des Nations Unies pour les réfugiés. Il peut consulter des rapports sur les pays et sur des thèmes établis par des organismes étatiques et non étatiques, d'organisations nationales,

[1636] Manuel SEM, Article C9, p. 1.
[1637] Cf. KURT/LEYVRAZ no 6, p 798.
[1638] KURT/LEYVRAZ no 8, p. 799 et arrêt du TAF E-2223/2012 du 21.5.2014 consid. 3.2.
[1639] MOSER/BEUSCH/KNEUBÜHLER, nos 3.126ss, pp. 201ss, et 3.130ss, pp. 202ss.
[1640] MOSER/BEUSCH/KNEUBÜHLER, nos 3.135ss, pp. 203ss.

étrangères ou internationales de même qu'il peut se référer à des documents de presse[1641]. Pour l'accomplissement de ses tâches, le Tribunal administratif fédéral peut lui-même charger les ambassades suisses d'acquérir des informations. Il a également accès à la banque de données Artis et dispose de ses propres collaborateurs spécialisés en matière d'informations sur les pays[1642]. Ainsi, le Tribunal administratif fédéral «s'assure, par le recrutement d'un personnel spécialisé hautement qualifié au sein de son secrétariat général et par l'accès aux différentes bases de données, qu'il peut examiner avec toutes les garanties appropriées la situation actuelle dans un pays donné. Il n'a ainsi pas besoin de limiter son pouvoir d'examen et peut revoir, avec une certaine retenue toutefois, les analyses de situation réalisées par le Secrétariat d'Etat aux migrations»[1643]. Enfin, le Tribunal administratif fédéral peut décider d'auditionner l'individu[1644].

Même si l'article 40 alinéa 2 LATF lui donne la possibilité de procéder à ces actes d'instruction, il n'incombe cependant pas au Tribunal administratif fédéral mais à l'instance inférieure de procéder à l'établissement des faits. L'article 32 PA (qui traite de la question de l'examen des allégués des parties) n'a en effet pas pour vocation à s'appliquer devant l'autorité de recours mais à la procédure devant l'autorité fédérale de première instance. De plus, si l'on permettait au Tribunal administratif fédéral d'établir les faits à la place de l'autorité de première instance, la personne concernée serait de la sorte privée d'une instance de recours[1645]. Dès lors «dans les cas où l'état de fait devrait être plus que simplement complété, le [Tribunal administratif fédéral] casse généralement la décision et ordonne à l'autorité de première instance de procéder à un nouvel examen des faits. L'[article 61 alinéa 1 PA] laisse en effet le choix à l'autorité de recours de statuer elle-même sur la cause ou de la renvoyer à l'autorité inférieure avec des "instructions impératives"»[1646].

Lorsque le requérant fait l'objet d'une demande d'extradition, le Tribunal administratif fédéral prend en considération le dossier relatif à la procédure d'extradition pour statuer sur le recours en matière d'asile (art. 108a LAsi).

[1641] Cf. ATAF 2011/7 consid. 9.3.
[1642] KNEER/SONDEREGGER, p. 7.
[1643] BLEICKLER no 15, p. 761 avec renvoi à ATAF 2010/54 consid. 7.
[1644] KNEER/SONDEREGGER, p. 3.
[1645] KURT/LEYVRAZ no 9, p. 799 avec renvoi à l'arrêt du TAF E-2223/2012 du 21.5.2014 consid. 3.2: «Das Bundesverwaltungsgericht hat zwar die Kompetenz, den festgestellten Sachverhalt mit voller Kognition zu überprüfen (Art. 106 Abs. 1 Bst. b AsylG), und es stellt grundsätzlich auf den Sachverhalt ab, wie er sich im Zeitpunkt des Urteils verwirklicht hat (BVGE 2012/21 E. 5). Es kann indessen nicht die Aufgabe der Beschwerdeinstanz sein, grundlegende Fragen zum Sachverhalt als erste Instanz zu klären. Das ergibt sich aus der gesetzlichen Zuständigkeitsordnung. Das Gericht beurteilt Beschwerden gegen Verwaltungsverfügungen im Sinne von Art. 5 VwVG, ist mithin zur Überprüfung von Verfügungen zuständig (Art. 31VGG). Die Bestimmung zur Sachverhaltsfeststellung in Art. 32 VwVG ist denn auch primär auf das Verwaltungsverfahren vor den erstinstanzlichen Bundesbehörden und nicht auf das Beschwerdeverfahren zugeschnitten, was die gesetzliche Systematik bestätigt. Schliesslich fällt ins Gewicht, dass die Partei eine Instanz verlöre, wenn das Gericht die Grundlagen des rechtserheblichen Sachverhalts nicht nur ergänzen, sondern gleichsam wie eine erste Instanz erheben würde. Aus diesen Gründen hat das Bundesverwaltungsgericht von eigenen Sachverhaltsfeststellungen, die über eine blosse Ergänzung und Erwahrung des rechtserheblichen Sachverhalts hinausreichen, abzusehen (BVGE 2012/21 E. 5; ferner Urteil des Bundesverwaltungsgerichts E-4157/2012 vom 4. Oktober 2012, E. 4)».
[1646] KURT/LEYVRAZ no 10, p. 799.

21.1.4 Pouvoir d'examen du Tribunal fédéral

Selon l'article 83 lettre d chiffre 1 LTF, le Tribunal fédéral connaît des recours contre les arrêts du Tribunal administratif fédéral lorsque la décision en matière d'asile concerne «des personnes visées par une demande d'extradition déposée par l'Etat dont ces personnes cherchent à se protéger». Le recours peut être formé par le requérant d'asile et par le Département fédéral de justice et police qui peut déléguer l'exercice du droit de recours à l'office fédéral qui lui est subordonné.

Le pouvoir d'examen du Tribunal fédéral est réglé aux articles 29, alinéa 1, et 105 à 107 LTF. En vertu de l'article 29 alinéa 1 LTF «[l]e Tribunal fédéral examine librement et d'office sa compétence pour connaître du recours» ainsi que les conditions de leur recevabilité[1647]. L'article 105 LTF traite du pouvoir d'examen à l'égard des faits alors que l'article 106 LTF concerne les questions de droit. L'article 107 LTF traite du pouvoir de décision du Tribunal fédéral.

Selon l'article 105 LTF, le Tribunal fédéral statue sur la base des faits établis par l'autorité précédente (al. 1) mais «peut rectifier ou compléter d'office les constatations de l'autorité précédente si les faits ont été établis de façon manifestement inexacte ou en violation du droit au sens de l'article 95 LTF [al. 2]». Une modification de l'état de fait peut intervenir d'office — ce qui ne signifie pas que le Tribunal fédéral «va examiner d'office l'appréciation des preuves et les constatations des faits qui en découlent»[1648] ou sur requête — le recourant ne peut toutefois se borner à opposer sa version des faits ou se livrer à une critique purement appellatoire[1649].

L'article 106 LTF concerne les questions de droit. L'alinéa 1 pose le principe, alors que l'alinéa 2 prévoit une exception[1650].

L'article 106 alinéa 1 LTF pose le principe selon lequel le Tribunal fédéral applique le droit d'office. Pour saisir la portée de cette disposition, il y a lieu de se référer aux articles 42 alinéa 2 et 95 LTF qui énumèrent le contenu du mémoire de recours et les violations du droit que le recourant peut invoquer[1651]. L'article 95 LTF prévoit que le recours peut être formé pour violation du droit. Le Tribunal fédéral peut notamment connaître du droit fédéral (art. 95 let. a LTF), y compris les droits constitutionnels des citoyens, et du droit international (art. 95 let. b LTF) en vigueur en Suisse «pour autant que les dispositions aient un contenu normatif suffisamment précis et que les particuliers puissent en déduire un droit en justice»[1652]. Indirectement, l'article 95 LTF indique ce que le Tribunal fédéral peut examiner[1653]. L'article 42 alinéa 2 LTF «prescrit que le mémoire de recours doit exposer en quoi l'acte attaqué viole le droit. Bien que [l'article 106 alinéa 1 LTF] n'utilise pas cette formulation, la tâche du Tribunal fédéral est donc de rechercher si la décision attaquée viole ou non un droit dont il doit contrôler le

[1647] CORBOZ, art. 106 LTF no 29, pp. 1253 et 1254.
[1648] CORBOZ, art. 105 LTF, no 60, p. 1237. Cf. aussi SPÜHLER no 5, p. 105, VON WERDT, p. 561 et MEYER/DORMANN, Art. 106 BGG, nos 65 et 66, pp. 1390 et 1391
[1649] CORBOZ, art. 105 LTF, no 60, p. 1237. Cf. aussi SPÜHLER no 3, p. 105, VON WERDT, p. 562 et MEYER/DORMANN, Art. 106 BGG, nos 67 et 68, pp. 1391 et 1392.
[1650] CORBOZ, art. 106 LTF, no 32, p. 1257.
[1651] CORBOZ, art. 106 LTF, no 9, pp. 1244 et 1245.
[1652] CORBOZ, art. 106 LTF, no 10, p. 1245.
[1653] CORBOZ, art. 95 LTF, no 5, p. 1092. Cf. aussi Schott nos 1 et 2, p. 1260.

respect»[1654]. Cela ne signifie toutefois pas que le Tribunal fédéral va nécessairement examiner d'office toutes les questions juridiques, mais va uniquement se saisir de celles qu'on lui soumet, sauf si une violation du droit lui saute aux yeux. Dans un tel cas, il peut s'en saisir d'office[1655]. De même, le Tribunal fédéral n'examine la violation des droits fondamentaux que si ce grief a été invoqué et motivé par le recourant[1656]. Ce dernier doit donc indiquer quel principe constitutionnel a été violé en précisant en quoi consiste la violation[1657]. Ce n'est qu'à cette condition que le Tribunal fédéral entre en matière sur le recours[1658]. Toutefois, le Tribunal fédéral ne doit pas nécessairement examiner, «l'une après l'autre, les violations du droit invoquées par le recourant. En raison de la formulation très générale de l'[article 106 alinéa 1 LTF], il peut aussi, notamment lorsque le raisonnement repose sur des prémisses erronées, reprendre [*ab ovo*] l'analyse juridique des faits retenus»[1659]. Le Tribunal fédéral «n'est pas lié par les motifs que les parties invoquent devant lui, ni par l'argumentation juridique retenue dans la décision attaquée (...). Il peut admettre un recours pour d'autres motifs que ceux invoqués par la partie recourante et il peut également rejeter un recours en adoptant une autre argumentation juridique que celle retenue par l'autorité précédente[1660].

Selon l'article 107 LTF, «[l]e Tribunal fédéral ne peut aller au-delà des conclusions des parties. [S'il] admet le recours, il statue lui-même sur le fond ou renvoie l'affaire à l'autorité précédente pour qu'elle prenne une nouvelle décision. Il peut également renvoyer l'affaire à l'autorité qui a statué en première instance». Il y a lieu néanmoins de relever que dans un arrêt du 28 janvier 1987, le Tribunal fédéral s'était réservé la faculté de procéder, dans le cadre de l'objet du litige, à une *reformatio in pejus sive in melius*[1661].

[1654] CORBOZ, art. 106 LTF, no 16, p. 1248.

[1655] Selon Corboz, le Tribunal fédéral ne va pas nécessairement examiner d'office toutes les questions juridiques qui doivent être traitées pour trancher le cas d'espèce» (art. 106 LTF, no 30, p. 1255), mais uniquement celles qu'on lui soumet, sous peine d'irrecevabilité du recours qui doivent être traitées pour trancher le cas d'espèce (...). [I]l appartient au recourant d'exposer en quoi l'acte attaqué viole le droit (art. 42 al. 2 LTF). Cette exigence est même formulée sous peine d'irrecevabilité (art. 108 al. 1 let. b LTF). Dès lors, si le recourant ne soulève pas au moins un grief recevable, le Tribunal fédéral n'entre pas en matière et le principe [iura novit curia] n'est pas applicable (...). [C]e principe ne signifie [donc] pas que le Tribunal fédéral doit rechercher à la place du recourant les arguments que celui-ci aurait pu invoquer. L'art. 106 al. 1 LTF doit ainsi être interprété comme une faculté accordée au Tribunal fédéral. En conséquence, si [ce dernier] constate une violation du droit qui lui saute aux yeux (...), il peut s'en saisir d'office (...). [A défaut], il n'est nullement tenu d'examiner, comme le ferait une autorité de première instance, toutes les questions juridiques qui se posent, si elles ne sont plus remises en cause devant lui (...). Le Tribunal fédéral se limite en réalité à examiner les questions de droit qu'on lui soumet. La pratique n'est pas nécessairement identique dans tous les domaines du droit. En droit public ou en droit pénal, lorsque des dispositions impératives ou même d'ordre public sont en jeu, le Tribunal fédéral est davantage enclin à intervenir d'office» (CORBOZ, art. 106 LTF, no 30, pp. 1255 et 1256). Selon Meyer et Dormann, il existerait deux conceptions différentes sur la notion d'objet du litige. La première permet et commande un examen juridique étendu de l'objet de la demande; la seconde se limite à ce qu'invoque le recourant (MEYER/DORMANN, Art. 106 BGG nos 3 et 4, pp. 1395 et 1396).

[1656] «Par droits fondamentaux, il faut entendre les droits constitutionnels des citoyens au sens de l'ancien [article 84 alinéa 1 lettre a de la Loi sur l'organisation judiciaire (OJ)]. On vise ainsi tous les droits et toutes les libertés qui sont garantis aux citoyens par une norme de rang constitutionnel. La principale source en est évidemment la Cst., mais la jurisprudence a admis que la CEDH (voire d'autres conventions internationales de même nature) contenait également des garanties de rang constitutionnel» (CORBOZ, art. 106 LTF, no 33, pp. 1257 et 1258). Cf. aussi MEYER/DORMANN, Art. 106 BGG no 16, p. 1397.

[1657] CORBOZ, art. 106 LTF no 36, p. 1259. Le principe *iura novit curia* est ici écarté au profit du principe de l'invocation (Rügeprinzip; CORBOZ, art. 106 LTF, no 32, p. 1257).

[1658] «Le principe de l'invocation signifie que le recourant ne peut pas se borner à émettre des récriminations (...) et doit dire quel est le principe constitutionnel qui aurait été violé et, pour chacun des principes invoqués, il doit montrer par une argumentation précise, s'il y a lieu en se référant à des pièces, en quoi cette violation serait réalisée. Ce n'est qu'à ces conditions que le Tribunal fédéral peut entrer en matière (CORBOZ no 34 ad art. 106 LTF p. 1258).

[1659] CORBOZ, art. 106 LTF, no 16, LTF p. 1248.

[1660] CORBOZ, art. 106 LTF, no 25,p. 1252. «Le Tribunal fédéral peut donc procéder librement à l'analyse juridique des faits retenus. Il peut dans les limites des conclusions prises (art. 107 al. 1 LTF) adopter une qualification juridique et suivre un raisonnement dont il n'avait pas été question devant les instances précédentes» (CORBOZ, art. 106 no 26, p. 1252).

[1661] ATF 113 Ib 276 (A 481/1986) consid. 1, p. 278.

Même si la LTF ne le prévoit pas expréssément, le Tribunal fédéral doit tenir compte du dossier d'extradition lorsque le requérant d'asile fait l'objet d'une demande d'extradition[1662].

21.2 Pouvoirs d'examen en procédure d'extradition

21.2.1 Généralités

En procédure d'extradition, il n'y a pas de procédure sans demande déposée par un Etat étranger. Si c'est la maxime de disposition qui semble donc s'appliquer, dans les faits il revient au juge de l'extradition de conduire la procédure et d'établir les faits conformément à la maxime inquisitoire.

En droit suisse de l'extradition, plusieurs autorités exercent des compétences. A côté de l'Office fédéral de la justice, du Tribunal pénal fédéral et du Tribunal fédéral, le Conseil fédéral, le Département fédéral de justice et police et les autorités cantonales (tribunaux des mesures de contrainte, ministères publics et polices cantonales) exercent des compétences de nature décisionnelle [1663], de nature exécutoire [1664] et de nature réglementaire[1665]. Certaines de ces autorités sont communes aux domaines de l'asile et de l'extradition. Il s'agit de la police de l'aéroport de Zurich qui procède aussi aux auditions du requérant d'asile sur les données personnelles, du Tribunal fédéral, du Conseil fédéral et du Département fédéral de justice et police. Dans les paragraphes qui vont suivre, l'analyse portera uniquement sur l'étendue du pouvoir d'examen de l'Office fédéral de la justice, du Tribunal pénal fédéral et du Tribunal fédéral. Il ne sera donc pas procédé à l'étude du pouvoir d'examen du Conseil fédéral ou du Département fédéral de justice et police car il est plutôt rare que ces deux autorités prennent des décisions en matière d'extradition[1666].

Lorsque la Suisse est saisie d'une demande de recherche et d'arrestation ainsi que d'une demande d'extradition, l'EIMP impose en premier lieu à l'Office fédéral de la justice d'examiner d'office durant toute la procédure d'extradition sur la base du traité et/ou de l'EIMP la recevabilité ainsi que les conditions formelles et matérielles de ces demandes (art. 17, al. 2, et 43 EIMP) [1667]. Si cet examen doit avoir lieu durant toute la procédure d'extradition, à n'importe quel stade (par interprétation de l'art. 50 al. 3 EIMP)[1668], on peut déduire de l'EIMP que les autorités suisses doivent y procéder au moins à trois moments précis: au moment de la réception d'une demande de recherche, au stade de

[1662] Message du CF FF 2010 1333, p. 1352.
[1663] P. ex. le DFJP est compétent pour décider dans les cas prévus à l'art. 1a EIMP (art. 17 al. 1 EIMP). Le Conseil fédéral fournit la garantie de réciprocité (art. 8 EIMP).
[1664] P. ex. les ministères publics cantonaux procèdent généralement aux auditions. A Zurich la tâche d'auditionner la personne lorsqu'elle s'oppose à son extradition est confiée à la police à l'aéroport de Zurich. L'audition sur l'acceptation de l'extradition peut aussi être confiée dans certains cantons au tribunal des mesures de contrainte.
[1665] P. ex. le Conseil fédéral édicte les precriptions d'exécution de l'EIMP et peut instituer une commission permanente chargée d'examiner si l'importance de l'infraction justifie la communication de renseignements concernant le domaine secret (art. 111 EIMP).
[1666] Le Conseil fédéral avait été amené à traiter les cas d'extradition de Polanski et de Papon. Dans le premier cas, l'extradition aux Etats-Unis avait été refusée. Dans le cas de Papon, le Conseil fédéral avait décidé de l'expulser directement vers la France sur la base de l'ancien art. 70 Cst.
[1667] Dans les prochains paragraphes il ne sera question que des motifs et conditions prévus dans l'EIMP.
[1668] Arrêt du TPF RH.2015.10 du 10.6.2015 consid. 3.2.

l'arrestation et au moment de la réception de la demande d'extradition respectivement de la décision d'extradition.

21.2.2 Pouvoirs d'examen au stade de la réception de la demande de recherche et d'arrestation

a) Pouvoir d'examen de l'Office fédéral de la justice

L'article 43 EIMP impose à l'Office fédéral de la justice de procéder à un examen d'office de la demande de recherche et d'arrestation étrangère. Cet examen porte sur les conditions formelles et matérielles ainsi que sur les motifs d'irrecevabilité de la demande. S'agissant des motifs d'irrecevabilité, il découle de l'article 17 alinéa 2 EIMP que cet examen est limité à la question de l'irrecevabilité manifeste[1669]. L'Office fédéral de la justice refusera donc de donner suite à une demande de recherche et d'arrestation si elle est manifestement irrecevable[1670]. Les motifs d'irrecevabilité sont énoncés aux articles 2 à 5 EIMP, même si à notre avis d'autres dispositions de l'EIMP prévoient également des motifs d'irrecevabilité à l'instar de l'article 1 alinéa 3 (si l'on n'est pas en présence d'une affaire pénale) ou de l'article 7 EIMP.

Si, en théorie, le pouvoir d'examen de l'Office fédéral de la justice est illimité, dans la pratique, il fait l'objet de restrictions.

Ces restrictions sont tout d'abord d'ordre légal.

En vertu de l'article 17 alinéa 2 EIMP les motifs d'irrecevabilité doivent être manifestes. Dès lors, dans les cas où l'Etat requérant dissimule les vrais motifs de sa poursuite ou si la personne concernée court le risque d'être torturée ou de subir un traitement cruel, inhumain ou dégradant, il sera difficile voire impossible pour l'Office fédéral de la justice de déceler, à ce stade de la procédure, de tels motifs et risques et ainsi de refuser d'emblée la coopération. Les difficultés rencontrées par l'Office fédéral de la justice sont d'autant plus grandes que l'Etat requérant bénéficie du principe de la bonne foi et des présomptions qui en découlent. Il est ainsi présumé agir de bonne foi et de ne pas abuser de ses droits en usant par exemple de coercition ou d'astuce pour se rendre maître d'un individu recherché qui séjourne sur le territoire d'un autre Etat où il bénéficierait de l'immunité extraditionnelle[1671]. Il est également présumé se conformer à son droit interne et au droit international. Il est censé respecter les droits fondamentaux de l'individu poursuivi. En cas de doute, l'Office fédéral de la justice ne pourra procéder à une analyse de la situation qu'avec beaucoup de prudence, car une telle analyse implique un jugement de valeur sur l'Etat requérant, son système et ses institutions. En l'absence d'éléments manifestes, l'Office fédéral de la justice ne va donc pas procéder d'office à des investigations. Tout au plus demandera-t-il à l'Etat requérant de compléter sa demande ou attendra-t-il un éventuel dépôt de la demande d'extradition au lieu de refuser d'emblée sa coopération.

[1669] Arrêt du TPF RR.2010.146 + RP.2010.37 du 5.8.2010 consid. 1.3.3.
[1670] Arrêt du TPF RR.2010.146 + RP.2010.37 du 5.8.2010 consid. 1.3.2.
[1671] Arrêt du TF 1A.131/2006 du 5.9.2006 consid. 2.3.

Selon l'article 28 alinéa 3 lettre a EIMP la demande étrangère ne doit contenir qu'un bref exposé des faits essentiels. Cet exposé indiquera tout au plus les dates et lieux de commission des infractions ainsi que le *modus operandi* et le rôle présumé joué par la personne recherchée. Les faits doivent être suffisamment décrits pour permettre à la Suisse d'examiner si les conditions d'une extradition sont remplies (infraction pénale, compétence pénale, double punissabilité ou prescription). L'Etat requérant n'est donc pas tenu de fournir des preuves ni d'exposer les motifs sur lesquels se basent ses soupçons[1672]. Ainsi, les faits présentés dans la demande de recherche sont présumés être conformes à la réalité, ce qui dispense également l'Etat requérant de fournir des moyens de preuve. Cette limitation légale du pouvoir d'examen est également une conséquence des principes de la bonne foi et de la confiance dont bénéficient les Etats liés par des traités ou ayant adhéré à des instruments de protection des droits de l'homme tels que la CEDH.

Le pouvoir d'examen de l'Office fédéral de la justice est également limité d'un point de vue matériel. Au début d'une procédure pénale, tous les faits et responsabilités ne sont pas encore établis, l'extradition ayant justement pour but d'y remédier. Il n'est dès lors pas toujours possible d'exiger de l'Etat requérant un exposé des faits complet et des éclaircissements plus précis nécessitent souvent la collaboration personnelle de l'extradable[1673]. En outre, au stade de la recherche, à défaut de localisation de la personne sur sol suisse, il peut s'avérer superflu de se livrer à toute une série de vérifications ou de réclamer des compléments ou des garanties si au final aucune arrestation ou aucune procédure d'extradition n'auront lieu. Enfin, à ce stade de la procédure et en l'absence de demande d'extradition, l'Office fédéral de la justice ne peut que se livrer à un examen *prima facie* des conditions à la coopération. Il doit en outre agir avec célérité, principe qui est rappelé aux articles 17a et 27 alinéa 4 EIMP ainsi qu'à l'article 16 paragraphe 3 CEExtr.

Lorsque l'Etat requérant adresse directement à la Suisse une demande d'arrestation en raison de la localisation ou de l'arrivée imminente de la personne recherchée en Suisse, l'Office fédéral de la justice va se livrer au même examen limité à la question de l'irrecevabilité manifeste de la demande. Néanmoins, au vu de la concrétisation d'une arrestation, l'Office fédéral de la justice pourra déjà procéder à des vérifications plus approfondies, exiger des compléments voire même la fourniture de garanties.

[1672] Cf. aussi réserve de la Suisse à l'art. 16, par. 2, CEExtr.
[1673] Arrêt du TF A 25/84 consid. 2a non publié à l'ATF 110 Ib 187.

b) Pouvoirs d'examen du Tribunal pénal fédéral et du Tribunal fédéral

Les rares exemples dans la jurisprudence où une instance de recours a été amenée à se pencher sur une demande de recherche concernent des décisions de l'Office fédéral de la justice refusant d'informer un individu sur l'existence d'une recherche à son encontre. Dans l'arrêt déjà cité du 5 août 2010, le Tribunal pénal fédéral a précisé sa compétence quant au contrôle des conditions de recevabilité d'une demande de recherche et d'arrestation. Selon cet arrêt, si l'article 43 EIMP impose à l'Office fédéral de la justice de procéder à un examen d'office de la demande étrangère limité à la question de l'irrecevabilité manifeste (art. 17 al. 2 EIMP), elle ne l'oblige pas en revanche à prendre dans chaque cas une décision formelle préalable. «Il s'ensuit que la personne qui a des raisons de penser qu'elle fait l'objet d'une demande de recherche et d'arrestation ne peut, sur la base de l'EIMP, provoquer une décision formelle de la part de l'Office fédéral de la justice au sens de l'[article 43] EIMP. Elle n'est donc pas davantage fondée à recourir contre le refus de l'Office fédéral de la justice de faire suite à sa demande. De son côté le Tribunal pénal fédéral ne saurait rendre une décision d'irrecevabilité de la demande étrangère sur la base de l'[article 43] EIMP, dès lors que l'EIMP ne confère expressément cette faculté qu'à l'Office fédéral de la justice»[1674]. Autrement dit le Tribunal pénal fédéral ne se reconnaît aucune compétence à ce stade de la procédure, mais la réserve exclusivement à l'Office fédéral de la justice. On peut considérer que ce raisonnement vaut *mutatis mutandis* pour le Tribunal fédéral.

21.2.3 Pouvoirs d'examen au stade de l'arrestation

Lorsque la personne est arrêtée, la demande de recherche et/ou d'arrestation a déjà fait, en principe, l'objet d'un examen. Néanmoins, un réexamen des conditions à la coopération peut s'avérer nécessaire compte tenu de l'écoulement du temps entre la diffusion de la demande et l'arrestation. De plus, au stade de l'arrestation, il est procédé à l'audition de l'individu, lequel peut soulever des griefs à l'encontre de son extradition et conduire l'Office fédéral de la justice à constater que les conditions à une extradition ne sont plus remplies. Un tel examen est d'ailleurs prévu même en cas de consentement de la personne à son extradition. Enfin, l'Office fédéral de la justice doit vérifier d'office si la demande d'extradition n'est pas manifestement inadmissible.

a) En cas de consentement à l'extradition

aa) Pouvoir d'examen de l'Office fédéral de la justice

Si la personne poursuivie accepte de renoncer à la procédure d'extradition, l'Office fédéral de la justice autorise la remise à moins que des considérations particulières ne s'y opposent (art. 54 EIMP).

[1674] Arrêt du TPF RR.2010.146 + RP.2010.37 du 5.8.2010 consid. 1.3.3.

Le consentement de l'individu à son extradition ne doit pas être pris à la légère, car celui-ci renonce à se prévaloir des protections que lui confère la procédure d'extradition telles que les droits d'être entendu et de recours. Il est donc nécessaire que son consentement soit éclairé. C'est la raison pour laquelle les articles 52 et 54 EIMP et 18 et 21 OEIMP entourent ce consentement de plusieurs garde-fous. Il faut que le consentement soit recueilli et consigné dans un procès-verbal par une autorité judiciaire (ministère public cantonal ou tribunal des mesures de contraintes, art. 54 EIMP), que l'individu soit informé de la procédure d'extradition et de la portée de la règle de la spécialité (art. 21 OEIMP), qu'il puisse se faire assister d'un mandataire (art. 52 al. 1 EIMP), qu'il ait la possibilité de révoquer son consentement tant que l'Office fédéral de la justice n'a pas ordonné la remise (art. 54 EIMP) ou dans le délai de réflexion qui lui a été accordé, qu'il signe le procès-verbal consignant ses déclarations (art. 21 et 18 OEIMP), qu'il puisse demander que la représentation consulaire de son pays soit avertie de son arrestation et qu'il puisse communiquer avec elle (art. 16 OEIMP).

Dès lors, si l'individu accepte son extradition, on peut logiquement partir du principe qu'il a pris sa décision en connaissance de cause et qu'il n'a donc pas d'objections à élever contre son extradition. En effet, s'il estime être poursuivi pour des motifs politiques ou discriminatoires, on pourrait partir du principe qu'il s'opposerait à son extradition. Néanmoins, le fait que la personne poursuivie demande sa remise sans formalités ne veut pas dire que l'Office fédéral de la justice soit exempté de l'examen des conditions à une extradition. Il doit en effet examiner si des considérations particulières s'opposent à l'extradition. Si cet examen révèle l'existence de motifs d'irrecevabilité ou d'autres motifs qui obligent la Suisse à rejeter la demande, la remise sans formalités ne peut être ordonnée quand bien même la personne poursuivie a donné son consentement[1675]. En règle générale, ce n'est que dans des cas très rares que des considérations particulières conduisent au refus de l'extradition et à la mise en liberté de l'individu. En effet, même si le texte de l'article 54 EIMP laisserait entendre que ce serait après le consentement de l'individu que l'Office fédéral de la justice examine si des considérations particulières s'opposent à sa remise, dans la pratique, la recevabilité des demandes d'arrestation est examinée avant que l'individu ne soit arrêté et auditionné ce qui réduit le risque que l'on découvre après coup des motifs qui s'opposent à l'extradition.

Les termes «considérations particulières» sont vagues. Ni les messages du Conseil fédéral du 8 mars 1976 et du 4 octobre 1996[1676], ni la jurisprudence ne précisent ce qu'il faut entendre par ces termes.

Pour Heimgartner, des considérations politiques pourraient s'opposer à l'extradition[1677]. Pour Popp, ces considérations peuvent avant tout consister dans les obstacles absolus d'entraide judiciaire des articles 2 et 3 EIMP ou dans la non-punissabilité des faits dans l'Etat requis. Pour Moreillon, l'extradition simplifiée n'est pas possible si des indices permettent de penser que l'infraction poursuivie revêt un caractère politique[1678]. Par

[1675] MARKEES, FJS no 422a, no 2.24.245, pp. 16 et 17; Message du CF FF 1976 II 430, p. 468.
[1676] Messages du CF FF 1976 II 430 et FF 1995 III 1.
[1677] HEIMGARTNER, p. 17.
[1678] MOREILLON no 4 ad art. 54 EIMP.

contre la prescription (art. 5 al. 1 let. c EIMP) n'entre pas en ligne de compte[1679]. Ainsi, ce sont en principe les motifs d'irrecevabilité qui seraient visés par les termes «considérations particulières». D'autres motifs peuvent toutefois constituer de telles «considérations particulières». On trouve un exemple dans la jurisprudence où l'Office fédéral de la justice avait partiellement refusé l'extradition simplifiée pour une partie des délits reprochés à l'extradable qui faisaient déjà l'objet d'une procédure pénale ouverte par les autorités suisses[1680]. Un autre exemple peut être fourni par l'immunité diplomatique dont bénéficie une personne. Ainsi, même si cette dernière accepte d'être extradée, l'Office fédéral de la justice ne peut procéder à sa remise. Les cas dans lesquels l'Office fédéral de la justice peut être amené à refuser la remise de l'individu malgré son consentement ne se limitent donc pas aux motifs d'irrecevabilité des articles 2 à 5 EIMP.

L'Office fédéral de la justice refuse de procéder à une remise dans les hypothèses suivantes. Après transmission des moyens d'identification, l'individu arrêté n'est pas la personne recherchée. La personne concernée est au bénéfice d'une immunité. La condition de la double punissabilité n'est pas remplie sur la base de compléments fournis à la demande de l'Office fédéral de la justice. L'Etat requérant communique des informations à l'Office fédéral de la justice d'où il ressort que la demande d'arrestation n'est plus valable ou qu'entretemps la prescription selon le droit suisse est intervenue. L'Etat requérant retire sa demande. L'individu consent à l'extradition tout en élevant des objections contre la demande d'extradition et les vérifications qui s'en suivent conduisent l'Office fédéral de la justice à la conclusion que la demande est irrecevable. L'extradition à l'Etat requérant n'est accordée que moyennant fourniture de garanties (car il appartient à la seconde catégorie), lesquelles ne sont pas fournies. Enfin, l'extradable ne peut donner son consentement à un mauvais traitement ou à sa remise en vue d'être jugé ou d'exécuter une peine prononcée par un tribunal d'exception ce qui implique que l'Office fédéral de la justice doit refuser la remise dans de tels cas de figure.

La question qui se pose ici est de savoir quelle est la portée du pouvoir d'examen de l'Office fédéral de la justice lorsqu'il doit examiner l'existence de «considérations particulières». Cette question est d'autant plus importante que l'Office fédéral de la justice doit les examiner quand bien même la personne poursuivie accepte son extradition et veut être extradée. Le Message du Conseil fédéral du 8 mars 1976[1681] n'explicite pas les obligations qui s'imposent à l'Office fédéral de la justice. A notre connaissance, la jurisprudence n'a jamais eu à ce saisir d'une telle question. A notre avis, l'Office fédéral de la justice doit examiner d'office que toutes les conditions à une extradition sont réunies. En outre, la jurisprudence, que nous exposerons à lettre b ci-après, laisse entendre que l'Office fédéral de la justice doit également s'assurer que le consentement de la personne n'est pas vicié et que celle-ci a saisi toute la portée de son consentement. Néanmoins, l'Office fédéral de la justice est limité dans son pouvoir d'examen. En effet, il ne peut examiner les motifs d'irrecevabilité que s'ils sont manifestes. En outre, la Suisse est tenue de prêter sa coopération à un Etat conventionnel qui bénéficie dès lors d'un certain nombre de présomptions. Enfin, une extradition peut

[1679] POPP no 517, p. 345.
[1680] Arrêt du TF 1A.8/1998 du 5.2.1998.
[1681] Message du CF FF 1976 II 430.

être accordée moyennant conditions ou fourniture de garanties, ce qui réduit également la marge de manoeuvre de l'Office fédéral de la justice. Ce dernier se trouvera donc limité dans son pouvoir d'examen et de décision.

ab) Pouvoirs d'examen du Tribunal pénal fédéral et du Tribunal fédéral

La possibilité de recourir au Tribunal pénal fédéral respectivement au Tribunal fédéral en vue de faire annuler le consentement n'est pas prévue par la loi. Un tel recours apparaît toutefois irrecevable étant donné qu'en acceptant son extradition, la personne renonce à ses droits de procédure et parmi lesquels à son droit de recourir contre sa remise sans formalités. Il a néanmoins réservé le cas où le consentement de la personne aurait été vicié (menace, tromperie ou erreur essentielle[1682]. Dans un arrêt du 24 janvier 2012[1683], le Tribunal pénal fédéral a laissé ouverte la question de la possibilité d'un recours comme l'avait d'ailleurs fait auparavant le Tribunal fédéral[1684]. Dans son arrêt, le Tribunal pénal fédéral a considéré que l'extradition avait rendu sans objet le recours, ce qui ne l'a pas empêché, pour trancher la question des frais, d'examiner *prima facie*, si des motifs s'opposaient à une extradition ou si l'accord était vicié. Par le passé, le Tribunal fédéral n'a pas exclu dans un arrêt du 2 mai 1995 la possibilité d'un recours[1685]. Par la suite, dans un arrêt du 17 juin 1999, le Tribunal fédéral n'a pas examiné, vu la tardivité du recours, la question de savoir si l'autorisation de remise en application de l'article 54 EIMP pouvait faire l'objet d'un recours, tout en précisant que les mesures relatives à l'exécution de décisions sont en principe exclues du champ d'application du recours de droit administratif[1686]. Dans un ATF 106 Ib 371, le Tribunal fédéral a également laissé ouverte la question de la recevabilité du recours compte tenu de la nature inaliénable et imprescriptible de la liberté personnelle ou en raison de vices de la volonté. Le Tribunal fédéral y a néanmoins déclaré que le consentement à l'extradition ne conduirait pas nécessairement à constater l'irrecevabilité du recours, car la renonciation à un droit subjectif peut être invalidée en raison d'un vice de la volonté. Le Tribunal fédéral n'a donc pas pu exclure dans le cas jugé que lorsque le recourant avait déclaré consentir à son extradition il était particulièrement vulnérable, vu son âge, sa nationalité et sa méconnaissance vraisemblable de la législation suisse. A cela s'ajoutait qu'il n'était pas assisté d'un avocat et qu'on pouvait se demander s'il avait une connaissance suffisante de la langue française. Dans un arrêt du 25 juin 1981, dont le premier considérant n'est pas publié à l'ATF 107 Ib 80, le Tribunal fédéral a jugé, dans une affaire où le recourant n'avait pas la capacité d'apprécier les conséquences de son consentement (arriération mentale), que la procédure d'extradition devait accorder au prévenu des garanties équivalentes à celles qui lui sont reconnues dans la procédure pénale et qui découlent en particulier de l'ancien article 4 Cst. et de l'article 6 CEDH. Ces dispositions permettent, en effet, de revenir sur une déclaration et de modifier sa défense. Le Tribunal fédéral est par conséquent entré en matière sur le recours[1687].

[1682] Arrêt du TF non publié A 284/1986 du 6.11.1986 consid. 1.
[1683] Arrêt du TPF RR.2011.320 du 24.1.2012.
[1684] Arrêt non publié du TF 1A.132/1989 du 11.8.1989 et arrêt du TF 1A.112/2002 du 18.6.2002.
[1685] Arrêt non publié du TF 1A.104/1995du 2.5.1995.
[1686] Arrêt non publié du TF 1A.118/1999 du 17.6.1999 consid. 2b aa.
[1687] Arrêt du TF P 1250/81 du 25.6.1981consid. 1 non publié à l'ATF 107 Ib 80.

En résumé, si en principe la voie du recours n'est pas prévue pour faire annuler le consentement, l'instance de recours va néanmoins, si elle entre en matière, examiner *prima facie* s'il y a des motifs de refuser l'extradition[1688], à tout le moins pour trancher la question des frais au cas où l'extradition a déjà eu lieu. Le Tribunal pénal fédéral peut également se pencher sur la validité du consentement qui ne peut être remis en discussion au stade du recours que dans des circonstances exceptionnelles, «notamment lorsque le consentement a été entaché de dol ou d'erreur»[1689]. La personne poursuivie qui invoque un vice de consentement doit rendre vraisemblable ce grief[1690]. Dès lors, que se passe-t-il si le Tribunal pénal fédéral devait admettre le recours mais que la personne a déjà été extradée ? L'EIMP est muette sur ce point, comme du reste la CEExtr. On peut envisager que l'Office fédéral de la justice exige de l'Etat requérant le retour de l'extradé.

Depuis la réorganisation des voies de recours et l'instauration du Tribunal fédéral comme autorité de recours de deuxième instance, le Tribunal pénal fédéral a eu l'occasion une seule fois de trancher un recours relatif à la révocation du consentement à l'extradition[1691]. Par contre, à ce jour, le Tribunal fédéral n'a pas été amené à se pencher sur cette question. Au vu de la jurisprudence existante relative à l'article 54 EIMP, on peut imaginer que le Tribunal fédéral entrera en matière sur un tel recours si les conditions de l'article 84 LTF sont remplies.

b) Pouvoirs d'examen en cas d'opposition à l'extradition

ba) Pouvoir d'examen de l'Office fédéral de la justice

En cas d'opposition à l'extradition, l'Office fédéral de la justice doit confirmer le maintien en détention en décernant un mandat d'arrêt aux fins d'extradition (art. 47 EIMP). Il s'agit d'une mesure provisoire qui devient définitive avec le dépôt de la demande d'extradition[1692]. La détention constitue la règle pour toute la durée de la procédure. L'Office fédéral de la justice peut y renoncer s'il apparaît que la personne poursuivie ne se soustraira pas à l'extradition et n'entravera pas l'instruction, si un alibi peut être fourni sans délai (art. 47 al. 1 let. a et b EIMP), si la personne poursuivie ne peut subir l'incarcération ou si d'autres motifs le justifient (art. 47 al. 2 EIMP). L'Office fédéral de la justice peut exceptionnellement renoncer à émettre le mandat d'arrêt, le cas échéant mettre fin à la détention à n'importe quel stade de la procédure si les circonstances le justifient (art. 50 al. 3 EIMP) ou si l'extradition est manifestement inadmissible (art. 51 al. 1 EIMP). Selon la jurisprudence, tous ces cas de figure doivent être examinés de manière rigoureuse[1693].

Au moment d'émettre le mandat d'arrêt, l'Office fédéral de la justice doit donc examiner non seulement si les conditions à une détention mais aussi à une extradition sont

[1688] ATF 106 Ib 371 consid. 1d, p. 374.
[1689] ZIMMERMANN no 503, p. 595; question laissée indécise dans l'arrêt du TF 1A.132/1989 du 11.8.1989 (extradition simplifiée).
[1690] Arrêts non publiés du TF 1A.132/1989 du 11.8.1989 et 1A.118/1999 du 17.6.1999; arrêt du TPF RR.2011.320 du 24.1.2012.
[1691] Arrêt du TPF RR.2011.320 du 24.1.2012.
[1692] Arrêt du TPF RR.2007.1 du 29.1.2007 consid. 3.1.
[1693] ATF 130 II 306 consid. 2.2, pp. 309 et 310; 111 IV 108 consid. 2, pp. 109 et 110.

remplies. Certains de ces motifs, tels que le risque de fuite et de collusion, n'auront d'effet que sur la détention. D'autres motifs entraîneront non seulement une mise en liberté, mais conduiront aussi au refus de l'extradition si les circonstances le justifient, si un alibi est fourni ou si la demande d'extradition est manifestement inadmissible. Pour évaluer si l'extradition est manifestement inadmissible, l'Office fédéral de la justice se basera sur les éléments en sa possession notamment sur le contenu de la demande de recherche en vue d'arrestation (description des faits, motifs de la recherche, prescription, quotité de la peine prévue ou infligée, disproportion entre la peine à subir et la détention extraditionnelle) et sur les griefs éventuellement soulevés par l'individu lors de son audition. Il devra également tenir compte des présomptions de bonne foi et de confiance dont bénéficie l'Etat requérant, de l'expérience plus ou moins longue et des relations éprouvées avec cet Etat. Hormis les cas où il est évident que l'extradition sera refusée, l'Office fédéral de la justice fera preuve d'une grande réserve dans l'attente de la demande d'extradition. Il n'est en effet pas censé procéder à un examen approfondi dans cette phase des griefs dirigés contre la demande d'extradition. En outre, l'Office pourra toujours interpeller l'Etat requérant pour lui demander des compléments, une prise de position ou encore la fourniture de garanties.

Selon la jurisprudence, l'inadmissibilité manifeste de la demande doit être entendue dans le sens des articles 2 à 5 EIMP (défauts de la procédure, nature et importance de l'infraction et extinction de l'action), encore faut-il qu'aucun doute ne subsiste sur la réalisation de l'une de ces hypothèses. Tel est le cas lorsque, sans aucun doute et sans autres éclaircissements, un motif d'exclusion au sens des articles 2 à 5 EIMP est donné[1694]. Pour le Tribunal pénal fédéral, «l'exception de l'inadmissibilité manifeste, ne trouve application que si l'une des hypothèses prévues aux articles 2 à 5 EIMP est sans aucun doute réalisée»[1695]. A notre avis, la notion d'inadmissibilité manifeste doit être entendue de manière large et inclure d'autres hypothèses. Il ressort en effet de la jurisprudence que par inadmissibilité manifeste, il faut non seulement entendre les motifs d'irrecevabilité des articles 2 à 5 EIMP mais aussi tout motif qui fait apparaître la demande d'extradition comme étant manifestement inadmissible. Tel est le cas lorsque l'infraction n'est pas de nature pénale (art. 1 EIMP), si la demande d'extradition met en péril des intérêts essentiels de la Suisse (art. 1a EIMP), si la personne est de nationalité suisse (art. 7 EIMP), si la condition du délit extradable ou de la double incrimination n'est pas remplie (art. 35 al. 1 let. a EIMP)[1696], si la Suisse a une compétence juridictionnelle (art. 35 al. 1 let. b EIMP), si l'on sait d'emblée que l'Etat requérant ne peut ou ne veut fournir de garantie ou encore si l'individu fournit un alibi (art. 47 al. 1 let. b et 53 EIMP). L'incompétence de l'autorité de jugement étrangère (art. 28 al. 2 let. a EIMP) a aussi été considérée comme un motif d'inadmissibilité[1697].

En l'absence de caractère manifeste du motif de refus, la jurisprudence considère que les griefs qui concernent la demande d'extradition doivent être soulevés et examinés dans la procédure d'extradition proprement dite et/ou dans le cadre du recours contre la

[1694] Arrêt du TF G.61/1991 du 13.1.1992 consid. 5a; arrêts du TPF RH.2015.3 du 26.3.2015 consid. 3.1, RR.2009.216 + RP.2009.26 du 15.7.2009 consid. 4.1 et RR.2007.312 du 5.9.2007 consid. 5.
[1695] Arrêt du TPF RH.2015.22 + RP.2015.55 du 26.3.2015 consid. 2.2 avec renvoi à l'ATF 111 IV 108 consid. 3a.
[1696] Arrêts du TPF RH.2015.3 du 26.3.2015 consid. 3.1 et BH.2006.33 du 11.1.2007 consid. 4.1; ZIMMERMANN no 348, pp. 352 et 353.
[1697] Arrêt du TPF RR.2009.160 du 20.5.2009. Cf. aussi Arrêt du TPF RR.2011.59 + RP.2011.9 du 4.4.2011 consid. 5.2.

décision d'extradition[1698]. L'Office fédéral de la justice n'est pas censé procéder à l'examen de la validité des pièces produites, notamment du mandat d'arrêt étranger dès lors que la détention extraditionnelle est requise. Il y est fait exception en cas de violation particulièrement flagrante du droit procédural étranger faisant apparaître la demande d'extradition comme un abus de droit et permettant au surplus de douter de la conformité de la procédure étrangère aux droits fondamentaux de la défense[1699]. Il en va de même du droit de demander à être rejugé lorsqu'un tel grief ne permet pas de conclure que l'extradition est manifestement inadmissible. Il n'appartient pas au juge de l'extradition de se prononcer sur le déroulement de la procédure pénale dans l'Etat requérant, dès lors qu'il n'apparaît pas que l'extradition soit manifestement inadmissible, ni d'examiner la compétence procédurale de l'autorité requérante, ce qui impliquerait, en effet, un examen complet du droit de procédure étranger. Si l'examen de la compétence interne échappe au juge de l'extradition, il en va de même *a fortiori* de la question de savoir si un acte de procédure particulier, tel que la délivrance du mandat d'arrêt, est conforme au droit étranger[1700]. En tant qu'ils ont trait au bien-fondé de la demande d'extradition, les griefs tirés d'une violation de la double incrimination et de la prescription doivent être soulevés dans le cadre de la procédure d'extradition proprement dite. Le fait que ce grief soit soulevé à l'appui d'un recours contre le mandat d'arrêt extraditionnel ne saurait avoir pour effet de contraindre le Tribunal pénal fédéral à procéder de manière anticipée à un examen approfondi de ce grief[1701]. L'absence de double incrimination constitue néanmoins un motif d'inadmissibilité[1702].

La non-ratification de la CEDH par l'Etat requérant ne fait pas apparaître l'extradition comme manifestement inadmissible. Cette circonstance doit également être examinée dans le cadre de la procédure d'extradition si la personne concernée n'a pas démontré pourquoi la procédure dans l'Etat requérant présente de graves lacunes, ni pourquoi il y a lieu de craindre, objectivement et sérieusement, d'importantes violations de ses droits de procédure. Quant aux conditions prévues aux articles 35, 36 et 37 EIMP (juridiction suisse, jugement contumacial, peine de mort, traitement portant atteinte à l'intégrité corporelle ou tribunal d'exception) elles devront être éclaircies lors de l'examen de la demande d'extradition, car elles relèvent de la procédure d'extradition elle-même[1703]. En outre, l'allégation du risque de torture ou de se voir imposer respectivement appliquer la peine de mort ne rend pas inadmissible l'extradition vu que de tels risques peuvent être conjurés par la fourniture de garanties[1704].

Le caractère politique du délit est un motif d'inadmissibilité. Il doit néanmoins être manifeste[1705]. L'existence d'une procédure d'asile pendante ne constitue pas un motif

[1698] Arrêts non publiés du TF 8G.45/2001 du 15.8.2001 consid. 4 et G.27/1989 du 15.6.1989 consid. 2b ; arrêts du TPF RR.2010.171 du 25.8.2010 consid. 4 et RR.2008.296 du 17.12.2008 consid. 2.3.
[1699] Arrêts du TPF RR.2011.59 + RP.2011.9 du 4.4.2011 consid. 6.2, RR.2010.263 du 1.12.2010 consid. 4.3, RR.2009.76 du 9.7.2009 consid. 5.2, RR.2008.68 du 29.4.2008 consid. 3.4.1 et 3.4.2, RR.2007.185 du 7.1.2008 consid. 4.2 et RR.2007.55 du 5.7.2007 consid. 7.2 avec renvoi aux arrêts du TF 1A.118/2004 du 3.8.2004 consid. 3.8 et 1A.7/2001 du 28.2.2001 consid. 2b; ATF 109 Ib 223 consid. 3b, p. 228; arrêt du TF 1A.15/2002 du 5.3.2002 consid. 3.2.
[1700] Arrêt du TPF RR.2008.296 du 17.12.2008 consid. 2.3.
[1701] Arrêts du TPF RR.2008.296 du 17.12.2008 consid. 2.3 et RR.2008.25 du 4.3.2008 consid. 2.2 avec renvoi à l'arrêt du TPF RR 2007.185 du 7.1.2008 consid. 4.2 et ATF 109 Ib 223 consid. 3b, p. 228.
[1702] Arrêts du TPF RH.2015.3 du 26.3.2015 consid. 3.1 et BH.2006.33 du 11.1.2007 consid. 4.1.
[1703] Arrêt non publié du TF 8G.80/2001 du 12.12.2001 consid. 5b.
[1704] Arrêt du TF 8G.1/1997 du 22.1.1997 consid. 5a.
[1705] Arrêts du TPF BH.2006.4 du 21.3.2006 consid. 2.2.6, BH.2006.1 du 18.1.2006 consid. 2.2.2 et BH.2005.12 du 10.8.2005.

d'inadmissibilité[1706]. La simple qualité de réfugié reconnue à l'étranger ne conduit pas non plus d'emblée à l'inadmissiblité de la demande d'extradition. Il n'est en effet pas exclu que les circonstances prévalant au moment de la reconnaissance de cette qualité à l'étranger se soient modifiées respectivement que de nouveaux faits auraient pu conduire à sa révocation[1707].

L'individu n'est pas limité dans ses griefs. L'EIMP et la jurisprudence posent néanmoins des exigences élevées qui limitent dans les faits sa faculté d'allégation étant donné qu'il doit faire apparaître la demande d'extradition comme manifestement inadmissible. Une telle limitation s'explique tant par les conséquences de l'admission des griefs invoqués (mise en liberté) que pour des motifs de compétence et d'absence de la demande d'extradition. C'est pourquoi l'Office fédéral de la justice respectivement l'instance de recours préféreront renvoyer l'examen de tels griefs au stade de la procédure d'extradition elle-même. Dans la pratique, si les griefs soulevés sont susceptibles de conduire au refus de l'extradition, l'Office fédéral de la justice procédera à des éclaircissements avec l'Etat requérant sans attendre le dépôt de la demande d'extradition, voire même en réclamera le dépôt anticipé. Cela répond à un souci bien compris d'éviter une détention et une procédure d'extradition qui pourraient après coup s'avérer inutiles et injustifiées.

bb) Pouvoir d'examen du Tribunal pénal fédéral

En application des articles 25 alinéa 1 EIMP et 37 alinéa 2 lettre a chiffre 1 de la Loi fédérale du 19 mars 2010 sur l'organisation des autorités pénales de la Confédération (Loi sur l'organisation des autorités pénales, LOAP)[1708], le Tribunal pénal fédéral connaît des recours contre le mandat d'arrêt émis par l'Office fédéral de la justice en vue d'extradition respectivement contre le refus de mise en liberté (art. 48 al. 2 EIMP). Les articles 379 à 397 CPP s'appliquent par analogie à la procédure de recours (art. 48 al. 2 EIMP)[1709]. Les principes dégagés sous la jurisprudence du Tribunal fédéral valent toujours pour le Tribunal pénal fédéral.

Saisi d'un recours, le Tribunal pénal fédéral examine si l'Office fédéral de la justice a violé le droit fédéral ou excédé son pouvoir d'appréciation. Il examine avec une cognition libre les conditions d'une détention extraditionnelle ainsi que les griefs soulevés par le recourant sans toutefois être lié par les conclusions des parties (art. 25 al. 6 EIMP), ni tenu, comme le serait une autorité de surveillance, de vérifier d'office la conformité de la décision attaquée à l'ensemble des dispositions applicables en la matière[1710]. Il peut revoir d'office les faits vu que la décision attaquée n'émane pas d'une autorité judiciaire[1711]. L'article 25 alinéa 6 EIMP ne contient aucune obligation expresse pour l'autorité de recours de rechercher d'office et à tout prix les arguments que les parties n'ont pas indiqués alors qu'elles doivent en principe les alléguer[1712]. Comme

[1706] Arrêt du TPF RR.2007.124 du 30.8.2007 consid. 2.2.1.
[1707] Arrêt non publié du TF G.37/1990 du 7.9.1990 consid. 5b à 5d.
[1708] RS 173.71.
[1709] Arrêts du TPF RH.2014.19 du 2.12.2014 consid. 2.2 et RH.2014.15 + RP.2014.72 du 30.10.2014 consid. 2.
[1710] ATF 130 II 337 consid. 1.4, p. 341, et 119 Ib 56 consid. 1d, p. 59; arrêt non publié du TF 1A.147/1995 du 25.7.1995 consid. 2b; arrêts du TPF RR.2010.233 + RR.2010.254 du 4.4.2011 consid. 2 et RR.2010.171 du 25.8.2010 consid. 3.
[1711] Arrêt non publié du TF 1A.38/1998 du 9.4.1998 consid. 2.
[1712] ATF 112 Ib 576 consid. 3, p. 586; arrêt du TPF RR.2010.171 du 25.8.2010 consid. 3.

autrefois le Tribunal fédéral, le Tribunal pénal fédéral ne se saisit que des questions de fait et de droit qui forment l'objet du litige[1713]. Il n'est pas habilité à se prononcer sur le bien-fondé d'une demande d'extradition ou sur l'admissibilité de l'extradition. Ces questions font l'objet de la procédure d'extradition prise pour elle-même sauf si l'extradition est manifestement inadmissible[1714]. Ainsi, en présence du grief de caractère politique du délit, le Tribunal pénal fédéral se montre réservé bien qu'il s'agisse d'un motif d'inadmissibilité. Il prend en considération non seulement l'ordre de compétences selon l'article 55 alinéa 2 EIMP mais aussi le fait que la mise en liberté, exceptionnelle, est liée à des conditions strictes et ce uniquement en présence d'une inadmissibilité manifeste. Le Tribunal pénal fédéral s'impose ainsi une retenue particulière au moment de l'annulation du mandat d'arrêt en raison du grief de délit politique. Dès lors, même s'il ne peut être exclu que la demande d'extradition ait un arrière-plan politique, le Tribunal pénal fédéral ne peut à ce stade de la procédure en déduire une inadmissibilité manifeste. Dans plusieurs arrêts, le Tribunal pénal fédéral a ainsi considéré que cette question devait être examinée dans le cadre de la procédure d'extradition. Il en va de même pour l'objection du risque de torture[1715], vu que ce dernier pourrait être conjuré par la fourniture de garanties lors d'une éventuelle extradition[1716]. L'autorité de recours se borne ainsi à examiner si la détention aux fins d'extradition est justifiée et proportionnée en se basant sur les circonstances existant au moment où l'Office fédéral de la justice a rendu sa décision. Une modification des circonstances intervenant après coup ne peut pas être prise en considération, ce qui se justifie d'autant plus en matière d'arrestation aux fins d'extradition que l'extradable peut demander en tout temps sa mise en liberté[1717].

Que faut-il entendre lorsque le Tribunal pénal fédéral, respectivement le Tribunal fédéral autrefois, déclare qu'il ne se saisit que des questions de fait et de droit qui forment l'objet du litige ? Faut-il en déduire que le Tribunal pénal fédéral examine uniquement les griefs qui sont formulés à l'appui du recours ? Si l'on se réfère à l'ATF 117 IV 359 où le recourant s'était limité à critiquer la procédure et l'octroi de l'extradition, on constate que le Tribunal fédéral avait examiné d'office si les conditions d'une détention étaient remplies[1718]. L'autorité de recours ne se limite donc pas aux griefs qui sont formulés à l'appui du recours, mais son pouvoir d'examen reste tout de même limité aux questions qui font l'objet du litige.

Ce qui a été dit au sujet du pouvoir d'examen de l'Office fédéral de la justice vaut donc *mutatis mutandis* pour le Tribunal pénal fédéral, avec la particularité que ce dernier ne peut se substituer à l'Office fédéral de la justice pour l'examen des questions relatives à une demande d'extradition, ni exercer par anticipation sa compétence d'autorité de décision pour les cas relevant de l'article 55 alinéa 2 EIMP.

[1713] Arrêts du TPF RR.2010.171 du 25.8.2010 consid. 3, avec renvois aux arrêts du TPF RR.2009.2 du 9.7.2009 consid. 2.4 et RR.2007.34 du 29.3.2007 consid. 3.
[1714] Arrêt non publié du TF G.21/1992 du 29.4.1992 consid. 2b.
[1715] Arrêts du TPF BH.2006.4 du 21.3.2006 consid. 2.2.3, BH.2006.1 du 18.1.2006 consid 2.2.2 et BH.2005.12 du 10.8.2005 consid. 4.1.
[1716] Arrêt du TF 8G.1/1997 du 22.1.1997 consid. 5a.
[1717] ATF 111 Ib 147 consid. 2, p. 149.
[1718] Pour d'autres ex.: arrêts du TPF BH.2005.2 du 25.1.2005 consid. 2.3 et RH.2012.11 + RP.2012.59 du 3.10.2012 consid. 5.

bc) Pouvoir d'examen du Tribunal fédéral

Le Tribunal fédéral connaît des recours contre un arrêt du Tribunal pénal fédéral qui porte sur la détention extraditionnelle en application des articles 84, 93 et 95 LTF. Le recours peut être formé par l'extradable ainsi que par l'Office fédéral de la justice.

Selon l'article 93 alinéa 2 LTF, en matière d'entraide pénale internationale, les décisions préjudicielles et incidentes ne peuvent pas faire l'objet d'un recours. Le recours contre les décisions relatives à la détention extraditionnelle est réservé si les conditions de l'alinéa 1 sont remplies. Selon les articles 84, alinéa 2, et 93, alinéa 1 lettre a, LTF, les autres décisions préjudicielles et incidentes notifiées séparément peuvent faire l'objet d'un recours si elles peuvent causer un préjudice irréparable et si elles concernent un cas particulièrement important. Un tel préjudice au sens de l'article 93 alinéa 2 LTF doit être admis pour ce qui concerne l'arrestation en vue d'extradition, car même avec une décision favorable au recourant — le refus de l'extradition — ce préjudice ne pourrait plus être réparé en raison de la privation de la liberté due à la détention extraditionnelle[1719]. En vertu de l'article 95 lettres a et b LTF, le recours peut être formé pour violation du droit fédéral et du droit international.

En vertu de l'article 42 alinéa 2 LTF, il incombe au recourant d'expliquer en quoi il est exposé à un préjudice irréparable et de démontrer que les conditions de recevabilité de son recours sont réunies [1720]. Il doit en outre démontrer qu'il s'agit d'un cas particulièrement important au sens de l'article 84 alinéa 2 LTF [1721]. Un examen approfondi de la question de savoir si l'affaire constitue un cas particulièrement important au sens de l'article 84 LTF peut souvent échouer dans le cadre du recours contre la décision incidente pour des motifs pratiques. Il n'est pas rare que tous les éléments de fait qui permettraient de répondre à cette question ne soient pas encore connus. Des éclaircissements à ce propos conduiraient à des retards inutiles. En outre, il y a lieu d'éviter que le Tribunal fédéral doive déjà décider à titre préjudiciel, à un stade avancé de la procédure et dans la perspective d'un éventuel recours contre la décision finale, si l'on est en présence d'un cas particulièrement important. C'est pourquoi, l'exigence du cas particulièrement important doit exclusivement porter sur l'objet du litige de la décision incidente au sens de l'article 93 alinéa 2 LTF. Cette appréciation ne doit donc concerner que les effets juridiques de la décision incidente[1722]. Dans un arrêt du 13 novembre 2013, le Tribunal fédéral a considéré que, lorsque le recours porte exclusivement sur le mandat d'arrêt régi par les articles 47 et suivants EIMP, le recourant peut à ce stade soulever uniquement des griefs relatifs à la détention extraditionnelle pour autant que ceux-ci portent sur une question de principe. Après avoir rappelé que l'autorité de détention ne saurait se livrer à un examen complet de l'admissibilité de la demande d'extradition mais uniquement à un contrôle *prima facie*, le Tribunal fédéral a estimé que certains griefs soulevés par le recourant devaient être examinés dans la procédure d'extradition[1723].

[1719] Arrêt du TF 1C_381/2009 du 13.10.2009 consid. 1.1.
[1720] CORBOZ, art. 93 LTF, no 18, p. 1074; arrêt du TF et 1C_144/2007 du 8.6.2007 consid. 1.3.
[1721] Arrêts du TF 1C_793/2013 du 13.11.2013 consid. 1.1 et 1C_144/2007 du 8.6.2007 consid. 1.3.
[1722] AEMISEGGER/FORSTER no 26, p. 1116.
[1723] Arrêt du TF 1C_793/2013 du 13.11.2013 consid. 1.4.

21.2.4 Pouvoirs d'examen au stade du dépôt de la demande d'extradition et de la décision d'extradition

a) Pouvoir d'examen de l'Office fédéral de la justice

A réception de la demande formelle d'extradition, l'Office fédéral de la justice contrôle d'office que les conditions formelles (respect du délai, voie de transmission, documents à l'appui de la demande d'extradition, tels que mandat d'arrêt ou jugement exécutoire en original ou en copie certifiée conforme, dispositions légales applicables, documentation rédigée ou traduite dans l'une des langues officielles de la Suisse) et matérielles (double punissabilité, délit extradable, quotité de la peine infligée et prescription) prévues dans le traité liant la Suisse à l'Etat requérant respectivement dans l'EIMP sont remplies. Il examine également si la demande d'extradition n'est pas manifestement inadmissible (art. 51 EIMP). S'agissant de ce dernier point, contrairement à ce qui se passe avant le dépôt de la demande d'extradition, avec la réception de la demande d'extradition, certains motifs d'inadmissibilité n'ont pas besoin d'être manifestes pour conduire au refus de l'extradition. Il suffira en effet à l'individu de rendre vraisemblable qu'un tel motif existe. Il en va ainsi du grief de délit politique, du grief de poursuite discriminatoire ainsi que des allégations de risque de torture ou de mauvais traitements. Nous aurons l'occasion d'y revenir en abordant le devoir de collaboration de l'individu (cf. ch. 23.3 ci-dessous). Si pour l'examen des conditions formelles et matérielles à une extradition l'Office fédéral de la justice ne dispose d'aucune liberté d'appréciation, il en va différemment lorsqu'il examine certains motifs d'irrecevabilité tels que l'existence d'un délit politique, d'une poursuite discriminatoire, d'un risque de torture ou de mauvais traitements. Il pourra ainsi refuser l'extradition si l'individu a notamment rendu vraisemblable qu'il est victime d'une poursuite discriminatoire.

Lorsqu'il examine la demande d'extradition, l'Office fédéral de la justice n'a pas un pouvoir d'examen illimité.

L'Office fédéral de la justice est en principe lié par l'exposé des faits présenté par l'Etat requérant tel qu'il résulte de la demande d'extradition et de ses annexes. Il procède ainsi à un examen *prima facie* des questions de la double punissabilité et de la prescription[1724]. Si la demande d'extradition ne remplit pas les conditions formelles et matérielles imposées par le droit conventionnel et/ou le droit interne, l'Office fédéral de la justice ne peut refuser d'emblée l'extradition pour ces motifs, mais doit demander à l'Etat requérant qu'il la rectifie ou la complète (cf. p. ex. art. 28 al. 6 EIMP). L'Office fédéral de la justice ne peut poser d'exigences trop élevées quant à l'exactitude de l'exposé des faits lorsque le cas nécessite d'autres éclaircissements qui doivent justement être facilités par l'extradition[1725]. En effet, l'EIMP (il en va de même de la CEExtr) et la jurisprudence n'exigent pas un exposé des faits sans lacunes et à tout point de vue précis dès lors que le but principal de la demande d'entraide est d'éclaircir des points demeurés dans l'ombre. Du reste, de manière naturelle, une demande est moins détaillée au début d'une enquête qu'à la fin. La demande d'extradition doit toutefois permettre à la Suisse

[1724] Arrêt du TPF RR.2011.246 du 30.11.2011 consid. 3.1.
[1725] Arrêt non publié du TF 1A.84/1991 du 1.7.1991 consid. 2c) aa).

d'examiner les conditions matérielles à l'octroi de l'extradition et de déterminer l'étendue et les modalités éventuelles de celle-ci. Elle doit aussi permettre à la personne recherchée de connaître clairement les faits retenus à sa charge et de se déterminer en conséquence sur la demande d'extradition. Il n'incombe pas non plus à l'Office fédéral de la justice d'examiner l'exactitude de l'exposé des faits, la vérité des circonstances — à l'exception de la violation éventuelle du droit par l'Etat requérant ou de l'alibi[1726] -, ou encore la vraisemblance des soupçons évoqués[1727]. Le sens de cette règle se justifie également par la nécessité de laisser une procédure pénale, indépendamment du stade où celle-ci se trouve, se dérouler dans l'Etat requérant selon des règles uniformes, ce qui rend indispensable que l'individu y soit extradé[1728]. Il s'ensuit que l'Office fédéral de la justice n'a pas à procéder à des vérifications ou à exiger des preuves. S'il le faisait quand même, il irait à l'encontre des prescriptions de l'EIMP et/ou du traité en posant des conditions supplémentaires à l'octroi de l'extradition. L'Etat étranger n'a donc à produire ni preuve, ni acte d'accusation en matière d'extradition[1729]. Il lui suffit d'exposer les circonstances sur lesquelles il fonde ses soupçons[1730]. Il est ainsi possible de donner suite à une demande sur la base uniquement de soupçons généraux[1731]. Des preuves peuvent toutefois être exigées de l'Etat requérant quand l'individu prétend qu'il est poursuivi pour des délits politiques et que les délits de droit commun ne sont que des prétextes ou si l'état de faits présente des lacunes, des erreurs, des invraisemblances ou des contradictions manifestes, immédiatement établies ou s'il est exclu de mettre à la charge de la personne recherchée les faits constitutifs d'une infraction retenue contre elle. Tel est justement le cas lorsque celle-ci est en mesure de fournir un alibi irréfutable au sens de l'article 53 alinéa 2 EIMP[1732]. La Suisse a ici la liberté de décider selon ses propres critères[1733]. Il n'est donc pas non plus exclu de demander à l'Etat requérant qu'il fournisse des preuves quand l'individu prétend qu'il est poursuivi pour des motifs discriminatoires et que les délits de droit commun ne sont que des prétextes pour mettre la main sur lui (cf. affaires A. et B.).

Les notions d'«erreurs, lacunes ou contradictions manifestes» doivent être interprétées de manière plutôt stricte. Le juge de l'extradition ne doit pas à chaque fois se livrer à sa propre administration des preuves ou refuser la demande d'extradition parce que l'extradé fournit une version des faits qui s'oppose à celle de l'Etat requérant[1734]. Doivent être considérées comme des erreurs manifestes uniquement celles relatives à la demande d'extradition et non celles relatives à l'action pénale menée à l'étranger contre la personne poursuivie (p. ex. fondement de l'accusation)[1735].

Lorsque l'individu fait valoir un alibi, l'article 53 EIMP n'exige pas la communication à l'Etat requérant de n'importe quelles «preuves à décharge», mais seulement de l'alibi.

[1726] Arrêts non publiés du TF 1A.218/1991 du 11.12.1991 consid. 2b et 1A.238/1998 du 10.2.1999 consid. 3c.
[1727] Arrêts non publiés du TF 1A.238/1998 du 10.2.1999 consid. 3a, 1A.147/1995 du 25.7.1995 consid. 3a, 1A.109/1992 du 16.7.1992 consid. 2b et 1A.218/1991 du 11.12.1991 consid. 2b.
[1728] Arrêt non publié du TF A 275/84 du 3.10.1984 consid. 3a.
[1729] Arrêt non publié du TF P 1024/80 du 29.2.1980 consid. 6.
[1730] Arrêt non publié du TF 1A.143/1993 du 14.9.1993 consid. 2.
[1731] Arrêts non publiés du TF 1A.238/1998 du 10.2.1999 consid. 3a, 1A.381/1996 du 28.2.1997 consid. 2b avec renvoi à l'ATF 120 Ib 251 consid. 5a, p. 254 (entraide) et 1A.109/1992 du 16.7.1992 consid. 2b.
[1732] Arrêt du TPF RR.2007.142 du 22.11.2007 consid. 2.1; arrêts non publiés du TF 1A.147/1995 du 25.7.1995 consid. 3a, 1A.98/1992 du 17.6.1992 consid. 2, 1A.218/1991 du 11.12.1991 consid. 2b et 1A.238/1998 du 10.2.1999 consid. 3c.
[1733] Arrêts non publiés du TF A 275/84 du 3.10.1984 consid. 3a et 1A.381/1996 du 28.2.1997 consid. 2c.
[1734] Arrêts du TF A 25/84/kl du 4.4.1984 consid. 4 non publié à l'ATF 110 Ib 187 et P 337/82 du 3.11.1982 consid. non publié à l'ATF 108 Ib 408.
[1735] Arrêt non publié du TF 1A.51/1992 du 28.4.1992 consid. 2.

De simples arguments à décharge ne peuvent être pris en considération à ce titre, car cela reviendrait à introduire dans le cadre de la procédure d'extradition une véritable administration des preuves[1736]. D'ailleurs, le juge de l'entraide n'est fondamentalement pas tenu de s'exprimer expressément sur l'ensemble des requêtes de preuve des parties et de s'exprimer dans chaque cas particulier ou de rendre une décision de rejet sur chaque offre de preuve à laquelle il ne donne aucune suite. Bien plus, il peut rejeter de manière concluante les demandes de preuve correspondantes dans le cadre de ses considérants et sur la base d'une appréciation anticipée des preuves[1737].

L'Office fédéral de la justice n'a pas non plus l'obligation de s'exprimer sur tous les griefs du recourant[1738]. Si l'autorité requérante n'est pas en mesure de préciser dans le détail les délits reprochés, cela ne constitue pas un motif pour retenir que la demande est lacunaire et inadmissible. En effet, l'extradition doit, être accordée non seulement pour recueillir des preuves à charge mais aussi à décharge[1739].

Les décisions étrangères ayant refusé l'extradition pour les mêmes faits ne lient pas la Suisse. Chaque demande doit être examinée pour elle-même et décidée sur la base des documents transmis. Les décisions étrangères ne représentent que des indices qui doivent être pris en considération. Cette prudence peut être justifiée par le fait que l'on ignore si les mêmes documents ont été présentés et si le refus a été motivé par l'insuffisance des documents[1740].

Si l'Etat requérant appartient à la seconde catégorie d'Etats, l'Office fédéral de la justice peut réclamer des garanties. Dans un tel cas, la procédure à suivre sera celle de l'article 80p EIMP qui a été exposée au chapitre 18.

Lorsque l'Office fédéral de la justice examine l'existence d'une cause d'irrecevabilité, notamment au sens des articles 2 et 3 EIMP, il doit faire preuve d'une prudence particulière. En effet, l'autorité suisse requise est appelée à évaluer la situation de la personne poursuivie en fonction du système politique et judiciaire en vigueur dans l'Etat requérant. Ce jugement de valeur porte sur les affaires intérieures actuelles de cet Etat, en particulier son régime politique, ses institutions, sa conception des droits fondamentaux, la façon dont ces droits sont concrètement respectés et surtout l'indépendance et l'impartialité de son appareil judiciaire[1741]. Le juge de l'entraide doit faire preuve à cet égard d'une prudence particulière. Par ailleurs, il ne suffit pas que la personne poursuivie à l'étranger se prétende menacée du fait d'une situation politico-juridique donnée. Il lui appartient de rendre vraisemblable l'existence d'un risque sérieux et objectif d'une grave violation des droits de l'homme dans l'Etat requérant susceptible de la toucher de manière concrète[1742]. En outre, l'Etat requérant bénéficie d'un certain nombre de présomptions. Ainsi, lorsqu'il est partie à la CEDH, il bénéficie d'une présomption de respect de ses engagements internationaux. La Suisse ne saurait dès lors refuser l'extradition ou la soumettre à des conditions que si les faits de la cause

[1736] Arrêt du TF 1A.17/2005 du 11.4.2005 consid. 2.3.
[1737] Arrêt du TF 1F.10/2007 du 2.10.2007 consid. 4.3.
[1738] Arrêt non publié du TF 1A.238/1998 du 10.2.1999 consid. 3a.
[1739] Arrêt non publié du TF 1A.143/1993 du 14.9.1993 consid. 2.
[1740] Arrêt non publié du TF P 1024/80 du 29.2.1980 consid. 5.
[1741] Arrêt non publié du TF 1A.147/1995 du 25.7.1995 consid. 5b.
[1742] ATF 123 II 161 consid. 6b p. 167; arrêt du TPF RR.2011.180 + 214 du 29.11.2011 consid. 2.5.

démontrent un risque objectif et sérieux que la procédure pénale engagée dans l'Etat requérant à l'encontre de la personne poursuivie est entachée de graves défauts. Une violation passée d'un traité ne permet pas de présumer que l'Etat concerné ne respectera plus à l'avenir ses engagements internationaux ou qu'il ne les respectera pas dans un cas particulier. Si la personne poursuivie doit néanmoins considérer que la manière dont la procédure pénale est instruite contre lui consacre une violation des droits fondamentaux dont il prétend aujourd'hui être menacé, il lui sera toujours loisible de saisir les juridictions de l'Etat requérant puis, le cas échéant, les organes conventionnels, pour faire valoir ses droits[1743]. De plus, si les traités d'extradition ne prévoient pas l'examen des faits et de la culpabilité, cela découle de la confiance réciproque que se témoignent les Etats d'une même communauté de culture quant à l'administration de la justice et à l'application de la loi[1744]. Les présomptions dont bénéficie l'Etat requérant ne sont toutefois pas irréfragables[1745].

Pour mener à bien ses tâches, l'Office fédéral de la justice dispose d'un certain nombre de moyens.

Lorsqu'il doit évaluer la situation de l'individu en cas d'extradition, il ne dispose pas d'une banque de données sur la situation des droits de l'homme à l'étranger. Il n'a pas non plus accès aux banques de données des autorités compétentes en matière d'asile. Il peut par contre s'adresser au Département fédéral des affaires étrangères[1746] pour lui demander si l'extradition de l'individu est envisageable, éventuellement moyennant fourniture de garanties. Si celles-ci doivent être fournies, l'Office fédéral de la justice demandera également audit Département, sur la base d'une proposition de garanties, si elles sont suffisantes ou si d'autres engagements plus spécifiques au cas d'espèce doivent être exigés comme la mise en place d'un monitoring. L'Office fédéral de la justice peut aussi s'adresser à la Police judiciaire fédérale (PJF) et au Service de renseignement de la Confédération (SRC) (qui a repris les fonctions de l'ancien Service d'analyse et de prévention [SAP] de l'OFP) pour obtenir des informations spécifiques[1747], par exemple si l'organisation à laquelle l'individu est soupçonné d'appartenir est bel et bien une organisation existante et si elle se livre à des activités illégales comme décrites dans la demande d'extradition. L'Office fédéral de la justice peut aussi se référer aux rapports d'organes étatiques étrangers, notamment à ceux du Département de justice américain, d'organes internationaux, tels que le Conseil de l'Europe ou l'Organisation de coopération et de développement économiques (OCDE), d'organisations non gouvernementales comme Amnesty International[1748] ou Human Rights Watch, voire encore aux condamnations prononcées par la Cour européenne des droits de l'homme ou le Comité des Nations Unies contre la torture pour évaluer la situation des droits de l'homme dans l'Etat requérant et examiner les griefs de la personne. Il est également loisible à l'Office fédéral de la justice de s'adresser directement à l'Etat requérant pour lui demander de prendre position sur les allégations de l'extradable. Ainsi, dans un cas d'extradition à l'Ukraine, l'Office fédéral de la

[1743] Arrêts du TF 1A.147/1995 du 25.7.1995 consid. 5c et 1A.19/1991 du 15.2.1991 consid. 2d.
[1744] Arrêts non publiés du TF P 416/83 19.8.1983 consid. 3 et 1A.1/1991 du 25.2.1991 consid. 2b.
[1745] Arrêts du TPF RR.2009.284 du 19.11.2009 consid. 6 et RR.2009.24 + RR.2009.96 + RP.2009.9 du 6.5.2009 consid. 4.2.
[1746] Arrêt du TF 1A.149/2004 du 20.7.2004 consid. 4.1 et 4.2.
[1747] ATF 131 II 235 consid. 2.11.1, p. 239.
[1748] Cf. p. ex. arrêt du TPF RR.2011.180 + 214 du 29.11.2011 consid. 3.4.1.

justice avait demandé aux autorités ukrainiennes de prendre position sur les allégations de torture et de violences physiques prétendument subies par l'extradable en détention[1749].

Enfin, conformément à l'article 55a EIMP, l'Office fédéral de la justice tient compte du dossier d'asile constitué par le Secrétariat d'Etat aux migrations pour trancher sur les griefs du recourant et rendre sa décision.

b) Pouvoir d'examen du Tribunal pénal fédéral en tant qu'autorité de première instance (art. 55 al. 2 EIMP)

Le Tribunal pénal fédéral intervient en tant qu'autorité de première instance, après le dépôt de la demande d'extradition, lorsque l'individu prétend être poursuivi pour un délit politique ou pour des motifs discriminatoires ou si l'instruction laisse apparaître des raisons sérieuses de croire que l'acte revêt un caractère politique ou que la poursuite pourrait être de nature discriminatoire. La décision sur l'objection du délit politique ou de poursuite discriminatoire incombe en effet à la Cour des plaintes du Tribunal pénal fédéral. L'appréciation du caractère politique ou discriminatoire de la poursuite implique de la part de la Suisse un certain jugement de valeur sur les institutions de l'Etat requis, ce qui justifie, s'agissant de l'extradition, de confier cette tâche au Tribunal pénal fédéral selon l'article 55 alinéa 2 EIMP. Le Tribunal pénal fédéral est en effet considéré comme une autorité soustraite à toute pression de quelque nature que ce soit[1750].

Eu égard au caractère particulier du délit politique et notamment à l'absence de définition du concept de délit politique dans la CEExtr, la CERT et l'EIMP, le Tribunal pénal fédéral possède sur cette question un large pouvoir d'examen[1751]. Il en va de même sur le grief de poursuite discriminatoire. Il apprécie s'il y a de sérieuses raisons de penser que l'extradition est demandée en raison d'un délit politique ou d'un traitement discriminatoire[1752]. Le Tribunal pénal fédéral examine d'office si ces motifs s'opposent à l'extradition[1753] même si l'individu ne les soulève pas. Ainsi, dans un ATF 125 II 569, le Tribunal fédéral s'était saisi d'office du grief de délit politique alors même que l'extradé ne s'en était pas prévalu. Compte tenu du caractère particulier du délit politique, le Tribunal fédéral avait considéré qu'il se justifiait de déroger à la règle et de vérifier d'office si ce motif s'opposait à l'extradition[1754].

Lorsque l'asile est refusé au moyen d'une décision définitive, le Tribunal pénal fédéral saisi d'une objection de délit politique ne peut pas faire abstraction de cette décision dans la mesure où les conditions pour la reconnaissance du statut de réfugié dépendent de critères analogues à ceux prévus à l'article 3 paragraphe 2 CEExtr et aux articles 2 et 3 EIMP. Certes, dans le cadre de l'article 55 alinéa 2 EIMP, le Tribunal pénal fédéral statue librement. Toutefois, il ne se départit pas en principe des faits constatés dans le

[1749] Arrêt du TPF RR.2008.180 + RP.2008.33 du 2.10.2008 consid. 2.1.
[1750] ZIMMERMANN no 622, p. 63; ATF 117 IV 209 consid. 2c, p. 215.
[1751] ATF 128 II 355 consid. 4.3, p.365; arrêt non publié du TF 1A.127/1990 du 18.12.1990 consid. 1d.
[1752] Arrêts du TPF RR.2013.260 du 18.2.2014 consid. 2.3 et RR.2009.231 du 15.9.2009 consid. 2.1.1; ATF 111 Ib 138 consid. 1, p. 141.
[1753] ZIMMERMANN no 621, p. 631 avec renvoi à l'ATF 125 II 569 consid. 9, p. 577.
[1754] ATF 125 II 569 consid. 9, p. 577.

cadre de la procédure d'asile — sous réserve d'éventuels faits nouveaux — ni ne s'écarte sans raison des considérants ayant conduit au refus de l'asile afin d'éviter des décisions contradictoires[1755]. Ce raisonnement vaut *mutatis mutandis* pour l'Office fédéral de la justice et le Tribunal fédéral.

Pour permettre au Tribunal pénal fédéral de trancher en connaissance de cause, l'Office fédéral de la justice doit établir soigneusement et complètement les faits[1756].

Selon la jurisprudence, la Suisse doit poser des exigences accrues d'absence de contradictions, d'exactitude et de fiabilité de la demande d'extradition en cas de connotation politique [1757] ou en vue de déterminer exactement pour quels délits l'extradition est demandée[1758]. L'Office fédéral de la justice, sur invitation du Tribunal pénal fédéral, va alors requérir de l'Etat requérant qu'il complète sa demande après s'être assuré qu'une nouvelle demande de compléments se justifie compte tenu de la durée écoulée depuis les faits ainsi que la durée de la procédure[1759]. La Suisse ne peut toutefois poser de telles exigences dès que le caractère déguisé de la poursuite est invoqué[1760].

A l'instar de l'Office fédéral de la justice, le Tribunal pénal fédéral peut aussi se référer aux rapports du Département de justice américain, du Conseil de l'Europe, de l'Organisation de coopération et de développement économiques, d'Amnesty International [1761] ou d'Human Rights Watch, voire encore aux condamnations prononcées par la Cour européenne des droits de l'homme ou le Comité des Nations Unies contre la torture pour apprécier la situation dans l'Etat requérant. Il peut également solliciter de l'Office fédéral de la justice qu'il invite l'Etat étranger à fournir des compléments ou des garanties ou qu'il demande au Département fédéral des affaires étrangères une évaluation de la situation des droits de l'homme ou une vérification des allégations de l'individu.

c) Pouvoir d'examen du Tribunal pénal fédéral en tant qu'autorité de recours

En application des articles 25 alinéa 1 EIMP et 37 alinéa 2 lettre a chiffre 1 LOAP, la Cour des plaintes du Tribunal pénal fédéral connaît des recours contre les décisions en matière d'extradition rendues par l'Office fédéral de la justice (art. 55 al. 3 et 25 al. 1 EIMP). Le recours est régi par la PA (art. 39 al. 2 let. b LOAP) et les lois d'entraide pertinentes[1762].

[1755] Arrêts du TPF RR.2011.10 du 16.2.2011 consid. 5.1 et RR.2009.169 + RP 2009.15 + 17 du 22.1.2010 consid. 7.2.
[1756] ZIMMERMANN no 352, p. 359. Il est ainsi arrivé au Tribunal fédéral de considérer que le dossier établi par l'OFJ était insuffisant et incomplet au point de ne pas lui permettre de conclure ou non à l'existence d'un délit politique (ATF 117 IV 209 consid. 2c, p. 215).
[1757] ATF 133 IV 76 consid. 2.3, p. 80, 130 II 337 consid. 7.4, p. 348, et 133 IV 58 consid. 5, p. 64.
[1758] Arrêt du TF 1A.288/2004 + 1A.4/2005 du 28.2.2005 consid. 2.8.
[1759] ATF 133 IV 58, p. 63, où les faits remontaient à plus de 11 ans et après une aussi longue durée, on ne pouvait attendre des compléments esentiels et fiables. La demande avait d'ailleurs déjà été complétée, sans éliminer les lacunes et les contradictions.
[1760] Arrêt du TPF RR.2011.180 + 214 du 29.11.2011 consid. 4.2: question laissée ouverte *in casu*. Autre cas où il a été renoncé à une demande de compléments : arrêt du TF 1C_91/2007 du 23.10.2007 consid. 2.2.2.2.
[1761] Cf. arrêt du TPF RR.2011.180 + 214 du 29.11.2011 consid. 3.4.1..
[1762] Cf. ZIMMERMANN no 497, p. 500.

Le Tribunal pénal fédéral examine d'office et avec une pleine cognition la recevabilité des recours qui lui sont soumis sans être lié par les arguments et les conclusions des parties[1763]. Il vérifie librement si les conditions pour répondre à la demande d'extradition sont réunies et dans quelle mesure la coopération est accordée. Il dispose d'une cognition pleine et n'est pas lié ni par les moyens ni par les conclusions des parties (art. 25 al. 6 EIMP)[1764].

Le Tribunal pénal fédéral revoit d'office les constatations de fait. N'étant pas lié par les conclusions des parties, il peut donc modifier la décision en faveur ou en défaveur du recourant. Le recourant est averti de l'éventualité d'une modification en sa défaveur et se détermine à ce sujet[1765]. Le Tribunal pénal fédéral ne doit pas se pencher sur chaque point soulevé par le recourant. Il peut se limiter aux points essentiels pour sa décision[1766]. Dès lors que la décision d'extradition n'a pas été rendue par une autorité judiciaire et que la procédure administrative de recours est conduite selon la maxime d'office, la personne peut invoquer de nouveaux griefs, de nouveaux faits et de nouveaux moyens de preuves, lesquels sont recevables[1767].

Le Tribunal pénal fédéral peut porter son examen sur des points autres que ceux soulevés dans le recours sans toutefois être tenu, comme le serait une autorité de surveillance, de vérifier d'office la conformité de la décision attaquée avec l'ensemble des normes applicables [1768] . Il peut sanctionner l'excès ou l'abus du pouvoir d'appréciation ainsi que l'inopportunité des décisions[1769]. Le Tribunal pénal fédéral n'a pas l'obligation de rechercher après coup, par tous les moyens, les motifs qui s'opposeraient éventuellement à une extradition qui ne ressortent pas du recours[1770]. Il examine si les conditions de la double punissabilité sont remplies[1771] même sur des points que le recourant n'avait pas discutés[1772]. Il n'examine que les questions de faits et de droit qui font l'objet du litige[1773] pour autant que des défauts juridiques ne soient pas manifestes[1774].

Le libre pouvoir d'examen du Tribunal pénal fédéral n'englobe pas la question de savoir si la personne visée est coupable. Il appartient exclusivement au juge du fond étranger de se prononcer sur ce point à l'exception de l'alibi. Pour le surplus, le juge de l'extradition ne s'écarte des faits décrits dans la demande qu'en cas d'erreurs, lacunes ou contradictions évidentes et immédiatement établies[1775]. Un exposé des faits n'est pas d'emblée contradictoire lorsqu'il ne se superpose pas entièrement avec les divers documents composant la demande d'extradition. Des exposés ultérieurs peuvent en effet

[1763] ZIMMERMANN no 522, p. 519.
[1764] ZIMMERMANN no 522, p. 519.
[1765] ZIMMERMANN no 518, p. 516.
[1766] Arrêt du TPF RR.2015.67 + RP.2015.13 du 7.5.2015 consid. 3.
[1767] Arrêt non publié du TF 1A.180/1998 du 10.12.1998 consid. 1c et arrêt du TPF RR.2013.175 + RP.2013.35 du 23.10.2013 consid. 6.3
[1768] ZIMMERMANN no 522, p. 519; arrêt non publié du TF 1A.163/1991 du 21.10.1993 consid. 1a; ATF 123 II 134 consid. 1d, pp. 136 et 137, 123 II 175 consid. lb, p. 179, 119 Ib 56 consid. 1d, p. 59, et 112 Ib 576 consid. 3, p. 585.
[1769] Arrêt du TPF RR.2007.55 du 5.7.2007. Pour un exemple où le juge a examiné la condition de la double incrimination sur des points que les parties n'avaient pas discutés: ATF 125 II 569 consid. 6, p. 575.
[1770] Arrêt non publié du TF 1A.221/1993 du 29.11.1993 consid. 1c.
[1771] Arrêt du TF 1C_91/2007 du 23.10.2007 et arrêt non publié du TF 1A.217/1991 du 11.12.1991 consid. 3.
[1772] ATF 125 II 569 consid. 6, p. 575.
[1773] Arrêt non publié du TF A 546/1987 du 3.11.1987 consid. 2 et arrêt du TPF RR.2007.98 + 114 du 4.10.2007 consid. 2.1.
[1774] Arrêt du TF 1C.91/2007 du 23.10.2007 consid. 2.3.1.
[1775] ZIMMERMANN no 523, p. 520

conduire à des différences du fait des nouvelles connaissances acquises par les autorités de poursuite étrangères[1776].

Ce plein pouvoir d'examen ne dispense pas les parties de leur obligation de développer une argumentation topique, précise et détaillée expliquant en quoi la décision attaquée violerait le droit fédéral. Le procédé consistant à reprendre devant l'autorité de recours les arguments évoqués devant l'autorité inférieure, sans autre développement, constitue un abus de procédure[1777]. L'autorité de recours prend en compte les griefs mentionnés dans un autre écrit que le recours, car il examine d'office les conditions de l'extradition[1778]. Il n'examine des défauts formels de la demande d'extradition que s'ils ont été expressément soulevés[1779]. Certes, si le contrôle porte en principe sur la validité formelle de la demande d'extradition, il ne s'étend cependant pas à la compétence procédurale de l'autorité de poursuite selon le droit de l'Etat requérant[1780]. A la différence de ce qui se passe dans le cadre du recours contre le mandat d'arrêt respectivement contre le refus de la mise en liberté, le recourant peut ici se contenter de rendre vraisemblable qu'il est victime notamment d'une poursuite discriminatoire. Le Tribunal pénal fédéral devra alors examiner si le recourant a rendu vraisemblables ses allégations.

Lorsque le recours devient sans objet, le Tribunal pénal fédéral applique l'article 72 du Code de Code de procédure civile du 19 décembre 2008 (CPC)[1781] et examine de manière sommaire les faits existant au moment du recours respectivement si l'extradition aurait pu être accordée pour statuer sur les frais. La décision sur les frais n'équivaut pas à un jugement matériel et ne doit, selon les circonstances, pas préjuger d'une question juridique délicate[1782]. Etonnamment dans une affaire récente où le recours était devenu sans objet suite à l'extradition de la personne concernée, le TPF ne s'est pas livré à un tel examen. Un recours contre cet arrêt est actuellement pendant devant le Tribunal fédéral[1783].

Le Tribunal pénal fédéral peut aussi connaître des recours contre la décision de l'Office fédéral de la justice qui estime valides les garanties accordées (art. 80p al. 4 EIMP). Si le recours ne porte que sur cette question, l'instance de recours ne pourra remettre en question la décision en matière d'extradition.

[1776] Arrêt du TPF RR.2007.55 du 5.7.2007 consid. 2.3.
[1777] Arrêt du TF 1A.286/2003 consid. 6.2 (entraide) avec renvois aux arrêts non publiés du TF 1A.299/1997 du 18.2.1998 consid. 3a et 1A.292/1997 du 20.1.1998 consid. 6 (entraide).
[1778] Arrêt non publié du TF P 204/76 du 1.12.1976 consid. 2.
[1779] Arrêt non publié du TF P 64/76 du 15.6.1976 consid. 1b.
[1780] ATF 114 Ib 254 consid. 5, p. 255.
[1781] RS 272.
[1782] Arrêts du TPF RR.2014.252 + RP.2014.65 du 20.11.2014 consid. 2, RH.2014.12 du 8.10.2014 et RH.2014.10 du 14.8.2014.
[1783] Arrêt du TPF RR.2016.100 + RR.2016.104 + RP.2016.23 + RP.2016.27 du 28.7.2016

d) Pouvoir d'examen du Tribunal fédéral

da) En cas de recours contre l'arrêt du Tribunal pénal fédéral

La qualité pour recourir est régie par l'article 89 LTF. Peuvent recourir contre l'arrêt du Tribunal pénal fédéral aussi bien l'extradable que l'Office fédéral de la justice. Les dispositions générales de la LTF (art. 29ss) ainsi que celles relatives aux recours (art. 90ss) sont en principe applicables au recours en matière d'entraide pénale internationale. Toutefois, la LTF comporte dans ce domaine un certain nombre de règles spéciales qui l'emportent sur les règles générales. En plus de l'article 84 LTF, il y a ainsi huit autres dispositions de la LTF qui trouvent application. Il s'agit de l'article 42 alinéa 2 LTF (motiver dans l'acte de recours en quoi l'affaire porte sur un cas particulièrement important), de l'article 43 (conditions pour le dépôt d'un mémoire complémentaire), de l'article 46 alinéa 2 (absence de suspension des délais), de l'article 93 alinéa 2 (limitation des possibilités de recours contre les décisions préjudicielles et incidentes), de l'article 100 alinéa 2 lettre b (délai de recours de dix jours), de l'article 103 alinéa 2 lettre c (effet suspensif), de l'article 107 alinéa 3 (délai de quinze jours suivant la fin d'un éventuel échange d'écritures pour rendre une décision de non-entrée en matière), de l'article 109 alinéa 1 (décision d'irrecevabilité prise en procédure simplifiée par trois juges) et de l'article 83 lettre d chiffre 1 (coordination entre procédure d'asile et procédure d'extradition)[1784].

Le pouvoir d'examen du Tribunal fédéral est réglé aux articles 105 à 107 LTF. Ces dispositions ayant déjà été présentées au chiffre 21.1.4 ci-dessus, il y est renvoyé.

Lorsqu'il est saisi d'un recours en matière de droit public dirigé contre une décision du Tribunal pénal fédéral, le Tribunal fédéral examine en premier lieu si l'objet du recours entre dans le champ défini restrictivement à l'article 84 alinéa 1 LTF et si l'affaire est particulièrement importante au sens de l'alinéa 2 de cette disposition. Les conditions posées à l'article 84 LTF sont cumulatives. Cette disposition a pour but de limiter fortement l'accès au Tribunal fédéral dans le domaine de l'entraide internationale en matière pénale en ne permettant de recourir que dans un nombre très limité de cas[1785]. Dans le domaine de l'extradition, l'existence d'un cas particulièrement important ne peut être admise qu'exceptionnellement[1786], car en règle générale, le Tribunal pénal fédéral a déjà eu l'occasion de se saisir de la question juridique qui se pose, de telle sorte que celle-ci ne nécessite aucune clarification de la part du Tribunal fédéral[1787].

Un cas est particulièrement important au sens de l'article 84 alinéa 1 LTF notamment lorsqu'il existe de sérieuses raisons de supposer que la procédure à l'étranger viole les droits fondamentaux ou comporte d'autres vices graves[1788]. Cette formulation est équivoque. En tant qu'il contient une référence implicite à l'article 2 EIMP, spécialement aux lettres a et d de cette disposition, le texte légal pourrait laisser supposer

[1784] WURZBURGER no 4, p. 962.
[1785] Arrêt du TF 1C_793/2013 du 13.11.2013 consid. 1.5.
[1786] Arrêts du TF 1C_379/2012 du 11.9.2012 consid. 1.1 et 1C.497/2011 du 11.11.2011 consid. 1.2; ATF 134 IV 156 consid. 1.3.4, p. 161.
[1787] Arrêts du TF 1C_379/2012 du 11.9.2012 consid. 1.1.
[1788] «L'expression "vices graves" doit être interprétée de manière restrictive (LUDWICZAK, p. 1110 avec renvoi à l'ATF 133 IV 131 consid. 3).

qu'il suffirait que la partie déboutée devant le Tribunal pénal fédéral invoque l'article 2 EIMP pour que le Tribunal fédéral entre en matière. Une telle conclusion serait fausse, parce que l'article 84 alinéa 2 LTF pose à cet égard une exigence supplémentaire soit la démonstration qu'il existe des motifs sérieux et fondés d'admettre que la procédure étrangère est gravement viciée. Dans la pratique toutefois, subsiste le risque que dès que l'article 2 EIMP est en jeu, le Tribunal fédéral soit saisi systématiquement. Il appartiendra à la jurisprudence de poser des bornes à cet égard tant il paraît improbable que des défauts aussi graves puissent échapper au contrôle de l'autorité d'exécution, puis du Tribunal pénal fédéral. A cela s'ajoute que le critère posé à l'article 84 alinéa 2 LTF est exemplatif et non exhaustif comme l'atteste l'usage de l'adverbe «notamment»[1789]. Cela laisse ouverte la possibilité que le Tribunal fédéral entre en matière sur le recours pour d'autres raisons que celles liées aux défauts allégués de la procédure étrangère. En particulier, est réservé le cas où «l'affaire est importante pour elle-même, par exemple à raison de son contexte, de sa gravité, de la qualité des personnes impliquées, des montants en jeu, des répercussions de la décision du Tribunal pénal fédéral pour la mise en oeuvre de la coopération internationale, de la violation des droits constitutionnels [ou] (...) encore d'éventuels écarts du sillon tracé par la jurisprudence. Dans l'application de l'[article 84 alinéa 2 LTF], le Tribunal fédéral dispose ainsi d'une marge d'appréciation si considérable qu'on peut penser qu'il gardera la haute main sur toute la matière»[1790]. Ainsi un cas est particulièrement important lorsqu'il y a des raisons de supposer que la procédure à l'étranger viole les principes fondamentaux ou comporte d'autres vices graves[1791]. On pourrait déduire du texte français qu'il doit s'agir dans les deux hypothèses de problèmes qui se situent à l'étranger. Toutefois, selon Wurzburger, aussi bien la *ratio legis* que les textes allemand et italien «commandent d'inclure comme ouvrant la voie du recours la violation de principes fondamentaux de procédure en Suisse»[1792]. «La procédure à l'étranger viole les principes fondamentaux en particulier lorsqu'on peut supposer avec une vraisemblance suffisante qu'il existe des risques de danger pour la vie ou l'intégrité corporelle de l'extradé, autrement dit si l'on peut penser que les [articles] 10 Cst. et 3 CEDH ne seront pas respectés. Le cas particulièrement important a ainsi été admis dans une affaire d'extradition à la Russie (...) mais pas à l'Ukraine au motif que les conditions posées dans la décision d'extradition correspondaient à ce qui était usuel s'agissant de pays connaissant des difficultés du point de vue du respect des droits de l'homme (...). Parmi le risque d'autres vices graves, le [Tribunal fédéral] a évoqué la condition des détenus dans le pays demandant l'extradition»[1793]. Sont aussi «considérés comme particulièrement importants les cas où se pose une question de principe, en particulier lorsqu'intervient une question nouvelle qui mérite d'être éclaircie ou lorsque l'autorité précédente s'est écartée de la jurisprudence (...). La question de principe peut porter sur la qualité pour recourir au [Tribunal pénal fédéral] (...)[, faisant dire à Wurzburger] que la notion de cas particulièrement important est plus large que celle de la question de

[1789] AEMISEGGER/FORSTER no 29, p. 1118.
[1790] ZIMMERMANN no 546, pp. 546 et 547; arrêt du TF 1C_518/2008 du 22.12.2008 consid. 1.4. Il doit s'agir toutefois de violations graves ou manifestes (ATF 133 IV 215 consid. 1.2, p. 218). Inversement, la seule remise en cause de la jurisprudence ne rend pas *ipso facto* la cause importante au sens de l'art. 84 LTF; arrêt du TF 1C_537/2008 du 22.12.2008 (entraide) consid. 2.1.
[1791] «L'expression "vices graves" doit être interprétée de manière restrictive (LUDWICZAK, p. 1110 avec renvoi à l'ATF 133 IV 131 consid. 3).
[1792] WURZBURGER no 14, p. 966 citant notamment l'ATF 136 IV 20 consid. 1, p. 22 et l'arrêt du TF 1C_518/2008 du 22.9.2008 consid. 1.4. LUDWICZAK parle de pouvoir discrétionnaire du TF, p. 1113.
[1793] WURZBURGER no 15, pp. 966 et 967 citant l'ATF 134 IV 156 consid. 1.3 et l'arrêt du TF 1C_301/2007 du 2.10.2007 consid 2.

principe» [1794] . Peuvent également justifier l'admission d'un cas particulièrement important «les affaires politiquement sensibles ou ayant une grande portée humanitaire» [1795] . Récemment le Tribunal fédéral a admis l'existence d'un cas particulièrement important au motif que l'affaire (arrestation des fonctionnaires de la FIFA) pouvait avoir des effets sur les relations entre la Suisse d'un côté et les Etats-Unis et le Nicaragua de l'autre[1796]. Un retentissement médiatique ou une personnalité connue ne suffit toutefois pas[1797]. «L'importance de l'affaire pour la personne concernée n'est pas déterminante (...). Très souvent, le [Tribunal fédéral] n'entre pas en matière lorsque la décision attaquée se fonde sur une jurisprudence dont il n'y a pas lieu de s'écarter et que l'affaire n'a pas de portée particulière et ne présente pas d'indices de vices graves»[1798]. Le Tribunal fédéral a également retenu qu'un changement de pratique, qui pourrait concerner d'autres affaires, constitue un cas particulièrement important. Il s'agissait dans le cas d'espèce d'un recours contre un arrêt du Tribunal pénal fédéral qui ordonnait à l'Office fédéral de la justice de demander à l'Italie la fourniture d'une garantie sur les conditions de détention[1799]. Selon Ludwiczak, «[à] lui seul, un élément tel la médiatisation, la notoriété, les montants en jeu ou encore l'impact politique de l'affaire ne suffit pas aux yeux du Tribunal fédéral pour qualifier le cas de "particulièrement important". Toutefois, lorsque plusieurs de ces éléments sont réunis et présentent une certaine intensité, une entrée en matière est envisageable, à discrétion du Tribunal fédéral (...). Outre les cas dans lesquels se pose une question juridique que le Tribunal fédéral considère comme suffisamment importante, c'est l'existence d'indices factuels qui le poussent à entrer en matière sur les recours en entraide pénale»[1800].

Selon le principe de l'allégation, il appartient au recourant de démontrer qu'il se trouve dans un cas d'application de l'article 84 LTF à défaut de quoi le Tribunal fédéral n'entrera pas en matière. Ce n'est en effet pas son rôle de rechercher d'office les motifs qui pourraient parler pour l'admission d'un cas particulièrement important. A défaut de motivation suffisante, il peut ne pas être entré en matière sur le recours[1801]. Le plein pouvoir d'examen du Tribunal fédéral ne dispense en effet pas les parties de leur obligation de développer une argumentation topique, précise et détaillée expliquant en quoi la décision attaquée violerait le droit fédéral[1802]. Lorsque le Tribunal fédéral estime que le recourant n'a pas démontré en quoi il s'agit d'un cas particulièrement important, il s'exprime néanmoins de manière sommaire sur la question de l'importance particulière du cas[1803].

[1794] WURZBURGER no 13, pp. 965 et 966; ATF 136 IV 20 consid. 1.2, p. 22.
[1795] WURZBURGER no 16, p. 967.
[1796] Arrêt du TF 1C_143/2016 du 2.5.2016 c. 1.3: «Nebst dem Beschwerdeführer wurden in der Schweiz weitere FIFA-Funktionäre verhaftet. Die Angelegenheit hat die FIFA, den grössten Weltsportverband, stark erschüttert. Die Medien bringen der Sache weltweit Interesse entgegen. Auch die USA messen ihr, wie das persönliche Engagement der dortigen Justizministerin zeigt, erhebliches Gewicht zu. Die Angelegenheit kann sich deshalb auf die Beziehungen der Schweiz zu den USA auswirken; ebenso zu Nicaragua».
[1797] WURZBURGER no 16, p. 967.
[1798] WURZBURGER no 16, p. 967.
[1799] Arrêt du TF 1C_176/2014 du 12.5.2014 consid. 1.3.
[1800] LUDWICZAK, pp. 1112 et 1113
[1801] Arrêts du TF 1C_313/2007 du 4.10.2007 consid. 1.3 et 1C_144/2007 du 8.6.2007 consid. 1.3.
[1802] Arrêt non publié du TF P 204/76 du 1.12.1976 consid. 2.
[1803] Arrêt TF 1C_568/2012 du 7.11.2012 consid. 1.

En cas d'entrée en matière sur son recours, les articles 105 à 107 LTF s'appliquent. En outre, ce qui a été ci-dessus au chiffre 21.2.4 lettre c pour le Tribunal pénal fédéral vaut aussi *mutatis mutandis* pour le Tribunal fédéral.

db) En cas de procédures d'asile et d'extradition pendantes simultanément

Au cas où l'extradable a déposé une demande d'asile, le Tribunal fédéral doit prendre en considération le dossier relatif à la procédure d'asile[1804].

Lorsque le Tribunal fédéral est saisi d'un recours dans l'une des procédures et que l'autre procédure est encore pendante devant une instance inférieure, il suspend l'instruction du recours dans l'attente d'être saisi dans la seconde affaire. Bien que les mêmes questions se posent dans les deux procédures, le Tribunal fédéral statuera en fait par deux décisions séparées. En outre, il n'appliquera pas les mêmes règles pour l'entrée en matière sur les recours. Ainsi, pour le recours en matière d'extradition, le recourant devra démontrer qu'il s'agit d'un cas particulièrement important selon l'article 84 alinéa 2 LTF alors que pour le recours en matière d'asile il sera dispensé de faire une telle démonstration[1805].

21.3 Pouvoir d'examen de la Cour européenne des droits de l'homme

La Cour européenne des droits de l'homme connaît des requêtes en matière d'asile et d'extradition. Son pouvoir d'examen ne diffère pas fondamentalement selon que le refoulement consiste en une extradition ou en une mesure d'expulsion en matière d'asile. La CEDH ne contient aucune garantie spéciale en matière de droit d'asile respectivement de droit d'extradition[1806]. Il n'appartient pas à la Cour d'examiner les demandes d'asile ou de contrôler la façon dont les Etats contractants remplissent leurs obligations découlant de la Convention de 1951[1807]. Ni la CEDH, ni ses Protocoles ne contiennent d'ailleurs un droit à un asile politique[1808]. Toutefois, bien que le but de protection contre le refoulement offert par la Convention de 1951 ne soit pas identique à celui offert par la CEDH, ces deux conventions se superposent largement. Les éléments que la Cour examine selon l'article 3 CEDH sont de manière générale également pertinents pour la détermination du risque de persécution au sens de la Convention de 1951. Par ailleurs, la Cour utilise le terme de persécution comme un indicateur du risque de mauvais traitement au sens de l'article 3 CEDH[1809]. La protection contre le refoulement offerte par la Cour est néanmoins plus large que celle offerte par la Convention de 1951 s'agissant des grands criminels ou de personnes constituant une

[1804] Message du CF FF 2010 1352.
[1805] Arrêts du TF 1C_218/2014 du 25.6.2015 (asile) et 1C_245/2015 du 25.6.2015 (extradition).
[1806] LORZ/SAUER, p. 391.
[1807] DE WECK, p. 310. Cf. aussi arrêts de la CourEDH *Müslim c. Turquie* du 26.4.2005, no 53566/99, par. 72, *Husseini c. Suède* du13.10.2011, no 10611/09, par. 82, et *Samina c. Suède* du 20.10.2011, no 55463/09, par. 48.
[1808] De Weck, p. 310. Cf. aussi arrêts de la CourEDH *Hirsi Jamaa et autres c. Italie* [GC], no 27765/09, par. 113; *Yefimova c. Russie* du 19.2.2013, no 39786/09, par. 209.
[1809] DE WECK, pp. 310 et 311. Pour des ex.: arrêts de la CourEDH *M.E. c. France* du 6.6.2013, no 50094/10, par. 51, et *I.K. c. Autriche* du 28.3.2013, no 2964/12, par. 72.

menace pour la sécurité nationale[1810]. En matière d'extradition, la Cour n'est pas compétente pour examiner si le droit extraditionnel a été correctement appliqué, mais uniquement si la CEDH a été ou sera violée. Ainsi, la Cour examinera si les garanties données par l'Etat requérant sont suffisantes pour écarter tout risque de torture ou de mauvais traitements[1811].

La CEDH (art. 34ss), le Règlement de la Cour européenne des droits de l'homme du 1er septembre 2012 (not. art. 49ss) et son Annexe[1812] délimitent le pouvoir d'examen de la Cour, les mesures d'instruction qu'elle peut prendre ainsi que les obligations des parties.

En vertu de l'article 38 CEDH, la Cour examine l'affaire qui lui est soumise de façon contradictoire avec les représentants des parties et, s'il y a lieu, procède à une enquête avec l'aide des Etats parties. C'est à la Cour qu'il incombe d'administrer les preuves, d'instruire d'office toutes les circonstances pertinentes et de procéder à sa propre analyse de risque[1813].

Au vu de l'importance de l'article 3 CEDH, lorsque l'individu prétend que son refoulement l'exposerait à un traitement contraire à cette disposition, la Cour doit impérativement soumettre ce grief à un contrôle attentif[1814]. Elle doit examiner s'il existe des motifs sérieux et avérés de croire que l'intéressé en cas de refoulement vers le pays de destination y courra un risque réel d'être soumis à un traitement incompatible avec l'article 3 CEDH[1815]. Pour évaluer ce risque, la Cour apprécie la situation dans le pays de destination à l'aune des exigences de l'article 3 CEDH et examine tous les éléments qu'elle a devant elle ou, si nécessaire, les éléments qu'elle se procure *proprio motu* à partir de diverses sources, qu'elles soient internationales ou nationales, gouvernementales ou non gouvernementales.

Elle procède *proprio motu* en particulier lorsque le requérant — ou une partie intervenante au sens de l'article 36 CEDH — fournit des éléments motivés propres à jeter un doute sur l'exactitude des informations sur lesquelles se base ou s'est basé l'Etat défendeur. Compte tenu de la nature absolue de la protection garantie par l'article 3 CEDH, les éléments que se procure d'office la Cour doivent la convaincre que l'appréciation effectuée par les autorités de l'Etat contractant concerné est adéquate et suffisamment étayée par les données internes et par celles provenant d'autres sources fiables et objectives comme par exemple d'autres Etats contractants ou non contractants, des agences des Nations Unies et des organisations non gouvernementales réputées pour leur sérieux. La Cour ne se contente pas des éléments fournis par l'Etat contractant concerné, mais procède à un recoupement d'informations avec d'autres sources fiables et objectives. Elle se livre à un examen complet et *ex nunc* de la situation qui règne dans le pays de destination tout en prenant en compte l'évolution de la situation. Pour apprécier le risque encouru par la personne de subir de mauvais traitements, elle examine les circonstances existantes au moment de l'expulsion telles qu'elles étaient connues ou qui auraient dû être connues de l'Etat. Lorsque le requérant n'a pas encore

[1810] DE WECK, p. 310
[1811] LORZ/SAUER, p. 407.
[1812] http://www.echr.coe.int/Documents/Rules_Court_FRA.pdf (lien vérifié le 24.9.2014).
[1813] LORZ/SAUER, p. 406.
[1814] DE WECK, p. 203; arrêt de la CourEDH *Jabari c. Turquie* du 11.7.2000, no 40035/98, par. 39.
[1815] Arrêt de la CourEDH *Salah Sheekh c. Pays-Bas* du 11.1.2007, no 1948/04, par. 135; DE WECK, p. 203.

été expulsé, le moment pertinent est celui de l'examen de l'affaire par la Cour. Ce sont les conditions actuelles qui sont déterminantes. La Cour prendra donc également en considération des éléments nouveaux qui sont apparus après la décision définitive rendue par l'Etat concerné[1816].

Pour apprécier la situation générale dans l'Etat de destination, la Cour se base sur les informations fournies par l'Etat défendeur ainsi que sur d'autres sources, notamment sur les rapports d'organisations internationales (rapports du CAT ou du HCDH), d'autorités étatiques (*Home Office* ou Département d'Etat américain), d'organisations non gouvernementales (AI, HRW, «Helsinki federation for human Rights» ou «Medical Foundation for the Care of Victims of Torture») ou sur ses propres rapports. Elle peut aussi se fonder sur les lignes directrices et d'autres documents du Haut Commissariat des Nations Unies pour les réfugiés, sur des résolutions, rapports et documents d'autres organes du Conseil de l'Europe (Assemblée parlementaire ou Comité européen contre la torture) sur des documents élaborés par la *British Broadcasting Corporation* (BBC) ou encore par d'autres institutions respectables. Les programmes de retour du Haut Commissariat des Nations Unies pour les réfugiés ou d'autres organisations ainsi que les retours volontaires constituent pour la Cour des indicateurs solides d'une amélioration de la situation des droits de l'homme dans l'Etat de destination. En présence de tels indicateurs, les recourants doivent fournir des raisons convaincantes lorsqu'ils allèguent être exposés à un risque[1817]. Enfin, la Cour tient compte du fait que d'autres pays du Conseil de l'Europe s'abstiennent d'extrader ou de renvoyer une personne vers l'Etat de destination[1818].

Aux yeux de la Cour, les Etats ne peuvent se baser uniquement sur leurs propres informations, mais doivent aussi tenir compte d'autres sources fiables et objectives[1819]. Cela n'empêche pas la Cour de respecter le savoir des Etats parties traitant des demandes d'asile relatives à certains pays[1820]. Elle ne se considère toutefois pas liée par leur analyse et se montre prudente lorsqu'il s'agit d'apprécier les faits. En principe, elle ne se départira pas de l'appréciation des autorités nationales, sauf si celle-ci n'a pas été effectuée de manière adéquate et qu'elle se base de manière insuffisante sur des documents nationaux ainsi que sur des documents provenant d'autres sources[1821]. Les

---

[1816] Arrêt de la CourEDH *Salah Sheekh c. Pays-Bas* du 11.1.2007, no 1948/04, par. 135.

[1817] DE WECK, p. 275 avec renvois not. aux arrêts de la CourEDH *F.H. c. Suède* du 20.1.2009, no 32621/06, par. 91; *Cruz Varas et autres c. Suède* du 20.3.1991, no 15576/89, par. 80

[1818] DE WECK, p. 272; arrêts de la CourEDH *Ben Khemais c. Italie* du 24.2.2009, no 246/07, par. 59, et *Salah Sheekh c. Pays-Bas* du 11.1.2007, no 1948/04, par. 143. Selon DE WECK, la CourEDH accorderait une plus grande importance aux rapports qui font directement référence aux motifs du risque allégué (DE WECK, p. 273 et arrêts de la CourEDH *Sidikovy c. Russie* du 20.6.2013, no 73455/11, par. 138, et *K. c. Russie* du 23.5.2013, no 69235/11, par. 60). Ainsi, lorsque la CourEDH reconnaît l'existence d'un groupe systématiquement exposé à de mauvais traitements, les rapports sur la situation de ces groupes revêtent pour elle une signification particulière (DE WECK, p. 274 avec renvois not. aux arrêts de la CourEDH *M.S.S c. Belgique et Grèce* du 21.1.2011 [GC], no 30696/09, par. 347 à 352 et 366, *Saadi c. Italie* du 28.2.2008 [GC], no 37201/06, par. 143 et *Salah Sheekh c. Pays-Bas* du 11.1.2007, no 1948/04, par. 138 à 149).

[1819] DE WECK, p. 272; pour un ex.: arrêt de la CourEDH *Salah Sheekh c. Pays-Bas* du 11.1.2007, no 1948/04, par. 136. En déterminant le poids à donner aux éléments fournis par un Etat, la CourEDH prend en compte leurs sources, leur indépendance, leur fiabilité, leur objectivité et leur corroboration avec d'autres sources ainsi que l'autorité et la réputation dont bénéficient leurs auteurs et le sérieux des investigations entreprises. Elle prend également en compte la présence et la capacité de l'auteur d'une source à rapporter sur la situation dans le pays de destination. La désignation vague des sources peut conduire la Cour à ne pas les prendre en compte. Elle donne un poids particulier aux sources provenant de gouvernements et de l'ONU (DE WECK, p. 273 et arrêts de la CourEDH *K. c. Russie* du 23.5.2013, no 69235/11, par. 60, et *Sufi et Elmi c. Royaume-Uni* du 28.6.2011, no 8319/07 et 11449/07, par. 231 à 234).

[1820] DE WECK, p. 204; arrêts de la CourEDH *Cruz Varas et al. c. Suède* du 20.3.1991, no 15576/89, par. 81, et *Vilvarajah et al. c. Royaume-Uni* du 30.10.1991, nos 13163/87; 13164/87; 13165/87; 13447/87; 13448/87, par. 114.

[1821] Arrêt de la CourEDH *Abdulkhakov c. Russie* du 2.10.2012, no 14743/11, par. 137: «It must be cautious in taking the role of a first-instance tribunal of fact. It has held in various contexts that where domestic proceedings have taken place, it is not its task to substitute its own assessment of the facts for that of the domestic courts and, as a general rule, it is for

rapports doivent être aussi récents que possible[1822]. D'après de Weck, il n'est pas possible de savoir de manière générale à quel type d'information la Cour donne le plus de poids. Il semblerait tout de même qu'elle accorderait une importance particulière aux rapports libellés dans les termes de l'article 3 CEDH[1823]. Lorsque la procédure devant l'autorité nationale apparaît incomplète ou inadéquate, la Cour se basera moins sur les déterminations du gouvernement mais agira de manière plus active et procédera à son propre examen du risque[1824]. Si les allégations concernent l'article 3 CEDH, la Cour doit se livrer à un examen approfondi même si l'Etat défendeur a déjà procédé à des investigations. Selon, de Weck, ce n'est toutefois qu'exceptionnellement que la Cour procède à ses propres investigations[1825].

La situation générale des droits de l'homme en elle-même ou la simple possibilité de subir un mauvais traitement dû à une situation instable dans l'Etat de destination n'entraînent pas une violation de l'article 3 CEDH en cas de renvoi. En d'autres termes, la référence à un problème général concernant le respect des droits de l'homme dans un pays donné ne peut seul servir de base au refus par exemple de l'extradition. Ainsi, en principe, si les sources à disposition de la Cour décrivent uniquement la situation générale dans le pays de destination, les allégations de l'individu doivent être corroborées par d'autres preuves qui portent sur ses circonstances individuelles et qui confirment ses craintes de mauvais traitement. Ce principe connaît toutefois une exception: une situation générale de violence dans l'Etat de destination peut atteindre un niveau d'intensité tel qu'il entraîne une violation de l'article 3 CEDH. La Cour n'adopte cette approche que dans des cas de violence extrême[1826]. A défaut d'une telle situation, un requérant peut être exempté d'alléguer des facteurs de risque spécifiques qui le touchent, s'il peut démontrer qu'il appartient à un groupe systématiquement menacé de mauvais traitements dans l'Etat de destination[1827]. La Cour se montrerait toutefois stricte dans l'admission de l'existence de tels groupes[1828]. En règle générale, le fait que des individus avec le même *background* sont considérés par des autorités

---

those courts to assess the evidence before them. Although the Court is not bound by the findings of domestic courts, in normal circumstances it requires cogent elements to lead it to depart from the findings of fact reached by those courts. At the same time, in accordance with Art. 19 of the Convention, the Court's duty is to ensure the observance of the commitments undertaken by the Contracting Parties to the Convention. With reference to extradition or deportation, the Court reiterates that in cases where an applicant provides reasoned grounds which cast doubts on the accuracy of the information relied on by the respondent Government, the Court must be satisfied that the assessment made by the authorities of the Contracting State is adequate and sufficiently supported by domestic materials, as well as by materials originated from other reliable sources»; DE WECK, p. 204.

[1822] Arrêt de la CourEDH *Salah Sheekh c. Pays-Bas* du 11.1.2007, no 1948/04, par. 136; DE WECK, p. 275.

[1823] Les éléments suivants seraient également prise en compte par la CourEDH: la culture de l'impunité pour les auteurs d'actes de torture ou la possibilité donnée par l'Etat de destination aux organisations internationales comme le CICR, le HCR ou les rapporteurs spéciaux des Nations Unies d'effectuer un monitoring sur les conditions de détention (DE WECK, p. 274. Cf. aussi les arrêts de la CourEDH *Labsi c. Slovaquie* du 15.5.2012, no 33809, par. 129, et *Saadi c. Italie* du 28.2.2008 [GC], no 37201/06, par. 146).

[1824] DE WECK, p. 205; pour un ex. récent : arrêt de la CourEDH *Gaforov c. Russie* du 21.10.2010, no 25404/09, par. 118-139.

[1825] DE WECK, pp. 205 et 206.

[1826] DE WECK, p. 258 et *NA c. Royaume-Uni* du 17.7.2008, no 25904/07, par. 114.

[1827] DE WECK, p. 263 et not. *NA c. Royaume-Uni* du 17.7.2008 no 25904/07 par. 116: «Exceptionally, however, in cases where an applicant alleges that he or she is a member of a group systematically exposed to a practice of ill-treatment, the Court has considered that the protection of Article 3 of the Convention enters into play when the applicant establishes that there are serious reasons to believe in the existence of the practice in question and his or her membership of the group concerned. In those circumstances, the Court will not then insist that the applicant show the existence of further special distinguishing features if to do so would render illusory the protection offered by Article 3. (...). In determining whether it should or should not insist on further special distinguishing features, it follows that the Court may take account of the general situation of violence in a country. It considers that it is appropriate for it to do so if that general situation makes it more likely that the authorities (or any persons or group of persons where the danger emanates from them) will systematically ill-treat the group in question».

[1828] DE WECK, p. 264.

compétentes en matière d'asile comme persécutés au sens de la Convention de 1951 constitue pour la Cour un indicateur fort de l'existence d'un risque réel d'être sujet à un traitement violant l'article 3 CEDH. Quoi qu'il en soit, toute forme de persécution au sens de la Convention de 1951 n'équivaut pas nécessairement à un traitement contraire à l'article 3 CEDH en cas de renvoi. Autrement dit, la protection offerte par l'article 3 CEDH n'est pas toujours plus large que celle offerte par la Convention de 1951[1829].

Lorsqu'elle examine la requête d'un individu, il arrive que la Cour prenne en compte la ratification par l'Etat de destination d'instruments de protection des droits de l'homme tels que la CEDH, la Convention de 1984 ou le Pacte ONU II ainsi que le fait que l'Etat de destination ait accepté leur mécanisme de monitoring[1830]. Certes, ces ratifications constituent un indicateur d'un certain standard en matière de droits humains dans l'Etat concerné, mais ce qui compte au final c'est leur mise en pratique[1831].

S'agissant des circonstances personnelles du requérant (activités politiques, détention mauvais traitements ou persécution), la Cour se montre plus réticente à rechercher des preuves supplémentaires. Elle considère, en effet, qu'il ne lui appartient pas normalement de substituer sa propre appréciation des faits à celle des juridictions internes, mieux placées pour évaluer les preuves produites devant elles et la crédibilité de l'individu, pour autant qu'elles aient eu l'opportunité de le voir, de l'entendre et de déterminer son comportement[1832]. La Cour sera moins encline à se distancer de l'appréciation de la crédibilité d'un requérant effectuée par l'Etat lorsqu'elle peut constater que l'individu a été suffisamment entendu et que les preuves soumises ont été proprement examinées. Généralement, elle reconnaît que les autorités nationales sont mieux placées qu'elle pour établir les faits et plus précisément pour juger de la crédibilité de l'individu[1833]. Il est d'ailleurs particulièrement difficile pour la Cour d'apprécier la crédibilité de la personne, ce d'autant plus que l'examen auquel elle procède se base sur les écritures des parties. Pour y remédier, la Cour a élaboré des *patterns* de comportements ou des circonstances qui lui permettent de comprendre ou de réfuter les doutes émis par les autorités nationales quant à la crédibilité de la personne[1834]. Ainsi, le simple fait que le requérant ne soit pas en mesure de fournir des

---

[1829] DE WECK, p. 312; arrêt de la CourEDH *T.I. c. Royaume-Uni* du 7.3.2000, no 43844/98.

[1830] DE WECK, p. 275. Cf. p. ex. arrêts de la CourEDH *Mamatkulov et Askarov c. Turquie* du 4.2.2005 [GC], nos 46827/99 et 46951/99, par. 76 et 77 et *Al Hanchi c. Bosnie-Herzégovine* du 15.11.2011, no 48205/09, par. 44. Selon Wouters, de telles ratifications sont d'une importance limitée dans l'examen auquel procède la CourEDH (p. 305).

[1831] DE WECK, p. 275. Le fait qu'un individu soit renvoyé dans un Etat partie à la CEDH constitue un élément pertinent dans la détermination du risque par la CourEDH. Le fardeau de la preuve, qui repose sur le requérant, est particulièrement élevé dans un tel cas. La CourEDH a ainsi rejeté plusieurs requêtes après avoir notamment pris en compte le fait que l'Etat de destination était partie à la CEDH (DE WECK, p. 277 et not. décision de la CourEDH *Barnic c. Autriche* du 13.12.2011, no 54845/10 [décision]). Il existe néanmoins des affaires où la CourEDH a estimé que le renvoi dans l'Etat partie à la CEDH violait l'art. 3 CEDH. Il s'ensuit qu'une requête a des chances d'être admise si les mauvais traitements subis par des personnes placées dans la même situation que le requérant sont largement connus et font l'objet de rapports provenant de diverses sources fiables et lorsque l'accès à la justice, y compris à la CourEDH elle-même, n'est pas garanti dans l'Etat concerné (DE WECK, p. 278. Cf. p. ex. arrêt de la CourEDH *Tarakhel c. Suisse* [GC] du 4.11.2014, no 29217/12).

[1832] DE WECK, p. 204 ; pour un ex. récent: arrêt de la CourEDH *Mo.M. c. France* du 18.4.2013, no 18372/10, par. 35.

[1833] DE WECK, p. 301; arrêts de la CourEDH *A.A. et al. c. Suède* du 28.6.2012, no 14499/09, par. 77-96, *MO.M. c. France* du 18.4.2013, no 18372/10, par. 41, *K.K. c. France* du 10.10.2013, no 18913/11, par. 52 et 53, *R.C. c. Suède* du 9.3.2010, no 41827/07, par. 52, et *H. et B. c. Royaume-Uni* du 9.4.2013, nos 70073/10 et 44539/11, par 103.

[1834] DE WECK, p. 298. Ces *patterns* peuvent être de nature objective (preuves, situation des droits de l'homme) mais ils peuvent aussi se rapporter au comportement de l'individu dans le cadre de la procédure nationale. Peuvent ainsi sérieusement mettre en doute la crédibilité de l'individu les allégations importantes présentées uniquement devant la dernière instance nationale ou devant la CourEDH, le fait de changer continuellement d'histoire ou de récit sur l'origine des menaces dans l'Etat de destination, des indications toutes générales sur son passé ou des évènements ou des activités liées au risque de mauvais traitements, la présentation de fausses preuves ou de preuves falsifiées ou encore l'absence de preuves, la non-participation ou le refus de participer à l'établissement des faits (fact-finding) ou encore le fait que la

informations précises sur certains points ne signifie pas que sa prétention principale, à savoir qu'il risque un mauvais traitement, soit infondée[1835]. Sous réserve de la mauvaise situation des droits de l'homme dans l'Etat de destination, lorsque le particulier invoque un risque de violation de l'article 3 CEDH pour des motifs politiques, il doit présenter un haut profil politique pour bénéficier de la protection de cette disposition[1836]. En jugeant de la pertinence des activités ou du *background* politique du requérant, la Cour prend en compte la situation de personnes au profil similaire[1837]. La Cour prend aussi en compte des faits ou des évènements survenus après la fuite et qui peuvent mettre en danger le requérant (activités politiques, dépôt d'une demande d'asile ou publicité entourant son cas, comme c'est le cas lorsqu'un recours a été déposé devant une instance internationale)[1838] ainsi que le risque d'arrestation ou de détention dans l'Etat de destination. La Cour attachera ainsi plus de poids à des mandats d'arrêt ou à des convocations judiciaires. Le fait d'avoir subi de mauvais traitements dans le passé peut constituer un indicateur d'un risque futur, même si cela constitue rarement un motif déterminant (substantial ground) de croire qu'un risque réel de mauvais traitement existe en cas de renvoi[1839]. Dans ce contexte, le temps écoulé depuis les activités politiques ou autres imputées au requérant, les changements du point de vue de la situation des droits de l'homme dans le pays de renvoi et l'intérêt dont fait l'objet la personne de la part des autorités de l'Etat de destination ou de la part de ses bourreaux jouent aussi un rôle dans l'appréciation du risque encouru[1840]. La Cour adopterait donc une attitude différente selon qu'elle examine la situation dans l'Etat de refoulement ou celle particulière du requérant.

Lorsque les autorités nationales n'ont pas examiné de manière approfondie le risque encouru au sens de la Convention de 1951 ou de la CEDH, mais que le Haut Commissariat des Nations Unies pour les réfugiés a procédé à un examen du risque et reconnu l'individu comme réfugié, la Cour se base automatiquement sur les conclusions du Haut Commissariat, en attachant à cette reconnaissance le poids approprié[1841], sans

---

personne n'a pas déposé tout de suite sa demande d'asile (DE WECK, pp. 299 et 300; arrêts de la CourEDH *Ameh et autres c. Royaume-Uni* du 30.8.2011, no 4539/11 (décision), *Yakubov c. Russie* du 8.11.2011, no 7265/10, par. 74, *Rustamov c. Russie* du 3.7.2012, no 11209/10, par. 115 et 116, et *Zokhidov c. Russie* du 5.2.2013, no 67286/10, par. 130). Un comportement irrationnel ne conduit pas automatiquement au rejet de la requête. Ainsi, compte tenu de la situation particulière des demandeurs d'asile, il est souvent nécessaire de leur accorder le bénéfice du doute. De même, le fait de donner une fausse identité ne porte pas automatiquement atteinte à sa crédibilité au vu du risque encouru. Toutefois, lorsque sur la base d'informations à disposition il existe de bonnes raisons de remettre en question la véracité des arguments avancés, le particulier doit fournir une explication satisfaisante quant aux inexactitudes de ses allégations (DE WECK, p. 300).

[1835] DE WECK, pp. 300 et 301; arrêt de la CourEDH *Azimov c. Russie* du 18.4.2013, no 67474/11, par. 121.

[1836] DE WECK, p. 301.

[1837] DE WECK, p. 302; arrêt de la CourEDH *Iskandarov c. Russie* du 23.9. 2010, no 17185/05, par. 131

[1838] DE WECK, pp. 306 et 307.

[1839] DE WECK, p. 310.

[1840] DE WECK, pp. 307, 308 et 309; arrêts de la CourEDH *MO.M. c. France* du 18.4.2013, no 18372/10, par. 41, *S.R. c. France* du 19.6.2012, no 17859/09 (décision), *Bajsultanov c. Autriche* du 12.6.2012, no 54131/10, par. 65-72, *Al-Husni c. Bosnie et Herzégovine* du 7.2.2012, no 3727/08, par. 53, *XA. c. France* du 25.5.2010, no 36457/08 (décision), *N.A. c. Royaume-Uni* du 17.7.2008, no 25904/07, par. 145, *Karim c. Suède* du 4.7.2006, no 24171/05 (décision), *Bader et Kanbor c. Suède* du 8.11.2005, no 13284/04, par. 44, *Said c. Pays-Bas* du 5.7.2005, no 2345/02, par. 49, *Venkadajalasarma c. Pays-Bas* du 17.2.2004, no 58510/00, par. 64 et 66-69, *Cruz Varas et autres c. Suède* du 20.3.1991, no 15576/89, par 77 et 80 et *Vilvarajah et autres c. Royaume-Uni* du 30.10.1991, nos 13163/87ss, par. 104 et 109-110.

[1841] DE WECK, p. 311, citant les arrêts de la CourEDH *Abdolkhani et Karimnia c. Turquie* du 22.9.2009, no 30471/08, par. 82, 83 et 91, *Z.N.S. c. Turquie* du 19.1.2010, no 21896/08, par. 47-50, *Khaydarov c. Russie* du 20.5.2010, no 21055/09, par. 108-115, *M.B. et autres c. Turquie* du 15.6.2010, no 36009/08, par. 32-35, et *Dbouba c. Turquie* du 3.7.2010, no 15916/09, par. 41-43. Pour des ex. où la CourEDH a conclu à une violation de l'art. 3 CEDH soulignant entre autres que les requérants avaient été reconnus comme réfugiés par le HCR: *Jabari c. Turquie* du 11.7.2000, no 40035/98, par. 41, *Ismoilov c. Russie* du 24.4.2008, no 2947/06, par. 125, *Charahili c. Turquie* du 13.4.2010, no 46605/07, par. 21 et 59, *Karimov c. Russie* du 29.7.2010, no 54219/08, par. 100, *Gaforov c. Russie* du 21.10.2010, no 25404/09, par. 137, et *Rustamov c. Russie* du 3.7.2012, no 11209/10, par. 51 et 129.

toutefois que cela ne la décharge de son obligation de procéder à son propre examen selon l'article 3 CEDH[1842]. De Weck a néanmoins constaté que la Cour procède rarement à cet examen supplémentaire. En effet, la reconnaissance comme réfugié par le Haut Commissariat ou au contraire l'exclusion de la protection offerte par la Convention de 1951 pour des motifs de sécurité constituent des éléments qui augmentent les chances d'obtenir gain de cause devant la Cour[1843].

Selon de Weck, c'est au cas par cas que la Cour détermine le risque encouru par un individu. C'est souvent la combinaison d'éléments pris dans leur ensemble qui constitue un risque suffisant pour entraîner l'application de l'article 3 CEDH. Selon de Weck, il est impossible d'énumérer tous les éléments de risque pris en compte. Des éléments pertinents dans certains cas ne le sont pas dans d'autres. Dans la pratique, c'est souvent l'impression générale qui est déterminante, ce qui n'a pas empêché de Weck de constater qu'un certain nombre de critères apparaissent souvent dans les décisions de la Cour, comme les activités politiques ou religieuses antérieures, le risque de détention et les mauvais traitements subis. Le fait que des personnes avec un *background* similaire à celui du requérant se soient vu reconnaître la qualité de réfugié est considéré comme un fort indice de l'existence d'un risque[1844].

21.4 Pouvoir d'examen du Comité des Nations Unies contre la torture

Le pouvoir d'examen du Comité des Nations Unies contre la torture ne diffère pas selon que le refoulement consiste en une extradition ou en une mesure d'expulsion en matière d'asile vu que sa compétence se limite au respect de la Convention de 1984. Sa compétence ne s'étend donc pas à la question de savoir si l'individu a droit ou non à l'asile selon le droit national du pays ou s'il peut invoquer la protection de la Convention de 1951. Néanmoins le fait qu'il a été à un moment donné reconnu comme réfugié au sens de la Convention de 1951 n'est pas sans pertinence pour le Comité[1845]. Le Comité n'a pas non plus pour fonction de vérifier si le droit extraditionnel a été ou non respecté. Il devra toutefois examiner si les garanties fournies en matière d'extradition par l'Etat requérant sont suffisantes pour écarter tout risque de torture.

Le Comité examine les communications qui lui sont soumises à la lumière de l'article 22 paragraphe 4 de la Convention de 1984 en tenant compte de toutes les informations qui lui sont soumises par ou pour le compte du particulier et par l'Etat défendeur. Bien que cette disposition laisse entendre que le Comité ne devrait en principe pas rechercher activement des preuves ou procéder à son propre établissement des faits, le Comité se réfère souvent aux informations obtenues dans le cadre de ses propres procédures lorsqu'il examine la situation des droits de l'homme dans l'Etat de destination[1846]. De plus, conformément à l'article 118 paragraphe 2 de son Règlement, le Comité peut à tout moment au cours de l'examen de la communication obtenir auprès d'organismes des Nations Unies, d'institutions spécialisées ou d'autres sources tout document pouvant l'aider dans l'examen de la communication. Il est toutefois rare, selon de Weck,

[1842] Cf. Arrêt de la CourEDH *Y. c. Russie* du 4.12.2008, no 20113/07 par. 90.
[1843] DE WECK, p. 312.
[1844] DE WECK, p. 298.
[1845] DE WECK, p. 328 ; décisiond du CAT *Pelit c. Azerbaïdjan* du 1.5.2007, no 281/2005, par 11.
[1846] DE WECK, p. 212.

qu'il recherche de sa propre initiative des moyens de preuve relatifs à la situation personnelle de l'individu[1847]. Les rapports sur les pratiques de la torture dans un Etat revêtent une importance particulière pour le Comité. De Weck constate néanmoins que le Comité n'a pas pour habitude de se livrer à des analyses détaillées sur la situation dans les pays[1848].

Pour établir l'existence d'une violation de l'article 3 de la Convention de 1984, le Comité prendra également en compte d'éventuelles irrégularités dans la procédure nationale lors de la détermination du risque encouru[1849]. Il accorde ainsi un poids important aux constatations de faits effectuées par les organes de l'Etat partie sans toutefois y être lié. L'article 22 paragraphe 4 de Convention de 1984 lui permet en effet d'apprécier librement les faits en se fondant sur l'ensemble des circonstances de chaque affaire. Le Comité se plaît néanmoins à rappeler qu'il ne se considère pas comme un organe judiciaire ou de recours[1850] et se montrerait même réticent à imposer sa propre appréciation lorsque la détermination des faits effectuée par l'Etat concerné apparaît solide, exhaustive et correcte[1851]. Il peut ainsi rejeter une communication en arguant simplement que les autorités nationales avaient proprement examiné le cas, bien que dans plusieurs affaires il ait procédé — au moins de manière minimale — à un examen du risque. La qualité de l'appréciation du risque effectuée par les autorités nationales peut donc avoir un impact important voire dans certains cas décisif sur l'évaluation du Comité. Par contre, celui-ci examinera librement les faits présentés par le particulier lorsque les autorités de l'Etat défendeur n'ont pas procédé à une détermination du risque

[1847] DE WECK, p. 212 et note de bas de page no 1261 et p. 288. Mais lorsqu'il y procède, il se base en particulier sur ses propres rapports (art. 19 ou 20 de la Convention de 1984), sur des comptes-rendus établis par des rapporteurs spéciaux de l'ONU et par des personnes chargées de connaître des violations spécifiques des droits de l'homme ou des situations des droits de l'homme dans des pays spécifiques ou encore sur des observations concluantes du CDH. Il prend également en compte les opinions, les constats, les directives et les programmes de rapatriement du HCR, les analyses et les rapports établis par des autorités nationales dans le cadre de procédures internes ou internationales ainsi que les rapports provenant d'organisations non gouvernementales ou d'organisations de défense des droits de l'homme. Il peut également prendre en compte d'autres éléments tels que le manquement d'un Etat à investiguer sur les allégations de torture ou de punir les auteurs de tels actes, les processus de paix en cours, les accords de cessez-le-feu entre parties en conflit ou les amnisties pour les opposants politiques (DE WECK, pp. 288 et 289; pour des ex. de décisions récentes: communications du CAT *Gbadjavi c. Suisse* du 1.6.2012, no 396/2009, par. 7.7, *C.M. c. Suisse* du 14.5.2010, no 355/2008, par. 10.8 et *R.T-N. c. Suisse* du 3.6.2011, no 350/2008, par. 8.5 et 8.9).

[1848] DE WECK, p. 289.

[1849] Le principe de non-refoulement inclut en effet l'obligation pour les Etats d'examiner soigneusement et de prendre en compte toutes les circonstances existantes qui peuvent raisonnablement indiquer l'existence d'un risque de torture. L'art. 3 de la Convention de 1984 contient donc un droit implicite à une détermination individuelle du risque qui satisfasse aux exigences minimales du *fair trial*. Le CAT est particulièrement sensible à la question de savoir si les autorités nationales ont analysé sérieusement ou pris en compte les allégations de tortures subies en évaluant l'existence d'un risque personnel. Le par. 2 de l'art. 3 de la Convention de 1984 prévoit d'ailleurs explicitement que les Etats doivent prendre en compte tous les éléments pertinents y compris la situation des droits de l'homme en examinant le risque de refoulement. Le CAT se montre sceptique lorsque des allégations sont rejetées uniquement sur la base de motifs procéduraux (DE WECK, pp. 245 et 246; pour des ex. de communications du CAT: *A.A. c. Danemark* du 13.11.2012, no 412/2010, par. 7.10, *Abdussamatov et 28 autres c. Kazakhstan* du 1.6.2012, no 444/2010, par. 13.9, *E.L. c. Canada* du 21.5.2012, no 370/2009, par. 8.7, *Gbadjavi c. Suisse* du 1.6.2012, no 396/2009, par. 7.8, *Boily c. Canada* du 14.11.2011, no 327/2007, par. 14.4 et *Sogi c. Canada* du 16.11.2007, no 297/2006, par. 9.2).

[1850] DE WECK, p. 212; CAT, Observation générale no 01 par. 9; pour des ex. récents: communications du CAT *D.Y. c. Suède* du 21.5.2013, no 463/2011, par. 9.4, *Abdussamatov et 28 autres c. Kazakhstan* du 1.6.2012, no 444/2010, par. 13.9, *E.L. c. Suisse* du 15.11.2011, no 351/2008, par. 9.6, et *T.D. c. Suisse* du 26.5.2011, no 375/2009, par. 7.7. On peut ainsi lire dans plusieurs décisions du CAT que celui-ci ne se considère pas tenu de remettre en question l'appréciation des preuves effectuées par les autorités d'un Etat ou de lui substituer ses propres conclusions à moins qu'il puisse être établi que la manière dont la preuve a été appréciée était clairement arbitraire ou équivalait à un déni de justice ou encore que les autorités de l'Etat ont clairement violé leurs obligations d'impartialité. Cela n'a toutefois pas empêché le CAT, dans plusieurs affaires, de se livrer à sa propre évaluation des faits, alors même que l'appréciation du risque n'avait pas été arbitraire ou ne constituait pas un déni de justice (DE WECK, pp. 212 et 213. Cf. not. communications du CAT *Ktiti c. Maroc* du 26.5.2011, no 419/2010, par. 8.7, *J.A.M.O. c. Canada* du 9.5.2008, no 293/2006, par. 10.5, *Pelit c. Azerbaïdjan* du 1.5.2007, no 281/2005, par. 7.11, *S.P.A. c. Canada* du 7.11.2005, no 282/2005, par. 7.6, *Brada c. France* du 17.5.2005, no 195/2002, par. 13.6, *Rios c. Canada* du 23.11.2004, no 133/1999, par. 8.5 et *A.K. c. Australie* du 5.5.2004, no 148/1999, par. 6.4).

[1851] DE WECK, pp. 212 et 213.

encouru par l'individu, lequel semble ainsi être mis au bénéfice du doute. Le défaut de garanties procédurales peut constituer la principale raison amenant le Comité à retenir une violation de l'article 3 de la Convention de 1984[1852].

Pour déterminer l'existence du risque, le Comité prend également en compte l'existence dans l'Etat de destination d'un ensemble de violations systématiques des droits de l'homme, graves, flagrantes ou massives ainsi que les circonstances personnelles de l'individu (art. 3 par. 2 de la Convention de 1984). Mais l'absence de telles violations ou une situation des droits de l'homme satisfaisante dans l'Etat de destination ne signifie pas forcément absence de danger de subir la torture au vu des circonstances personnelles[1853]. A l'inverse, une situation extrêmement pauvre du point de vue des droits de l'homme ne suffit pas à entraîner l'application de l'article 3 de la Convention de 1984 mais le Comité des Nations Unies contre la torture exige l'existence de motifs spécifiques, supplémentaires ou d'autres motifs indiquant que l'individu est personnellement à risque[1854]. Ainsi, même la plus grave des situations en matière de droits de l'homme n'est pas suffisante en elle-même. Le Comité exige toujours des facteurs de risque individualisés. Par contre, s'il existe du point de vue des droits de l'homme une situation particulièrement violente, on assiste à un déplacement du fardeau de la preuve de l'individu vers l'Etat refoulant. Ce dernier devra alors fournir des arguments solides pour exclure tout danger[1855].

S'agissant des groupes systématiquement exposés à de mauvais traitements, de Weck constate que le Comité a tendance à rejeter les communications quand le risque allégué est de nature générale. L'appartenance à un groupe menacé peut toutefois conduire à un allégement du fardeau de la preuve voire, dans certains cas, amener le Comité à offrir une protection plus générale aux membres de groupes particulièrement menacés sans toutefois être très explicite sur ce qu'il entend par ces termes[1856].

La ratification de la Convention de 1984 voire même l'acceptation par l'Etat de destination du mécanisme de communication institué par l'article 22 de la Convention de 1984 ne revêt pas une importance particulière pour le Comité, car le but d'un tel mécanisme est de prévenir la torture et non de remédier à un acte de torture déjà commis. De Weck relève néanmoins que la ratification de la Convention de 1984 ou d'autres instruments de protection des droits de l'homme n'est pas sans pertinence[1857].

Le Comité détermine l'existence d'un risque au cas par cas. C'est souvent la combinaison de différents éléments qui, pris ensemble, indiquent l'existence d'un risque suffisant entraînant l'application de l'article 3 de la Convention de 1984[1858]. La personne

---

[1852] DE WECK, pp. 247 et 248. Communications du CAT *X.Y. c. Suisse* du 15.5.2001, no 128/1999, par 8.5-9, *A.R. c. Pays-Bas* du 14.11.2003, no 203/2002, par. 7.4-7.6, *S.U.A. c. Suède* du 22.11.2004, no 223/2002, par. 6.5, *J.A.M.O. c. Canada* du 9.5.2008, no 293/2006, par. 10.5-10-7 et *Brada c. France* du 17.5.2005, no 195/2002, par. 13.6.
[1853] DE WECK, pp. 278 et 279 ainsi que p. 282.
[1854] DE WECK, p. 279; pour des ex.: communications du CAT *M.A.K. c. Allemagne* du 12.5.2004, no 214/2002, par. 13.3, *H.M.H.I. c. Australie* du 1.5.2002, no 177/2001, par. 6.5 et *H.D. c. Suisse* du 30.4.1999, no 112/1998, par. 6.3.
[1855] DE WECK, p. 280.
[1856] DE WECK, p. 287.
[1857] DE WECK, pp. 289 et 290. Cf. p. ex.: décision du CAT *Alan c. Suisse* du 8.5.1996, no 21/1995, par. 11.5.
[1858] Selon de Weck, il est impossible d'énumérer tous les éléments pris en compte par le CAT. De plus, des éléments pertinents dans certains cas ne le sont pas dans d'autres. Dans la pratique, c'est souvent l'impression générale qui joue un rôle. Néanmoins, selon de Weck, certains facteurs réapparaissent dans beaucoup de décisions tels que les activités politiques ou religieuses antérieures, le risque de détention et les mauvais traitements subis. Le fait que des personnes

doit notamment apparaître crédible aux yeux du Comité. La crédibilité de l'individu est souvent l'élément-clé d'une affaire. Elle dépend d'éléments objectifs (preuves ou situation des droits de l'homme dans l'Etat de refoulement), mais aussi subjectifs (l'individu était-il convaincant dans la procédure devant les autorités nationales ?). Contrairement aux autorités nationales, qui se basent généralement sur des auditions et l'examen des preuves, le Comité se base sur des écritures pour juger de la crédibilité de la personne, ce qui rend particulièrement difficile sa tâche[1859] et explique le poids donné par le Comité à l'établissement des faits effectué par les autorités nationales. Pour y remédier, le Comité a élaboré des critères de comportements ou des circonstances qui lui permettent de retenir ou de réfuter la crédibilité d'un individu[1860]. C'est l'ensemble de l'histoire de la personne et les éléments pertinents au regard du risque de torture qui doivent être crédibles[1861]. Toutefois, même s'il y a des doutes sur la véracité des allégations de l'individu, le Comité doit s'assurer que sa sécurité n'est pas menacée. Cette idée se refléterait dans l'ensemble de sa pratique[1862].

Le risque d'être détenu ou arrêté dans l'Etat de destination n'est pas un motif de violation de l'article 3 de la Convention de 1984. Dans la grande majorité des cas où le Comité a retenu une telle violation, le risque d'être victime de torture était toutefois lié au risque d'être arrêté ou détenu. Si l'individu établit avoir des activités politiques pertinentes et que les autorités de l'Etat de destination sont connues pour faire subir de mauvais traitements aux opposants politiques, des preuves telles que des convocations judiciaires ou des mandats d'arrêt revêtent une importance particulière[1863]. Pour les

avec un profil similaire se soient vu reconnaître la qualité de réfugié constitue un indicateur fort de l'existence d'un risque (DE WECK, p. 298).

[1859] DE WECK, p. 298.

[1860] DE WECK, p. 298. Les éléments suivants peuvent saper la crédibilité de l'individu: les inconsistances, les contradictions et les lacunes dans les détails, la présentation tardive d'éléments importants ainsi que le dépôt de preuves fausses ou falsifiées. Le CAT n'exige pas de l'individu qu'il prouve ou dépose des moyens de preuve pour tous les faits allégués, mais doit considérer les allégations comme suffisamment fondées et fiables. L'absence de toute preuve parle en défaveur de la crédibilité de l'individu. Lorsqu'il fournit des preuves, l'individu doit être en mesure d'indiquer comment il est entré en leur possession. Des affirmations contradictoires sur l'identité ou la nationalité dans la procédure d'asile peuvent saper la crédibilité de l'individu dès lors que cela rend plus difficile la détermination du risque en cas de retour. Le CAT se montre toutefois généreux dans l'admission des explications fournies à ce propos par l'individu et il peut fermer les yeux sur des inconsistances si l'individu peut fournir des explications plausibles. Il se montre d'autant plus généreux si des rapports médicaux attestent que l'individu a été victime de torture et qu'il en souffre encore (DE WECK, pp. 313 et 314). Cf. aussi CAT, Observation générale no 01 par. 8 let. f) et g) qui impose au CAT d'examiner s'il y a des inconsistances dans les dires de l'individu et dans l'affirmative si elles sont pertinentes

[1861] DE WECK, p. 315. Dans l'histoire de l'individu, on prend notamment en compte son background politique. Un bas profil politique ou l'échec dans la preuve d'une activité politique susceptible d'attirer l'attention des autorités de l'Etat de destination conduit au rejet de la communication (DE WECK, p. 316). Néanmoins, l'appréciation de la portée de tels éléments dépend toujours de la situation générale des droits de l'homme dans l'Etat de destination. L'art. 3 de la Convention de 1984 ne fait pas de distinction selon que l'activité s'est déroulée dans le pays de destination ou dans le pays d'accueil (DE WECK, p. 317). La participation sporadique à des manifestations dans l'Etat d'accueil n'est normalement pas suffisante pour entraîner l'application de l'article 3 de la Convention de 1984 (DE WECK, p. 318).

[1862] DE WECK, p. 316. DE WECK déplore que la brièveté du raisonnement du CAT ne permette pas de prédire sa manière d'aborder la crédibilité de l'individu. De plus, le CAT ne serait pas toujours précis dans sa manière d'expliquer pourquoi il procède à une appréciation différente de la crédibilité que les autorités nationales. La question de savoir si l'activité politique de l'individu attire l'attention des autorités et le rendrait donc particulièrement vulnérable au risque d'être victime de torture est au cœur de l'analyse du CAT. La publicité faite autour de l'affaire peut augmenter l'attention des autorités et d'acteurs influents. Le temps écoulé peut toutefois considérablement diminuer l'intérêt porté à l'individu par les autorités ainsi que le risque de torture. Dans deux décisions concernant l'ex-Zaïre, le fait que la demande d'asile pouvait être considérée comme diffamante pour l'Etat de destination ou qu'elle pouvait conduire à un interrogatoire à l'arrivée dans le pays ont été considérés comme des éléments de risque (DE WECK, p. 319. Communications du CAT *Mutombo c. Suisse* du 27.4.1994, no 13/1993, par. 9.4, et *Kioski c. Suède* du 8.5.1996, no 41/1996, par. 9.5). Comme tels, les liens familiaux ne suffisent généralement pas à fonder l'admission d'une communication. Dans de nombreux cas, toutefois, l'affiliation à des membres politiquement actifs a été considérée comme un élément augmentant le risque de torture. Dans certains pays, les activités religieuses et autres peuvent aussi mettre des individus en danger d'être victimes de mauvais traitements (DE WECK, p. 320).

[1863] DE WECK, p. 321.

criminels de droit commun, il est plus difficile d'obtenir gain de cause auprès du Comité[1864].

Le fait que la personne a déjà été torturée ou a subi de mauvais traitements joue un rôle important dans la détermination du risque[1865]. Mais, même si l'individu a été torturé, cela ne signifie pas qu'il obtiendra automatiquement gain de cause. La torture subie est un des éléments pris en compte, mais le but de l'examen par le Comité est de déterminer si le risque d'être victime de torture est toujours actuel. L'ancienneté des faits revêt d'autant plus d'importance que la situation politique a changé, que les personnes ayant commis les faits ne sont plus au pouvoir ou que l'individu n'avait pas de profil politique élevé. Le Comité contre la torture prend donc en considération non seulement l'actualité des évènements mais aussi le contexte politique dans lequel ils se sont produits[1866]. Le Comité est généralement très sensible à la manière dont les autorités nationales ont examiné les allégations de torture et les preuves fournies. Il s'attend à ce que les autorités nationales aient pris en compte les preuves présentées à tous les stades de la procédure. Mais il lui est aussi arrivé de prendre en compte des preuves qui n'ont été présentées que devant une instance internationale[1867].

Chapitre 22 Droit d'être entendu

22.1 Généralités

L'idée de base du droit d'être entendu est que la personne partie à une procédure doit être mise en mesure d'y prendre part et de s'exprimer au préalable sur toutes les questions importantes avant qu'une décision ne soit prise à son détriment. La prétention au droit d'être entendu constitue un aspect du principe du *fair trial*[1868]. Ce droit poursuit une double fonction. D'une part, il est un moyen d'instruire qui, à ce titre, sert à l'établissement des faits. D'autre part, il constitue un droit indissociable de la personnalité permettant à l'individu de participer à la prise de décision qui le touche dans sa situation juridique. Il représente ainsi un aspect particulier du principe plus général de l'interdiction du déni de justice formel[1869]. «Quelle que soit la procédure, la portée du droit d'être entendu est déterminée *de cas en cas*, y compris dans les affaires de nature administrative, en fonction de la situation concrète et des intérêts en présence»[1870].

Le droit d'être entendu est de nature formelle. En cas de violation, «l'intéressé n'a pas à prouver que s'il avait été entendu la décision eût été différente: il suffit qu'il établisse qu'il n'a pas pu exercer son droit»[1871]. Le droit d'être entendu constitue une garantie

[1864] DE WECK, p. 321. DE WECK en a répertorié: *Ktiti c. Maroc* du 26.5.2011, no 419/2010, et *Abichou c. Allemagne* du 21.5.2013, no 430/2010. Dans la majorité des communications où une violation de l'art. 3 de la Convention de 1984 a été retenue, les individus avaient été arrêtés ou étaient susceptibles d'être arrêtés en raison de leur engagement politique ou de leur affiliation à des membres politiquement actifs. Le CAT considère les détenus politiques comme particulièrement vulnérables à la torture. Il ne faut pas oublier que le rôle d'organe permanent du CAT pour contrôler la mise en oeuvre par les Etats de la Convention de 1984 peut influer sur ses décisions (DE WECK, p. 322).
[1865] DE WECK, p. 323.
[1866] DE WECK, p. 324.
[1867] DE WECK, p. 326.
[1868] Arrêt du TF 1A.121/2004 du 15.6.2004 consid. 2.4.
[1869] AUER/MALINVERNI/HOTTELIER (II) nos 1317 à 1319, pp. 605 et 606.
[1870] AUER/MALINVERNI/HOTTELIER (II) no 1332, p. 608.
[1871] MOOR/POLTIER, p. 322. Cf. JICRA 2004/28 consid. 7e.

procédurale. Le particulier a le droit d'être informé du déroulement de la procédure et d'exprimer son point de vue. Les autorités sont tenues de lui donner cette occasion et d'examiner attentivement ses observations. En tant que sujet de la procédure, il doit pouvoir y prendre une part active et avoir la possibilité d'exercer une certaine influence sur le processus de décision. L'octroi du droit d'être entendu sert également à éclaircir la situation juridique, l'état de faits ainsi que les intérêts en jeu. Il contribue à la recherche de la vérité et favorise une meilleure acceptation de la décision par l'intéressé[1872].

Le droit d'être entendu est expressément consacré au titre des garanties générales de procédure de l'article 29 alinéa 2 Cst. qui offre une garantie minimale applicable chaque fois que des dispositions adéquates font défaut dans le droit administratif fédéral ou, si de telles dispositions existent, qu'elles accordent des droits moins étendus. Plusieurs dispositions de la PA traitent également du droit d'être entendu au cours d'une procédure administrative menée par les autorités fédérales. Ainsi, l'article 29 PA stipule, de manière générale, que les parties ont le droit d'être entendues. En outre, les articles 11, 18, 19, 26 à 28 et 30 à 33 PA énoncent les divers droits procéduraux découlant de l'article 29 PA ainsi que les conditions auxquelles les droits des parties peuvent être restreints. Le droit d'être entendu se subdivise en effet en plusieurs droits. La personne a le droit d'être informée qu'une procédure est en cours et qu'une décision va être prise à son encontre. Elle a le droit de fournir des preuves quant aux faits de nature à influer sur la décision, de participer à leur administration, d'en prendre connaissance et de se déterminer à leur propos. Elle a le droit de consulter le dossier, le droit de faire valoir ses moyens (droit d'être entendu au sens étroit), le droit à une décision motivée, le droit de se faire assister ou représenter[1873] ainsi que le droit à l'indication des voies de droit. Le droit d'être entendu comme le principe général de la bonne foi permettent également aux parties, dans certaines circonstances, d'être informées sur l'application non prévisible d'une norme.

22.2 Droit d'être entendu en matière d'asile

22.2.1 Bases légales et bénéficiaire du droit d'être entendu

En matière d'asile, les bases légales du droit d'être entendu se trouvent aux articles 29 alinéa 2 Cst. et 29 PA. La LAsi contient plusieurs dispositions spéciales concernant le droit d'être entendu. Il s'agit notamment des articles 11, 13, 17 alinéas 2 et 3, 19 alinéa 3, 22 alinéa 4, 26 alinéa 2, 25a, 29, 36, 69 alinéa 2, 76 alinéas 2 et 3 et 78 alinéa 4 LAsi ainsi que des articles 6, 7 alinéas 2 à 5 et 7, 7a, 19, 48 et 52 OA 1. Ces dispositions priment la réglementation générale prévue par la PA.

Le bénéficiaire du droit d'être entendu est en première ligne le destinataire de la décision, à savoir le requérant d'asile.

[1872] Manuel SEM, Article B4, p. 4; ATF 122 II 464; JICRA 2004/28.
[1873] MOOR/POLTIER, pp. 319ss; ZIMMERMANN nos 472 et 473, pp. 477 et 478.

22.2.2 Droits procéduraux dérivés du droit d'être entendu

a) Droit d'être informé

Selon l'article 7a alinéas 1 et 2 OA I, le Secrétariat d'Etat aux migrations «informe les requérants d'asile qui déposent une demande dans un aéroport ou dans un [CEP], par écrit ou d'une autre manière appropriée et dans une langue qui leur est compréhensible de la possibilité, qu'ils ont de faire appel à un conseiller juridique ou à un représentant légal» en leur donnant les moyens d'y recourir. On peut déduire de l'article 25a LAsi que l'entretien de conseil sert également à informer le requérant d'asile sur la procédure d'asile, ses droits et ses obligations. A côté de ce devoir d'information individualisé prévu dans la LAsi, le Secrétariat d'Etat aux migrations concrétise de manière générale le droit à l'information en décrivant sur son site internet le déroulement de la procédure d'asile[1874] et en publiant un manuel intitulé «Manuel Asile et retour» qui traite d'un certain nombre de questions touchant au droit des réfugiés et de l'asile[1875].

b) Droit de s'exprimer

Le droit de s'exprimer avant qu'une décision ne soit prise est prévu dans plusieurs dispositions légales. Il varie selon le type de procédure, la phase où l'on se trouve et la question à trancher. Il peut prendre la forme d'une audition sommaire ou d'une audition sur les motifs d'asile. Avec le rejet de la demande d'asile respectivement avec la décision de NEM, le Secrétriat d'Etat aux migrations statue également sur la question du renvoi du requérant d'asile. Dès lors, celui-ci devra s'exprimer non seulement sur les motifs d'asile mais aussi sur les circonstances pertinentes pour une éventuelle décision de renvoi[1876]. Enfin, il arrive que le requérant tente d'étayer ses allégations par des documents faux ou falsifiés. Lorsqu'une mesure d'instruction (examen de laboratoire, demande à l'ambassade) permet de déjouer cette tentative de tromperie, le requérant doit avoir la possibilité de s'exprimer. Ses observations devront être appréciées par l'autorité. «Si le document a été qualifié de faux à la suite d'une analyse interne du [Secrétariat d'Etat aux migrations], le résultat de cette analyse doit également être communiqué au requérant, ce dernier étant autorisé à prendre connaissance de son contenu conformément à l'[article 27] PA[1877].

ba) Audition sommaire

Lors de l'audition sommaire, le Secrétariat d'Etat aux migrations interroge le requérant d'asile sur son identité, sur l'itinéraire emprunté et sommairement sur les motifs qui l'ont poussé à quitter son pays (art. 26 al. 2 LAsi). L'audition servira notamment à examiner si le requérant peut retourner ou se rendre dans un autre Etat (art. 31a al. 1 LAsi) et si la demande d'asile satisfait aux conditions fixées à l'article 18 LAsi lorsqu'elle est déposée exclusivement pour des raisons économiques ou médicales (art. 31a al. 3 LAsi). Le requérant peut prouver ou à tout le moins rendre vaisemblable qu'il

[1874] https://www.bfm.admin.ch/bfm/fr/home/asyl/asylverfahren.html.
[1875] https://www.bfm.admin.ch/bfm/fr/home/asyl/asylverfahren/handbuch_asylverfahren.html.
[1876] Manuel SEM, Article B4, p. 6.
[1877] Manuel SEM, Article B3, p. 11, avec renvoi à JICRA 1994/1.

a manifestement la qualité de réfugié au sens de l'article 3 LAsi mais il peut aussi se contenter d'invoquer le fait que des proches parents ou des personnes avec lesquelles il entretient des liens étroits vivent en Suisse (art. 31a al. 1 let. e LAsi) ou que le Secrétariat d'Etat aux migrations est en présence d'indices d'après lesquels l'Etat tiers n'offre pas une protection efficace au regard du principe du non-refoulement visé à l'article 5 alinéa 1 LAsi (art. 31a al. 2 LAsi). En outre, le recourant devra démontrer que sa demande satisfait aux conditions de l'article 17 alinéa 1 LAsi.

Dans le cadre de l'audition sommaire à l'aéroport, le Secrétariat d'Etat aux migrations devra s'efforcer d'obtenir «des éclaircissements sur l'identité et la nationalité du requérant, sur ses rapports avec des personnes vivant en Suisse ou dans un Etat tiers, sur l'itinéraire emprunté et sur les circonstances du départ [(art. 22 al. 1 LAsi)] (...). A ce stade de la procédure, un droit d'être entendu doit être accordé au requérant d'asile s'il y a des doutes concernant la minorité, la nationalité ou la compétence d'un Etat tiers (procédure Dublin[; art. 22 al. 1bis LAsi])»[1878]. Mais cette audition à l'aéroport ne se limite pas aux seuls motifs ayant poussé le requérant à quitter son pays et à l'itinéraire emprunté. En vertu notamment des articles 22 alinéa 1ter lettres a et b LAsi et 11a alinéa 2, lettres a et b, et alinéa 3 OA 1, si le requérant veut être autorisé à entrer en Suisse, il doit rendre vraisemblable qu'il est exposé à un danger pour l'un des motifs énoncés à l'article 3 alinéa 1 LAsi ou menacé de traitements inhumains dans le pays d'où il est directement arrivé ou que ce pays l'obligerait, en violation de l'interdiction du refoulement, à se rendre dans un pays où il semble être exposé à un danger. Si le requérant ne s'est pas rendu directement de son Etat d'origine ou de provenance à la frontière suisse, il doit rendre vraisemblable qu'il a quitté cet Etat pour l'un des motifs énoncés à l'article 3 alinéa 1 LAsi et qu'il a cherché à atteindre la frontière suisse sans tarder. En outre, avant que le Secrétariat d'Etat aux migrations ne notifie au requérant le refus d'entrée en Suisse et l'assignation à un lieu de séjour, il doit lui octroyer le droit d'être entendu. Le requérant d'asile est informé par le biais de la décision d'attribution à la zone de transit qu'il peut former un recours auprès du Tribunal administratif fédéral contre le refus d'entrée en Suisse et l'attribution du lieu de séjour en zone de transit (art. 108 al. 3 et 4 LAsi). Après avoir transmis la décision d'attribution à la zone de transit, le Secrétariat d'Etat aux migrations planifie une audition sur les données personnelles pour les requérants ayant déposé une demande d'asile. Celle-ci est conduite par le Secrétariat d'Etat aux migrations à Genève et par la police à Zurich. Enfin avant de rendre une décision matérielle ou une décision de NEM, il n'y a pas d'audition sur les motifs d'asile au sens de l'article 29 LAsi. Seul le droit d'être entendu est accordé au requérant, en règle générale, dans le cadre de l'audition sur les données personnelles[1879]. Par contre, si l'intéressé invoque par exemple des motifs d'ordre exclusivement économique ou médical (art. 31a al. 3 LAsi), une audition est effectuée conformément à l'article 29 alinéa 1 LAsi. En effet, il est nécessaire de déterminer s'il existe des motifs supplémentaires pertinents au regard du droit d'asile. «Cette audition [sur les motifs

[1878] MATTHEY (2012), pp. 129 et 130; Manuel SEM, Article C2, pp. 5 et 6. A moins que cela ne soit dû à un oubli du législateur d'adapter les deux dispositions, l'art. 22 al. 1 LAsi, qui règle l'audition sommaire à l'aéroport n'est pas libellé comme l'art. 26 al. 2 LAsi. En effet, à l'art. 22 al. 1 LAsi l'audition sommaire porte aussi sur l'itinéraire emprunté alors qu'à l'art. 26 al. 2 LAsi elle ne porte que sur les motifs qui ont poussé le requérant à quitter son pays.

[1879] Selon le Manuel SEM, il s'agirait plutôt d'une audition sur les motifs d'asile: «Le SEM auditionne le requérant d'asile avant de rendre une décision matérielle ou une décision NEM, dans le cadre de l'audition sur les motifs d'asile (art. 29 LAsi)» (Article C2, p. 6).

d'asile (art. 29 LAsi)] se déroule dans les mêmes circonstances qu'une audition fédérale effectuée dans le cadre de la procédure nationale»[1880].

bb) Audition sur les motifs d'asile

L'article 29 alinéa 2 Cst. ne contient aucun droit de s'exprimer oralement. La PA n'indique pas sous quelle forme la personne doit être entendue[1881]. En procédure administrative il n'existe donc en principe aucun droit de s'exprimer oralement et, par voie de conséquence, aucun droit à un contact direct avec l'autorité de décision. En dérogation à ce principe général, en procédure d'asile chaque requérant a, d'après l'article 29 LAsi, le droit de s'exprimer au moins une fois oralement sur ses motifs d'asile. Avec cette interprétation spéciale du droit d'être entendu, la LAsi tient compte du fait que les indications du requérant jouent un rôle particulièrement important en vue de l'établissement des faits. En outre, seule une audition avec possibilité de poser après coup des questions ciblées offre la garantie d'obtenir un état de fait complet. Le droit d'être entendu peut aussi n'avoir lieu que par écrit. Il en va ainsi dans les cas énoncés à l'article 31 alinéa 1 LAsi où seul un droit d'être entendu, en règle générale par écrit, est accordé sur les faits essentiels pour la décision de NEM (art. 36 LAsi)[1882]. Dans de telles situations, bien que le requérant lui-même n'ait pas un droit à s'exprimer oralement, il est fréquent et judicieux qu'une audition ait lieu malgré tout. Tel est par exemple le cas lorsqu'il s'avère qu'une décision de NEM pourra normalement être rendue immédiatement après l'octroi du droit d'être entendu par oral et que le renvoi consécutif sera exécuté à très brève échéance.

«L'audition sur les motifs d'asile est l'étape la plus importante de la procédure d'asile. En effet, dans la plupart des cas, aucun moyen de preuve ne permet d'établir les faits pertinents en matière d'asile et l'appréciation des autorités repose uniquement sur les seules déclarations du requérant. Pour cette raison, une audition sur les motifs d'asile doit répondre à de stricts critères de qualité»[1883]. Le but de cette audition est d'établir les faits pertinents afin qu'une décision en matière d'asile et de renvoi puisse être rendue. «L'état de faits déterminant doit être établi de manière correcte, complète et précise»[1884]. La qualité et l'utilité des déclarations du requérant dépendront essentiellement de la qualité de l'audition. L'auditeur doit ainsi donner au requérant — qui supporte le fardeau de la preuve — la possibilité de rendre ses motifs d'asile à tout le moins vraisemblables. Le caractère objectif et équitable de la procédure implique que l'audition n'a pas pour unique but de rechercher de déceler des indices d'invraisemblance, mais également des indices de vérité. Ainsi, une stratégie et une technique d'audition appropriées doivent amener le requérant, dans le cadre de l'obligation de collaborer qui lui incombe, à s'exprimer sur tous les aspects de sa demande de manière à ce que la vraisemblance et la pertinence de ses déclarations puissent être appréciées. En d'autres termes, «[l]'auditeur doit user d'une technique d'audition qui permettra d'obtenir des déclarations pouvant être appréciées à la lumière des critères de vraisemblance (...). La stratégie et la technique d'audition doivent

[1880] Manuel SEM, Article C2, pp. 6 et 7.
[1881] Manuel SEM, Article B4, p. 6.
[1882] Manuel SEM, Article B4, p. 6.
[1883] Manuel SEM, Article C7, p. 4.
[1884] Manuel SEM, Article C7, p. 4.

orienter l'audition sur les thèmes qui seront pertinents pour la décision. Dans ce contexte, les questions posées sont primordiales. L'auditeur doit veiller à ce que tous les aspects pertinents en matière d'asile soient traités»[1885].

bc) Audition complémentaire

Dans le cadre de l'instruction de la demande d'asile, le collaborateur chargé de statuer sur la demande a la possibilité de procéder à une audition complémentaire[1886].

Cette audition «sert à compléter et à clarifier un état de fait lacunaire qui ne permet pas encore de statuer sur la demande d'asile. En outre, elle permet de recueillir les informations nécessaires à une demande d'ambassade ou de confronter directement le requérant au résultat de la procédure d'administration des preuves (par exemple une réponse d'ambassade ou une analyse de documents). Elle peut également s'avérer nécessaire si des moyens de preuve complémentaires sont produits ou lorsque le requérant doit être entendu suite à une modification des circonstances»[1887]. L'audition complémentaire permet également de guérir certains vices de procédure qui peuvent avoir entaché une audition sur les motifs d'asile, par exemple lorsqu'une audition a été menée en l'absence d'un représentant d'une œuvre d'entraide faute de convocation adressée à cette dernière (art. 30 al. 3 LAsi) ou lorsque l'audition d'un mineur non accompagné a été effectuée en l'absence d'un représentant ou d'une personne de confiance (art. 17 al. 2 et 3 LAsi en relation avec l'art. 7 al. 2 à 5 OA 1)[1888]. Enfin, le principe de l'immédiateté commande parfois que la personne chargée de statuer entende le requérant dans le cadre d'une audition complémentaire pour se faire une impression personnelle[1889].

c) Droit de consulter le dossier

En principe, il appartient aux parties de demander la consultation des pièces. Les autorités n'ont pas à les convoquer à cette fin. Le Secrétariat d'Etat aux migrations fait néanmoins parvenir les pièces de la procédure au requérant ou à son mandataire en même temps que la décision rendue en vertu des articles 23 alinéa 1 (décision à l'aéroport), 31a (NEM) ou 111c (demandes multiples) LAsi si l'exécution du renvoi a été ordonnée (art. 17 al. 5 LAsi). Le droit de prendre position sur le résultat de l'administration des preuves implique également pour les autorités l'obligation d'informer les parties des nouveaux moyens de preuve versés au dossier à leur insu. En effet, les parties n'ont généralement aucune raison de prendre de leur propre initiative connaissance du dossier complété[1890].

[1885] Manuel SEM, Article C7, p. 22.
[1886] L'art. 41 al. 1 LAsi qui prévoyait la mise en oeuvre de cette audition complémentaire a été abrogé. Nonobstant cette abrogation, cette audition complémentaire a toujours lieu dans la pratique.
[1887] Manuel SEM, Article C7, p. 4.
[1888] Manuel SEM, Article C7, p. 4.
[1889] Manuel SEM, Article C7, p. 5.
[1890] Manuel SEM, Article B4, p. 7.

Le droit de consulter le dossier s'exerce en premier lieu durant le déroulement de la procédure à savoir avant la prise d'une décision. Dans ce laps de temps, les parties ont le droit de consulter le dossier. L'intérêt des parties à une telle consultation est alors reconnu. Toutefois, il n'est pas exclu que des intérêts publics ou privés prépondérants exigent une limitation permanente ou provisoire du droit de consulter le dossier. Il en va ainsi lorsqu'il s'agit de préserver le secret sur l'existence d'une demande de recherche et d'arrestation. Exceptionnellement, le droit de consulter le dossier peut subsister après la clôture de la procédure ou même indépendamment de la participation antérieure à une procédure formelle dans la mesure où les parties peuvent faire valoir un intérêt digne de protection, par exemple dans la perspective d'une nouvelle procédure ou du recours à une voie de droit extraordinaire[1891].

L'article 26 alinéa 1 PA énumère en principe de manière exhaustive les pièces qui, sous réserve d'intérêts publics ou privés prépondérants exigeant le maintien du secret, peuvent être consultées. Le droit de consulter le dossier n'est donc pas illimité.

Le droit de consulter le dossier, indépendamment des prescriptions relatives à la confidentialité de certains documents, ne s'étend pas aux pièces dites internes telles que notices contenant des renseignements à caractère administratif, projets, notes personnelles d'un collaborateur, notes de dossier, procès-verbaux de délibérations, rapports, notices de transmission ou autres lettres d'accompagnement. Or, dans les procédures individuelles, il arrive fréquemment que la qualité de document interne soit contestée. L'élément décisif en l'espèce n'est pas la classification du document par l'administration, mais celui de savoir si la pièce en question revêt un caractère de preuve. Si un document contribue à l'établissement des faits pertinents et sert ainsi de base de décision, il ne constitue pas un simple document interne et relève — sous réserve des intérêts au maintien du secret qui pourraient s'y opposer — du droit de consulter le dossier. En revanche, s'il contient une appréciation de faits déjà constatés ou une appréciation subjective des faits, il constitue l'un des éléments d'appréciation des preuves et donc du processus interne de formation d'opinion. Ce processus ne doit pas être porté à la connaissance du public en dehors de la motivation d'une décision. Il faut également relever que les informations sur les pays ne sont pas non plus soumises au droit de consulter le dossier. Ces informations ne concernent pas le cas particulier mais se rapportent à la situation générale régnant dans le pays d'origine (en particulier en ce qui concerne les droits de l'homme) et les sources d'information sont en général, accessibles au public (p. ex. grâce à Internet ou à la presse). Par conséquent, ces informations constituent un élément de connaissance générale pris en considération pour trancher la demande. En revanche, lorsque le Secrétariat d'Etat aux migrations effectue des recherches dans un cas individuel qui sont effectivement utilisées pour motiver une décision, le résultat de ces investigations est soumis au droit de consulter les pièces au même titre que le résultat des enquêtes réalisées par les représentations suisses à l'étranger soit sous forme condensée soit après caviardage des passages devant être tenus secrets[1892].

L'article 27 alinéa 1 PA pose également des limites au droit de consulter le dossier. Vu que la consultation du dossier constitue une mesure particulièrement importante dans le

[1891] Manuel SEM, Article B4, p. 7.
[1892] Manuel SEM, Article B4, p. 8.

but de préserver les droits de chaque requérant d'asile, la décision qui s'y réfère doit être prise sur la base d'une pondération de tous les intérêts en présence et un éventuel refus doit être dûment motivé. En outre, en vertu du principe de la proportionnalité, seules les pièces méritant effectivement d'être gardées secrètes seront exclues de la consultation. Le cas échéant, il suffira de caviarder les passages d'un document qui ne doivent pas être divulgués[1893].

Dans le cadre de la procédure d'asile, les intérêts importants exigeant que le secret soit gardé se rapportent essentiellement à l'identité des informateurs et personnes de contact en Suisse et à l'étranger (danger de répression par les autorités étrangères voire risque de représailles de la part des requérants ou de groupements qui leur sont proches). Ils touchent également aux indications sur les modes et méthodes de recherche de renseignements pratiqués par les représentations suisses à l'étranger (éviter d'être éventuellement accusées d'espionnage, de transmission illicite de renseignements ou d'exercice non autorisé de charges sur territoire étranger). Par ailleurs, il se peut que des intérêts importants exigent que les autorités gardent le secret à propos de détails sur des situations et des événements concrets dont elles ont eu connaissance en cours d'instruction. De tels renseignements peuvent, en effet, servir à vérifier les dires d'autres requérants. Or, connaissant l'intense échange d'informations pratiqué entre requérants, on ne saurait exclure en divulguant ces données que par la suite d'autres requérants «récitent leur leçon» (Lerneffekt) et utilisent abusivement ces informations. Ces affirmations valent également pour les expertises LINGUA. A propos d'ailleurs de ces expertises, l'ancienne Commission de recours en matière d'asile a développé une jurisprudence détaillée sur la manière dont le requérant pouvait exercer son droit d'être entendu et la portée de ce droit. Les expertises LINGUA sont effectuées, en règle générale, sur la base d'un entretien entre un expert ou un interprète et le requérant qui est enregistré sur un support sonore puis analysé. Pour des intérêts de protection du secret (effet d'apprentissage sur la base du questionnaire dans des cas particuliers, possibilité d'identification des experts mandatés ou des interpètes sur la base de leur voix), ni l'original du support sonore ni une copie ne sont soumis à la consultation. Cependant, dans le cadre de l'octroi du droit d'être entendu la bande sonore originale peut être écoutée au Secrétariat d'Etat aux migrations[1894].

Dans la procédure d'asile, une importance particulière est dévolue au refus du droit de consulter les pièces dans l'intérêt d'une instruction non encore close. En effet, la vraisemblance des propos du requérant est étroitement liée à l'absence de contradictions essentielles dans la présentation de ses motifs d'asile au cours des différentes auditions. Pour éviter qu'un requérant n'harmonise artificiellement ses déclarations, il y a lieu de refuser dans tous les cas une demande de consultation du dossier déposée avant la fin de l'instruction. Mais dès que l'instruction est close, l'on accordera au requérant, sans nouvelle demande de sa part, le droit de consulter toutes les pièces qui ne revêtent pas un caractère confidentiel. Au demeurant, l'article 27 alinéa 3 PA précise expressément que la consultation des procès-verbaux relatifs aux déclarations que la partie a faites ne peut lui être refusée que jusqu'à la clôture de l'enquête. Dans la procédure d'asile, l'instruction est considérée comme close au moment de la rédaction de la décision[1895].

[1893] Manuel SEM, Article B4, pp. 8 et 9.
[1894] Manuel SEM, Article B4, p. 9.
[1895] Manuel SEM, Article B4, p. 9.

L'article 28 PA réglemente la prise en considération de pièces tenues secrètes. Selon cette disposition, «une pièce dont la consultation a été refusée à la partie ne peut être utilisée à son désavantage que si l'autorité lui en a communiqué, oralement ou par écrit, le contenu essentiel et lui a donné en outre l'occasion de s'exprimer et de fournir des contre-preuves». En droit d'asile, sont réputées essentielles toutes les informations concernant les faits susceptibles d'être pertinents dans le cas d'espèce. En revanche, des détails sur les informateurs contactés ou sur le mode de recherche de renseignements ne doivent être communiqués au requérant que si leur connaissance est indispensable pour l'évaluation des informations et pour une prise de position objective[1896].

Le refus du droit de consulter des pièces pendant la procédure d'asile constitue une décision incidente qui ne peut pas être attaquée séparément (art. 107 LAsi), mais uniquement à l'occasion d'un recours contre la décision d'asile et de renvoi. Après l'entrée en force de la décision en matière d'asile le refus constitue une décision finale susceptible d'être contestée sur la base des prescriptions générales de la procédure fédérale[1897].

d) Droit de participer et de faire administrer des preuves

Dans la procédure d'asile, le droit de participer à l'administration des preuves est limité dans la mesure où l'article 11 LAsi exclut que le requérant puisse donner un avis préalable sur l'administration des preuves par les autorités. Dès lors, le Secrétariat d'Etat aux migrations peut sans en informer le requérant demander une expertise et charger les représentations suisses à l'étranger d'enquêtes complémentaires. Toutefois, le droit de la partie de s'expliquer au sujet du résultat de l'administration des preuves n'est pas lésé par cette disposition. Le droit de consulter le dossier s'étend non seulement à la réponse d'ambassade mais encore à la demande de renseignements adressée par le Secrétariat d'Etat aux migrations. De tels documents ne sont pas des pièces internes mais des moyens de preuve. Toutefois, les réponses des ambassades contiennent des informations au sujet desquelles il existe un intérêt au maintien du secret afin qu'elles ne soient pas utilisées de manière abusive mais aussi en vue de protéger leurs sources (art. 27 al. 1 let. a et b PA). C'est pourquoi, en principe, les réponses des ambassades ne seront pas rendues publiques dans leur version originale. Afin de garantir le droit d'être entendu, l'autorité peut caviarder des passages ou résumer à l'attention du requérant les éléments essentiels de la réponse[1898].

[1896] Manuel SEM, Article B4, p. 10.
[1897] Manuel SEM, Article B4, p. 10.
[1898] Manuel SEM, Article B4, pp. 11 à 13. Cf. aussi Manuel OSAR, p. 155, et JICRA 1994/1 consid. 3c.

e) Droit de s'exprimer au sujet du résultat de l'administration des preuves

Le requérant d'asile a le droit de s'expliquer sur le résultat de l'administration des preuves et donc de se prononcer au sujet de faits établis sur la base de moyens de preuve. Par conséquent, l'autorité est tenue d'informer le requérant sur les résultats de la procédure probatoire au moins dans la mesure exigée par l'article 28 PA[1899]. A moins que des intérêts importants n'exigent le maintien du secret, le requérant doit pouvoir consulter sur simple requête de sa part les moyens de preuve recueillis par l'autorité.

En revanche, il n'existe pas de droit de répliquer devant l'instance de décision lorsqu'une autorité se borne à apprécier sur la base de ses propres connaissances des faits par ailleurs établis. Il ne s'agit plus en l'occurrence d'un exposé des faits mais d'une appréciation des preuves. En effet, l'autorité, en considérant l'ensemble des moyens de preuve en sa possession, se forge une opinion sur la manière dont se présente l'état des faits. Le requérant peut s'exprimer sur l'appréciation des preuves dans la procédure de recours[1900].

f) Droits à une décision motivée et à l'indication des voies et des délais de recours

Du droit d'être entendu découle aussi l'obligation pour l'autorité d'examiner soigneusement toutes les allégations, déclarations et demandes de la partie dans la mesure où elles sont propres à élucider les questions litigieuses et paraissent importantes pour l'issue de la procédure. Le fait de savoir si l'autorité a effectivement respecté l'obligation précitée ressort de la motivation de la décision.

En principe, la décision de première instance doit être motivée dans la mesure exigée par la Cst. De cette manière on garantit que l'autorité chargée de rendre la décision a examiné au préalable le cas avec toute l'attention nécessaire. L'article 35 PA exige, lui aussi, que les décisions soient motivées lors de leur notification. Toutefois, ce principe est relativisé par le fait qu'une motivation insuffisante ne conduit pas, en règle générale, à l'annulation de la décision prise. Ce vice est considéré comme réparé si l'autorité de première instance, dans le cadre de son préavis, complète après coup la motivation et que le recourant a la possibilité de se prononcer à temps à ce propos[1901]. La LAsi prévoit de son côté plusieurs dispositions qui donnent la faculté au Secrétariat d'Etat aux migrations de ne motiver que sommairement les décisions dans les cas jugés évidents (art. 37a et 40 al. 2 LAsi)[1902]. En outre, une décision de NEM ou une décision matérielle négative dans la procédure à l'aéroport peut aussi être notifiée oralement[1903].

[1899] L'art. 28 PA est libellé comme suit: «[u]ne pièce dont la consultation a été refusée à la partie ne peut être utilisée à son désavantage que si l'autorité lui en a communiqué, oralement ou par écrit, le contenu essentiel se rapportant à l'affaire et lui a donné en outre l'occasion de s'exprimer et de fournir des contre-preuves».
[1900] Manuel SEM, Article B4, p. 12.
[1901] Manuel SEM, Article B4, p. 14 et les renvois à la jurisprudence.
[1902] LONGCHAMP VONLANTHEN no 1, p. 319.
[1903] Manuel SEM, Article C2, p. 6.

Dans sa décision, l'autorité doit exposer clairement son argumentation (transparence du processus de décision), afin de permettre au requérant de vérifier la rationalité et le bien-fondé de la décision et d'estimer les chances de succès d'un recours. L'obligation de motiver la décision constitue également, pour l'autorité elle-même, un moyen efficace d'auto-contrôle. Le genre et l'étendue de la motivation ne peuvent en général être déterminés en appliquant une formule minimale uniforme. Il s'agit au contraire de tenir compte de toutes les circonstances du cas particulier ainsi que des intérêts de la partie. Néanmoins, le Tribunal fédéral a développé certains critères qu'il convient d'observer pour fixer les exigences en matière de motivation. L'étendue de la motivation est déterminée par la fonction de cette dernière. Elle sera au moins assez détaillée pour permettre aux destinataires de connaître les raisons pour lesquelles la décision est rendue et pour qu'ils puissent se déterminer en connaissance de cause sur l'opportunité d'un éventuel recours. L'autorité n'est pas tenue de prendre position sur tous les moyens de la personne et sur tous les faits qu'elle allègue. Il suffit qu'elle se prononce sur ceux considérés comme pertinents[1904]. Plus l'affaire est complexe du point de vue des faits et du droit, plus le pouvoir d'appréciation de l'autorité est étendu. En outre, plus l'atteinte aux droits du requérant est importante, plus les exigences quant à la motivation de la décision doivent être élevées. Conformément à ce qui précède, les exigences quant à l'étendue de la motivation des décisions d'asile négatives et des décisions de renvoi sont, en général, relativement élevées. En effet, d'une part des intérêts importants sont en jeu et d'autre part les autorités, en considération des nombreuses notions de droit sujettes à interprétation figurant dans la LAsi, jouissent d'un large pouvoir d'appréciation et ont à se prononcer sur des faits souvent extrêmement complexes[1905]. Toutefois, au vu de la manière dont la demande est présentée et du pays d'origine du requérant, une motivation succincte peut suffire même pour de telles décisions (art. 37a et 40 al. 3 LAsi).

La LAsi ne prévoit pas le droit d'obtenir une indication des voies et des délais de recours. Ce droit peut néanmoins être déduit de l'article 35 alinéa 1 PA[1906], lequel dispose que «[m]ême si l'autorité les notifie sous forme de lettre, les décisions écrites sont désignées comme telles, motivées, et indiquent les voies de droit»).

[1904] Manuel SEM, Article B4, p. 14 et les renvois à la jurisprudence; LONGCHAMP VONLANTHEN, art. 37a LAsi, no 3, p. 320.
[1905] Manuel SEM, Article B4, pp. 14 et 15 et les renvois à la jurisprudence.
[1906] Cf. AUER/MALINVERNI/HOTTELIER (II) no 1352, p. 617.

22.3 Droit d'être entendu en matière d'extradition

22.3.1 Bases légales et bénéficiaire du droit d'être entendu

En matière d'extradition, le droit d'être entendu est réglé par l'article 29 Cst., la PA par renvoi de l'article 12 EIMP, les articles 20a[1907], 48, 52 et 55 alinéa 1 EIMP et les articles 16, 17 et 18 OEIMP.

L'article 52 EIMP concrétise en droit de l'extradition l'article 29 alinéa 2 Cst.[1908] et consacre la double facette du droit d'être entendu (droit à l'information et faculté donnée à l'individu de s'exprimer). L'article 52 EIMP s'applique dans la phase précédant la décision d'extradition à savoir lors de l'arrestation de l'individu (cf. art. 44 al. 2 EIMP qui prévoit l'application par analogie de l'article 52 alinéas 1 et 2 EIMP) et lors de l'audition sur la demande d'extradition. L'article 52 EIMP est complété par l'article 55 alinéa 1 EIMP et les articles 16, 17 et 18 OEIMP. En outre, l'article 48 EIMP précise le contenu du mandat d'arrêt satisfaisant de cette manière le droit d'être entendu de l'individu.

Pour les autres droits dérivés du droit d'être entendu qui ne sont pas réglés directement dans la seconde partie de l'EIMP consacrée à l'extradition, il y a lieu de se référer à la PA (par renvoi de l'art. 12 EIMP) et à l'article 80b alinéa 2 EIMP pour le droit à la consultation du dossier. La jurisprudence applique en effet cette dernière disposition, qui est contenue dans la troisième partie de l'EIMP consacrée à l'entraide, par analogie à la procédure d'extradition.

En matière d'extradition le bénéficiaire du droit d'être entendu est par définition l'extradable.

22.3.2 Droits procéduraux dérivés du droit d'être entendu

a) Droit d'être informé

Pour pouvoir exercer son droit d'être entendu, la personne concernée doit être informée de l'existence d'une demande d'arrestation et d'extradition ainsi que de ses droits. Le droit d'être entendu met donc à la charge de l'autorité un devoir d'information. La portée de ce droit varie selon le stade de la procédure. En outre, l'Office fédéral de la justice peut aussi être tenu d'informer la personne de l'existence d'une demande d'arrestation et d'extradition même si aucune procédure n'a eu lieu.

[1907] L'art. 20a EIMP prévoit que «le transit d'un détenu qui fait l'objet, dans un autre Etat, d'une procédure admise au sens de la présente loi, ainsi que les mesures nécessaires à cet effet, peuvent être autorisés par l'office fédéral sur requête de cet Etat ou d'un Etat tiers et sans audition de l'intéressé».
[1908] Arrêt du TPF RR.2009.236 + RP.2009.31 du 30.9.2009 consid. 3.2.

aa) Avant l'arrestation

Le droit de l'extradition et la jurisprudence n'aménagent aucun droit pour l'individu d'être informé de l'existence de demandes de recherche et d'extradition, car par définition celles-ci doivent demeurer secrètes pour ne pas compromettre une arrestation respectivement une extradition. Il arrive néanmoins que l'individu concerné s'adresse à l'Office fédéral de la justice pour connaître ou avoir la confirmation de l'existence d'une demande de recherche ou d'extradition à son encontre.

Lorsqu'un individu souhaite savoir s'il fait l'objet d'une demande de recherche ou d'arrestation par le canal Interpol ou s'il est inscrit dans le SIS ou dans le RIPOL, la compétence pour statuer sur une telle demande d'accès incombe non pas à l'Office fédéral de la justice mais à l'Office fédéral de la police (cf. art. 10ss Ordonnance du 1.12.1986 concernant le Bureau central national Interpol Berne [Ordonnance Interpol][1909] pour les demandes transmises par le canal Interpol; art. 49 de l'Ordonnance du 8.3.2013 sur la partie nationale du Système d'information Schengen [N-SIS] et sur le bureau SIRENE [Ordonnance N-SIS][1910] pour les signalements dans le SIS; et art. 7 Loi fédérale sur les systèmes d'information de police de la Confédération [LSIP][1911] pour les inscriptions dans le RIPOL). Dans les autres cas, la compétence revient à l'Office fédéral de la justice. Toutefois, selon la jurisprudence, l'Office fédéral de la justice n'a pas besoin de statuer formellement sur une telle requête d'information, car l'existence d'une demande d'arrestation doit être maintenue secrète à moins que cette dernière ne soit manifestement irrecevable. En cas de recours, l'instance de recours ne peut pas statuer à la place de l'autorité inférieure vu que cette compétence revient à cette dernière ou à l'Office fédéral de la police[1912]. S'agissant de la demande d'extradition, le Tribunal pénal fédéral a eu l'occasion de préciser dans un arrêt du 18 juillet 2013 que la personne n'a pas être informée de la demande d'extradition avant son arrestation pour éviter qu'elle ne soustraie à l'arrestation et à l'extradition[1913].

ab) Au stade de l'arrestation

L'individu peut être arrêté à titre provisoire avant le dépôt de la demande d'extradition. Dès que l'Office fédéral de la justice est avisé d'une arrestation ou de la localisation de la personne, il va en règle générale émettre une ordonnance provisoire d'arrestation qui indique notamment l'objet de l'arrestation et l'autorité qui la réclame. A cette ordonnance est annexée la demande de recherche et d'arrestation de l'Etat requérant (art. 44 EIMP) qui doit contenir un exposé des faits reprochés à la personne. Au moyen de l'ordonnance provisoire d'arrestation, l'Office fédéral de la justice donne mandat aux autorités cantonales de procéder à l'arrestation et/ou à la détention de l'individu ainsi qu'à son audition. L'article 52 EIMP règle cette audition. Si l'extradable s'oppose à son extradition, la détention sera confirmée au moyen du mandat d'arrêt en vue d'extradition émis par l'Office fédéral de la justice en vertu de l'article 47 EIMP. Pour la notification

[1909] RS 351.21.
[1910] RS 362.0.
[1911] RS 361.
[1912] Arrêt du TPF RR.2010.146 + RP.2010.37 du 5.8.2010.
[1913] Arrêt du TPF RR.2013.102 + RP.2013.12 du 18.7.2013 consid. 4.3.

de ce mandat, l'article 52 alinéa 1 EIMP prévoit une audition, laquelle peut s'avérer superflue si la personne a déjà été entendue au moment de son arrestation.

Le devoir d'informer l'individu est ainsi mis en œuvre par les cantons (police ou Ministère public) qui collaborent à la procédure d'extradition sur mandat de l'Office fédéral de la justice (art. 16 al. 1 EIMP). Les autorités cantonales sont alors chargées de vérifier son identité[1914], de lui notifier l'ordonnance d'arrestation provisoire ou le mandat d'arrêt et de l'informer des motifs pour lesquels son arrestation respectivement son extradition sont demandées. L'individu est également informé de ses droits d'obtenir l'assistance judiciaire, de se faire assister par un mandataire (art. 52 al. 1 EIMP), de faire avertir le poste consulaire compétent de son pays d'origine et de communiquer avec lui (art. 16 OEIMP). Lors de l'audition, l'autorité cantonale expose à l'extradable la procédure d'extradition dans une langue intelligible pour lui le cas échéant en étant assisté par un interprète. Il reçoit en outre un exposé de la procédure d'extradition dans une langue qu'il comprend (art. 17 OEIMP)[1915]. L'autorité cantonale informe également l'individu de la possibilité qu'il a d'accepter une extradition simplifiée et sur le sens et la portée de la règle de la spécialité (art. 38 EIMP). L'audition doit être consignée dans un procès-verbal (dont le contenu est réglé à l'article 18 OEIMP) dont l'individu doit prendre connaissance et qu'il doit signer. S'il refuse de signer, mention en est faite au procès-verbal qui doit également indiquer le motif du refus. Le devoir d'information doit être compris dans un sens large. Mais, il ne comporte pas l'obligation de renseigner de manière détaillée la personne poursuivie sur toutes les conséquences juridiques possibles de l'extradition, notamment de l'extension de celle-ci ou de la réextradition[1916], ni des clauses d'exclusion de l'extradition, en particulier de la possibilité de faire valoir un alibi au sens de l'article 53 EIMP[1917].

Lorsqu'il n'est pas procédé à l'audition lors de la notification du mandat d'arrêt, le droit d'être entendu est néanmoins assuré par les informations que doit contenir le mandat d'arrêt (art. 48 EIMP). Pour être valable, celui-ci doit en effet mentionner l'identité de la personne poursuivie et les faits qui lui sont reprochés (l'Office fédéral de la justice évoque au moins succinctement l'ensemble des accusations sur lesquelles l'Etat requérant fonde sa demande d'arrestation en vue d'extradition[1918]), la désignation de l'autorité qui demande l'arrestation, l'intention de l'Etat requérant de demander l'extradition ainsi que le droit de recours et le droit à l'assistance d'un mandataire. Dans la pratique, l'Office fédéral de la justice annexe également au mandat d'arrêt l'exposé de la procédure d'extradition (art. 17 OEIMP) et le formulaire d'assistance judiciaire. Ces indications et annexes remplissent l'obligation d'informer imposée à l'Office fédéral de la justice. Si la demande d'arrestation ou d'extradition est fondée après coup sur un nouveau chef d'accusation, l'Office fédéral de la justice décerne un nouveau mandat d'arrêt attaquable séparément[1919].

[1914] De simples différences dans la transcription d'un nom de famille ne suffisent pas pour admettre qu'il y a erreur sur la personne (Arrêt du TF 1A.272/2000 du 10.11.2000).
[1915] A ce propos, l'OFJ tient à disposition des autorités et de l'individu des exposés de la procédure d'extradition en langues allemande, française, italienne, anglaise et espagnole.
[1916] Arrêts du TF 1A.267/2004 du 4.2.2005 consid. 3 et 1A.136/1993 du 28.10.1993 consid. 2. Est réservé le cas où la personne a reçu à cet égard des assurances, qu'elle pourrait opposer de bonne foi à l'extension de l'extradition ou à la réextradition (Arrêt non publié du TF 1A.136/1993 du 28.10.1993 consid. 2).
[1917] Arrêt du TF 1A.47/2005 du 12.4.2005 consid. 2.1.
[1918] ATF 111 Ib 147 consid. 1, p. 148.
[1919] Arrêt non publié du TF AK 55/85 du 22.10.1985 consid. 3.

ac) Au stade du dépôt de la demande d'extradition

Les articles 52 et 55 EIMP exigent que, préalablement à la décision d'extradition, la demande d'extradition et les pièces à l'appui de celle-ci soient présentées à la personne poursuivie et à son mandataire pour l'exercice du droit d'être entendu. Si cette personne se trouve déjà en détention extraditionnelle, l'Office fédéral de la justice donnera mandat au canton de l'entendre sur la demande d'extradition en application de l'article 52 EIMP. Vu que le contenu de cette seconde audition est similaire à celle qui a eu lieu au moment de l'arrestation, certains points concernés par le devoir d'information sont superflus, comme l'information sur le droit de contacter la représentation consulaire. Mais il arrive que la personne n'ait pas encore été arrêtée en vue d'extradition. Si l'Office fédéral de la justice a l'intention de la faire arrêter, il chargera l'autorité cantonale de lui notifier simultanément le mandat d'arrêt et la demande d'extradition. L'audition servira aussi bien à informer la personne des motifs de son arrestation et de la demande d'extradition. Il n'y aura donc qu'une seule audition selon l'article 52 EIMP.

Lorsque le traité prévoit que l'Etat requérant doit joindre à la demande une traduction dans une des langues nationales de la Suisse, «la personne concernée ne peut exiger que cette traduction soit faite dans la langue qu'elle maîtrise; l'Office fédéral de la justice veille cependant à ce que la personne concernée dispose concrètement des moyens de comprendre la demande par exemple par l'intermédiaire de son mandataire»[1920].

ad) En cas de rejet de la demande de recherche ou d'extradition sans procédure

Dans l'hypothèse où la demande de recherche ou d'extradition de l'Etat requérant est manifestement irrecevable, les articles 17, alinéa 2, et 43 EIMP imposent à l'Office fédéral de la justice de rendre une décision d'irrecevabilité. En pratique, ce dernier informera l'Etat requérant de ce qu'il ne peut être fait suite à sa demande. La jurisprudence a précisé que la décision d'irrecevabilité devait être motivée, au sens de l'article 27 alinéa 5 EIMP, et notifiée à la personne dont l'extradition est sollicitée, à condition que cette dernière soit domiciliée ou qu'elle ait au moins élu domicile en Suisse (art. 80m al. 1 EIMP et art. 9 OEIMP). Dans ce cas, la personne poursuivie a un intérêt digne de protection à connaître l'existence et les motifs de la décision suisse d'irrecevabilité dans la perspective d'une éventuelle demande d'extradition ultérieure ou pendante dans un autre Etat. Elle sera en mesure, de la sorte, de produire les documents afférents à cette décision dans une procédure suisse ultérieure ou dans une procédure étrangère[1921].

Si la demande de recherche concerne une personne reconnue comme réfugiée en Suisse, l'Office fédéral de la justice communique au Secrétariat d'Etat aux migrations l'existence de cette demande. Le Secrétariat d'Etat aux migrations informera la personne de manière toute générale que la protection offerte par la reconnaissance du statut de réfugié ou l'asile se limite au territoire suisse. La personne ne reçoit de l'Office

[1920] ZIMMERMANN no 473, p. 478. Les avocats suisses sont censés connaître les langues officielles de la Confédération (arrêt du TF 1A.74/2000 du 8.3.2000 consid. 2a).
[1921] Arrêt du TPF RR.2010.146 + RP.2010.37 du 5.8.2010 consid. 1.3.2.

fédéral de la justice une information plus concrète sur l'existence d'une telle recherche que si la demande étrangère viole l'ordre public international[1922]. Quant au rejet de la demande d'extradition à l'encontre d'un réfugié reconnu en Suisse sans qu'une procédure n'ait eu lieu, celui-ci en sera averti en recevant une copie de la décision de refus adressée à l'Etat requérant.

b) Droit de s'exprimer

L'article 52 EIMP règle le droit de s'exprimer lors de la notification de l'ordonnance provisoire d'arrestation ou du mandat d'arrêt ainsi que de la demande d'extradition. En vertu de l'article 52 EIMP, l'autorité d'exécution entend l'individu brièvement sur sa situation personnelle, sa nationalité, ses rapports avec l'Etat requérant et avec la Suisse ainsi que sur ses objections éventuelles à la demande d'arrestation respectivement à la demande d'extradition. Le mandataire de la personne poursuivie peut participer à cette audition (art. 52 al. 2 EIMP). La portée de ce droit varie selon le stade de la procédure. Ainsi, lors de la notification de la demande d'extradition, l'article 52 EIMP est complété par l'article 55 alinéa 1 EIMP qui prévoit qu'un délai convenable soit accordé à la personne pour se déterminer.

ba) Avant et au stade de l'arrestation

Avant l'arrestation, la demande de recherche doit demeurer secrète comme on l'a vu ci-dessus. Dans l'hypothèse où l'individu devait exercer son droit d'accès et demander à l'Office fédéral de la justice de ne pas coopérer avec l'Etat requis sur la base de la demande de recherche, il pourra uniquement soulever des griefs et des moyens de preuve qui font apparaître la demande de recherche comme manifestement irrecevable. De telles exigences au droit de s'exprimer découlent de l'article 43 EIMP qui impose à l'Office fédéral de la justice de procéder à un examen d'office de la demande étrangère mais limité à la question de l'irrecevabilité manifeste (art. 17 al. 2 EIMP)[1923]. Au stade de l'arrestation, l'individu peut dans le cadre de l'audition selon l'article 52 EIMP ainsi que dans le cadre du recours contre son arrestation ou le mandat d'arrêt invoquer des griefs contre son arrestation. Il peut aussi faire valoir un alibi. S'agissant des griefs contre la demande d'extradition seuls seront recevables les allégations et les moyens de preuve qui font apparaître la demande d'extradition comme manifestement inadmissible.

bb) Au stade du dépôt de la demande d'extradition

La demande d'extradition sera présentée à l'individu (art. 52 EIMP) qui pourra accepter l'extradition ou s'y opposer. S'il s'oppose, il a «le droit de présenter à l'Office fédéral de la justice, avant que celui-ci ne statue, les motifs qui s'opposeraient (...) à son extradition»[1924]. Un délai convenable lui sera imparti à cette fin (cf. art. 55 al. 1 EIMP),

[1922] Arrêt du TPF RR.2010.146 + RP.2010.37 du 5.8.2010 consid. 1.3.2 avec renvoi à l'arrêt du TF 2A.212/2006 du 9.10.2006 consid. 4.2.
[1923] Arrêt du TPF RR.2010.146 + RP.2010.37 du 5.8.2010 consid. 1.3.3.
[1924] ZIMMERMANN no 473, p. 479.

qui est de quatorze jours mais prolongeable sur demande[1925]. «Dans le domaine de l'entraide, le droit d'être entendu n'exige pas que l'intéressé [soit entendu] de vive voix; une prise de position écrite suffit»[1926].

Si l'individu peut soulever des griefs et présenter des moyens de preuve à l'encontre de la demande d'extradition, son droit de s'exprimer n'est toutefois pas illimité.

S'agissant tout d'abord des griefs à l'encontre des conditions formelles et matérielles d'une extradition, il n'y a pas de place au doute ou à la vraisemblance: soit les conditions sont remplies, soit elles ne le sont pas et l'extradition est refusée.

Pour les motifs d'irrecevabilité, certains d'entre eux doivent être manifestement établis pour que l'extradition soit refusée. Tel est le cas pour la nature pénale de l'affaire, la prescription, le principe *ne bis in idem* et pour le cas bagatelle. Pour les autres motifs, à savoir le risque de violation des droits de procédure, le risque de poursuite ou de traitement discriminatoire, le risque de torture et de mauvais traitements ainsi que les allégations de violation des droits de la défense en cas de jugement par contumace, il suffira à l'extradable de rendre vraisemblable l'existence de l'un de ces obstacles à l'extradition. Lorsque l'individu a fait valoir des griefs de nature politique ou discriminatoire et que la procédure est pendante devant le Tribunal pénal fédéral en vertu de l'article 55 alinéa 2 EIMP, il peut prendre position sur la proposition de l'Office fédéral de la justice de rejeter le grief de délit politique ou de poursuite discriminatoire ainsi que sur tout nouveau fait allégué.

Si «l'Etat requérant demande l'audition en Suisse d'une personne dont l'extradition à cet Etat est imminente, l'Office fédéral [de la justice] peut, sans violer l'[article 52 alinéa 2] EIMP, renoncer à l'audition et procéder à l'extradition»[1927]. Si «le droit de l'Etat requérant donne à l'accusé le droit absolu de se taire et qu'il est dès lors impossible d'entendre la personne selon les formes prévues par l'[article 52 alinéa 3] EIMP, il suffit que cette personne ait eu connaissance de la demande d'extradition (...) et pu effectivement faire valoir ses objections éventuelles auprès de l'Office fédéral [de la justice], par l'intermédiaire de son mandataire, voire d'un tiers»[1928].

c) Droit de consulter le dossier

L'EIMP ne contient pas de disposition expresse qui règle le droit de consulter le dossier en matière d'extradition. Il y a lieu ainsi de se référer à la PA et plus particulièrement à ses articles 26 à 28. En outre, la jurisprudence applique l'article 80b alinéa 2 EIMP par analogie en matière d'extradition.

[1925] Il a p. ex. été jugé qu'un délai de dix jours n'est pas excessivement bref (arrêt non publié du TF 1A.167/1996 du 23.9.1996 consid. 2a).
[1926] ZIMMERMANN no 473, pp. 479 et 480; arrêt non publié du TF 1A.236/1998 du 25.1.1999 consid. 2a, se référant à l'ATF 122 II 464 consid. 4c, p. 469. Cf. aussi arrêt du TPF RR.2007.118 du 30.10.2007 consid. 3.
[1927] ZIMMERMANN note de bas de page no 2114, p. 479.
[1928] ZIMMERMANN no 477, p. 483. Arrêt non publié du TF 1A.258/1994 du 3.4.1995 consid. 4. Il s'agissait en l'occurrence du conjoint de l'extradé qui s'opposait à l'extension de l'extradition.

Le droit de consulter le dossier n'est pas absolu (art. 27 PA et 80b al. 2 EIMP)[1929]. Il est limité d'un point de vue temporel et matériel. Il est également plus ou moins étendu en fonction du stade de la procédure. Des intérêts publics importants ainsi que des intérêts de tiers peuvent encore restreindre le droit à la consultation du dossier (art. 28 PA).

Selon le stade de la procédure, le droit de consulter le dossier est plus ou moins limité dans la mesure où la personne poursuivie ne peut consulter le dossier au stade de la demande de recherche et d'arrestation car cela équivaudrait à porter à sa connaissance l'existence d'une demande de recherche. En soi, ce droit n'existe qu'au moment de l'arrestation. Mais même à ce stade de la procédure, il n'est pas illimité. Il est en effet restreint aux actes fondant le mandat d'arrêt. Si la personne demande la consultation d'autres actes, l'accès lui est refusé[1930]. Pour la procédure de recours contre le mandat d'arrêt, il suffit du point de vue de la garantie du droit d'être entendu que l'on assure à la personne poursuivie le droit de consulter les pièces sur lesquelles repose le mandat d'arrêt[1931]. Si le recourant a déjà reçu ces pièces, son droit a été satisfait. Au stade de la réception de la demande d'extradition, le droit de consulter le dossier est aussi limité aux actes qui doivent permettre à la personne poursuivie de pouvoir examiner si les conditions pour une extradition sont remplies[1932].

L'extradable n'a pas le droit de consulter le dossier après le prononcé de la décision d'extradition[1933]. «Exceptionnellement, l'accès au dossier est accordé après le dépôt du recours, en vue d'un complètement de celui-ci, pour autant que la partie fasse concrètement état de motifs, liés à une protection effective de ses droits, qui commanderaient de lui ménager cette possibilité»[1934]. Le droit de consulter le dossier est donc essentiellement exercé au cours d'une procédure. Mais le dossier peut aussi être consulté indépendamment de celle-ci. Tel est le cas pour le dossier d'une cause liquidée, à condition toutefois que le requérant fasse valoir un intérêt digne de protection. «L'accès au dossier archivé est supprimé ou limité dans la mesure où l'intérêt public ou l'intérêt prépondérant de tiers exige que tout ou partie des documents contenus dans le dossier soient tenus secrets[1935]. En pareille hypothèse, conformément au principe de la proportionnalité, est autorisé l'accès aux pièces dont la consultation ne compromet pas les intérêts en cause»[1936].

Le droit de consulter le dossier est ensuite limité d'un point de vue matériel aux actes mentionnés à l'article 26 PA à savoir ceux qui servent de moyens de preuve ou encore toutes les pièces décisives pour l'issue de la cause[1937]. En d'autres termes, il s'agit des pièces que l'autorité prend en considération pour fonder sa décision[1938]. Partant, il lui

[1929] ZIMMERMANN no 477, p. 483.
[1930] Arrêt non publié du TF 8G.49/1997 du 2.10.1997 consid. 2b. Cf. aussi arrêt du TPF RH.2013.9 du 6.11.2013 consid. 3.2.
[1931] Arrêts du TF 8G.37/2001 du 26.7.2001 consid. 2a et 2b et 8G.18/2000 du 13.4.2000 consid. 1b.
[1932] Arrêts du TF 8G.37/2001 du 26.7.2001 consid. 2a et 2b et 8G.18/2000 du 13.4.2000 consid. 1b.
[1933] Arrêt non publié du TF 1A.229/1999 du 19.11.1999 consid. 2b.
[1934] ZIMMERMANN no 479, p. 487; arrêt du TF 1A.149/1999 du 9.9.1999 consid. lb; arrêt non publié du TF 1A.131/1999 du 26.8.1999 (entraide) consid. 1;
[1935] ZIMMERMANN no 481, p. 489; ATF 127 I 145 consid. 4a, p. 151, 125 I 257 consid. 3b, p. 261 et 122 I 153 consid. 6a, p. 161.
[1936] ATF 125 I 257 consid. 3b, p. 261 et 122 I 153 consid. 6a, p. 161.
[1937] Arrêts du TF 1A.19/2005 du 17.2.2005 consid. 14.2, 1A.121/2004 du 15.6.2004 consid. 2.4, 8G.37/2001 du 26.7.2001 consid. 2b et 1A.215/2000 du 16.10.2000 consid. 2a.
[1938] ATF 132 V 387 consid. 3.2, p. 389.

est interdit de se référer à des pièces dont les parties n'ont eu aucune connaissance[1939]. La consultation des pièces non pertinentes pouvant *a contrario* être refusée[1940]. Si l'acte dont la consultation est demandée n'est de nature à fonder aucune décision de la part de l'Office fédéral de la justice, il n'est dès lors pas couvert par le droit de consulter le dossier au sens de l'article 26 alinéa 1 lettres a, b et c PA[1941]. Le droit d'être entendu englobe notamment la consultation de la demande et de ses annexes[1942]. La consultation de pièces qui ne concernent pas le titulaire du droit peut être refusée[1943], en particulier les actes qui concernent des tiers sans rapport avec la personne concernée ou les procédures d'extradition de tiers[1944]. A moins que la loi ne le prévoie[1945], les actes internes de l'administration, à savoir les projets, les demandes, les notices, les notices d'aide, les notices téléphoniques, les copies de courriels, les co-rapports, les exemples de formulaires, les fiches de transmission, les aides-mémoires ou des informations qui n'ont pas de caractère de preuve pour le traitement du cas, mais qui servent exclusivement à la formation de l'opinion interne et par là ne servent qu'à l'usage interne à l'administration, ne peuvent être consultés[1946]. Les communications, lettres et notes envoyées par l'administration à des tiers tombent par contre sous le droit de consulter le dossier[1947].

Les articles 27 PA et 80b alinéa 2 EIMP permettent à l'autorité de refuser la consultation de pièces si des intérêts publics ou privés[1948] importants exigent que le secret soit gardé. Ce qui est déterminant, ce n'est pas la classification de l'acte mais bien son importance objective comme moyen de preuve ou pour établir le cas d'espèce ainsi que sa pertinence sur l'issue de la procédure. Même la notion d'«intérêts importants» selon l'article 27 PA doit être interprétée concrètement[1949]. Toutefois, selon l'article 28 PA, une pièce dont la consultation a été refusée à la partie ne peut être utilisée à son désavantage que si l'autorité lui en a communiqué, oralement ou par écrit, le contenu essentiel se rapportant à l'affaire et lui a donné en outre l'occasion de s'exprimer et de fournir des contre-preuves. Ainsi, lorsque le droit de consulter les prises de position du Département fédéral des affaires étrangères n'est pas donné, il suffit que l'essentiel du contenu ait été porté à la connaissance de l'individu et que celui-ci ait pu présenter des contre-preuves[1950].

Lorsque la personne poursuivie exige la consultation complète des actes, l'autorité doit soit le lui garantir, soit motiver dans quels actes et pour quels motifs ce droit ne peut être garanti. La simple indication que le reste des actes n'est pas pertinent ne suffit pas comme justification, car l'individu doit pouvoir s'exprimer sur la question de savoir si les actes sont essentiels et ainsi pouvoir attaquer la qualification faite par l'Office fédéral

[1939] Arrêt du TF 1A.247/2000 du 27.11.2000 consid. 3a; arrêts non publiés du TF 1A.68/1999 du 2.11.1999 consid. 3a et 1A.357/1996 du 30.9.1997 consid. 3b.
[1940] Arrêt du TF 1A.56/2003 du 25.4.2003 consid. 2; ATF 121 I 225 consid. 2a, p. 227.
[1941] Arrêt du TPF RR.2009.237 + RP.2009.32 du 6.8.2009.
[1942] Arrêt non publié du TF 1A.47/1997 du 16.4.1997 consid. 2c) aa).
[1943] ATF 1A.149/1999 du 9.9.1999 consid. 4b; arrêt du TF 1A.40/1994 du 22.6.1994 consid. 3b; arrêts du TPF RR.2008.144 du 19.8.2008 consid. 3 et RR.2007.14 du 25.4.2007 consid. 3.2
[1944] Arrêt du TF 1A.13/2006 du 9.2.2006 consid. 5.3.
[1945] ATF 125 II 473 consid. 4a, p. 474.
[1946] Arrêt du TPF RR.2008.144 du 19.8.2008 consid. 3.2 et 3.3; arrêt du TF 1A.88/1990 du 3.5.1990 consid. 2c.
[1947] Arrêt non publié du TF 1A.157/1995 du 13.3.1996 consid. 1b.
[1948] Arrêt du TPF RR.2008.144 du 19.8.2008 consid. 3.2.
[1949] Arrêt non publié du TF 1A.157/1995 du 13.3.1996 consid. 1b.
[1950] Arrêts du TPF RR.2014.328 du 23.4.2015 consid. 4.3 et RR.2011.180 + 214 du 29.11.2011 consid. 2.1; arrêt du TF 1A.184/1995 du 26.1.1996 consid. 3b.

de la justice[1951]. Si l'accès aux actes doit être restreint, il y a lieu d'examiner si le même but ne peut pas être atteint par des mesures moins incisives que le refus comme le caviardage de certains passages ou l'omission de la mention de certains actes dans le bordereau[1952]. Si l'accès aux actes est refusé, les informations qui y sont contenues ne peuvent être employées au détriment du justiciable que si celui-ci a pu obtenir connaissance de leur contenu essentiel se rapportant à l'affaire et a eu l'occasion de se prononcer à leur sujet (art. 38 PA)[1953].

d) Droits de participer, de faire administrer et de s'exprimer sur le résultat de l'administration des preuves

Le droit d'être entendu réservé par l'article 29 Cst. ne peut précisément être exercé que sur les éléments qui sont déterminants pour décider de l'issue du litige. Il est ainsi possible de renoncer à l'administration de certaines preuves offertes, notamment lorsque le fait à établir résulte déjà de constatations ressortant du dossier ou lorsqu'il est sans importance pour la solution du cas[1954]. Ce refus d'instruire ne viole le droit d'être entendu que si l'appréciation anticipée de la pertinence du moyen de preuve offert, à laquelle le juge a ainsi procédé, est entachée d'arbitraire[1955].

En matière d'extradition, l'offre et l'administration des preuves sont réglées de manière stricte. En principe, les questions de faits et de culpabilité ne sont pas examinées en matière d'extradition, sous réserve de l'alibi ou en cas de lacunes, d'erreurs et de contradictions manifestes dans l'exposé des faits. La question de l'offre et de l'administration de preuves acquiert par contre toute son importance s'agissant du grief de délit politique et de poursuite discriminatoire. Contrairement à ce qui se passe en matière d'alibi, l'extradé n'est pas limité dans ses moyens de preuve. En outre, si la personne poursuivie peut indiquer des circonstances concrètes ou des documents d'où ressort un soupçon de poursuite discriminatoire, l'Office fédéral de la justice a l'obligation de procéder à des vérifications. Il en va de même s'agissant de la question du risque de torture[1956]. Quand l'Office fédéral de la justice procède à des vérifications auprès de l'Etat étranger en lui posant des questions, l'individu ne peut participer à la formulation des questions car il appartient en premier lieu à l'Office fédéral de la justice de s'assurer que les conditions à une extradition sont remplies. L'Office fédéral de la justice peut néanmoins lui adresser copie des questions adressées à l'Etat étranger et satisfaire ainsi au droit d'être entendu de la personne en l'informant de ses démarches et de leur contenu. Enfin, lorsque l'Office fédéral de la justice demande à des autorités suisses ou étrangères de prendre position sur des questions ou les allégations de l'extradable, il devra avant qu'il ne statue donner l'occasion à l'individu de prendre position sur la réponse si celle-ci peut influer sur la décision. Si l'Office fédéral de la justice ne respecte pas le droit d'être entendu, cela ne signifie pas encore que celui-ci a

[1951] Arrêts du TF 8G.37/2001 du 26.7.2001 consid. 2a et 2b et 8G.18/2000 du 13.4.2000 consid. 1b.
[1952] Arrêt non publié du TF 1A.157/1995 du 13.3.1996 consid. 1b.
[1953] Arrêt du TPF RR.2013.42 + RP.2013.5 du 7.5.2013 consid. 2.1.
[1954] Arrêt du TPF RR.2010.132 + RP.2010.31 du 4.10.2010 consid. 3.2.
[1955] Arrêt du TPF RR.2013.373 + RR.2014.23 – RP.2014.2 + RP.2014.3 du 25.2.2014 consid. 4.2.1.
[1956] Arrêts du TF 1A.129/2004 et 1A.131/2004 du 8.7.2004 consid. 3.4.

été violé: il faut que l'individu démontre en quoi lesdites pièces ont été utilisées en sa défaveur respectivement qu'elles ont été décisives pour l'issue de la cause[1957].

e) Droit à une décision motivée et à l'indication des voies de recours

En vertu de l'article 29 alinéa 2 Cst., l'autorité doit examiner de manière effective avec soin et sérieux les allégations de l'individu et les prendre en compte dans sa décision[1958]. Le droit d'être entendu garantit donc aux parties le droit de recevoir les décisions qui les concernent notamment en vue de l'exercice du droit de recours[1959]. L'autorité indique dans son prononcé les motifs qui la conduisent à sa décision. Elle n'est pas tenue de discuter de manière détaillée tous les arguments soulevés par les parties, ni n'est astreinte à statuer séparément sur chacune des conclusions qui lui sont présentées. Elle peut se limiter à l'examen des questions décisives pour l'issue du litige. Il suffit que le justiciable puisse apprécier correctement la portée de la décision et l'attaquer à bon escient. Dans un arrêt récent, le Tribunal pénal fédéral a jugé que l'Office fédéral de la justice avait violé le droit d'être entendu du recourant en n'ayant pas motivé sa décision sur l'existence ou non de tortures ou de mauvais traitements. Il s'agissait d'une personne ayant obtenu une protection provisoire dans un Etat tiers et qui avait été arrêtée en Suisse en vue de son extradition à son pays d'origine. La personne prétendait avoir été victime de torture lors d'une garde à vue. Le Tribunal pénal fédéral a annulé la décision et invité l'Office à rendre une nouvelle décision après avoir interpellé l'Etat requérant et/ou fait examiner le recourant par un médecin[1960]. L'adoption en matière d'extradition de critères d'évaluation des risques et de crédibilité présente donc l'avantage indéniable de permettre aux autorités compétentes en matière d'extradition de procéder à une analyse la plus exhaustive possible de la situation de la personne et de donner plus de poids à leurs décisions.

Dans sa décision, l'autorité d'exécution ou de recours indique les bases sur lesquelles elle accorde ou refuse la coopération. Elle se prononce, même succinctement, sur les objections soulevées par les parties. Il ne lui est pas permis de se borner à indiquer par exemple que la condition de la double incrimination serait réalisée ou que la prescription ne serait pas acquise. «Il lui faut évoquer à cet égard, de manière minimale, les éléments de droit qui la conduisent à cette solution»[1961]. «Pour le surplus, un éventuel défaut de motivation de la décision rendue par l'autorité d'exécution est remédiable dans la procédure de recours»[1962].

Selon l'article 22 EIMP, les décisions et prononcés rendus par les autorités fédérales et cantonales indiquent les voies de droit, l'autorité et le délai de recours. Cette règle vaut pour toutes les décisions qu'elles soient finales ou incidentes. L'omission de l'indication des voies de droit ne porte pas préjudice au justiciable qui ne doit pas davantage pâtir d'une indication fausse, inexacte ou incomplète. Un tel défaut ne porte cependant pas à conséquence lorsque le destinataire de la décision a pu agir à temps ou était en mesure

[1957] Arrêt du TPF RR.2013.42 + RP.2013.5 du 7.5.2013 consid. 2.2.
[1958] Arrêt du TPF RR.2007.55 du 5.7.2007 consid. 4.2.
[1959] ATF 124 II 124 consid. 2a p. 127; ZIMMERMANN no 486, p. 492.
[1960] Arrêt du TPF RR.2016.27 + RR.2016.9 + RP.2016.7 du 22.3.2016 consid. 7.3.
[1961] ZIMMERMANN no 486, pp. 492 et 493.
[1962] ZIMMERMANN no 486, p. 493.

de le faire. Le recours déposé tardivement sur la base d'une indication erronée est recevable. «L'obligation d'indiquer les voies et délais de recours n'inclut pas celle de signaler la règle de l'[article 12 alinéa 2] EIMP, selon laquelle les délais ne sont pas suspendus pendant les féries fédérales et cantonales»[1963].

22.4 Droit d'être entendu en phase de recours

L'extradable se verra octroyer un droit d'être entendu sous la forme d'un droit de réplique sur les réponses des autorités à son recours. Les exigences minimales déduites des articles 29 et 30, alinéa 1, PA n'impliquent pas le droit de s'exprimer oralement devant l'autorité appelée à statuer[1964]. Dès lors, l'extradable ne peut en principe exiger qu'il soit entendu personnellement par le Tribunal pénal fédéral ou le Tribunal fédéral appelés à statuer sur son recours

En outre, en cas de recours au Tribunal fédéral, l'extradable sera aussi tenu d'indiquer les raisons pour lesquelles le cas est particulièrement important (art. 84 LTF).

Pour la saisie de la Cour européenne des droits de l'homme et du Comité des Nations Unies contre la torture, l'extradable devra aussi satisfaire, comme on l'a déjà vu, aux conditions posées pour le dépôt du recours. Il aura la possibilité de prendre position sur les réponses de la Suisse à ses allégations. Il pourra prendre part à des débats devant la Cour européenne des droits de l'homme (art. 64 du Règlement). De son côté, le Comité des Nations Unies contre la torture peut inviter le requérant ou son représentant ainsi que les représentants de l'Etat partie intéressé à se présenter devant lui à des séances privées déterminées pour lui fournir des éclaircissements (art. 117 du Règlement intérieur).

Chapitre 23 Devoir de collaboration

23.1 Généralités

En procédure administrative, c'est en principe la maxime inquisitoire qui prévaut concernant la constatation des faits et l'administration des preuves. En d'autres termes, c'est à l'autorité qu'il incombe d'établir les faits et d'administrer les preuves avec comme corollaire que les administrés sont tenus de collaborer. Le devoir de collaboration poursuit l'objectif de décharger les autorités et de permettre une issue rapide et efficiente de la procédure, ce qui est aussi dans l'intérêt des parties[1965]. En règle générale le devoir de collaboration incombe à l'administré. Il arrive néanmoins qu'une telle obligation soit imposée à un Etat comme c'est le cas en matière d'extradition ou devant la Cour européenne des droits de l'homme et le Comité des Nations Unies contre la torture.

[1963] ZIMMERMANN no 489, pp. 495 et 496.
[1964] Arrêt du TPF RR.2014.230 du 29.9.2014 consid. 6. Cf. aussi arrêts du TPF RR.2015.176 + RR.2015.212 + RP.2015.38 du 20.11.2015, RR.2015. 252 + RP.2015.51 du 28.10.2015, RR.2015.256 du 20.10.2015, RR.2014.318 du 5.3.2015, RH.2014.11 + RP.2014.61 du 28.8.2014 et RR.2011.91 + RR.2011.89 + RP.2011.15 + RP.2011.14 du 4.7.2011.
[1965] AUER no 1, p. 224.

La PA contient une disposition sur le devoir de collaboration. Il s'agit de l'article 13 PA. Selon l'alinéa 1 de cette disposition, «[l]es parties sont tenues de collaborer à la constatation des faits: a. dans une procédure qu'elles introduisent elles-mêmes; b. dans une autre procédure, en tant qu'elles y prennent des conclusions indépendantes; c. en tant qu'une autre loi fédérale leur impose une obligation plus étendue de renseigner ou de révéler». L'alinéa 2 de l'article 13 PA prévoit la sanction en cas de refus de collaborer: «[l]'autorité peut déclarer irrecevables les conclusions prises dans une procédure au sens de l'[alinéa 1 lettre a ou b de l'article 13 PA], lorsque les parties refusent de prêter le concours nécessaire qu'on peut attendre d'elles». L'article 13 alinéa 1 PA repose sur l'idée que l'établissement des faits ne doit pas être à la seule charge de l'autorité lorsque la procédure a été introduite par l'administré ou lorsque ce dernier prend des conclusions indépendantes[1966]. Au rang des devoirs de collaboration des parties on trouve l'obligation d'informer, l'obligation de remettre des actes et l'obligation de tolérer des visites des lieux[1967]. L'article 13 PA ne prévoit toutefois pas d'obligation générale de collaborer à la constatation des faits. Il ne prescrit ce devoir que dans certaines procédures bien déterminées.

L'administré peut aussi se voir imposer une obligation de collaborer en vertu du principe de la bonne foi[1968]. Il a ainsi une obligation de collaborer à l'établissement des faits même en l'absence d'une base légale expresse lorsqu'il a un accès aux faits plus aisé que l'autorité. L'administré doit en particulier indiquer aux autorités les faits qui ne sont pas facilement accessibles. «Ainsi, il doit par exemple produire d'éventuels moyens de preuve ou fournir des informations lorsque l'autorité ne peut que difficilement établir certains faits. Dès lors, la partie qui, sans excuse valable, omet d'indiquer en temps utile des faits dont elle a connaissance doit en subir les conséquences»[1969]. Enfin, l'obligation de motiver un recours s'apparente aussi au devoir collaborer. Aux obligations de collaborer correspond le devoir d'information des autorités. Celles-ci doivent informer l'individu sur ses obligations de collaborer et en particulier sur les moyens de preuve qui doivent être fournis de manière à ce que les personnes sachent qu'il s'agit d'un fait décisif[1970].

[1966] AUER no 17, p. 228: «Die Mitwirkungsrecht der Parteien kommt erst zum Tragen, wenn sie mit eigenen Anträgen ihre Interessen an einem bestimmten Verlauf oder Ausgang des Verfahrens manifestieren». Cf. aussi KRAUSKOPF/EMMENEGGER/BABEY no 15, p. 299
[1967] KÖLZ/HÄNER/BERTSCHI no 463, p. 162.
[1968] AUER no 13, p. 227; KRAUSKOPF/EMMENEGGER/BABEY nos 35ss, pp. 299ss.
[1969] Manuel SEM, Article B3, p. 6.
[1970] KÖLZ/HÄNER/BERTSCHI no 466, p. 163.

23.2 Devoir de collaboration en procédure d'asile

23.2.1 Bases légales

En matière d'asile, la maxime inquisitoire «est précisée par une règle spéciale de la LAsi qui veut que ce soit au requérant d'asile de prouver — ou du moins de rendre vraisemblable — qu'il est un réfugié. Par cette première disposition générale, la loi sur l'asile s'écarte assez fortement de la maxime inquisitoriale habituellement applicable en procédure administrative»[1971]. Ainsi, dans le cadre de l'établissement des faits, le requérant d'asile est soumis à une obligation de collaborer décrite de manière détaillée dans la LAsi et, par renvoi, dans la PA (art. 8 LAsi et 13 PA).

L'article 8 LAsi circonscrit le devoir de collaboration du requérant d'asile. Cette disposition reprend et concrétise par des prescriptions détaillées l'article 13 alinéa 1 PA en imposant au requérant une obligation de collaborer plus étendue. Il s'agit d'un cas typique d'application de l'article 13 alinéa 1 lettre c PA. L'article 8 LAsi ne constitue dès lors pas une *lex specialis* par rapport à l'article 13 alinéa 1 lettre c PA mais n'en est qu'une concrétisation, raison pour laquelle les deux dispositions sont applicables sous réserve de l'article 32 alinéa 2 PA[1972]. L'obligation de collaborer instituée par la LAsi ne décharge toutefois pas les autorités compétentes de leurs responsabilités d'instruire et d'établir les faits[1973].

Le devoir de collaboration concerne aussi bien la qualité de réfugié invoquée que d'éventuels obstacles au renvoi. En outre, il appartient au requérant d'asile de renverser la présomption qu'un Etat d'origine ou de provenance ou qu'un Etat tiers est sûr pour s'opposer à un refoulement.

Si le requérant d'asile manque à son devoir de collaboration, il en découle un certain nombre de conséquences importantes notamment le classement de sa demande (art. 8 al. 3bis LAsi). «L'obligation de collaborer — notamment en apportant directement la preuve de certains faits — est donc particulièrement importante en matière d'asile»[1974]. Même si le défaut de collaboration n'aboutit pas à une décision de classement, il pourrait néanmoins affaiblir le «"degré de vraisemblance des déclarations du requérant" et aurait donc tout de même des conséquences sur l'appréciation de la demande d'asile par l'autorité»[1975].

[1971] MATTHEY (2012), p. 79.
[1972] L'article 32 al. 2 PA prévoit que l'autorité «peut prendre en considération des allégués tardifs s'ils paraissent décisifs.».
[1973] «La loi sur l'asile institue donc une obligation de collaborer particulièrement accrue et intense. Mais ces diverses obligations de collaborer imposées au requérant d'asile ne sauraient décharger l'autorité de sa responsabilité et de sa tâche d'établissement des faits. En outre, dans la mesure où cela est nécessaire à l'établissement des faits et que le requérant d'asile n'a pas violé son obligation de collaborer, [le Secrétariat d'Etat aux migrations] est tenu d'entreprendre d'autres mesures d'instruction» (MATTHEY [2012]), p. 80 avec les renvois à la doctrine). Cf. aussi MATTHEY, art. 8 LAsi, no 2, p. 82.
[1974] MATTHEY (2012), p. 85.
[1975] MATTHEY (2012), pp. 84 et 85.

23.2.2 Portée du devoir de collaboration

L'article 8 LAsi énumère divers aspects de l'obligation de collaborer en procédure d'asile. Il s'agit de l'obligation de décliner son identité (art. 8 al. 1 let. a LAsi), de remettre ses documents de voyage et ses pièces d'identité (art. 8 al. 1 let. b LAsi), d'exposer ses motifs d'asile lors de l'audition (art. 8 al. 1 let. c LAsi), de désigner de façon complète les moyens de preuve et de les fournir (art. 8 al. 1 let. d LAsi), de collaborer à la saisie des données biométriques (art. 8 al. 1 let. e LAsi), de traduire sur requête des autorités des documents rédigés dans une langue étrangère (art. 8 al. 2 LAsi), de se tenir à disposition des autorités (art. 8 al. 3 LAsi) et de collaborer à l'obtention de documents de voyage après une décision de renvoi exécutoire (art. 8 al. 4 LAsi).

Pour la présente étude, ce sont surtout l'obligation d'exposer les motifs d'asile lors de l'audition (art. 8 al. 1 let. c LAsi) et l'obligation de désigner de façon complète les moyens de preuve et de les fournir (art. 8 al. 1 let. d LAsi) qui seront examinées.

a) Obligation d'exposer ses motifs d'asile lors de l'audition

L'article 8 alinéa lettre c LAsi vise l'audition sur les motifs d'asile de l'article 29 LAsi[1976]. Selon l'article 29 alinéa 1 LAsi, le Secrétariat d'Etat aux migrations entend le requérant sur ses motifs d'asile. Lors de cette audition, le requérant doit exposer toutes les raisons qui l'ont incité à demander l'asile[1977]. Il y a certes violation de l'obligation de collaborer lorsque le requérant refuse de répondre à certaines questions, mais, selon la jurisprudence, cette obligation exige également que le requérant donne des indications complètes et véridiques sur les faits pertinents[1978]. En vertu de l'article 32 alinéa 2 PA, «l'autorité peut prendre en considération des allégués tardifs invoqués pour la première fois après l'audition sur les motifs d'asile, s'ils paraissent décisifs. Il s'agit d'une règle impérative de procédure administrative»[1979].

b) Obligation de désigner de façon complète les moyens de preuve et de les fournir

Selon l'article 8 alinéa 1 lettre d LAsi, le requérant «doit désigner de façon complète les éventuels moyens de preuve [p. ex. acte d'accusation, jugement, ordre de marche, rapports médicaux ou articles de journaux] dont il dispose et les fournir sans retard, ou s'efforcer de se les procurer dans un délai approprié, pour autant qu'on puisse raisonnablement l'exiger de lui» [1980]. Le requérant est donc tenu de fournir les moyens de preuve qui sont déjà en sa possession. Il doit également entreprendre les démarches nécessaires pour se procurer les documents qui lui sont accessibles[1981]. L'autorité ne

[1976] MATTHEY (2012), art. 8, no 14, p. 86; SFH, p. 300, et Manuel OSAR 2016, p. 291.
[1977] L'audition sommaire effectuée au CEP ne constitue pas une audition au sens de l'art. 8 al. 1 let. c LAsi, il s'ensuit que «le requérant n'est pas obligé d'y donner des informations complètes. Toutefois, sous l'angle de la vraisemblance, les autorités sont en droit d'attendre du requérant qu'il indique déjà à ce stade de la procédure tous les motifs importants l'ayant incité à quitter son pays» (Manuel SEM, Article B3, p. 6).
[1978] JICRA 1995/18 consid. 3a et 3b.
[1979] Manuel SEM, Article B3, p. 6.
[1980] Manuel SEM, Article B3, p. 7.
[1981] Si le requérant «ne parvient pas à réunir ces moyens de preuve, en dépit d'efforts sincères dûment prouvés, l'on ne peut parler de violation de l'obligation de collaborer. Quant aux moyens de preuve produits tardivement, par exemple au

peut exiger la production d'un moyen de preuve que lorsque le requérant a la possibilité de le produire et pour autant qu'on puisse raisonnablement l'exiger de lui[1982].

Le requérant a la possibilité de prouver un fait lorsqu'un moyen de preuve fiable doit exister. Ainsi, les actes judiciaires se rapportant à une procédure pénale (citations à comparaître devant un tribunal, actes d'accusation ou jugements) peuvent être exigés s'il est notoire que dans l'Etat en question de tels documents existent. La production de tels moyens de preuve est considérée comme raisonnablement exigible lorsque ceux-ci peuvent être obtenus sans difficulté particulière dans le pays concerné. L'obtention d'un moyen de preuve n'est pas considérée comme raisonnablement exigible lorsque pour se le procurer le requérant devrait inciter des personnes à agir illégalement (not. en ayant recours à la corruption) ou à s'exposer à un danger concret (p. ex. à une persécution réfléchie ou par effet-réflexe)[1983].

«Si l'obtention de moyens de preuve existants n'est pas possible ou n'est pas raisonnablement exigible, le requérant d'asile se voit tout de même reconnaître la qualité de réfugié lorsque, conformément à l'article 7 LAsi, [il] la rend vraisemblable, c'est-à-dire [s'il] réussit à convaincre l'autorité que les évènements se sont vraisemblablement passés comme il l'affirme. En cas d'incertitude, l'autorité compétente peut le cas échéant s'efforcer de se procurer elle-même les moyens de preuve nécessaires par le biais de la représentation suisse dans le pays d'origine du requérant d'asile. Ce dernier est toutefois tenu de fournir toute information permettant de guider l'autorité dans ses recherches»[1984].

Ce qui a été dit ci-dessus vaut également pour les obstacles à l'exécution du renvoi[1985].

23.2.3 Violation du devoir de collaboration

Viole son obligation de renseigner le requérant qui refuse d'exposer toutes les raisons qui l'ont incité à demander l'asile, qui cache des faits pouvant être prouvés, qui tait sciemment des faits déterminants pour la décision sur la demande d'asile (par ex. le fait d'avoir séjourné préalablement dans un pays tiers[1986] ou d'avoir déjà déposé une autre demande d'asile ou d'avoir obtenu l'asile dans un Etat tiers) ou qui fournit des documents faux ou falsifiés. «Une violation grave du devoir de collaboration ne peut être retenue que lorsque, par son comportement, le demandeur a empêché la réalisation d'un acte de procédure déterminé qui avait été concrètement prévu; l'impossibilité purement théorique d'accomplir un acte administratif ne suffit pas»[1987]. «Un demandeur d'asile doit prendre les dispositions nécessaires pour être en mesure d'avoir connaissance d'éventuelles convocations des autorités. Il a en particulier l'obligation de s'informer sur le sens et la portée des documents officiels et de donner suite à une

moment du dépôt d'un recours, ils doivent être pris en considération s'ils sont décisifs pour l'issue de la cause» (Manuel SEM, Article B3, p. 7).
[1982] Manuel SEM, Article B3, p. 7.
[1983] Manuel SEM, Article C5, p. 5 et KÄLIN (1990), p. 295.
[1984] Manuel SEM, Article B3, p. 7.
[1985] STÖCKLI no 11.148, p. 568.
[1986] JICRA 1995/18 consid. 3a.
[1987] JICRA 2001/19 regeste et consid. 4a.

convocation à une audition»[1988]. S'il s'en abstient et ne se présente pas à la convocation, il y a lieu d'admettre qu'il a manqué à son obligation de collaborer.

Bien entendu, il n'y a violation de l'obligation de collaborer que si la collaboration est possible et qu'elle peut être raisonnablement exigée du requérant d'asile. La violation de l'obligation de collaborer est imputable à faute lorsque le comportement (acte ou omission) du requérant ne peut raisonnablement s'expliquer au regard de son âge, de sa formation professionnelle et de son statut social. Dès lors, il n'y a pas violation de l'obligation de collaborer lorsque le requérant n'allègue pas au cours de son audition avoir été torturé dans son pays d'origine si ce comportement s'explique par le traumatisme qu'il a subi. De même si l'intéressé est incapable au cours d'une audition intervenant en début de procédure de décrire la persécution subie en raison des événements traumatisants qu'il a vécus[1989]. «En vertu du principe de l'obligation de collaborer, on peut toutefois attendre du requérant qu'il indique à l'autorité les motifs de son incapacité»[1990]. Les circonstances concrètes du cas particulier (p. ex. une prise en charge psychiatrique) permettront d'apprécier la crédibilité du requérant. Aucune règle générale et abstraite ne permet cependant de dire quand on peut attendre du requérant qu'il s'exprime et quand on peut admettre une «allégation tardive». Un blocage total est cependant assez rare. Lorsqu'il est établi sur la base des certificats médicaux fournis qu'un requérant d'asile souffre de troubles psychotiques chroniques, le fait que celui-ci n'a pas allégué lors de l'audition au CEP avoir subi une torture ne saurait en principe prévaloir à son désavantage dans l'appréciation de la vraisemblance de ses allégations[1991]. Il n'y a pas violation de l'obligation de collaborer lorsque le requérant ne révèle pas dès le début aux autorités d'asile son appartenance à un groupement politique, parce qu'il a des craintes pour le sort de ses proches restés au pays. «L'invocation tardive de motifs d'asile peut, suivant les cas, mettre en cause leur vraisemblance ou, au contraire, se justifier dans certaines circonstances particulières»[1992]. «L'obligation de collaborer n'est pas violée lorsque le requérant a été empêché de s'en acquitter sans sa faute. Cela peut être le cas lorsque le manquement est dû à une attitude coupable de tierces personnes»[1993], par exemple lorsque la direction d'un foyer ne remet pas à l'intéressé une convocation à une audition ou en cas d'accident ou de maladie de l'intéressé[1994]. Enfin, aucune faute ne peut être reprochée à un requérant pouvant démontrer qu'il s'est efforcé, mais sans succès, de se procurer des moyens de preuve ou des documents de voyage ou qui refuse de donner des renseignements pouvant mettre en danger des membres de la famille ou des tiers[1995].

Les conséquences de la violation de l'obligation de collaborer dépendent du genre et de la gravité de la faute du requérant. Elle peut aboutir au classement de la demande, à l'affaiblissement de la crédibilité ou à des mesures de contrainte[1996].

[1988] Manuel SEM, Article B3, p. 8 et JICRA 2003/22 consid. 4a-b.
[1989] Manuel SEM, Article B3, p. 8.
[1990] Manuel SEM, Article B3, p. 8.
[1991] JICRA 1996/17 consid. 5.
[1992] JICRA 1998/4 regeste et consid. 5a.
[1993] Manuel SEM, Article B3, p. 8.
[1994] Manuel SEM, Article B3, p. 8. Cf. JICRA 2003/22 (malentendu lié au mode de remise de la convocation).
[1995] Manuel OSAR, p. 157; JICRA 1998/4 consid. 5a.
[1996] «[L]a violation de l'obligation de collaborer ne justifie pas toujours une décision d'irrecevabilité; elle peut aussi nuire à la crédibilité du requérant d'asile. C'est le cas par exemple lorsqu'un requérant d'asile ne fait pas traduire dans une langue officielle des documents demandés. Dans un tel cas, l'autorité statuera en l'état du dossier en considérant le fait comme non prouvé. Par ailleurs, une violation de l'obligation de collaborer peut aussi donner lieu à des mesures de

Selon l'article 8 alinéa 3bis LAsi, «le requérant qui, sans raison valable, ne respecte pas son obligation de collaborer ou ne se tient pas à la disposition des autorités compétentes en matière d'asile pendant plus de vingt jours renonce [*de facto*] à la poursuite de la procédure. Sa demande est classée sans décision formelle. Il peut déposer une nouvelle demande au plus tôt après trois ans. Le respect de la [Convention de 1951] est réservé». Selon le Secrétariat d'Etat aux migrations, «[i]l s'agit ici de sanctionner le comportement d'un requérant qui, en violant son devoir de collaborer à l'établissement des faits, démontre qu'il n'a pas d'intérêt à la poursuite de la procédure et qu'il n'a pas besoin de la protection de la Suisse. La [décision] de NEM pour violation grave du devoir de collaborer étant abolie (ancien art. 32 al. 2 let. c LAsi), elle a été remplacée par une décision matérielle (cf. art. 36 al. 1 let. c LAsi en relation avec l'art. 31a al. 4 LAsi). Si le [Secrétariat d'Etat aux migrations] arrive à la conclusion qu'il y a bel et bien violation de l'obligation de collaborer, il va classer la demande du requérant. Ce classement n'a pas d'autorité de chose décidée. Si le requérant entend le remettre en cause, il lui appartient d'agir par le biais d'une demande de réouverture de la procédure» [1997]. La lourde sanction de procédure que représente la décision de classement ne doit être appliquée qu'avec une grande retenue et ne se justifie qu'en cas d'accumulation de tromperies qui empêchent effectivement l'établissement des faits[1998]. Par contre, lorsqu'il ne donne que des informations vagues ou insuffisamment concrétisées, le requérant ne viole pas son obligation de collaborer, mais ne rend pas ses allégations vraisemblables.

Selon le type de procédure, le requérant ne se trouvera pas seulement dans l'obligation de prouver ou de rendre vraisemblable sa qualité de réfugié mais pourra aussi être amené à démontrer que des proches parents ou des personnes avec lesquelles il entretient des liens étroits vivent en Suisse (art. 31a al. 1 let. e LAsi) ou que le Secrétariat d'Etat aux migrations est en présence d'indices d'après lesquels l'Etat tiers n'offre pas une protection efficace au regard du principe de non-refoulement visé à l'article 5 alinéa 1 LAsi (art. 31a al. 2 LAsi) ou encore que sa demande satisfait aux conditions de l'article 17 alinéa 1 LAsi. Dans le cadre de la procédure à l'aéroport, si le requérant veut être autorisé à entrer sur le territoire suisse, il devra rendre vraisemblable qu'il est exposé à un danger pour l'un des motifs énoncés à l'article 3 alinéa 1 LAsi ou menacé de traitements inhumains dans le pays d'où il est directement arrivé ou que ce pays l'obligerait, en violation de l'interdiction du refoulement, à se rendre dans un pays où il semble être exposé à un danger. Si le requérant ne s'est pas rendu directement de son Etat d'origine ou de provenance à la frontière suisse, il devra rendre vraisemblable qu'il a quitté cet Etat pour l'un des motifs énoncés à l'article 3 alinéa 1 LAsi et qu'il a cherché à atteindre la frontière suisse sans tarder.

Enfin dans le cadre des recours auprès du Tribunal administratif fédéral, du Tribunal fédéral, de la Cour européenne des droits de l'homme et du Comité des Nations Unies contre la torture, le requérant devra satisfaire à d'autres exigences notamment en matière de recevabilité.

---

contrainte du droit des étrangers, notamment à une détention en vue du refoulement ou pour insoumission lorsqu'un requérant tente de se soustraire à un renvoi en se cachant au lieu de se tenir à la disposition des autorités» (Manuel SEM, Article B3, p. 9).

[1997] Manuel SEM, Article B3, p. 9.

[1998] Cf. JICRA 1995/18 consid. 3c.

23.3 Devoir de collaboration en procédure d'extradition

23.3.1 Bases légales

A la différence de la LAsi qui règle expressément le devoir de collaboration (art. 8 LAsi) et les conséquences de sa violation (art. 8 al. 3bis LAsi), la partie de l'EIMP consacrée à la procédure d'extradition ne contient pas de norme expresse qui règle le devoir de collaboration de l'individu en matière d'extradition. On peut néanmoins déduire un tel devoir des articles 17 alinéa 2 EIMP (irrecevabilité manifeste), 47 alinéa 1 lettre b, et 53 EIMP (alibi) ainsi que de l'article 51 alinéa 1 EIMP (inadmissibilité manifeste). En vertu des articles 47 alinéa 1 lettre b, et 53 EIMP, si l'individu prétend avoir un alibi, il lui incombe de fournir cette preuve. Selon les articles 17 alinéa 2 et 51 alinéa 1 EIMP, si l'individu prétend que la demande de recherche ou d'extradition est manifestement irrecevable ou manifestement inadmissible, il lui incombe selon le stade de la procédure soit de rendre manifeste l'existence d'un motif d'irrecevabilité ou d'inadmissibilité soit de le rendre vraisemblable. On peut aussi déduire l'existence d'un devoir de collaboration de l'article 13 PA (qui s'applique en matière d'extradition par renvoi de l'article 12 EIMP et qui fonde une obligation de collaboration toute générale) ainsi que du principe de la bonne foi[1999].

Si la partie de l'EIMP consacrée à la procédure d'extradition ne contient pas de norme expresse, cela ne signifie toutefois pas que cette loi ne prévoit pas d'obligation de coopérer. En effet, dans sa troisième partie consacrée aux autres actes d'entraide, l'EIMP contient une disposition, l'article 65a EIMP, qui règle la présence des personnes qui participent à la procédure à l'étranger. Plus particulièrement, l'alinéa 2 de l'article 65a prévoit que la présence des parties peut être admise si elle permet de faciliter considérablement l'exécution de la demande. Se pose dès lors la question de savoir si l'article 65a EIMP peut s'appliquer par analogie à la procédure d'extradition. Nous allons y revenir au chiffre 23.3.3.

23.3.2 Devoir de collaboration dans la jurisprudence en matière d'extradition

La jurisprudence du Tribunal pénal fédéral et du Tribunal fédéral contient de nombreux arrêts où l'on peut déduire un devoir de collaboration mis à la charge de l'individu lorsque ce dernier soulève des griefs en rapport avec les articles 2 (procédure étrangère non conforme aux principes de procédure fixés par la CEDH ou le Pacte ONU II, poursuite discriminatoire ou autres défauts graves de la procédure étrangère), 3 (délit politique) et 37 alinéa 3 EIMP (risque de torture et d'autres mauvais traitements).

Dans un arrêt du 8 juillet 2004, le Tribunal fédéral a ainsi clairement affirmé l'existence d'une obligation de collaborer de l'individu sans toutefois indiquer la base légale d'où il tirait cette obligation[2000].

[1999] Arrêts du TF 1A.129/2004 et 1A.131/2004 du 8.7.2004 consid. 3.1.

[2000] Arrêts du TF 1A.129/2004 et 1A.131/2004 du 8.7.2004 consid. 3.3.1: «Zunächst ist mit dem Bundesamt festzuhalten, dass im Auslieferungsverfahren grundsätzlich auf die Sachverhaltsdarstellung des ersuchenden Staates abzustellen ist, sofern diese keine offensichtlichen Fehler, Lücken oder Widersprüche enthält. Schuld- und Tatfragen sind vom zuständigen ausländischen Strafrichter und nicht von den schweizerischen Auslieferungsbehörden zu prüfen. Der

Un examen de la jurisprudence amène toutefois à constater que le Tribunal pénal fédéral et le Tribunal fédéral n'ont pas toujours usé d'une terminologie constante pour délimiter l'étendue du devoir de collaboration de l'individu. Ainsi dans plusieurs arrêts, ils indiquent que l'individu doit rendre vraisemblable l'existence d'un risque sérieux et objectif d'une grave violation des droits de l'homme dans l'Etat requérant susceptible de le toucher de manière concrète ou d'un traitement discriminatoire interdit ou encore de ce qu'il est victime d'une persécution politique[2001]. Le Tribunal fédéral et le Tribunal pénal fédéral utilisent ici la même terminologie que la Cour européenne des droits de l'homme. Dans un arrêt du 15 septembre 2003, le Tribunal fédéral indique que la personne poursuivie doit démontrer (dartun) avec une sérieuse vraisemblance (mit ernstlicher Wahrscheinlichkeit) qu'elle est personnellement exposée au danger d'un traitement discriminatoire[2002]. Enfin, dans un arrêt du 8 mai 2008, le Tribunal pénal fédéral souligne que la personne poursuivie doit prouver ou rendre vraisemblables ses allégations[2003]. Dans ce dernier exemple, les termes utilisés par le Tribunal pénal fédéral se recoupent avec ceux contenus à l'article 7 LAsi. Dans un ATF 129 II 268, le Tribunal fédéral indique que la personne recherchée doit apporter des éléments concrets permettant de supposer qu'elle serait poursuivie pour des motifs cachés ayant trait notamment à ses opinions politiques[2004]. Dans un ATF 132 II 469, le Tribunal fédéral considère que le recourant n'avait pas apporté la moindre preuve des faits qu'il alléguait et que ceux-ci n'étaient pas suffisamment précis pour rendre vraisemblables les intentions que le recourant prêtait aux autorités de l'Etat requérant[2005]. Ainsi, la personne concernée doit prouver ses allégations ou, à défaut de preuve, fournir des éléments concrets ou suffisamment précis pour rendre vraisemblable ce qu'elle allègue.

Dans un arrêt du 10 avril 2001, le Tribunal fédéral a aussi déduit une obligation de collaborer de la nécessité de réduire au maximum la détention. Il a ainsi considéré que l'on peut exiger de l'individu, qui se trouve en détention, une certaine coopération dans la procédure d'extradition lorsque la durée de la détention peut ainsi en être raccourcie[2006].

Malgré les formulations utilisées par la jurisprudence fédérale, on peut déduire de ce qui précède que de manière générale, le Tribunal pénal fédéral et le Tribunal fédéral se contentent de la vraisemblance sans poser d'exigences particulières. L'usage des termes «sérieuse vraisemblance» semble appartenir à une jurisprudence isolée. Il serait à notre avis judicieux d'insérer dans l'EIMP une disposition prévoyant un devoir de

---

ersuchende Staat ist deshalb auch nicht verpflichtet, Beweise für die Täterschaft der Auszuliefernden vorzulegen. Dagegen prüfen die Auslieferungsbehörden frei, ob "ernstliche Gründe" vorliegen, die für eine politische Verfolgung i.S.v. Art. 3 Ziff. 2 EAUe sprechen bzw. ob der internationale Ordre public der Auslieferung entgegensteht. Dabei trifft den Verfolgten eine Mitwirkungspflicht: Nach der Rechtsprechung muss er glaubhaft machen, dass er Opfer einer politischen Verfolgung ist oder dass objektiv und ernsthaft eine schwerwiegende Verletzung der Menschenrechte im ersuchenden Staat zu befürchten ist, die ihn unmittelbar berührt. Kann er konkrete Umstände oder Unterlagen benennen, aus denen sich ein solcher Verdacht ergibt, ist das Bundesamt verpflichtet, diesen Hinweisen nachzugehen und, wenn nötig, ergänzende Unterlagen einzuholen. Liegen ernstliche Gründe vor anzunehmen, der Verfolgte könne im ersuchenden Staat in einer gegen den [internationalen Ordre public] verstossenden Weise behandelt werden, so ist die Auslieferung zu verweigern».

[2001] Arrêts du TF 1A.129/2004 et 1A.131/2004 du 8.7.2004 consid. 3.1 et 1A.165/2002 du 28.8.2002 consid. 3 avec renvoi à l'ATF 122 II 373 consid. 2a, p. 377; arrêt du TPF RR.2007.99-111 du 10.9.2007 consid. 4.2.

[2002] Arrêt du TF 1A.159/2003 du 15.9.2003 consid. 7.2.

[2003] Arrêt du TPF RR.2008.53 du 8.5.2008 consid. 2.5.

[2004] ATF 129 II 268 (entraide) consid. 6.3, p. 272.

[2005] ATF 132 II 469 consid. 2.6, p. 474.

[2006] Arrêt du TF 8G.64/2000 du 10.4.2001 consid. 4b.

collaboration de l'extradable afin d'éviter des errements dans la jurisprudence qui soient créateurs d'insécurité juridique.

23.3.3 Devoir de collaboration basé sur l'article 65a EIMP ?

L'article 65a EIMP dispose ce qui suit : «[l]orsque l'Etat requérant le demande en vertu de son propre droit, les personnes qui participent à la procédure à l'étranger peuvent être autorisées à assister aux actes d'entraide et à consulter le dossier [al. 1]. Cette présence peut également être admise si elle permet de faciliter considérablement l'exécution de la demande ou la procédure pénale étrangère [al. 2]. Cette présence ne peut avoir pour conséquence que des faits ressortissant au domaine secret soient portés à leur connaissance avant que l'autorité compétente ait statué sur l'octroi et l'étendue de l'entraide [al. 3]».

Par personnes participant à la procédure à l'étranger, l'on n'entend pas seulement le juge et les représentants de l'autorité de poursuite pénale étrangère, mais aussi le prévenu, l'inculpé ou l'accusé dans la procédure étrangère[2007]. L'article 65a EIMP est de nature potestative. La présence de l'inculpé peut également être admise si elle permet de faciliter considérablement l'exécution de la demande ou la procédure pénale étrangère. L'inculpé n'est donc pas tenu de participer. Toutefois, s'agissant du détenteur de pièces, «[c]ette participation doit aussi être conçue comme un corollaire au principe de la bonne foi régissant les rapports mutuels entre l'Etat et les particuliers (...), en ce sens que ceux-ci sont tenus de collaborer à l'application correcte du droit»[2008]. «En matière d'entraide judiciaire, cela implique pour la personne soumise à des mesures de contrainte d'aider l'autorité d'exécution (...). Ce devoir de collaboration découle du fait que le détenteur de documents en connaît mieux le contenu que l'autorité; il facilite et simplifie la tâche de celle-ci et concourt ainsi au respect du principe de la célérité»[2009].

Le but visé par l'article 65a EIMP de faciliter l'exécution d'une demande d'entraide étrangère peut être rapproché de celui qui consiste à réduire la durée de la détention[2010]. Ainsi, même si cette disposition donne seulement une faculté à l'inculpé de participer à l'exécution de la demande, on pourrait l'appliquer *mutatis mutandis* à la procédure d'extradition. On pourrait ainsi fonder une obligation de collaboration de l'individu sur la base de l'article 65a EIMP pour qu'il facilite l'établissement des faits compte tenu de ses connaissances plus étendues sur sa situation personnelle et celle de son pays.

[2007] ZIMMERMANN no 407, p. 408. Cf. aussi SPRENGER no 8, pp. 592 et 593.
[2008] MOREILLON (CR) no 11, ad art. 65a.
[2009] MOREILLON (CR) no 12, ad art. 65a. Cf. aussi ZIMMERMANN no 724, pp. 751 et 752.
[2010] Arrêt du TF 8G.64/2000 du 10.4.2001 consid. 4b.

23.3.4 Portée du devoir de collaboration

Le devoir de collaboration revêt plusieurs facettes et son étendue peut varier selon la phase de la procédure et les griefs invoqués. Schématiquement, les exigences posées au devoir de collaboration sont plus élevées dans la phase antérieure que dans la phase postérieure au dépôt de la demande d'extradition.

a) Avant le dépôt de la demande d'extradition

Au stade de la réception de la demande de recherche et d'arrestation, on peut déduire de l'article 17 alinéa 2 EIMP un certain devoir de collaboration de l'individu s'il entend contester la recevabilité de la demande étrangère. En effet, il lui incombe de démontrer que la demande de recherche et d'arrestation est manifestement irrecevable.

Selon l'article 47 alinéa 1 lettre b EIMP, l'Office fédéral de la justice peut renoncer à décerner un mandat d'arrêt aux fins d'extradition notamment si un alibi peut être fourni sans délai. Autrement dit, l'individu peut contester les faits qui lui sont reprochés mais uniquement en founissant sans délai la preuve évidente, univoque et immédiate (le terme liquide est souvent employé) qu'il ne se trouvait pas sur les lieux du crime au moment de sa commission ou qu'il y a erreur sur la personne. L'individu se voit ainsi imposer un devoir de collaboration s'il entend contester les faits. Mais ce devoir est limité d'un double point de vue. Il l'est d'une part du point de vue temporel, en devant fournir sans délai un alibi, et d'autre part du point de vue de l'objet de la preuve, en prouvant de manière évidente, univoque et immédiate son absence du lieu du délit ou l'erreur sur sa personne.

Le fait allégué comme alibi doit avoir pour effet d'innocenter la personne et entraîner sa remise en liberté, «ce qui justifie le rejet de la demande d'extradition»[2011]. L'individu ne peut donc pas se contenter de fournir une version des faits différente de celle décrite dans la demande ou de simples arguments à décharge[2012]. La preuve d'une erreur sur la personne détenue peut être assimilée à un alibi et rendrait abusive, donc contraire au droit fédéral, la détention extraditionnelle[2013]. L'alibi allégué partiel ne peut être pris en considération[2014]. La preuve de l'alibi n'implique pas une procédure de preuves dans chaque cas[2015]. Si l'extradable ne peut établir son alibi sans délai ou si le fait invoqué n'est pas clair, c'est la procédure prévue à l'article 53 EIMP qui doit être suivie dans le cadre de la procédure d'extradition proprement dite[2016]. Avant le dépôt de la demande d'extradition, l'Office fédéral de la justice ne procède en effet pas à une administration et à une appréciation des preuves. Dès le dépôt de la demande d'extradition, pour autant que l'alibi soit maintenu, l'Office fédéral de la justice communiquera les preuves à décharge à l'Etat requérant et l'invitera à se prononcer à bref délai sur le maintien de la demande (art. 53 EIMP)[2017]. Dans le cadre de la procédure de recours au Tribunal pénal

[2011] ZIMMERMANN no 674, pp. 691 et 692.
[2012] Arrêts du TF 1A.280/2003 du 25.2.2004 consid. 1.2 et 1A.242/2003 du 2.12.2003 consid. 3.2 ; arrêt non publié du TF 1A.30/1999 du 4.3.1999 consid. 3b.
[2013] Arrêt non publié du TF G.32/1994 du 24.6.1994.
[2014] ATF 123 II 279 consid. 2b, p. 282, et arrêt du TF 1A.242/2003 du 2.12.2003 consid. 3.2.
[2015] Arrêt non publié du TF A 129/85 du 15.5.1985 consid. 2e.
[2016] ATF 109 IV 174 consid. 2, p. 176; FORSTER no 6, p. 470.
[2017] FORSTER no 6, p. 470; ZIMMERMANN no 674, pp. 691 et 692.

fédéral contre son arrestation ou le mandat d'arrêt, le recourant doit fournir la preuve de son alibi en même temps qu'il dépose son mémoire. La simple allégation de l'alibi et l'annonce des preuves à fournir ne satisfont nullement à ces exigences[2018]. La procédure de recours doit pouvoir se dérouler sans les délais, complications et atermoiements impliqués par l'administration de nouvelles preuves ou par la vérification d'office des renseignements fournis. Pour que de telles opérations puissent intervenir, il faut attendre la procédure d'extradition proprement dite voire celle du recours contre la décision d'extradition. Il suffit pour s'en convaincre de lire l'article 53 alinéa 1 EIMP qui règle, en effet, expressément le cas où la personne poursuivie affirme qu'elle est en mesure de fournir un alibi, mais ne peut en établir aussitôt l'existence. Néanmoins, l'invocation dans la procédure de recours d'un alibi peut faire douter de son existence, car si le recourant disposait effectivement d'un alibi, on pouvait s'attendre à ce qu'il le fasse valoir aussitôt[2019].

En vertu de l'article 51 alinéa 1 EIMP, la personne est remise en liberté si la demande d'extradition est manifestement inadmissible ce qui entraîne le refus de l'extradition. Si en principe il incombe à l'Office fédéral de la justice d'examiner d'office l'admissibilité de la demande d'extradition, l'extradable peut exceptionnellement avant le dépôt de la demande d'extradition soulever des griefs à l'encontre de celle-ci. L'article 51 alinéa 1 EIMP lui impose néanmoins un devoir de collaboration en exigeant de sa part qu'il rende manifeste l'inadmissibilité de la demande d'extradition. L'individu ne peut en effet se contenter de rendre vraisemblable que la demande d'extradition est inadmissible.

Le devoir de collaboration mis à la charge de l'extradable devant l'Office fédéral de la justice vaut également devant le Tribunal pénal fédéral et le Tribunal fédéral. En cas de recours au Tribunal fédéral, l'extradable devra en sus démontrer dans ses écritures en quoi l'affaire constitue un cas particulièrement important (art. 84 LTF).
En résumé, il ressort de ce qui précède que dans la phase antérieure au dépôt de la demande d'extradition, l'individu ne peut soulever des griefs à l'encontre de la demande d'extradition à l'exception de l'inadmissibilité manifeste. En outre, lorsque l'individu fait valoir un alibi, cette preuve doit être liquide et être fournie sans délai. Seuls des moyens de preuves qui ne laissent planer aucun doute sont donc recevables dans la phase antérieure au dépôt de la demande d'extradition et peuvent ainsi conduire au refus de l'extradition.

b) Au stade du dépôt de la demande d'extradition

Dans la phase postérieure au dépôt de la demande d'extradition, l'individu n'est pas limité dans ses allégations. Mais, selon le grief invoqué, il devra soit le prouver soit le rendre vraisemblable.

Lorsque l'individu prétend que les conditions matérielles à une extradition ne sont pas remplies, soit cela est avéré et l'extradition est refusée, soit l'Office fédéral de la justice doit procéder à des vérifications notamment en interpellant l'Etat requérant. S'agissant de l'alibi, si cette preuve ne conduit pas à la mise hors de cause immédiate de l'individu,

[2018] ATF 109 IV 174 consid. 2, p. 176 et arrêt du TPF RR.2011.58 + RP.2011.8 du 12.4.2011 consid. 2.1.
[2019] Arrêt du TF 1C_115/2009 du 16.3.2009 consid. 2.

on suivra la procédure de l'article 53 EIMP, à savoir que l'Office fédéral de la justice transmettra les moyens de preuve à l'Etat requérant pour qu'il se détermine. La personne poursuivie peut également se prévaloir des principes généraux du droit des gens qui sont directement applicables comme droit interne. Il lui est ainsi loisible d'invoquer une violation de la règle de la bonne foi pour s'opposer à la demande d'extradition. L'application concrète de ces principes doit se fonder sur des faits clairs, car la bonne foi de l'Etat requérant est présumée. C'est à celui qui entend se prévaloir de ces principes pour faire échec à une demande d'extradition qu'il appartient de démontrer clairement leur violation. Il ne saurait se borner à de pures affirmations, si détaillées soient-elles. En présence de versions contradictoires aussi vraisemblables les unes que les autres, l'Etat requis se rangera à celle présentée par l'Etat requérant, à moins que la mauvaise foi de celui-ci ne soit patente[2020]. Dans tous ces cas de figure, la vraisemblance ne suffira donc pas.

Le juge de l'extradition pourra par contre se contenter de la vraisemblance pour retenir une violation de l'article 2 EIMP. Cela ne signifie toutefois pas que la personne accusée dans le procès pénal ouvert dans l'Etat requérant puisse se limiter à prétendre qu'elle est menacée du fait d'une situation politico-juridique spéciale ou à déclarer que la procédure pénale menée à l'étranger s'inscrirait dans le cadre d'un règlement de comptes visant à l'éliminer de la scène politique[2021]. Elle ne peut pas non plus se livrer à une critique toute générale du système de l'exécution des peines[2022]. Des allégations abstraites ou générales ne suffisent pas[2023]. Mais elle doit rendre vraisemblable l'existence d'un risque sérieux et objectif d'une grave violation des droits de l'homme dans l'Etat requérant susceptible de la toucher de manière concrète ou de rendre vraisemblable un risque sérieux et objectif d'un traitement discriminatoire interdit la menaçant ou la touchant de manière concrète[2024]. En cas d'assertion sérieuse et motivée d'une poursuite pour des motifs politiques, la Suisse a ici la liberté de décider selon ses propres critères. Elle peut demander à l'Etat requérant qu'il fournisse des preuves quand le recourant prétend qu'il est poursuivi pour des délits politiques et que les délits de droit commun ne sont que des prétextes. Elle peut également s'adresser au Département fédéral des affaires étrangères pour effectuer une prise de position sur la situation des droits de l'homme dans l'Etat requérant[2025] ou mettre en place un monitoring consistant par exemple à suivre le procès[2026].

Dans le cadre du recours au Tribunal pénal fédéral, le juge examine d'office et avec une pleine cognition la recevabilité des recours qui lui sont soumis sans être lié par les arguments et les conclusions des parties[2027]. Ce plein pouvoir d'examen ne dispense, toutefois, pas les parties de leur obligation de développer une argumentation topique,

[2020] Arrêt du TPF RR.2007.142 du 22.11.2007 consid. 4.1.
[2021] Arrêts du TPF RR.2007.99-111 du 10.9.2007 consid. 4.2.
[2022] Arrêt du TF 1A.159/2003 du 15.9.2003 consid. 7.2.
[2023] Arrêt du TF 1A.159/2003 du 15.9.2003 consid. 5.1 et 5.2.
[2024] ZIMMERMANN no 629, p. 637 ; ATF 132 II 469 consid. 2.4, p. 473, 123 II 511 consid. 5b, p. 517, 123 II 161 (entraide) consid. 6b, p. 167, 122 II 373 consid. 2a, p. 377 et 112 Ib 215 consid. 7, p. 222; arrêts du TF 1A.159/2006 du 17.8.2006 consid. 6.1, 1A.129/2004 et 1A.131/2004 du 8.7.2004 consid. 3.1, 1A.165/2002 du 28.8.2002 consid. 3 avec renvoi à l'ATF 122 II 37, 1A.215/2000 du 16.10.2000 consid. 6a et 1A.180/1998 du 10.12.1998 consid. 6; ATPF 2008/24 consid. 3.1, p. 28; arrêts du TPF RR.2012.118 + RP.2012.27 du 11.9.2012 consid. 4.2 et 4.3, RR.2010.167 du 2.9.2010 consid. 2.1, RR.2007.98 du 4.10.2007 consid. 4.5 et RR.2007.99-111 du 10.9.2007 consid. 4.2.
[2025] Arrêt du TF 1A.149/2004 du 20.7.2004 consid. 4.1 et 4.2.
[2026] Arrêt non publié du TF A 275/84 du 3.10.1984 consid. 4c.
[2027] ZIMMERMANN no 522, p. 519.

précise et détaillée expliquant en quoi la décision attaquée violerait le droit fédéral. Le procédé consistant à reprendre devant l'autorité de recours les arguments évoqués devant l'autorité inférieure, sans autre développement, constitue un abus de procédure[2028]. L'autorité de recours prend en compte les griefs mentionnés dans un autre écrit que le recours, car il examine d'office les conditions de l'extradition[2029]. Par contre, il n'examine des défauts formels de la demande d'extradition que s'ils ont été expressément soulevés[2030]. Dès lors que la décision attaquée n'a pas été rendue par une autorité judiciaire, la personne peut invoquer de nouveaux griefs, de nouveaux faits et de nouveaux moyens de preuve, lesquels sont recevables[2031].

En cas d'appel au Tribunal fédéral contre l'arrêt du Tribunal pénal fédéral, le législateur détermine aux articles 95 à 99 LTF ce que le recourant peut invoquer dans son acte de recours. Selon l'article 95 LTF, le recours peut notamment être formé pour violation du droit fédéral (let. a) et du droit international (let. b). Selon l'article 97 alinéa 1 LTF, le recourant ne peut critiquer les constatations de fait que si ces derniers ont été établis de façon manifestement inexacte ou en violation du droit au sens de l'article 95 LTF et si la correction du vice est susceptible d'influer sur le sort de la cause. En outre, sous réserve de l'article 105 alinéa 2 LTF[2032], le recourant ne peut présenter ni fait nouveau, ni preuve nouvelle, «à moins de résulter de la décision de l'autorité précédente» (art. 99 al. 1 LTF). «Toute conclusion nouvelle est irrecevable» (art. 99 al. 2 LTF). En sus de ces exigences et restrictions, le recourant devra démontrer qu'il se trouve dans un cas d'application de l'article 84 LTF à défaut de quoi le Tribunal fédéral n'entrera pas en matière. Ce n'est en effet pas le rôle du Tribunal fédéral de rechercher d'office les motifs qui pourraient parler pour l'admission d'un cas particulièrement important. A défaut de motivation suffisante, il ne peut pas être entré en matière sur le recours[2033].

Si le Tribunal fédéral déclare le recours recevable et que l'étendue exceptionnelle ou la difficulté particulière de l'affaire le commande, il accorde au recourant, à sa demande, un délai approprié pour compléter la motivation du recours (art. 43 LTF). Ce système complique la tâche du recourant. En effet, dans un délai bref de dix jours, il lui appartient de produire une écriture propre à convaincre le Tribunal fédéral de surmonter les obstacles qu'oppose l'article 84 LTF à l'entrée en matière. La prudence devrait lui commander de faire valoir immédiatement et simultanément toutes ses conclusions, principales et subsidiaires[2034] ainsi que les motifs justifiant d'annuler ou de réformer la décision du Tribunal pénal fédéral. S'il ne le fait pas, il s'expose au risque de devoir réclamer un délai pour compléter le recours après le prononcé de la décision d'entrée en matière. Or, si le texte de l'article 43 LTF semble ne pas laisser au Tribunal fédéral une latitude à cet égard, il n'en demeure pas moins que l'octroi d'un délai supplémentaire est subordonné aux conditions de l'article 43 LTF, soit des notions juridiquement indéterminées (étendue exceptionnelle ou difficulté particulière de l'affaire) dont l'examen laisse au juge un pouvoir très large. La faculté de présenter un mémoire complémentaire au sens de l'article 43 LTF ne constitue pas la règle. Elle n'entre en

[2028] Arrêts non publiés du TF 1A.299/1997 du 18.2.1998 consid. 3a et 1A.292/1997 du 20.1.1998 consid. 6 (entraide).
[2029] Arrêt non publié du TF P 204/76 du 1.12.1976 consid. 2.
[2030] Arrêt non publié du TF P 64/76 du 15.6.1976 consid. 1b.
[2031] Arrêt non publié du TF 1A.180/1998 du 10.12.1998 consid. 1c.
[2032] Selon l'art. 105 al. 2 LTF, le Tribunal fédéral «peut rectifier ou compléter d'office les constatations de l'autorité précédente si les faits ont été établis de façon manifestement inexacte ou en violation du droit au sens de l'art. 95».
[2033] Arrêts du TF 1C_313/2007 du 4.10.2007 consid. 1.3 et 1C_144/2007 du 8.6.2007 consid. 1.3.
[2034] Cf. ATF 134 IV 156 consid. 1.6 et 1.7 pp. 161 et 162.

principe en considération qu'exceptionnellement en raison de l'étendue exceptionnelle ou la difficulté particulière de l'affaire[2035]. «Le recourant serait en tout cas malavisé de prendre le risque de ne développer dans le recours que les moyens relatifs à l'entrée en matière, en spéculant sur le fait qu'un délai lui sera accordé ultérieurement pour s'exprimer sur le fond, car il court le danger que le Tribunal fédéral estime que la condition de l'[article 43 alinéa b] LTF n'est pas remplie, de sorte que le recours pourrait être rejeté à raison du défaut de griefs matériels»[2036].

23.3.5 Devoir de collaboration de l'Etat requérant

En procédure d'extradition l'Etat requérant est également soumis à un devoir de collaboration. Ses demandes doivent tout d'abord satisfaire à des conditions formelles et matérielles. A défaut, l'Office fédéral de la justice n'entrera pas en matière. En outre, sur demande de l'Office fédéral de la justice, l'Etat requérant devra compléter sa demande (cf. p. ex. art. 28 al. 6 EIMP), prendre position sur les griefs et les moyens de preuve présentés par l'individu (art. 53 EIMP) ainsi que fournir des garanties (cf. art. 80p EIMP).

23.3.6 Violation du devoir de collaboration

L'EIMP ne prévoit pas de manière expresse les conséquences d'une violation de l'obligation de collaborer. Il y a donc lieu de se référer à l'article 13 alinéa 2 PA, mais aussi de se pencher sur la pratique ainsi que sur la jurisprudence pour trouver des éléments de réponse.
Selon l'article 13 alinéa 2 PA, «[l]'autorité peut déclarer irrecevables les conclusions prises dans une procédure au sens de l'[article 13 alinéa 1 lettres a ou b], lorsque les parties refusent de prêter le concours nécessaire qu'on peut attendre d'elles». L'article 13 alinéa 2 PA prévoit une sanction d'irrecevabilité en cas de refus de collaboration. Toutefois, en matière d'extradition, le refus de collaboration ne signifie pas que le juge de l'extradition ne devra pas quand même examiner d'office certains griefs comme le risque de torture ou le respect des droits de la défense en cas de jugement contumacial. On ne peut donc appliquer à la lettre l'article 13 alinéa 2 PA (cf. affaires A., B. et C.).

Dans la pratique extraditionnelle, si la personne poursuivie s'oppose à son extradition, l'Office fédéral de la justice lui impartira un délai de quatorze jours pour le dépôt de ses observations. Lorsque l'extradable allègue par exemple une violation de l'article 2 EIMP, l'Office fédéral de la justice pourra l'inviter à déposer d'éventuels moyens de preuve ou à rendre vraisemblables ses allégations. L'Office fédéral de la justice a donc la faculté d'imposer à l'individu un devoir de collaboration. Généralement, l'Office fédéral de la justice lui impartira un délai pour y procéder en l'avertissant des conséquences du défaut de collaboration à savoir qu'il sera statué sur la base du dossier. Une telle sanction ne signifie toutefois pas que le juge de l'extradition n'examinera pas certains griefs. En outre, il ne pourra ignorer dans sa décision d'éventuelles observations qui lui seront parvenues au-delà du délai imparti. Si l'individu échoue dans la preuve

[2035] ATF 133 IV 271 (entraide) consid. 2.1 p. 273.
[2036] ZIMMERMANN no 548, p. 548. Pour un exemple d'une telle imprudence: ATF 133 IV 271.

ou ne rend pas vraisemblable ce qu'il allègue, il supporte le fardeau de la preuve. Il y a lieu néanmoins de procéder à une distinction selon le stade de la procédure quant aux conséquences du défaut de collaboration.

Si avant le dépôt de la demande d'extradition l'individu échoue à démontrer qu'une demande d'extradition est manifestement inadmissible, cela aura pour conséquence qu'il ne sera pas remis en liberté. Il garde néanmoins la possibilité de faire valoir à nouveau ses griefs dans le cadre de la procédure d'extradition proprement dite. Après le dépôt de la demande d'extradition, si l'individu soulève des griefs contre la demande d'extradition sans pour autant fournir des preuves ou rendre vraisemblables ses allégations, cela conduira à l'octroi de l'extradition. Mais l'Office fédéral de la justice pourra aussi, voire même devra, sur la base des allégations de l'individu, procéder à des vérifications, exiger des prises de position de l'Etat requérant, demander au Département des affaires étrangères une évaluation voire encore exiger la fourniture de garanties, car il lui incombe de s'assurer que les conditions à une extradition sont remplies. Il pourra entreprendre de telles démarches même avant le dépôt de la demande d'extradition. Enfin, si l'individu prouve ou rend vraisemblable qu'il est victime d'une poursuite discriminatoire ou qu'il risque la torture ou une atteinte à son intégrité, cela ne signifie pas que l'extradition sera refusée. Elle pourra en effet être conditionnée à la fourniture de garanties si elles sont susceptibles de pallier ces risques.

L'Office fédéral de la justice pourra aussi sanctionner le défaut de collaboration de l'Etat requérant. En effet, si celui-ci ne donne pas suite à une demande de coopération, par exemple s'il ne fournit pas les garanties requises, l'extradition sera refusée.

23.4 Devoir de collaboration devant la Cour européenne des droits de l'homme et le Comité des Nations Unies contre la torture

23.4.1 Devoir de collaboration de l'individu

Bien que la Cour européenne des droits de l'homme soit «responsable de l'établissement des faits, c'est aux parties qu'il appartient d'apporter activement leur aide en lui fournissant toutes les informations pertinentes. Le comportement des parties peut entrer en ligne de compte lors de la recherche des preuves»[2037]. L'individu doit fournir des motifs sérieux et avérés (substantive grounds) laissant croire que si on l'expulse vers le pays de destination, il y courra un risque réel d'être soumis à un traitement contraire à l'article 3 CEDH. Une simple possibilité (mere possibility) de mauvais traitement ne suffit pas pour admettre une violation de l'article 3 CEDH[2038]. Mais il ne doit pas non plus être établi avec certitude que le particulier subira de mauvais traitements en cas de

[2037] CourEDH no 54, p. 21 avec renvoi à l'arrêt de la CourEDH *Irlande c. Royaume-Uni*, no 5310/71, par. 161. Cf. aussi le Guide pratique sur le recevabilité édité par la CourEDH: «[l]a procédure devant la Cour revêt un caractère contradictoire. Dès lors, il appartient aux parties — c'est-à-dire au requérant et au gouvernement défendeur — d'étayer leurs thèses tant en fait (en fournissant à la Cour des éléments factuels de preuve nécessaires) qu'en droit (en expliquant pourquoi, à leur avis, la disposition invoquée de la Convention a ou n'a pas été violée) (no 400, p. 90). En outre, l'art. 44 du Règlement de la Cour prévoit que «[l]orsqu'une partie reste en défaut de produire les preuves ou informations requises par la Cour ou de divulguer de son propre chef des informations pertinentes, ou lorsqu'elle témoigne autrement d'un manque de participation effective à la procédure, la Cour peut tirer de son comportement les conclusions qu'elle juge appropriées».

[2038] DE WECK, p. 198; arrêt de la CourEDH *Vilvarajah et al. c. Royaume-Uni* du 30.10.1991 nos 13163/87, 13164/87, 13165/87, 13447/87 et 13448/87, par. 111.

renvoi. L'individu doit être capable de démontrer qu'il existe une haute probabilité (high likelihood) qu'il subira de mauvais traitements en cas de refoulement[2039].

Selon la jurisprudence du Comité des Nations Unies contre la torture relative à l'article 3 paragraphes 1 et 2 de la Convention de 1984, le danger de torture doit être prévisible, réel, personnel[2040] et actuel[2041]. Dans de nombreuses décisions, le Comité des Nations Unies contre la torture utilise le terme de «risque» en lieu et place de «danger»[2042]. L'individu doit donc fournir des motifs sérieux qu'il risque d'être soumis à la torture et que ce risque est prévisible, réel, personnel et actuel.

23.4.2 Devoir de collaboration de l'Etat défendeur

Selon la Cour européenne des droits de l'homme, il n'est pas toujours possible d'exiger de l'individu qu'il fournisse la preuve de ce qu'il avance. L'Etat défendeur peut ainsi être amené à fournir «toutes facilités nécessaires pour permettre un examen sérieux et effectif des requêtes (...). Le fait qu'un gouvernement ne communique pas les informations en sa possession, sans donner de justification satisfaisante à l'appui de son manquement, peut non seulement permettre de tirer des conclusions quant au bien-fondé des allégations du requérant, mais peut encore constituer une violation des obligations qui lui incombent selon l'article 38 de la Convention»[2043]. La Cour peut également obliger l'Etat à fournir des éléments de preuve. Les documents sollicités doivent être produits dans leur intégralité. L'absence d'un élément, quel qu'il soit, doit être dûment justifiée. De plus, «tout document demandé doit être produit dans les meilleurs délais, et en tout état de cause dans le respect de l'échéance fixée par la Cour, un retard substantiel et inexpliqué pouvant conduire celle-ci à juger non convaincantes les explications de l'Etat défendeur»[2044].

De son côté, le Comité des Nations Unies contre la torture peut, en vertu de l'article 115 paragraphe 5 de son Règlement intérieur, demander à l'Etat partie intéressé de présenter par écrit des renseignements, éclaircissements ou observations supplémentaires concernant la question de la recevabilité ou le fond de la requête[2045].

[2039] DE WECK, p. 198; arrêt de la CourEDH *Azimov c. Russie* du 18.4.2013, no 67474/11, par. 128.
[2040] DE WECK, p. 206
[2041] DE WECK, p. 206 ; par ex. décision du CAT *A.A. et al. c. Suisse* du 10.11.2008 no 285/2006 par. 7.5.
[2042] DE WECK, p. 206 ; Wouters observe justement que les termes sont interchangeables (Wouters 2009, p. 458). Cf. aussi la version française de l'art. 3 de la Convention où le terme «risque» est utilisé.
[2043] CourEDH no 55, p. 21 avec renvoi aux arrêts de la CourEDH *Bazorkina c. Russie*, no 69481/01, par. 170, *Tahsin Acar c. Turquie* [GC], no 26307/95, par 253 et 254, *Imakaïeva c. Russie*, no 7615/02, par. 200 et *Janowiec et autres c. Russie* [GC], nos 55508/07 29520/09, par. 202.
[2044] CourEDH no 56, p. 21 avec renvoi à l'arrêts de la CourEDH *Janowiec et autres c. Russie* [GC], par. 203.
[2045] NOWAK/MCARTHUR no 182, p. 788, et no 184, p. 789.

Chapitre 24 Preuve et vraisemblance

24.1 Preuve et vraisemblance en procédure d'asile

24.1.1 Bases légales

En vertu de l'article 7 alinéa 1 LAsi quiconque demande l'asile doit prouver ou du moins rendre vraisemblable qu'il est un réfugié[2046].

La LAsi exige en premier lieu que le requérant prouve sa qualité de réfugié. Lorsqu'il n'est pas en mesure de la prouver ou lorsqu'on ne peut pas raisonnablement l'exiger de sa part, la vraisemblance au sens de l'article 7 alinéa 1 LAsi suffit. La procédure d'asile déroge ainsi au principe fondamental selon lequel seule la preuve d'un état de faits pertinent permet d'en établir l'existence. L'exigence de la seule vraisemblance signifie une diminution des obligations en matière de preuve. La tâche du requérant, qui supporte le fardeau de la preuve en est ainsi considérablement facilitée. En effet, l'autorité n'exige de lui ni une preuve stricte ni un degré de vraisemblance confinant à la certitude[2047].

Selon Le Fort, il existerait une divergence entre les versions française et allemande de l'article 7 LAsi, la version allemande faisant référence à la notion de vraisemblance prépondérante (überwiegende Wahrscheinlichkeit) à la place de celle de haute probabilité de la version française. La vraisemblance prépondérante, qui a été quantifiée par certains auteurs à 51%, apparaîtrait, selon Le Fort, comme un degré de preuve moins élevé que la haute probabilité et s'avèrerait par conséquent plus favorable au requérant d'asile. Il conviendrait dès lors, selon Le Fort, de faire prévaloir la version allemande du texte légal lors de l'interprétation et l'application de l'article 7 alinéa 2 LAsi[2048]. Cette interprétation a été contredite par Walter Stöckli à l'occasion d'un colloque organisé à Berne par l'Organisation suisse d'aide aux réfugiés. Pour Walter Stöckli, il n'y a pas de différence matérielle entre les deux versions linguistiques. On ne voit pas en effet comment le Tribunal administratif fédéral peut poser des exigences différentes selon que le recours a été déposé en allemand ou en français.

24.1.2 Preuve de la qualité de réfugié

La qualité de réfugié est prouvée lorsque l'autorité de décision a acquis l'intime conviction de son existence. Les réfugiés se trouvent toutefois souvent face à des difficultés de preuve. Les évènements qu'ils invoquent se sont en règle générale produits à l'étranger. Il s'agit fréquemment de faits qui sont contraires aux lois du pays d'origine et qu'il n'est ainsi guère possible de documenter. De plus, les atteintes «illégales» et la persécution «informelle» sont usuelles et typiques des forces de sécurité dans les pays où la situation des droits humains est fortement compromise. C'est pourquoi, une preuve stricte ne peut être requise qu'à la condition qu'elle soit possible et que son apport puisse

[2046] La personne concernée est aussi tenue de prouver ou de rendre vraisemblable les motifs qui s'opposent au renvoi (arrêt du TAF E-4526/2010 du 19.3.2012 consid. 4.6).
[2047] Manuel SEM, Article C5, p. 4.
[2048] LE FORT (2014), p. 239 et LE FORT (2013) [Rz 6], pp. 2 et 3.

être raisonnablement exigé du requérant d'asile, ce qui doit s'apprécier sur la base des circonstances du cas d'espèce et compte tenu de la situation spécifique régnant dans le pays d'origine[2049]. Enfin, les réfugiés sont amenés à devoir prouver la probabilité qu'un fait se produise ou qu'il soit susceptible de se produire dans le futur (crainte d'une persécution future)[2050].

Conformément à l'article 7 LAsi, le fardeau de la preuve de la qualité de réfugié incombe au requérant. Par conséquent, lorsque ce dernier ne parvient pas à apporter cette preuve, alors que cela est jugé possible et raisonnablement exigible, il en supporte les conséquences. Le fait que le requérant n'apporte pas la preuve exigée constitue un indice de l'invraisemblance de ses allégations[2051]. L'article 7 LAsi décrit donc l'étendue du fardeau de la preuve incombant au requérant d'asile. Cette disposition ne dit cependant pas dans quelles circonstances le requérant doit apporter une preuve stricte de sa qualité de réfugié et dans quels cas il lui suffit de rendre celle-ci «du moins vraisemblable»[2052]. En effet, l'article 7 LAsi ne dispense pas de manière générale le requérant d'apporter une preuve stricte de sa qualité de réfugié, sans toutefois préciser dans quelles circonstances il lui suffit de rendre cette dernière vraisemblable. Au vu des difficultés de la preuve en matière d'asile, la preuve stricte ne doit être exigée du requérant que dans des circonstances déterminées. Les autorités doivent ainsi disposer de motifs objectifs pour pouvoir exiger du requérant davantage que la vraisemblance. L'existence ou non de tels motifs sera déterminée sur la base des circonstances du cas d'espèce et de la situation dans le pays concerné. Les autorités peuvent insister pour exiger du requérant d'asile qu'il prouve les faits lorsque cela est possible et exigible, notamment quand elles nourrissent des doutes sérieux sur les allégations du requérant[2053].

Des exigences accrues en matière de preuve sont notamment admissibles et justifiées lorsque le requérant dispose de moyens de preuve sous la forme de documents ou peut en obtenir facilement en Suisse ou dans son Etat d'origine. Par exemple en Turquie, il est possible de se procurer des actes d'accusation ou des jugements. Il est donc raisonnable d'exiger du requérant qu'il les fournisse. Cette possibilité ne s'applique cependant pas forcément aux procès-verbaux d'interrogatoires ou aux mandats d'arrêt. Le Secrétariat d'Etat aux migrations ne saurait, par contre, exiger des preuves, par exemple des documents, lorsque cela reviendrait à mettre en danger des membres de la famille du requérant résidant encore dans le pays d'origine[2054].

[2049] WERENFELS, pp. 133ss.
[2050] STAFFANS, p. 46.
[2051] Manuel SEM, Article C5, p. 5.
[2052] Manuel SEM, Article C5, p. 5.
[2053] Manuel SEM, Article C5, pp. 4 et 5.
[2054] Manuel SEM, Article C5, p. 5.

a) Moyens de preuve dans la procédure d'asile

En vertu de l'article 8 alinéa 1 lettre d LAsi, le requérant est tenu de désigner de façon complète les éventuels moyens de preuve dont il dispose et de les fournir sans retard ou s'efforcer de se les procurer dans un délai approprié pour autant qu'on puisse raisonnablement l'exiger de lui. Est considéré comme moyen de preuve tout moyen propre à établir l'état de faits pertinent. En d'autres termes, il s'agit d'un moyen qui permet de convaincre l'autorité de l'existence d'un fait. La LAsi n'énumère pas les moyens de preuve. On trouve néanmoins une telle énumération à l'article 12 PA.

Selon l'article 12 lettres a à e PA, les moyens de preuve suivants sont admis dans le domaine de la procédure administrative et partant en procédure d'asile: les documents (p. ex. un mandat d'arrêt, un acte d'accusation ou un jugement), les renseignements des parties (p. ex. le résultat de l'audition menée par les autorités d'asile), les renseignements ou témoignages de tiers (p. ex. de l'avocat du requérant dans le pays d'origine ou, à propos de la situation personnelle, d'organisations de défense des droits humains et organisations internationales comme Amnesty international ou le Haut Commissariat des Nations Unies pour les réfugiés), la visite des lieux ainsi que les expertises (p. ex. une expertise médico-légale). Par contre, le Secrétariat d'Etat aux migrations ne peut pas ordonner l'audition de témoins (art. 14 al. 1 PA)[2055]. «Si le moyen de preuve le plus fréquent en procédure d'asile est l'audition — en tant que "témoignage du requérant sur ses motifs" —, il doit souvent être complété par des expertises, des rapports ou différents titres»[2056].

aa) Pièces antérieures au dépôt de la demande d'asile

«Il s'agit des pièces qui existaient déjà avant le dépôt de la demande d'asile. En font partie, par exemple, le dossier d'une première procédure d'asile qui n'a pas abouti, les dossiers de tribunaux au cas où le requérant a commis des infractions avant le dépôt de sa demande d'asile, les rapports d'interception à la frontière établis à la suite d'une tentative d'entrée illégale en Suisse»[2057] ou encore le dossier d'extradition.

ab) Documents

«Les documents sont des écrits ou d'autres pièces propres à prouver des faits pertinents. Il s'agit de documents au sens juridique du terme. Outre les documents officiels, on considère également comme documents des extraits de journaux, (...) des cassettes vidéo [ou des dvd aujourd'hui], des photographies, des attestations de tiers. Ces documents sont également soumis au principe de la libre appréciation des preuves. Leur importance en tant que preuve doit être examinée dans chaque cas d'espèce». Selon Matthey, «[l]orsque le requérant présente un document officiel, il revient en principe à l'autorité de prouver qu'il n'est pas authentique. En revanche, lorsqu'il s'agit de documents privés, la valeur probante est moindre»[2058].

[2055] Manuel SEM, Article B3, p. 12.
[2056] MATTHEY, art. 7 LAsi, no 4, p. 74; NGUYEN (2003), p. 507 et LE FORT (2013) [Rz 2], p. 2.
[2057] Manuel SEM, Article B3, p. 12.
[2058] MATTHEY, art. 7 LAsi, no 5, p. 74.

ac) Expertises

Si l'établissement des faits exige des connaissances spécifiques, le Secrétariat d'Etat aux migrations et le Tribunal administratif fédéral doivent faire appel à un ou plusieurs experts. Ceux-ci participent à l'instruction de la cause conformément aux prescriptions des autorités et procèdent, sur la base des questions qui leur sont posées, à l'expertise de faits déterminés[2059]. De son côté, le requérant d'asile peut aussi déposer des expertises notamment des expertises médicales en vue par exemple d'attester des sévices subis.

Selon l'article 12 lettre e PA, l'autorité peut ordonner des expertises dans le but d'établir les faits. «Pour ce qui est des modalités de nomination et de la tâche des experts, l'article 19 PA renvoie aux articles 57 à 61 PCF applicables par analogie»[2060]. Les autorités compétentes en matière d'asile peuvent ainsi ordonner des expertises, des analyses de l'âge osseux ou demander au groupe LINGUA de procéder à des analyses pour déterminer l'origine d'un requérant sur la base de données linguistiques[2061]. Dans la procédure d'asile, un rôle particulier est joué par les rapports et certificats médicaux qui contiennent des déclarations au sujet des actes de torture ou des mauvais traitements subis par des requérants d'asile.

Les expertises ordonnées par le Secrétariat d'Etat aux migrations ou le Tribunal administratif fédéral doivent satisfaire à des exigences formelles particulières (cf. art. 57 à 61 PCF en relation avec l'article 19 PA) qui sont en partie restreintes par l'article 11 LAsi. Lorsque c'est l'autorité qui demande une expertise (expertise judiciaire, Gerichtsgutachten), les conclusions qui en découlent doivent être retenues, alors que si l'expertise est initiée par le requérant (expertise privée, Privatgutachten), l'autorité a une plus grande liberté d'appréciation[2062].

Selon la jurisprudence, les analyses LINGUA ne sont pas des expertises judiciaires au sens des articles 12 lettre e PA et 57 et suivants PCF mais des renseignements écrits au sens de l'article 49 PCF (expertise privée) aux motifs que le requérant ne peut se prononcer au préalable ni sur la désignation des experts ni sur les questions à leur poser. Par contre, il a le droit de connaître l'origine, la formation et les qualifications de l'expert sous une forme anonyme dans le cadre du droit d'être entendu sur le résultat de l'expertise[2063]. Si la méthode suivie respecte certaines exigences minimales offrant des garanties, notamment lorsque l'expert dispose de compétences professionnelles adéquates, fait preuve de fiabilité, de neutralité et d'objectivité, les analyses LINGUA se voient alors accorder une valeur probante élevée[2064].

L'analyse de l'âge osseux pour déterminer l'âge du requérant n'est pas non plus considérée comme une expertise mais comme un renseignement écrit. Pour autant qu'elle apparaisse concluante, qu'elle soit motivée de manière compréhensible, qu'elle

[2059] MOSER/BEUSCH/KNEUBÜHLER, no 3.135, pp. 203 et 204.
[2060] Manuel SEM, Article B3, p. 12.
[2061] Manuel SEM, Article B3, p. 12.
[2062] MATTHEY, art. 7 LAsi, no 5, p. 74; NGUYEN (2003). pp. 505ss.
[2063] Manuel OSAR, p. 160 ; JICRA 1998/34 consid. 9b et 1999/20 consid. 3.
[2064] JICRA 1998/34 consid. 7 et 8; Manuel SEM, Article B3, p. 13; Manuel OSAR, pp. 160 et 161; MATTHEY, art. 7 LAsi, no 6, p. 74.

soit exempte de contradictions et qu'aucun indice ne ternisse sa fiabilité, elle se voit accorder une force probante élevée[2065].

En vertu de l'article 11 LAsi, «les requérants d'asile n'ont aucun droit de prendre position préalablement sur la décision d'ordonner une expertise. Ils ont en revanche le droit de prendre position après coup sur l'expertise et de solliciter des explications, des compléments voire une nouvelle expertise»[2066]. Cet article permet d'éviter que certaines dispositions de la PCF régissant la preuve, applicables à la procédure administrative en vertu de l'article 19 PA, ne s'appliquent aussi à la procédure d'asile. En effet, en raison des exigences de forme qu'elles fixent, du temps qu'elles requièrent et du risque d'usage abusif qu'elles comportent, les prescriptions de la PCF sont manifestement inappropriées à la procédure d'asile. Ainsi, les règles procédurales relatives à l'administration des preuves par l'intervention d'experts (art. 57 al. 2 et 58 al. 2 PCF) auraient pour effet de freiner le bon déroulement de la procédure. Pour cette raison, en vertu de l'article 11 LAsi, le requérant n'a pas la possibilité de donner un avis préalable au sujet de l'administration des preuves. Par contre, le droit de prendre position sur le résultat de leur administration, qui découle du droit d'être entendu, n'est pas restreint[2067].

ad) Déclarations des parties

Selon le Secrétariat d'Etat aux migrations, «[e]n règle générale, tout requérant doit être entendu sur ses motifs d'asile dans le contexte d'une audition formelle (art. 29 LAsi). Des exceptions à ce principe sont prévues par l'article 36 LAsi relatif à la procédure en cas de décision de [NEM]»[2068].

Cette audition sur les motifs d'asile revêt une grande importance en matière d'asile «car c'est à cette occasion que le requérant peut — et doit — exposer ses motifs d'asile et prouver, ou du moins rendre vraisemblable, qu'il a la qualité de réfugié»[2069]. Le requérant a l'obligation de se rendre personnellement à cette audition. S'il ne se présente pas sans motif, sa demande sera classée sans décision formelle en application de l'article 8 alinéa 3bis LAsi[2070].

L'audition au sens de l'article 29 LAsi doit respecter certaines prescriptions de procédure. Ainsi, le requérant peut se faire assister par un mandataire et se faire accompagner par une autre personne privée ou par un interprète privé (art. 29 al. 2 LAsi; cf. aussi art. 7a OAI). En outre, l'article 30 LAsi prévoit qu'un représentant d'une oeuvre d'entraide assiste à l'audition à moins que le requérant ne s'y oppose expressément. Dans le cadre de la modification de la LAsi, il est prévu d'introduire une contribution de la Confédération pour le conseil en matière de procédure et d'évaluation des chances (art. 30 LAsi ; cf. aussi art. 24, 25 et 26 OA 1)[2071]. Un tel conseil est prévu dans le cadre de la procédure accélérée actuellement testée au «centre de la

[2065] JICRA 2004/31 consid. 7.1; Manuel SEM, Article B3, p. 13.
[2066] Manuel SEM, Article B3, p. 12. Cf. JICRA 2004/31 consid. 5.2 et 1998/34 consid. 6c.
[2067] Manuel SEM, Article B3, p. 12.
[2068] Manuel SEM, Article B3, p. 13.
[2069] COSSY art. 29 LAsi, no 2, p. 258.
[2070] COSSY art. 29 LAsi, no 2, p. 258.
[2071] Message du CF concernant la modification de la loi sur l'asile, FF 2010 4035, p. 4061.

Confédération» situé à Zurich (art. 23ss OTest) et fait partie des modifications de la LAsi qui entreront en vigueur le 1er octobre 2016.

«La LAsi réglemente [donc] de manière particulière les déclarations de la partie, ce qui démontre bien l'importance essentielle de ce moyen de preuve en procédure d'asile. [D'ailleurs, l]es décisions en matière d'asile peuvent souvent être prises sur la base des seules déclarations du requérant sans qu'un autre moyen de preuve ne s'avère nécessaire»[2072].

b) Administration et appréciation des preuves

Le Secrétariat d'Etat aux migrations définit le résultat de l'administration des preuves «comme le résultat de l'établissement des faits et de l'examen de l'authenticité des moyens de preuve»[2073]. Au cours de l'administration des preuves, le Secrétariat d'Etat aux migrations détermine si chacune des preuves apportée ou proposée contribue effectivement à établir l'existence des faits pertinents[2074]. Lorsqu'il apprécie les preuves, le Secrétariat d'Etat aux migrations se forge une opinion sur l'état de faits par le biais de l'examen des preuves en question. L'appréciation de ces dernières est gouvernée par le principe de la libre appréciation des preuves au terme de laquelle le Secrétariat des migrations décide si les faits ont été établis ou à tout le moins rendus vraisemblables[2075]. «Le requérant a le droit de se prononcer sur le résultat de l'administration des preuves en vertu des règles de la procédure administrative relatives à l'exercice du droit d'être entendu (art. 29 et 30 PA). En procédure d'asile, il est loisible d'octroyer ce droit en cours d'audition. Lorsque l'authenticité d'un moyen de preuve ne peut être examinée qu'après l'audition, le requérant aura la possibilité de se déterminer par écrit sur le résultat de l'administration de la preuve en question. Il convient en outre de relever que, selon l'article 27 PA, le droit d'être entendu peut être restreint, lorsque des intérêts publics ou privés prépondérants exigent que le secret soit gardé. Ainsi, lorsque l'intérêt public à garder le secret prévaut sur l'intérêt privé du requérant d'asile, l'autorité ne communiquera pas toutes ses sources d'information»[2076].

c) Délais pour la fourniture des moyens de preuve

La LAsi fixe à l'article 110 alinéa 2 LAsi des délais spéciaux pour la production des moyens de preuve dans le cadre du recours au Tribunal administratif fédéral. Selon Matthey, cette disposition s'applique également à la procédure de première instance[2077].

[2072] Manuel SEM, Article B3, p. 13.
[2073] Manuel SEM, Article B3, p. 14.
[2074] Manuel SEM, Article B3, p. 11.
[2075] Selon le SEM, la libre appréciation des preuves ne se confond pas avec la liberté d'appréciation: «[l]e principe de la libre appréciation des preuves exige que le [Secrétariat d'Etat aux migrations] décide de la vraisemblance des faits pertinents (à savoir les circonstances qui permettent de reconnaître la qualité de réfugié) sur la base d'une analyse consciencieuse, minutieuse et sans a priori. Cette appréciation se fonde sur les moyens de preuves produits et les informations détenues par le [Secrétariat d'Etat aux migrations] (...). La preuve de la qualité de réfugié est établie lorsque l'autorité chargée de rendre la décision a pu se convaincre, en application de la règle du degré de vraisemblance prépondérant et en se fondant sur son appréciation des preuves, que les exigences requises en la matière sont satisfaites» (Manuel SEM, Article B3, p. 11).
[2076] Manuel SEM, Article B3, p. 14.
[2077] MATTHEY, art. 7 LAsi, no 8, p. 76.

Le délai pour fournir des moyens de preuve est de sept jours s'ils sont en Suisse et de trente s'ils sont à l'étranger. Les expertises doivent être fournies dans les trente jours (art. 110 al. 2 LAsi). «Un délai supplémentaire peut être accordé si le recourant ou son mandataire a été empêché d'agir dans le délai imparti, notamment pour cause de maladie ou d'accident» (art. 110, al. 3 LAsi). Le délai est de deux jours ouvrables au plus pour les procédures concernant le refus de l'entrée en Suisse et l'assignation d'un lieu de séjour dans le cadre de la procédure à l'aéroport prévus à l'article 22 alinéas 2 à 4 LAsi.

24.1.3 Vraisemblance de la qualité de réfugié

a) Notion de vraisemblance

Bien que l'on trouve la notion de vraisemblance à l'article 7 LAsi, la LAsi ne définit pas cette notion. Celle-ci doit donc, selon Le Fort, être soumise à interprétation[2078].

Selon l'article 7 LAsi, «[q]uiconque demande l'asile doit prouver ou du moins rendre vraisemblable qu'il est un réfugié [al. 1]. La qualité de réfugié est vraisemblable lorsque l'autorité estime que celle-ci est hautement probable [al. 2]. Ne sont pas vraisemblables notamment les allégations qui, sur des points essentiels, ne sont pas suffisamment fondées, qui sont contradictoires, qui ne correspondent pas aux faits ou qui reposent de manière déterminante sur des moyens de preuve faux ou falsifiés [al. 3]». Le terme «notamment» à l'alinéa 3 indique qu'il ne s'agit pas d'une énumération exhaustive.

Les allégations du requérant sont vraisemblables lorsque le Secrétariat d'Etat aux migrations estime que la qualité de réfugié est hautement probable (art. 7 al. 2 LAsi). Le requérant satisfait ainsi aux exigences légales en matière de preuve même s'il lui est impossible d'obtenir des moyens de preuve qui permettraient de prouver de manière irréfutable les persécutions qu'il allègue. Ainsi, la LAsi tient compte des difficultés particulières de l'administration des preuves auxquelles est confrontée une personne se trouvant hors de son pays[2079]. Elle se contente donc que la qualité de réfugié soit (au moins) rendue vraisemblable. Selon l'article 7 alinéa 2 LAsi tel est le cas lorsque l'autorité estime qu'elle est «hautement probable». Contrairement à la preuve stricte, la vraisemblance se situe à un degré probatoire réduit et laisse place à certaines objections et à certains doutes au sujet des allégations du requérant. Ce qui est décisif, c'est de savoir si les motifs en faveur de la version du requérant sont prédominants ou non. Pour répondre à cette question, l'autorité doit se baser sur une approche objective[2080] mais aussi subjective en tenant compte du vécu et des connaissances que l'on a des séquelles observées dans des cas comparables[2081].

[2078] LE FORT, p. 2 [Rz 7].
[2079] Manuel SEM, Article C5, p. 4.
[2080] JICRA 2004/1 consid. 5a.
[2081] JICRA 2004/1 consid. 5b dd et 6a-b.

b) Critères de la vraisemblance

L'article 7 alinéa 3 LAsi énonce de manière non exhaustive les critères de vraisemblance auxquels doivent être soumises les déclarations du requérant. Si dans leur majorité ils ne résistent pas à cet examen, c'est qu'ils ne satisfont pas aux exigences légales en matière de vraisemblance.

La jurisprudence a identifié quatre critères principaux afin de mieux définir la vraisemblance des allégations. On retrouve ces critères chez de nombreux auteurs de doctrine[2082] et notamment chez Kälin.

Pour Kälin et la jurisprudence, les exigences de base de la vraisemblance peuvent être résumées comme suit[2083].

Les allégations doivent avoir un caractère «suffisamment fondé». Elles doivent être autant que possible détaillées et précises (p. ex. dans la description d'une prison). Elles ne sont par contre pas suffisamment fondées — et la crédibilité du requérant en est compromise — si les allégations sont vagues ou se limitent à des lieux communs. «Malgré sa formulation pouvant prêter à confusion («allégations qui sur, des points essentiels, ne sont pas suffisamment fondées»), l'[article 7 alinéa 3 LAsi] se réfère non pas au caractère fondé ou non des allégations mais à la *densité de leur motivation*»[2084].

Les allégations du requérant doivent être en elles-mêmes concluantes et plausibles. Cela signifie en particulier qu'elles ne doivent pas contenir des contradictions sur les faits essentiels ou manquer de logique interne et ne pas contredire les faits ou l'expérience générale. Elles doivent dès lors être fondamentalement concordantes tout au cours de l'audition ou dans les diverses auditions. Des contradictions ne sont toutefois préjudiciables à la crédibilité du requérant que si elles portent sur des points essentiels de la motivation invoquée pour l'obtention de l'asile, faisant apparaître le requérant d'asile comme peu digne de foi[2085]. Par contre, «[d]es contradictions concernant des points secondaires de cette motivation ne sont pas déterminantes. Ainsi, des versions divergentes sur le moment, l'étendue et les causes de la persécution invoquée sont particulièrement nuisibles, alors que des inepties, concernant notamment l'itinéraire et les circonstances de la fuite, sont considérées, en règle générale, comme moins déterminantes. Dans ce sens, la jurisprudence a ainsi estimé «non essentielle» la contradiction d'un requérant d'asile qui lors d'une audition avait affirmé avoir séjourné dans un pays tiers en 1985 alors que lors d'une autre audition il avait dit que c'était en 1987»[2086]. Néanmoins, même si des contradictions relatives à l'itinéraire et aux circonstances de la fuite sont considérées comme moins déterminantes, elles peuvent néanmoins influer sur le type de procédure.

L'exposé doit être conforme à la vérité d'une persécution effective et se caractériser par son degré d'exactitude, son originalité, sa précision et sa cohérence interne[2087].

[2082] LE FORT (2014), p. 230.
[2083] KÄLIN, p. 302ss et JICRA 2004/1 consid. 5b dd et 6a-b.
[2084] Manuel OSAR, p. 163; MATTHEY, art. 7 LAsi, no 15, p. 77.
[2085] JICRA 1993/6.
[2086] Manuel OSAR, p. 163.
[2087] JICRA 1996/28 consid. 3a.

Enfin, le requérant doit apparaître comme personnellement crédible, ce qui n'est notamment pas le cas lorsqu'il fonde ses allégations sur des moyens de preuve faux ou falsifiés, s'il ne révèle pas des faits importants ou les altère consciemment, s'il change ses allégations en cours de procédure, les amplifie ou les rajoute après coup ou lorsqu'il montre peu d'intérêt à la procédure ou refuse la collaboration nécessaire[2088]. Pour une victime probable de mauvais traitements, le fait de taire, par honte, les détails de tortures (p. ex. des brûlures pratiquées sur des parties intimes du corps) lors des auditions et de ne les mentionner d'une manière substantielle qu'au stade du recours ne porte pas nécessairement atteinte à sa crédibilité. Si un demandeur d'asile a déjà été l'objet de persécutions étatiques, l'appréciation du caractère fondé de sa crainte ne doit pas être basée sur des considérations purement objectives. En pareil cas, il y a lieu de tenir compte à la fois de son vécu et des connaissances que l'on a des séquelles observées dans des cas comparables[2089].

Il est plutôt rare que l'examen de la vraisemblance repose uniquement sur les déclarations du requérant. Il convient, dans la plupart des cas, de recourir également aux connaissances que possède le Secrétariat d'Etat aux migrations sur le pays de provenance. L'appréciation des allégations des requérants doit se limiter à constater, conformément au principe de la vraisemblance, les éléments d'invraisemblance énumérés à l'article 7 alinéa 3 LAsi. Cela dit, ces différents éléments n'ont pas tous le même poids[2090].

Les allégations ne doivent donc ni être insuffisament fondées ni être contradictoires sur des points essentiels. Elles ne doivent pas être tardives et doivent être reprises dans la suite de la procédure.

ba) Allégations insuffisamment fondées sur des points essentiels

«Ne sont pas vraisemblables notamment les allégations qui sur des points essentiels ne sont pas suffisamment fondées». Par ces termes, le législateur postule qu'une personne réellement persécutée est en mesure de décrire de manière circonstanciée les faits essentiels qu'elle invoque à l'appui de sa demande d'asile et de préciser les faits si on le lui demande. Les allégations en matière d'asile sont considérées comme suffisamment fondées lorsque, sur les points essentiels, elles sont formulées de manière détaillée, concrète et non stéréotypée et qu'elles réussissent par conséquent à convaincre que le requérant a personnellement vécu les faits. Les exposés stéréotypés, les faits relatés de manière globale, les événements de nature générale que n'importe qui pourrait raconter sans même y avoir participé (lieux communs), les informations sans références personnelles ainsi que des réponses vagues et évasives à des questions précises laissent supposer que le requérant n'a pas vécu la situation décrite[2091].

Pour qu'un requérant puisse donner des informations circonstanciées, il faut que l'occasion lui en soit donnée. Une technique d'audition adaptée doit tout d'abord

[2088] JICRA 2004/1 consid. 5a.
[2089] JICRA 2004/1 consid. 5b dd et 6a-b.
[2090] Manuel SEM, Article C5, p. 8.
[2091] Manuel SEM, Article C5, p. 8; ATAF 2013/25 consid. 5.3.1.

encourager l'intéressé à relater les événements avec ses propres mots. Ensuite seulement des questions ciblées auront pour but de vérifier la vraisemblance des allégations faites spontanément. Une histoire n'a véritablement de substance que lorsque la description personnelle des faits et les réponses données à des questions précises forment un tout cohérent. C'est dire que le seul récit fait par le requérant, même s'il est substantiel, ne suffit pas. Il doit être complété par des réponses à des questions ciblées qui feront apparaître des détails supplémentaires et d'autres faits concrets qui nuanceront le récit. Alors seulement l'on peut considérer que les allégations ont été présentées de manière circonstanciée[2092].

bb) Contradictions sur des points essentiels

Ne sont pas vraisemblables les allégations qui sur des points essentiels sont contradictoires.

Il est difficile de croire un requérant qui ne parvient pas à s'exprimer sans se contredire sur des points essentiels ou à dissiper de façon convaincante les contradictions existantes. Pour qu'elles constituent des indices d'invraisemblance, les contradictions apparaissant dans le récit d'un requérant doivent porter sur des points déterminants pour la reconnaissance de la qualité de réfugié[2093].

bc) Allégations tardives et allégations non reprises

Les allégations tardives sont des motifs d'asile tardifs formulés uniquement lors d'une deuxième ou d'une troisième audition.

Les déclarations faites lors de l'audition sommaire au CEP ne doivent être prises en considération qu'avec retenue dans la comparaison, car cette audition n'a pas pour but d'établir si le requérant revêt ou non la qualité de réfugié. A ce propos, dans une décision de principe, l'ancienne Commission de recours en matière d'asile a jugé que des contradictions ne peuvent être retenues dans l'appréciation de la vraisemblance des motifs d'asile que lorsque les déclarations claires faites lors de l'interrogatoire au CEP sur des points essentiels sont diamétralement opposées aux déclarations faites ultérieurement devant l'autorité ou lorsque des évènements ou des craintes déterminées invoquées par la suite comme motif principal d'asile n'ont pas été évoqués au moins dans les grandes lignes au CEP. Encore faut-il que la personne ait eu l'occasion de les mentionner tous, ne serait-ce que sommairement[2094]. Dès lors, «[s]i les affirmations faites au [CEP] se révèlent seulement lacunaires ou divergentes sur des points secondaires par rapport aux allégations ultérieures, ces différences ne doivent en principe pas avoir d'incidence sur la décision»[2095]. On attend donc d'une personne véritablement persécutée qu'elle cite à la première occasion qui s'offre à elle, donc au CEP ou dans une éventuelle demande d'asile écrite, au moins les motifs essentiels qui

[2092] Manuel SEM, Article C5, p. 8.
[2093] Manuel SEM, Article C5, p. 9.
[2094] Manuel SEM, Article C5, p. 11; JICRA 1993/3 (décision de principe).
[2095] Manuel OSAR, p. 164; JICRA 1993/3 (décision de principe).

l'ont amenée à quitter son pays d'origine. Il convient toutefois de se souvenir, là encore, de la valeur probatoire limitée du procès-verbal établi au CEP[2096].

La crédibilité des allégations tardives doit être examinée dans le cadre d'une appréciation globale des circonstances du cas d'espèce. Le fait que certaines déclarations ne soient formulées qu'à un stade ultérieur de la procédure n'implique pas forcément que les allégations du requérant soient dénuées de crédibilité. En règle générale, les motifs qui sans raison valable n'ont pas été invoqués au stade de la première audition ne peuvent guère être considérés comme vraisemblables. Cela s'applique notamment à la description de situations de persécution durables ayant provoqué la fuite ainsi qu'à des événements qui ne sont pas très anciens. C'est pourquoi, au terme de chaque audition il convient de demander au requérant s'il a d'autres motifs à faire valoir[2097]. Par ailleurs, des faits essentiels qui sont invoqués lors de la première audition et qui ne le sont plus dans la suite de la procédure ne sont pas vraisemblables (allégations non reprises)[2098].

Il est, en règle générale, préjudiciable au requérant d'asile de «gonfler» les faits au cours de la procédure et de rajouter après coup des évènements importants. Il en va ainsi du comportement consistant à attendre une deuxième audition ou la phase de recours pour rallonger la durée de l'emprisonnement subi ou pour mentionner avoir été victime d'actes de torture. Il est vrai toutefois qu'un tel comportement peut parfois s'expliquer et être compréhensible comme le reconnaît du reste la jurisprudence. Ainsi, la crainte que certaines déclarations puissent mettre en danger ses amis politiques restés sur place peut expliquer la retenue du requérant au début de la procédure[2099].

bd) Allégations contraires à la réalité

Ne sont pas vraisemblables les allégations qui sur des points essentiels ne correspondent pas aux faits.

Les affirmations du requérant ne correspondent pas aux faits dans deux hypothèses. Elles sont soit incompatibles avec des faits connus et pouvant être prouvés, soit en contradiction manifeste avec la réalité, ne correspondant pas à l'expérience générale de la vie ou n'étant pas plausibles. Il s'agit de la description de prétendus événements qui ne peuvent s'être déroulés de la manière alléguée. Selon le degré de vraisemblance des allégations, on parle de certitude totale, de très haute probabilité, de haute probabilité ou d'une certaine probabilité que les faits décrits correspondent à la réalité[2100].

Les indications doivent revêtir un caractère plausible. «Les déclarations du requérant d'asile doivent [ainsi] être conciliables avec les faits connus et correspondre à l'expérience générale. L'examen de la "fidélité aux faits" suppose que les autorités aient des connaissances précises sur les pays d'origine des requérants d'asile. C'est notamment dans ce but que [le Secrétariat d'Etat aux migrations et le Tribunal

[2096] Manuel SEM, Article C5, p. 11.
[2097] Manuel SEM, Article C5, p. 11.
[2098] Manuel SEM, Article C5, p. 12.
[2099] JICRA 1998/4 consid. 5a.
[2100] Manuel SEM, Article C5, pp. 12 et 13.

administratif fédéral] exploitent ensemble des systèmes automatisés d'information et de documentation comprenant des extraits de journaux, des rapports d'organisations de défense des droits humains [ou] des expertises sur les pays (...) ([cf.] art. 102 LAsi). Ces documentations permettent de vérifier le caractère plausible des déclarations des requérants d'asile, mais des lacunes sont toujours possibles»[2101].

be) Moyens de preuve faux ou falsifiés

Les requérants d'asile essaient fréquemment de convaincre l'autorité de la véracité de leurs allégations en produisant des moyens de preuve et notamment en remettant des documents. Par documents, il s'agit juridiquement de titres. Le Secrétariat d'Etat aux migrations distingue entre faux documents et documents falsifiés. Un faux document est un titre inauthentique, dont le contenu ne correspond pas à la vérité, qui a été créé dans le but de tromper. Par contre, le document falsifié est un titre authentique à l'origine qui a été modifié dans le but de tromper[2102]. Le dépôt de moyens de preuve pertinents en matière d'asile qui ont été manipulés ou falsifiés fait fortement douter de la crédibilité personnelle du requérant d'asile. En effet, selon la pratique constante du Secrétariat d'Etat aux migrations, en principe un requérant d'asile ne se livre pas à de tels agissements pour obtenir la protection nécessaire contre une persécution. On peut généralement partir de l'idée que des actes de persécution qui sont prouvés au moyen de documents falsifiés ne correspondent pas à la réalité[2103].

bf) Manque de crédibilité du requérant au vu de son comportement pendant la procédure

Les requérants d'asile doivent avoir une crédibilité personnelle et «apparaître personnellement dignes de foi. Leur crédibilité est cependant amoindrie si leurs allégations reposent sur des moyens de preuve falsifiés, si des faits importants sont consciemment tus ou présentés faussement ou ne sont révélés aux autorités que dans une phase ultérieure de la procédure, ou s'ils refusent de collaborer de la manière nécessaire et raisonnablement exigible de leur part»[2104]. L'ancienne Commission de recours en matière d'asile a ainsi «considéré comme favorable au requérant que l'impression d'une probabilité prépondérante de ses motifs d'asile soit confortée par son attitude digne de foi lors des auditions et en particulier par sa disposition à collaborer»[2105]. Dès lors, la façon dont un requérant satisfait à son obligation légale de collaborer permet de tirer des conclusions au sujet de sa crédibilité[2106]. Il est notamment indiqué de mettre en doute la crédibilité du requérant lorsque son comportement au cours de la procédure d'asile ne correspond pas à celui d'une personne véritablement persécutée qui espère être protégée par les autorités compétentes. Quiconque dissimule son itinéraire, ne décline pas son identité ou refuse sans raison de faire certaines déclarations, entrave la procédure au lieu de la faire avancer, témoigne de son manque

[2101] Manuel OSAR, pp 164 et 165.
[2102] Manuel SEM, Article C5, p. 14.
[2103] Manuel SEM, Article C5, p. 15.
[2104] Manuel OSAR, p. 165.
[2105] Manuel OSAR, p. 165.
[2106] Manuel SEM, Article C5, p. 15.

d'intérêt à l'établissement rapide des faits et manifeste son intention de tromper les autorités n'apparaît donc pas comme crédible[2107].

La crédibilité du requérant peut aussi être ébranlée lorsque ce dernier retourne dans son pays d'origine, même pour une courte période, alors que la procédure d'asile est toujours pendante. Un tel comportement permet de conclure que la qualité de réfugié revendiquée n'est pas vraisemblable[2108].

c) Difficultés spécifiques en matière de vraisemblance

Selon Matthey, «toute la difficulté de l'[article 7 LAsi] (et des notions qu'il véhicule: preuve, vraisemblance, haute probabilité) réside dans son application pratique»[2109]. En outre, les autorités auraient tendance à appliquer ces critères «de manière (trop) stricte»[2110]. Des facteurs peuvent également influer sur l'appréciation des critères.

Selon Le Fort, la notion de vraisemblance serait difficile à appréhender, car il s'agirait d'un concept particulier au droit d'asile suisse. Il se distinguerait ainsi du droit international des réfugiés, lequel utiliserait la notion de crédibilité qui ne poserait pas moins de problèmes[2111]. En outre, si les quatre critères d'invraisemblance énoncés semblent à première vue flexibles et laissent une marge d'appréciation importante aux autorités compétentes en matière d'asile, celles-ci en feraient plutôt une application stricte et défavorable selon la doctrine et le Haut Commissariat des Nations Unies pour les réfugiés[2112]. Enfin, toujours selon Le Fort, le Secrétariat d'Etat aux migrations ne serait pas suffisamment guidé lorsqu'il procède à l'examen de la vraisemblance dans un cas particulier. L'interprétation et l'application plutôt défavorables que ferait dès lors le Secrétariat d'Etat aux migrations des quatre critères élaborés par la jurisprudence iraient à l'encontre de l'objectif de protection des personnes persécutées énoncé par la LAsi.

En outre, «[l]orsqu'il s'agit d'apprécier la crédibilité des allégations du requérant d'asile, l'application des critères que l'on vient de voir pose des difficultés dues aux réalités spécifiques et typiques à la procédure d'asile. [Certains] facteurs peuvent [donc] nuire à la recherche de la vérité lorsqu'on n'y prête pas suffisamment attention. [Ainsi,] des *facteurs socio-culturels* influencent considérablement la communication. Dans la procédure d'asile, la communication a souvent lieu avec des personnes ayant un background totalement différent au niveau de la langue, de la formation, du sexe, de l'âge [ou] de la socialisation»[2113]. Des problèmes de traduction se posent également. «Presque chaque audition de requérants d'asile nécessite le concours d'un ou d'une interprète. La traduction peut être source de malentendus et de contradictions»[2114]. A cela s'ajoutent les effets d'un syndrome de stress post-traumatique. Les victimes d'actes de torture et d'autres violences ont souvent une peine particulière à parler de leur vécu

[2107] Manuel SEM, Article C5, p. 15 avec renvoi à l'arrêt du TAF D-5577/2013 du 9.7.2014 consid. 4.1.
[2108] Manuel SEM, Article C5, p. 15.
[2109] MATTHEY, art. 7 LAsi, no 16, p. 78.
[2110] MATTHEY, art. 7 LAsi, no 16, p. 78 et LE FORT (2014), p. 230: «la mise en oeuvre de ces critères pose divers problèmes à cause de l'application défavorable et de l'interprétation qui en est faite».
[2111] LE FORT (2013) [Rz 17], p. 4.
[2112] LE FORT (2013) [Rz 11], p. 3. Cf. aussi MATTHEY, art. 7 LAsi, no 16, p. 78
[2113] Manuel OSAR, p. 165. Cf. aussi MATTHEY, art. 7 LAsi, no 17, p. 79 et KNEER/SONDEREGGER, p. 8.
[2114] Manuel OSAR, p. 165. Cf. aussi MATTHEY, art. 7 LAsi, no 17, p. 78 et KNEER/SONDEREGGER, p. 9.

car elles sont sujettes à des phénomènes de refoulement. Cela vaut en particulier pour les femmes violées»[2115].

Pour pallier les difficultés pour l'appréciation de la crédibilité de la personne, une solution consisterait, selon Le Fort, à créer des *guidelines* qui permettraient de mieux définir la notion de vraisemblance, de faciliter son application dans l'examen des demandes d'asile et d'encadrer la manière dont les collaborateurs de l'autorité de première instance procèdent à son évaluation[2116]. On peut trouver des exemples de directives dans le projet que mène actuellement le Haut Commissariat des Nations Unies pour les réfugiés avec le Comité d'Helsinki hongrois intitulé «CREDO — Improving Credibility Assessment in EU Asylum Procedures» avec différents Etats membres de l'UE ainsi que dans la pratique canadienne[2117]. La Section de la protection des réfugiés de la Commission canadienne de l'immigration et du statut de réfugié se fonderait, en effet, sur différentes directives pour faciliter le traitement des demandes d'asile publiant à ce sujet en janvier 2004 une directive intitulée «Evaluation de la crédibilité lors de l'examen de demandes d'asile»[2118]. Nous aurons l'occasion d'y revenir dans la sixième partie de ce travail.

24.2 Preuve et vraisemblance en procédure d'extradition

24.2.1 Généralités

En matière d'extradition, la question des preuves est assez subtile. Comme on a eu l'occasion de le voir dans la partie consacrée au droit comparé, il y a schématiquement deux grandes systèmes en droit extraditionnel: le système continental ou de droit romain ou encore de *civil law* et le système de *Common Law*.

Les Etats appartenant au système continental, dont la Suisse, n'exigent pas en principe que l'Etat requérant fournisse des preuves à l'appui de sa demande d'extradition. Il suffit que les faits allégués reposent sur des soupçons. Par contre, dans le système de *Common Law*, auquel appartiennent notamment le Royaume-Uni, le Canada et les Etats-Unis, de simples soupçons ne suffisent pas. Ainsi, le Royaume-Uni et le Canada exigent la preuve par *prima facie*. Les Etats-Unis demandent la preuve par *probable cause*. Concrètement, mais sans vouloir entrer dans les détails, les pays de *Common Law* exigent de l'Etat requérant qu'il résume pour chaque fait allégué les moyens de preuves sur lesquels il se base pour reprocher un acte à la personne concernée. Néanmoins, il peut arriver dans un cas particulier que les Etats appartenant au système continental réclament à l'Etat requérant la fourniture de preuves. En outre, dans le système continental, la personne poursuivie peut, voire même doit prouver ses allégations. Par contre, comme on a eu l'occasion de le voir, le droit américain n'autorise pas l'extradable à fournir des contre-preuves.

[2115] Manuel OSAR, p. 166. Cf. aussi MATTHEY, art. 7 LAsi, no 17, p. 79 et KNEER/SONDEREGGER, p. 8.
[2116] LE FORT (2013) [Rz 15] et [Rz 27], pp. 4 et 6.
[2117] LE FORT (2013) [Rz 33], p. 7.
[2118] LE FORT (2013) [Rz 35], p. 7.

Pour ce qui a trait à la Suisse, l'autorité requérante n'a pas en principe à fournir de preuves[2119]. Toutefois, selon les circonstances, l'Office fédéral de la justice peut exiger de l'Etat requérant la fourniture de preuves ou à tout le moins qu'il fournisse les éléments sur lesquels il fonde ses soupçons. Quant à l'individu, il peut, voire même doit prouver ou rendre vraisemblable ce qu'il allègue. La possibilité pour l'extradable de fournir des preuves n'est pas restreinte. C'est plutôt leur recevabilité qui peut être limitée selon le grief allégué ou la preuve invoquée (p. ex. alibi) et le stade de la procédure. De plus, comme pour le requérant d'asile, l'extradable devra aussi faire face à la difficulté de devoir prouver la probabilité qu'un fait se produise dans le futur, par exemple qu'il court le risque de subir la torture ou un traitement discriminatoire[2120].

Ainsi, schématiquement, on peut affirmer que dans le système de *Common Law*, le fardeau de la preuve repose plus sur l'Etat requérant que sur l'individu.

24.2.2 Preuve

a) Principe et exceptions

Le principe qui prévaut en droit suisse de l'extradition est que l'Etat requérant l'extradition n'a pas à fournir de preuves ni même à rendre vraisemblable l'accusation qu'il formule à l'égard de l'individu[2121]. Ni les traités d'extradition signés par la Suisse ni l'EIMP n'exigent en effet que l'Etat requérant doive fournir des moyens de preuve à l'appui de sa demande ou rendre vraisemblables ses allégations. De simples soupçons suffisent. Cette renonciation à exiger des preuves s'explique tout d'abord par les présomptions de confiance et de bonne foi dont bénéficient les Etats. Ainsi, les faits allégués dans la demande d'extradition sont censés correspondre à la vérité. Elle s'explique ensuite par le principe qu'il appartient au juge du fond étranger et non au juge de l'extradition d'examiner les questions de faits et de culpabilité. Enfin, cette renonciation répond aussi à des exigences pratiques. En début de procédure, l'autorité de poursuite ne dispose pas encore de tous les éléments et il faut agir souvent avec célérité et ce non seulement dans un but de répression, mais aussi pour mettre hors de cause la personne recherchée s'il s'avère qu'elle est innocente, ce que le juge de l'extradition n'a pas les moyens de faire.

Il s'ensuit que le juge de l'extradition ne va pas se livrer à un examen des faits et de la culpabilité de la personne poursuivie, encore moins lorsque cette dernière a été condamnée, et se livrer à une appréciation des preuves fournies par cette dernière[2122].

Exceptionnellement, les autorités suisses peuvent refuser leur collaboration s'il est exclu de mettre à la charge de la personne recherchée les faits constitutifs d'une infraction retenue contre elle. Tel est notamment le cas lorsque l'extradable est en mesure de

[2119] Arrêt du TF 1A.159/1997 du 30.7.1997 consid. 4b.
[2120] STAFFANS, p. 46.
[2121] Arrêts du TF 1A.13/2006 du 9.2.2006 consid. 4.1 et 1A.159/1997 du 30.7.1997 consid 4b.
[2122] Arrêts non publiés du TF A 275/84 du 3.10.1984 consid. 3a et 1A.381/1996 du 28.2.1997 consid. 2c; arrêts du TPF RR.2007.13 du 5.3.2007 et RR.2012.34 + RP.2012.9 du 15.5.2012 consid. 4.4.

fournir un alibi irréfutable au sens des article 47 alinéa 1 et 53 alinéa 2 EIMP[2123] ou de démontrer que la demande d'extradition est manifestement irrecevable ou inadmissible (art. 2 à 5 et 51 alinéa 1 EIMP) ou qu'elle présente des erreurs, des lacunes ou des contradictions manifestes[2124].

b) Délais pour le dépôt des moyens de preuve

Formellement, l'EIMP et la jurisprudence posent des exigences de délai uniquement pour l'invocation de l'alibi dans le contexte de l'arrestation. L'alibi doit en effet être soulevé immédiatement ou fourni avec le dépôt du mémoire de recours contre le mandat d'arrêt. Dès lors, plus un alibi est invoqué tardivement plus sa valeur est sujette à caution. En dehors de l'hypothèse de l'alibi, l'EIMP et la jurisprudence ne fixent pas de délai pour la fourniture de preuves. L'individu peut d'ailleurs jusque dans le cadre du recours au Tribunal fédéral présenter de nouveaux moyens de preuve (art. 99 LTF). Si l'individu fait valoir un moyen de preuve après le délai pour le dépôt de ses observations (art. 55 al. 1 EIMP), l'Office fédéral de la justice ne peut l'écarter au seul motif qu'il est tardif.

c) Administration et appréciation des preuves

En règle générale, le juge de l'extradition n'est pas tenu de s'exprimer sur l'ensemble des demandes de preuve de manière expresse et dans le détail. De plus, pour chaque offre de preuve à laquelle il ne donne pas suite, il n'est pas tenu de rendre une décision de rejet formelle. Bien plus, il peut aussi de manière concluante (et sur la base d'une appréciation anticipée des preuves) rejeter les demande de preuves[2125]. Dans la pratique, toutefois, rien n'empêche l'Office fédéral de la justice d'interpeller l'Etat requérant pour qu'il prenne position sur les allégations et les preuves avancées par l'individu. L'Office fédéral de la justice y procède d'ailleurs plutôt fréquemment vu son obligation d'examiner d'office toutes les conditions à une extradition.

24.2.3 Vraisemblance

a) Absence de base légale

Contrairement à la LAsi (cf. art. 7 LAsi), l'EIMP ne contient pas de disposition prévoyant explicitement que l'individu doive au moins rendre vraisemblable ce qu'il allègue. Si dans le cadre de la procédure d'asile, l'individu a rendu vraisemblable sa qualité de réfugié, les autorités compétentes en matière d'extradition ne peuvent se départir de l'appréciation faite par les autorités compétentes en matière d'asile. Cela signifie non seulement que la notion de vraisemblance en procédure d'asile est prise en

[2123] Arrêt du TF 1A.147/1995 du 25.7.1995 consid. 4a; ATF 113 Ib 276 consid. 3b, p. 283, 110 Ib 173 consid. 4d, p. 179, 109 Ib 317 consid. 11b, p. 325 et 109 Ib 64 consid. 2a, p. 66.
[2124] Arrêt du TF 1A.147/1995 du 25.7.1995 consid. 3a ; ATF 118 Ib 111 consid. 5b, pp. 121 et 122 et 117 Ib 64 consid. 5c, p. 88.
[2125] Arrêt du TF 1F.10/2007 du 2.10.2007 consid. 4.3.

compte par le juge de l'extradition[2126], mais qu'en plus le droit de l'extradition ne pose pas d'exigences supplémentaires quant au degré de vraisemblance.

b) Vraisemblance dans la jurisprudence en matière d'extradition

A défaut de norme expresse, la jurisprudence a posé le principe selon lequel l'extradable peut se contenter de rendre vraisemblable ce qu'il allègue lorsqu'il ne peut en fournir la preuve. Cette faculté est toutefois réservée à certains griefs. En effet, pour les conditions formelles et matérielles (existence d'un titre de détention, double punissabilité, délit extradable, délit pénal, nationalité, juridiction ou prescription), il n'y a pas de place pour la vraisemblance, car soit ces conditions sont remplies soit elles ne le sont pas et l'extradition est refusée. Par contre, lorsque l'extradable prétend que la procédure étrangère viole les droits de l'homme[2127] ou vise à le poursuivre pour des motifs discriminatoires (art. 2 let. b EIMP)[2128] la vraisemblance suffit.

Selon la jurisprudence fédérale, l'individu doit apporter des éléments concrets permettant de supposer qu'il serait poursuivi pour des motifs cachés ayant trait notamment à ses opinions politiques[2129]. Dans un ATF 132 II 469, le Tribunal fédéral parle d'éléments de faits qui doivent être suffisamment précis pour rendre vraisemblables les intentions que l'extradable prête aux autorités de l'Etat requérant[2130]. Par «éléments concrets» il faut donc entendre des preuves ou, à défaut de preuves, de faits suffisamment précis pour rendre vraisemblable ce que l'individu allègue. La jurisprudence fédérale ne permet toutefois pas d'identifier les critères pris en compte par le Tribunal pénal fédéral et le Tribunal fédéral pour retenir que l'individu a rendu vraisemblables ses allégations, ni de déterminer si les instances de recours retiennent la *haute probabilité* ou la *vraisemblance prépondérante*. Néanmoins, dans un arrêt du 1er septembre 2011, le Tribunal pénal fédéral a considéré que l'individu doit rendre vraisemblable qu'il existe des risques objectifs et sérieux qu'il soit victime d'une poursuite discriminatoire[2131]. La jurisprudence fédérale semble donc s'inspirer de la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme. Pour comprendre ce qu'il faut entendre par «risques sérieux et objectifs» on peut donc à tout le moins se référer à l'interprétation qu'en donnent les juges de Strasbourg.

24.2.4 Admissibilité de la preuve et de la vraisemblance

Comme on a eu l'occasion de le voir, avant le dépôt de la demande d'extradition, l'individu peut uniquement soulever des griefs à l'encontre de la détention. Exceptionnellement, il peut émettre des reproches à l'encontre de la demande d'extradition uniquement pour démontrer son inadmissibilité manifeste. La

[2126] Cf. Arrêt du TF 1A.267/2005 du 14.12.2005.
[2127] Arrêt du TPF RR.2015.67 + RP.2015.13 du 7.5.2015 consid. 4.2.
[2128] ATF 123 II 511 consid. 5b, p. 517, 123 II 161 consid. 6b, p. 167, et 122 II 373 consid. 2a, p. 377.
[2129] ATF 129 II 268 consid. 6.3 p. 272 (entraide).
[2130] ATF 132 II 469 consid. 2.6, p. 474.
[2131] Arrêt du TPF RR.2011.26 + 27 du 1.9.2011 consid. 7.2: «Um den Schutz der Bestimmungen von Art. 3 Ziff. 2 EAUe und Art. 2 lit. b und c IRSG beanspruchen zu können, muss die betroffene Person in glaubhafter Weise darlegen, inwiefern ernsthafte und objektive Risiken einer verbotenen Diskriminierung bestehen sowie konkret aufzeigen, dass die strafrechtliche Verfolgung nur vorgeschoben und in Wirklichkeit politisch motiviert ist».

vraisemblance ne suffit donc pas à ce stade de la procédure. S'il ne parvient pas à démontrer que la demande d'extradition est manifestement inadmissible, il devra alors soulever ses griefs dans la procédure d'extradition proprement dite. Néanmoins, dans un arrêt du 19 octobre 2009, le Tribunal pénal fédéral aurait laissé entendre que, dans le cadre du recours contre le mandat d'arrêt ou le refus de la mise en liberté, il pourrait prendre en compte la vraisemblance des griefs soulevés par l'individu si ceux-ci n'exigent pas un examen plus approfondi: «Dabei genügt es nicht, dass der im ausländischen Strafverfahren Angeklagte behauptet, aufgrund einer besonderen juristischen Situation bedroht zu sein. Er muss vielmehr die ernste und objektive Gefahr einer schweren Verletzung der Menschenrechte im ersuchenden Staat glaubhaft machen, welche ihn konkret berühren kann. In der Beschwerdeschrift wurden "massive(n) Verletzungen der Menschenrechte und die nahe liegende Gefahr" geltend gemacht, „dass sich diese nach Gewährung der Auslieferung fortsetzen würden". Die vorgebrachten Verletzungen von Verfahrensrechten (Nichteinhaltung von Absprachen etc.) bedürfen vertiefter Abklärungen mit Blick auf das amerikanische Strafverfahrensrecht und lassen daher die Auslieferung nicht als offensichtlich unzulässig erscheinen. Gleiches gilt für die Argumentation des Beschwerdeführers, er sei "materiell" bereits verurteilt worden und habe die ihm "materiell" auferlegte Strafe bereits verbüsst»[2132].

La question dès lors qui se pose est de savoir si du point de vue de l'économie de procédure il se justifie de ne pas prendre en compte des griefs et des offres de preuves lorsque l'individu les fait valoir avant le dépôt de la demande d'extradition s'ils peuvent conduire au refus de l'extradition après son dépôt. Il peut en effet se révéler choquant que le juge de l'extradition parvienne à des conclusions diamétralement opposées parfois à peu de jours d'intervalles et ce uniquement en raison d'un pouvoir d'examen différent. L'affaire C. (ch. 3.3.1 let. c) a d'ailleurs mis en évidence l'existence d'un tel risque. L'Office fédéral de la justice en est bien conscient de sorte que bien souvent il n'attend pas le dépôt de la demande d'extradition pour requérir de l'Etat étranger des prises de position, des compléments d'informations ou la fourniture de garanties. En vertu de son devoir d'examiner d'office les conditions à une extradition, l'Office fédéral de la justice va même y procéder sans attendre que l'individu soulève des griefs à ce propos.

Ce qui a été dit ci-dessus vaut *mutatis mutandis* dans le cadre de la procédure de recours au Tribunal pénal fédéral et au Tribunal fédéral, étant précisé qu'en cas de recours au Tribunal fédéral, l'extradable devra en sus démontrer que l'affaire représente un cas particulièrement important. Une telle démonstration constitue un obstacle supplémentaire à l'invocation de griefs devant le Tribunal fédéral et on peut légitimement se demander si elle n'annule pas l'allégement de la preuve que constitue la vraisemblance.

Après le dépôt de la demande d'extradition, la simple vraisemblance peut suffire pour certains griefs, tels que l'existence d'une poursuite discriminatoire ou le risque d'un traitement discriminatoire (art. 2 let. b et c EIMP), le risque de torture ou de mauvais traitements (art. 37 al. 3 EIMP) voire l'allégation de la violation des droits de la défense

[2132] Arrêt du TPF RR.2009.308 du 19.10.2009 consid. 6.2.

en cas de jugement contumacial (art. 37 al. 3 EIMP). Dans ce dernier cas, le fardeau de la preuve est même renversé puisqu'il appartient à l'Office fédéral de la justice respectivement à l'Etat étranger de prouver que les droits de la défense ont été respectés.

24.3 Preuve et vraisemblance devant la Cour européenne des droits de l'homme

Selon une formule consacrée, la Cour européenne des droits de l'homme considère qu'une expulsion ou une extradition par un Etat contractant peut soulever un problème au regard de l'article 3 CEDH et donc engager la responsabilité de l'Etat en cause au titre de la CEDH lorsqu'il y a des motifs sérieux et avérés (substantive grounds) de croire que l'intéressé, si on l'expulse vers le pays de destination, y courra un risque réel d'être soumis à un traitement contraire à l'article 3 CEDH. Le degré de probabilité requis d'une violation du principe de non-refoulement est fourni par les termes de «risque réel» sans que la Cour européenne des droits de l'homme ne les définisse. Selon cette dernière, le risque doit être personnel et actuel. Dans certains arrêts, la Cour européenne des droits de l'homme a utilisé le terme de sérieux risque au lieu de risque réel. Le risque ne peut pas être subjectif, même s'il est bien-fondé, mais de nature objective[2133]. Ces termes de «motifs sérieux et avérés» et de «risque réel» sont aussi vagues les uns que les autres. Ils se réfèrent aux éléments de risques ou aux motifs qui peuvent donner lieu à jurisprudence (make a case)[2134].

Une simple possibilité (mere possibility) de mauvais traitement ne suffit pas pour admettre une violation de l'article 3 CEDH[2135]. Mais il ne doit pas non plus être établi avec certitude que le particulier subira de mauvais traitements en cas de renvoi. L'individu doit être capable de démontrer qu'il existe une haute probabilité (high likelihood) qu'il subira de mauvais traitements en cas de refoulement[2136].

Dans l'affaire *Saadi c. Italie*, la Cour a déclaré que le risque ne doit pas être «plus probable que pas» (more likely than not)[2137] alors que dans l'affaire *Shamayev et al. c. Géorgie et Russie*, elle est parvenue à la conclusion que les faits de la cause ne permettaient pas d'aller au-delà de tout doute raisonnable (beyond any reasonable doubt)[2138]. Cette formulation exige un standard de preuve élevé[2139]. Néanmoins, dans l'affaire *Iskandarov c. Russie*, la Cour n'a pas fait référence à cette notion de *beyond any reasonable doubt*[2140].

[2133] DE WECK, p. 197. Cf. aussi arrêts de la CourEDH *Kaboulov c. Ukraine* du 19.11.2009, no 41015/04, par. 112, *Venkadajalasarma c. Pays-Bas* du 17.2.2004, no 58510/00, par 66-69, *Soldatenko c. Ukraine* du 23.10.2008, no 2440/07, p. 72, *Shamayev et al. c. Géorgie et Russie* du 12.4.2005, no 36378/02, par. 340 et 351 et *Soering c. Royaume-Uni* du 7.7.1989, no 14038/88, par. 91.
[2134] DE WECK, p. 200.
[2135] DE WECK, p. 198; arrêt de la CourEDH *Vilvarajah et al. c. Royaume-Uni* du 30.10.1991, nos 13163/87, 13164/87, 13165/87, 13447/87 et 13448/87, par. 111.
[2136] DE WECK, p. 198; arrêt de la CourEDH *Azimov c. Russie* du 18.4.2013, no 67474/11, par. 128.
[2137] Arrêt de la CourEDH *Saadi c. Italie* du 28.2.2008 [GC], no 37201/06, par. 140.
[2138] DE WECK, p. 198; arrêt de la CourEDH *Shamayev et al. c. Géorgie et Russie* du 12.4.2005, no 36378/02, par. 340 et 351 (il s'agissait ici d'un cas d'extradition).
[2139] DE WECK, p. 198; arrêt de la CourEDH *Garabayev c. Russie* du 7.6.2007, no 38411/02, par. 76.
[2140] DE WECK, note de bas de page no 1169, p. 198 avec référence à l'arrêt de la CourEDH *Iskandarov c. Russie* du 23.9.2010, no 17185/05, par. 131.

De Weck déplore le fait que les notions *more likely than not* ou *beyond any reasonable doubt* utilisés par la Cour ne permettent pas de définir de manière générale ce que l'on entend par risque réel. Ce serait ainsi en fonction du cas d'espèce, lorsque la Cour examine les conséquences prévisibles d'un renvoi, qu'elle détermine s'il y a des motifs sérieux et avérés de l'existence d'un risque réel[2141]. De Weck constate donc que la Cour exige un standard de preuve élevé et adopte une attitude stricte dans l'admission d'un risque réel, ce que confirmerait des affaires telles que *Harkins et Edwards c. Royaume-Uni* ou *E.G. c. Royaume-Uni*[2142].

La Cour utilise différents standards de preuve en fonction de la source du préjudice redouté en cas de refoulement. Le seuil de preuve serait ainsi plus élevé lorsque la responsabilité de l'Etat contractant, en cas de violation de l'article 3 CEDH, n'est pas directement engagée ou si le préjudice est en lien avec la santé du plaignant[2143]. Au vu du nombre modeste d'affaires où le plaignant a eu gain de cause, de Weck estime que le seuil posé par l'article 3 CEDH pour admettre l'existence d'un risque réel est donc élevé[2144]. Dans les cas où la Cour a admis la violation de l'article 3 CEDH, les motifs sérieux et avérés consistaient en une combinaison de plusieurs facteurs, tels que le background du recourant, la situation des droits de l'homme dans l'Etat de refoulement ou de manière générale les moyens de preuve permettant de conclure à un risque réel. Il incombe dès lors en premier lieu au recourant d'apporter des preuves susceptibles de démontrer un risque de mauvais traitement en cas de refoulement. Toutefois, dès que de telles preuves sont fournies, l'Etat est invité à balayer tout doute à ce propos. Les autorités ne peuvent pas demeurer passives. Elles ont la responsabilité de répondre à toute allégation et preuve présentées[2145].

Néanmoins, les exigences posées en matière de preuve connaissent un certain nombre d'allègements.

Pour la Cour, le fait d'exiger du recourant qu'il produise une preuve indiscutable (indisputable) d'un risque de mauvais traitement dans l'Etat requérant équivaut à lui imposer la preuve de l'existence d'un événement futur, ce qui est impossible et placerait sur ses épaules un fardeau de la preuve clairement disproportionné. Les allégations se rapportant au principe de non-refoulement ne peuvent donc pas être prouvées de la même manière que des évènements passés. Par conséquent, on doit uniquement exiger du recourant qu'il montre, en référence à des faits spécifiques qui le concernent ainsi qu'au groupe de personnes auquel il appartient, qu'il serait susceptible de subir un

[2141] DE WECK, p. 198. Cf. aussi NGUYEN/AMARELLE (2010, p. 126).
[2142] DE WECK, p. 199; arrêts de la CourEDH *Harkins et Edwards c. Royaume-Uni*, nos 9146/07 32650/07, par. 131, et *E.G. c. Royaume-Uni*, no 41178/08, par. 65-81.
[2143] DE WECK, p. 199; arrêts de la CourEDH *Bensaid c. Royaume-Uni*, no 44599/98, par. 40.
[2144] DE WECK, p. 200.
[2145] DE WECK, p. 200 ; pour des ex. d'arrêts de la CourEDH: *Saadi c Italie* du 28.2.2008 [GC], no 37201/06, par. 49 et 129, *F.H. c. Suède* du 20.1.2009, no 32621/06, par. 95, *R.C. c. Suède* du 9.3.2010, no 41827/07, par. 50, *Sufi et Elmi c. Royaume-Uni* du 28.6.2011, nos 8319/07 et 11449/07, par. 214; *Azimov c. Russie* du 18.4.2013, no 67474/11, par. 112 et 113, *D. et al. c. Turquie* du 22.6.2006, no 24245/03, par. 47 et 48, *S.H. c. Royaume-Uni* du 15.6.2010, no 19956/06, par. 71, et *Iskandarov c. Russie* du 23.9.2010, no 17185/05, par. 129.

mauvais traitement[2146]. Ce n'est toutefois que dans des circonstances extrêmes de violence généralisée que les exigences en matière de preuve sont allégées[2147].

La présentation de moyens de preuves est un élément qui peut conduire au déplacement du fardeau de la preuve du recourant vers l'Etat refoulant. En fonction de la situation des droits de l'homme, le dépôt par l'individu de mandats d'arrêt, de convocations d'un tribunal et d'autres dossiers pénaux peut ainsi revêtir une importance de premier ordre. Il incombera en effet aux Etats de montrer que la preuve fournie est fausse ou falsifiée[2148]. En fonction des griefs avancés par le recourant, la Cour peut par conséquent s'attendre à ce que l'Etat contractant participe presque activement à la procédure. Ainsi Wouters, cité par de Weck, parle de responsabilité partagée entre l'individu concerné et l'Etat[2149].

24.4 Preuve et vraisemblance devant le Comité des Nations Unies contre la torture

Selon l'article 3 paragraphe 1 de la Convention de 1984, «[a]ucun Etat partie n'expulsera, ne refoulera, ni n'extradera une personne vers un autre Etat où il y a des motifs sérieux de croire qu'il risque d'être soumis à la torture».

Selon la jurisprudence du Comité des Nations Unies contre la torture, le danger de torture doit être prévisible, réel, personnel[2150] et actuel[2151]. Dans de nombreuses décisions, le Comité utilise le terme de «risque» en lieu et place de «danger»[2152].

Le risque de torture en cas de refoulement doit se situer au-delà d'un simple risque théorique ou du simple soupçon sans être toutefois hautement probable[2153]. Ces termes n'indiquent toutefois pas quel standard de preuve est requis[2154]. Selon De Weck, ce que l'on peut constater, c'est que le Comité souligne dans ses décisions que son but est de découvrir si la personne concernée courrait personnellement un risque d'être soumis à la torture en cas de renvoi. Des pauvres conditions en matière de droits de l'homme ou de violents conflits dans l'Etat de renvoi ne suffisent pas en eux-mêmes pour déclencher la protection de l'article 3 de la Convention de 1984. L'individu doit faire valoir des motifs supplémentaires montrant qu'il court personnellement un risque de subir la torture[2155]. Le standard de preuve exigé par la Convention de 1984 serait donc plus bas que celui exigé par d'autres conventions comme la CEDH ou le Pacte ONU II.

[2146] DE WECK, pp. 200 et 201; arrêts de la CourEDH *Yakubov c. Russie* du 8.11.2011, no 7265/10, par. 76 et 77, *Rustamov c. Russie* du 3.7.2012, no 11209/10, par. 117, *Azimov c. Russie* du 18.4.2013, no 67474/11, par. 128; LORZ/SAUER, p. 406. Cf. aussi NGUYEN/CESLA AMARELLE, p. 127, et KOKOTT, pp. 12-24 et 396-420. Selon ces auteurs la CourEDH privilégie la recherche de solutions praticables par rapport à la clarté du droit et des règles applicables en matière de preuves, si bien que l'on ne peut affirmer que la CourEDH pose des exigences très élevées en matière de preuve.
[2147] LORZ/SAUER, p. 406.
[2148] DE WECK, p. 201; arrêts de la CourEDH *Hilal c. Royaume-Uni* du 6.3.2001, no 45276/99, par. 63, *B. c. Suède* du 26.10.2004, no 16578/03 et *XA. c. France* du 25.5.2010, no 36457/08.
[2149] DE WECK, p. 203.
[2150] DE WECK, p. 206.
[2151] DE WECK, pp. 206 et 207; par ex. décision du CAT *A.A. et al. c. Suisse* du 10.11.2008, no 285/2006, par. 7.5.
[2152] DE WECK, p. 206; Wouters observe justement que les termes sont interchangeables (Wouters 2009, p. 458). Cf. aussi la version française de l'art. 3 de la Convention de 1984 où le terme «risque» est utilisé.
[2153] DE WECK, p. 206; par ex. décision du CAT *E.A. c. Suisse* du 10.11.1997, no 28/1995, par. 11.3.
[2154] DE WECK, p. 206.
[2155] DE WECK, pp. 206 et 207.

Selon le Commentaire général n° 1 du Comité des Nations Unies contre la torture relatif à l'article 3 de la Convention de 1984, c'est à l'individu qu'il incombe de présenter des arguments soutenables. En d'autres termes, sa position doit être étayée par des faits suffisamment solides pour entraîner la réponse de la part de l'Etat partie et l'examen au fond de sa requête[2156]. Il doit prouver qu'il encourt personnellement et actuellement un risque sérieux d'être soumis à la torture[2157]. Les rapports médicaux, les preuves montrant des détentions subies, des activités politiques ou un intérêt actuel manifesté par les autorités d'un Etat à son égard sont des éléments importants à prendre en considération[2158]. Les motifs doivent reposer sur les circonstances personnelles de l'individu plutôt que sur la situation générale prévalant dans le pays de renvoi[2159].

Toutefois, les exigences de preuve ne doivent pas être trop rigoureuses et le fardeau ne doit pas reposer uniquement sur l'individu. Dès que ce dernier a présenté des arguments défendables, l'Etat doit faire des efforts suffisants pour déterminer s'il y a des motifs substantiels de croire à l'existence d'un risque de torture en cas de renvoi. En effet, en vertu de l'article 3 de la Convention de 1984, les Etats ont non seulement le devoir d'examiner soigneusement le cas, mais doivent aussi tenir compte, en vertu du paragraphe 2 de cette disposition, de toutes les considérations pertinentes y compris, le cas échéant, de l'existence dans l'Etat de renvoi d'un ensemble de violations systématiques des droits de l'homme, graves, flagrantes ou massives[2160].

Si en principe il incombe à l'individu de rassembler et de présenter des preuves à l'appui de sa requête[2161], il n'a pas à prouver tous les faits invoqués. Néanmoins, le Comité doit considérer ces faits comme suffisamment substanciés et fiables. Le dépôt d'une preuve convaincante peut provoquer un déplacement du fardeau de la preuve de l'individu vers l'Etat intimé[2162]. La situation des droits de l'homme dans l'Etat de destination ou la fourniture de garanties diplomatiques — ce qui démontrerait que les Etats qui extradent nourrissent des inquiétudes quant au sort qui sera réservé à l'extradé — peuvent aussi provoquer un tel déplacement[2163].

Enfin, pour le Comité, la sécurité de l'individu est au centre de ses préoccupations. Dès lors, même si des doutes subsistent concernant la véracité des allégations, le Comité doit s'assurer que sa sécurité n'est pas en danger. Il s'ensuit que dans l'approche du Comité, le fardeau de la preuve est plutôt flexible, ce qui fait dire à plusieurs auteurs cités par de Weck, que ce fardeau n'est pas particulièrement lourd et que le Comité adopte une approche plutôt protective et donne plus de poids à la crédibilité générale de l'individu qu'à la preuve objective[2164].

[2156] Comité des Nations Unies contre la torture (1997) ch 5.
[2157] Comité des Nations Unies contre la torture (1997) ch. 7.
[2158] DE WECK, p. 210.
[2159] DE WECK, p. 207.
[2160] DE WECK, p. 208.
[2161] DE WECK, p. 208; communications du CAT *A.H. c. Suède* du 16.11.2006, no 265/2005, par 11.6, *N.Z.S. c. Suède* du 22.11.2006, no 277/2005, par. 8.6, *E.R.K. et Y.K. c. Suède* du 30.4.2007, no 270 et 271/2005, par. 7.4 et 7.5, *M.M. et al. c. Suède* du 11.11.2008, no 332/2007, par 7.6 et *M.B. c. Suisse* du 31.5.2013, no 439/2010, par. 7.9.
[2162] DE WECK, p. 209.
[2163] DE WECK, p. 211.
[2164] DE WECK, p. 212.

Chapitre 25 Etablissement et appréciation des faits: prépondérance des convergences

L'analyse en parallèle des procédures d'asile et d'extradition permet de tirer plusieurs enseignements qui nous amènent au constat que les deux procédures présentent plus de points communs que de points de divergences. Voyons cela dans les détails.

25.1 Pouvoir d'examen

La maxime inquisitoire prévaut dans les deux procédures et sa portée est atténuée par le devoir de collaboration de l'individu.

Au niveau des autorités de première instance, le pouvoir d'examen du Secrétariat d'Etat aux migrations, de l'Office fédéral de la justice et du Tribunal pénal fédéral (en vertu de l'article 55 alinéa 2 EIMP) n'est, en principe, pas illimité. Ce pouvoir d'examen peut, toutefois varier selon le type ou le stade de la procédure. Ainsi, en procédure d'asile, le Secrétariat d'Etat aux migrations ne va pas forcément dans la phase préparatoire se livrer à un examen des motifs d'asile (art. 29 LAsi). En procédure d'extradition, avant le dépôt de la demande d'extradition, le juge de l'extradition ne va non plus se livrer à un examen des motifs qui concernent la demande d'extradition, sauf si les griefs soulevés par l'extradé font apparaître la demande d'extradition comme manifestement inadmissible (art. 51 al. 1 EIMP). Rien n'empêche, néanmoins, le Secrétariat d'Etat aux migrations d'examiner les motifs d'asile et de procéder à des vérifications dans la phase préparatoire. Il en va de même pour l'Office fédéral de la justice, qui pourra, voire même devra, avant le dépôt de la demande d'extradition examiner les griefs soulevés par l'extradable et interpeller si nécessaire l'Etat requérant pour qu'il prenne position ou qu'il fournisse des compléments ou des garanties.

Pour établir les faits, aussi bien le Secrétariat d'Etat aux migrations que l'Office fédéral de la justice ne sont pas limités quant aux sources d'informations. Ils peuvent faire appel au Département fédéral des affaires étrangères, à l'Office fédéral de la police et au Service de renseignement de la Confédération. Le Secrétariat d'Etat aux migrations, l'Office fédéral de la justice et les instances de recours respectives peuvent se baser sur des rapports d'organisations non gouvernementales, d'organes institutionnels et gouvernementaux. Par contre, en matière d'asile, le Secrétariat d'Etat aux migrations et le Tribunal administratif fédéral ont à disposition et gèrent en commun des banques de données contenant des informations sur les pays. Le Secrétariat d'Etat aux migrations peut en outre compter sur sa Section analyse, composée de spécialistes, pour le traitement des informations sur les pays. L'Office fédéral de la justice ne gère pas de telles bases de données ni ne dispose au sein de l'Unité extraditions de collaborateurs spécialisés en matière d'informations sur les pays. Il ne gère pas non plus de banques de données avec le Tribunal pénal fédéral ou le Tribunal fédéral. De son côté, le Tribunal administratif fédéral peut charger les ambassades suisses d'acquérir des informations et dispose de collaborateurs spécialisés en recherche d'informations sur les pays, ce qui n'est pas le cas pour le Tribunal pénal fédéral et le Tribunal fédéral.
S'agissant de l'établissement des faits, la procédure d'asile est avant tout orale. Le Secrétariat d'Etat aux migrations procède en effet à l'audition des requérants. Il dispose

pour cela de collaborateurs spécialisés rompus aux techniques d'audition. Le Secrétariat d'Etat aux migrations peut également instruire et administrer des moyens de preuve. Il peut ordonner des expertises et notamment des expertises LINGUA. En matière d'extradition, la procédure est avant tout écrite, bien que l'individu soit aussi interrogé par une autorité cantonale. Toutefois, cet interrogatoire vise principalement le respect du droit d'être entendu. La mise en œuvre d'une audition orale pour l'établissement des faits n'est pas exclue, mais les conditions sont très restrictives. Il y a lieu toutefois de relativiser l'importance de l'audition en matière d'asile. En effet, celle-ci ne vise pas à reconnaître plus facilement le statut de réfugié et l'asile mais à évaluer la crédibilité du requérant d'asile. En matière d'extradition, ce n'est qu'exceptionnellement que l'on procède à l'administration de preuves. Tel est notamment le cas si l'extradé soulève la preuve par alibi ou lorsque l'on est en présence de lacunes, d'erreurs et de contradictions manifestes dans l'état de fait et que l'affaire présente une connotation politique. L'Office fédéral de la justice peut aussi — voire même doit d'office — ordonner des expertises sur l'état de santé d'une personne pour déterminer sa capacité à subir la détention[2165], sur les allégations de torture[2166] ou pour établir l'identité de la personne arrêtée sur la base de ses empreintes digitales[2167]. La procédure d'extradition se distingue également de la procédure d'asile par la possibilité donnée à l'Office fédéral de la justice d'entrer en contact direct avec les autorités de l'Etat requérant pour exiger de lui des informations, des preuves, des prises de position et des garanties, ce que le Secrétariat d'Etat aux migrations ne peut faire. Le revers de la médaille, c'est que l'Office fédéral de la justice est, en principe, lié par les allégations de l'Etat requérant sur la base des présomptions de confiance et de bonne foi, ce qui peut constituer un oreiller de paresse. De son côté, le juge de l'asile peut aussi être lié par les présomptions d'«Etat d'origine sûr» ou d'«Etat tiers sûr». Le fait que le Secrétariat d'Etat aux migrations ne soit pas lié à l'Etat concerné et ne puisse pas s'adresser directement à lui présente un avantage et un inconvénient. L'avantage se situe dans la liberté d'apprécier les dires de l'individu et les garanties fournies par l'Etat concerné dans la procédure d'extradition. Le Secrétariat d'Etat aux migrations n'est en effet pas lié par les garanties données par un Etat étranger dans le cadre de l'extradition. L'inconvénient consiste dans le fait qu'il est plus difficile pour le Secrétariat d'Etat aux migrations de vérifier certains faits si des moyens de preuve ne sont pas accessibles. Les procédures d'asile et d'extradition se complètent dès lors sur ce point. Le Secrétariat d'Etat aux migrations peut également se distancer des évaluations effectuées par le Département fédéral des affaires étrangères en raison de ses connaissances, ce qui est moins le cas de l'Office fédéral de la justice qui ne pourra accorder l'extradition si la diplomatie suisse émet un avis défavorable à l'extradition. A l'inverse rien n'empêche l'Office de refuser l'extradition si le Département fédéral des affaires étrangères estime qu'une extradition est possible. Mais il faut admettre que rares seront les cas où l'Office refusera l'extradition si le Département fédéral des affaires étrangères donne son feu vert. Les évaluations de ce dernier peuvent ainsi constituer un oreiller de paresse pour le juge de l'extradition.

[2165] Arrêts du TPF RR.2015.231 + RR.2015.213 + RP.2015.42 du 26.1.2016 consid. 6.3.5 et BH.2006.6 du 18.4.2006 consid. 4.2.
[2166] Arrêt du TPF RR.2016.27 + RR.2016.9 + RP.2016.7 du 22.3.2016 consid. 7.3.
[2167] Pour un ex.: arrêt du TF 1A.181/2001 du 16.11.2001 consid. 6.

Enfin, les procédures d'asile et d'extradition se distinguent également par le fait qu'en matière d'extradition, ce sont des juges qui examinent le grief de poursuite politique ou discriminatoire (art. 55 al. 2 EIMP) alors qu'en matière d'asile ce sont des collaborateurs de l'administration. Cela n'enlève toutefois rien au mérite des collaborateurs du Secrétariat d'Etat aux migrations qui sont de vrais spécialistes en la matière et qui disposent de moyens plus importants que le Tribunal pénal fédéral.

25.2 Droit d'être entendu

La procédure d'asile se distingue de la procédure d'extradition par le droit d'être entendu qualifié que constitue l'audition sur les motifs d'asile (art. 29 LAsi). Cette audition répond, en effet, à des critères et à des modalités de mise en oeuvre spécifiques. La procédure d'extradition ne prévoit pas une audition avec de telles modalités. Comme il a été relevé ci-dessus, il n'y a toutefois pas lieu d'accorder une importance trop grande à l'audition sur les motifs d'asile, car cette audition sert avant tout au Secrétariat d'Etat aux migrations à vérifier les allégations et le cas échéant la crédibilité du requérant d'asile. En matière d'extradition, le droit d'être entendu s'exerce surtout par écrit, ce qui permet plus facilement à un individu d'alléguer des faits dont la véracité est difficile à apprécier.

S'agissant de l'administration des preuves, aussi bien la procédure d'asile que la procédure d'extradition ne prévoient aucun droit pour l'individu de s'exprimer préalablement à la mise en oeuvre d'une expertise ou d'une évaluation par le Département fédéral des affaires étrangères.

En ce qui concerne la consultation du dossier, mis à part le moment où l'accès au dossier est donné (jusqu'à la décision d'extradition; dès que la décision d'asile est prête à être rédigée), les modalités et les limitations d'exercice de ce droit sont similaires dans les deux procédures.

25.3 Devoir de collaboration

La LAsi consacre expressément le devoir de collaboration à son article 8 et les conséquences de sa violation, ce qui n'est pas le cas pour l'EIMP. Dans les faits, cette différence formelle est néanmoins atténuée. Tout d'abord par l'article 13 PA qui prévoit une obligation de collaboration aux conditions prévues. Ensuite, le principe de la bonne foi s'applique dans les deux domaines. Enfin, la jurisprudence en matière d'extradition impose un devoir de collaboration à l'individu sans poser d'exigences particulières. Fondamentalement, donc, les deux procédures ne divergent pas sur l'aspect du devoir de collaboration.

25.4 Preuve et vraisemblance

Dès que la question du risque de torture, de mauvais traitements ou de traitement discriminatoire se pose, aussi bien dans la procédure d'asile que dans la procédure d'extradition l'individu sera confronté à la difficulté de devoir prouver ou rendre vraisemblable la probabilité qu'un évènement futur survienne.

La LAsi se distingue de l'EIMP par le fait qu'elle contient une disposition, l'article 7, qui mentionne expressément la notion de vraisemblance et en fixe les critères. L'EIMP ne contient pas une telle norme pour la procédure d'extradition. Dans les faits, cette différence est atténuée par la jurisprudence en matière d'extradition et par la pratique des autorités compétentes en matière d'extradition. Tout d'abord, la jurisprudence en matière d'extradition admet aussi la vraisemblance comme moyen de preuve. Ensuite, le droit de l'extradition ne pose pas de conditions différentes ou plus restrictives que le droit de l'asile ou que la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme et du Comité des Nations Unies contre la torture pour retenir qu'une allégation a été rendue vraisemblable, mais s'en inspire. Enfin, les autorités compétentes en matière d'extradition sont liées par les décisions rendues en matière d'asile. On peut donc en déduire que les critères de vraisemblance appliqués en matière d'asile valent *mutatis mutandis* en matière d'extradition.

Certes l'adoption dans l'EIMP d'une norme similaire à l'article 7 LAsi pourra contribuer à une certaine sécurité juridique. Mais, il faut aussi admettre que pour sa mise en oeuvre, l'article 7 LAsi pose plus de problèmes qu'il n'en résoud[2168].

Conclusions à la cinquième partie

Au terme de l'analyse des procédures d'asile et d'extradition, l'on doit donc relever que les deux procédures présentent de nombreux points communs.

Les principales différences se situent au niveau législatif et au niveau des moyens à disposition pour l'établissement des faits.

Au niveau législatif, la LAsi définit explicitement le devoir de collaboration de l'individu et la notion de vraisemblance. De son côté, l'EIMP ne contient pas de norme expresse en la matière.

A première vue, le Secrétariat d'Etat aux migrations dispose de moyens plus importants que l'Office fédéral de la justice pour établir les faits, tels que la base de données «Artis» et la disponibilité de collaborateurs spécialisés. Cette différence de moyens est toutefois compensée par la possibilité de l'Office fédéral de la justice de s'adresser au Département fédéral des affaires étrangères pour des évaluations. De plus, l'Office fédéral de la justice peut exiger de l'Etat requérant qu'il collabore à l'établissement des faits. Ces différences sont aussi colmatées par l'accès au Tribunal fédéral ainsi qu'à la Cour européenne des droits de l'homme et au Comité des Nations Unies contre la torture.

[2168] MATTHEY, art. 7 LAsi, no 16, p. , p. 78.

Si les juges de l'asile et de l'extradition examinent les mêmes questions, si leur pouvoir d'examen est pratiquement identique pour apprécier les risques encourus en cas refoulement et si l'individu ne se voit pas imposer d'exigences de preuves différentes dans les deux procédures, comment explique-t-on dès lors que des décisions contradictoires ont été rendues ? A notre avis, on peut en grande partie trouver la réponse à cette question dans les affaires A., B., C. et N. Dans ces quatre affaires, l'Office fédéral de la justice n'avait pas établi les risques encourus par les personnes concernées de manière exhaustive. En se contentant en effet des garanties fournies, de la règle de la spécialité, des présomptions de bonne foi dont bénéficient les Etats requérants et des évaluations du Département fédéral des affaires étrangères, l'Office avait fait l'économie d'une analyse plus approfondie des risques encourus en cas d'extradition. Enfin, un manque de connaissances spécialisées en matière d'asile et sur la situation dans les Etats requérants pourrait aussi expliquer l'existence de décisions contradictoires.

C'est donc dans le soin porté à l'établissement des faits que réside la solution aux problèmes qui peuvent surgir lorsque les procédures d'asile et d'extradition sont pendantes simultanément. Aussi bien la doctrine, notamment Lagodny, que la Cour européenne des droits de l'homme et le Comité des Nations Unies contre la torture insistent sur cette nécessité. Dès lors peu importe quelle autorité décide sur le risque encouru en cas de refoulement, ce qui prévaut c'est la qualité de l'établissement et de l'appréciation des faits. Pour s'en convaincre définitivement, il y a lieu de citer la décision rendue par la Cour européenne des droits de l'homme dans l'affaire *Barnic c. Autriche*[2169]. Dans cette affaire, l'Autriche avait refusé l'extradition de Barnic en constatant qu'il avait été victime de mauvais traitements par la police durant sa détention en Serbie en 2002 et en considérant qu'il risquait à nouveau d'être l'objet d'un tel traitement en cas d'extradition. De leur côté les autorités compétentes en matière d'asile avaient ordonné le renvoi de Barnic en Serbie en estimant qu'il n'encourait aucun risque. La Cour européenne des droits de l'homme avait estimé que les autorités compétentes en matière d'asile avaient procédé à un examen approfondi des faits et n'a eu donc rien à redire sur leur décision nonobstant celle rendue en matière d'extradition: «[...] the applicant complains of the two conflicting decisions of the Austrian authorities — namely that the Regional Criminal Court refused to grant his extradition, whereas the Asylum Court allowed for his expulsion to Serbia. The Court, while looking at the last decision rendered by the Austrian authorities, allowing the applicant's expulsion to Serbia, is satisfied that the Asylum Court conducted a thorough and rigorous examination of his claims under Article 3 of the Convention. With regard to the reports the Asylum Court used to validate its assessment of the change of circumstances in Serbia, not only since the events in 2002, but also in the course of the passing of approximately two years since the Regional Criminal Court's decision, the Court finds that it took care to obtain and to evaluate updated information. Furthermore, the Asylum Court requested specific and individual information as concerns the current whereabouts of M.K., former chief of police in S. The Asylum Court thus, acknowledging the ill-treatment the applicant suffered in 2002 and taking his claim

[2169] Décision de la CourEDH dans l'affaire *Barnic c. Autriche* du 13.12.2011, no 54845.

seriously, made a considerable effort to investigate the particular circumstances surrounding his return to Serbia».

Dès lors, aussi longtemps que deux autorités se penchent sur les mêmes questions, on ne pourra pas empêcher des différences dans l'établissement et l'appréciation des faits. La sixième partie de ce travail sera ainsi consacrée à la recherche de solutions à cette problématique.

Partie VI

Solutions *de lege ferenda*, discussions et conclusions générales

Introduction à la sixième partie

La présente étude a permis de constater que la principale cause des décisions contradictoires se situe au niveau de l'établissement et de l'appréciation des faits et que la Loi de coordination n'a pas permis de remédier entièrement à ce problème voire même en a créé d'autres. Toutefois, en tentant de dépasser la dichotomie asile-extradition et en se concentrant sur le risque encouru par un individu en cas de refoulement, on a également pu constater tout au long de cette étude que les droits des réfugiés, de l'asile et de l'extradition présentent plus de points communs que de points de divergences. Surtout, la manière dont les juges de l'asile et de l'extradition établissent et apprécient les faits ne diverge pas fondamentalement, seuls des moyens et un savoir différents permettent d'expliquer que des décisions contradictoires aient pu être rendues. Le modèle de coordination tel que proposé par le législateur ne donne donc pas totalement satisfaction. Cela est dû, à notre avis, au fait que non seulement les véritables causes des décisions contradictoires n'ont apparemment pas été correctement identifiées, mais aussi et surtout que les points de convergences entre ces deux domaines du droit et ces deux procédures n'ont pas été suffisamment approfondis pour trouver d'autres solutions. Au vu de la persistance des problèmes, la solution offerte par le législateur doit être optimisée voire même dépassée au profit d'une unification des deux procédures en confiant à une seule autorité de première instance la tâche de trancher la question du risque encouru en cas de refoulement. L'on peut certes se demander si les solutions proposées dans la présente partie se justifient au vu du nombre peu élevé de cas de procédures asile-extradition pendantes simultanément chaque année. Si le nombre de ces cas est effectivement bas, ils soulèvent néanmoins des questions qui se posent également lorsque l'on est uniquement en présence d'une procédure d'extradition. En effet, l'Office fédéral de la justice est régulièrement amené à analyser le risque encouru par un individu en cas d'extradition indépendamment du dépôt d'une demande d'asile. Or, l'EIMP ne règle ni le devoir de collaboration de l'individu, ni ne définit les critères de vraisemblance pour retenir l'existence d'un risque. En outre, l'Office fédéral de la justice ne dispose ni de banque de données, ni de personnel spécialisé en matière d'analyse de risques. Ainsi indépendamment de l'existence d'une procédure d'asile, il s'impose de combler ces lacunes afin que le juge de l'extradition dispose de moyens et de connaissances qui lui permettent d'établir les faits et de les apprécier de la manière la plus optimale possible.

En vue de l'élaboration des solutions, il va être procédé dans un premier temps à une synthèse des points de convergences et de divergences entre ces deux domaines du droit (chap. 26). Dans un chapitre subséquent, nous procéderons à une analyse des notions de coordination et d'unification en vue de proposer un modèle de coordination optimisé (chap. 27). Des solutions seront ensuite proposées (chap. 28) et discutées (chap. 29). Enfin, dans un dernier chapitre nous formulerons des conclusions générales (chap. 30).

Chapitre 26 Synthèse en vue de l'élaboration de solutions

26.1 Risques encourus en cas de refoulement

En droit des réfugiés et de l'asile, le Secrétariat d'Etat aux migrations doit évaluer dans un premier temps si le demandeur d'asile est un réfugié. En d'autres termes, le juge de l'asile doit examiner si l'individu est ou risque d'être victime d'une persécution dans l'Etat d'origine ou de dernière résidence et, si oui, s'il peut y bénéficier d'une protection. Si la personne remplit les conditions pour la reconnaissance de la qualité de réfugié, le juge de l'asile doit ensuite décider si l'asile peut ou non lui être octroyé. Si l'asile ne peut lui être accordé, se posera alors la question de savoir si le requérant d'asile peut être admis provisoirement en Suisse. Le droit à l'asile, à savoir notamment le droit de pouvoir demeurer en Suisse, n'est donc examiné qu'à titre subsidiaire. En droit de l'extradition, on examine également si la demande d'extradition concerne une poursuite pénale légitime, si l'individu est ou risque d'être victime d'un traitement discriminatoire et s'il a la possibilité de bénéficier d'une protection dans l'Etat requérant. Si l'extradition doit être refusée, ledit Office n'a par contre pas de compétence pour accorder l'asile.

Les risques que court un individu en cas de refoulement ou d'extradition et l'existence d'une protection adéquate contre de tels risques constituent donc les questions auxquelles doivent répondre aussi bien le juge de l'asile que le juge de l'extradition. A côté de ces questions, celle de l'octroi ou non de l'asile apparaît ainsi plutôt secondaire. L'optimisation de la coordination entre les deux procédures voire leur unification doivent donc se concentrer sur la problématique des risques encourus.

Aussi bien la doctrine et la jurisprudence que les organisations de protection des réfugiés insistent sur l'importance que revêtent l'examen et l'établissement des faits relatifs aux risques encourus en cas d'extradition ou de refoulement. Peu importe toutefois quelle autorité se livre à un tel examen du moment que l'évaluation du risque se fasse de la manière la plus complète et la plus objective possible. Ainsi, aux yeux du Haut commissariat des Nations Unies pour les réfugiés, rien n'empêche que les Etats statuent sur la demande d'extradition indépendamment de la reconnaissance du statut de réfugié mais à la condition toutefois que le juge de l'extradition établisse les faits de manière complète. Le Haut commissariat invite dès lors les Etats, qui ne tiennent pas compte du statut de réfugié dans le cadre de la procédure d'extradition, à analyser toutes les circonstances du cas avant de décider du renvoi d'un individu. La Cour européenne des droits de l'homme et le Comité des Nations Unies contre la torture ont, on peut le dire, une position identique. Ce point de vue est également défendu par l'Organisation suisse d'aide aux réfugiés ainsi que par Lagodny. La nécessité d'établir soigneusement les faits ne vaut d'ailleurs pas seulement pour le juge de l'extradition, mais également pour le juge de l'asile comme l'a démontré l'affaire *Barnic c. Autriche* du 13 décembre 2011 portée devant la Cour européenne des droits de l'homme. Pour rappel, les autorités compétentes en matière d'asile avaient ordonné le renvoi de Barnic alors que son extradition avait été refusée. La Cour n'a rien eu à redire après avoir estimé que le juge de l'asile avait procédé à une analyse plus complète des risques encourus que le juge de l'extradition.

Dans la cinquième partie de ce travail, nous avons procédé à une analyse du pouvoir d'examen des autorités compétentes en matière d'asile et d'extradition. Nous avons pu constater que les pouvoirs d'examen des autorités compétentes en matière d'asile et d'extradition ne diffèrent pas fondamentalement. Par contre, les autorités compétentes en matière d'extradition ne disposent pas d'une banque de données et de personnel spécialisé pour l'évaluation des risques dans un Etat donné. De même, il n'existe pas de réseau d'Etats en matière d'extradition pour l'évaluation des risques encourus en cas d'extradition. Par contre, l'Office fédéral de la justice peut recourir au Département fédéral des affaires étrangères et interpeller directement l'Etat étranger pour une éventuelle prise de position sur les griefs de l'individu. De leur côté, les autorités compétentes en matière d'asile ne peuvent interpeller l'Etat d'origine ou de dernière résidence. Si *a priori* le juge de l'asile semble mieux outillé que le juge de l'extradition pour procéder à une analyse complète des faits, on relève surtout que les moyens à disposition de ces deux autorités sont complémentaires. En vue d'éviter des appréciations et des décisions contradictoires, serait-il possible de confier l'analyse des risques à une seule autorité ou à des collaborateurs spécialisés communs ?

Contrairement au droit de l'asile, le droit suisse de l'extradition ne prévoit pas de statut pour la personne qui ne peut être extradée. Or, les autorités compétentes en matière d'extradition peuvent aussi refuser une extradition en raison d'un risque de traitement discriminatoire sans que la personne n'ait déposé de demande d'asile. Il n'est pas exclu que l'individu dont l'extradition est refusée se retrouve en Suisse sans autorisation de séjour. Pour y remédier, serait-il possible d'inscrire dans l'EIMP une norme calquée sur l'article 16a chiffre 1 *GG* ou l'article 19 *ARHG* pour mettre l'individu au profit de l'asile si l'extradition est refusée en raison de la nature politique ou discriminatoire de la poursuite ?

26.2 Définitions et protections du réfugié

Au terme de la seconde partie de ce travail, nous avons démontré que le droit de l'extradition poursuit aussi l'objectif de protéger une personne contre un traitement discriminatoire en cas d'extradition. Les droits de l'asile et de l'extradition ont donc un objectif commun. Nous avons également esquissé une définition du réfugié en matière d'extradition qui est, sous plusieurs aspects, plus large que la définition qu'en donne la Convention de 1951. Etant donné que la reconnaissance de la qualité de réfugié est déclaratoire et non pas constitutive, elle n'est donc pas l'apanage du juge de l'asile.

Dans la troisième partie de ce travail nous avons eu l'occasion, en analysant les principes de non-extradition pour délits politiques, d'interdiction de la discrimination, de la torture et des peines ou traitements cruels, inhumains ou dégradants et de non-refoulement de constater que, sous certains aspects, le droit de l'extradition offre une protection plus large que le droit de l'asile en ne la limitant pas aux réfugiés et en n'exigeant pas que les atteintes soient motivées par des considérations de nature politique, raciale ou ethnique. En outre, le droit de l'extradition interdit l'extradition d'une personne en cas de peine de mort indépendamment de la question de savoir si s'y ajoute un traitement cruel ou dégradant. Par contre, le droit des réfugiés et de l'asile protège une personne contre une pression psychique insupportable sans que cette

pression n'atteigne le niveau d'un mauvais traitement au sens de l'article 3 CEDH notamment. Là encore, on peut constater que loin de s'opposer, les droits des réfugiés, de l'asile et de l'extradition se complètent largement.

Dès lors que le juge de l'extradition reconnaît implicitement la qualité de réfugié en refusant l'extradition en cas de poursuite pour des motifs discriminatoires et que le droit de l'extradition offre une protection quasi similaire à celle du droit des réfugiés et de l'asile, l'on ne voit pas l'utilité que deux autorités se penchent sur les mêmes questions. Une seule autorité devrait donc trancher la question de savoir si la personne concernée peut être ou non refoulée.

26.3 Sources juridiques et autorités communes

Plusieurs sources juridiques sont communes aux droits de l'asile et de l'extradition. Il s'agit non seulement de la Charte ONU, de la DUDH et des différentes conventions de protection des droits de l'homme, mais aussi de la Cst. et de la PA. A côté de ces sources communes, le juge de l'extradition ne peut faire abstraction du droit des réfugiés et de l'asile. De même, le juge de l'asile ne peut ignorer le droit de l'extradition.

Du point de vue institutionnel, on relève que le Secrétariat d'Etat aux migrations et l'Office fédéral de la justice sont rattachés au Département fédéral de justice et police. Le Tribunal fédéral, le Département fédéral de justice et police et le Conseil fédéral, exercent aussi des compétences en matière d'asile et d'extradition. A cela s'ajoute que l'Office fédéral de la justice et le Secrétariat d'Etat aux migrations peuvent faire appel pour des évaluations au Département fédéral des affaires étrangères, à l'Office fédéral de la police, au Service de renseignements de la Confédération et au Haut Commissariat des Nations Unies pour les réfugiés.

Ce rattachement institutionnel et l'existence d'autorités communes plaident également en faveur d'une unification des procédures.

26.4 Convergences et divergences des procédures d'asile et d'extradition

Tant la procédure d'asile que la procédure d'extradition sont de nature administrative. Toutes les deux débutent avec le dépôt d'une demande. C'est donc la maxime de disposition qui prévaut dans les deux procédures. S'agissant de l'établissement des faits, c'est par contre la maxime inquisitoire qui s'applique, laquelle est atténuée par le devoir de collaboration imposé à l'individu qui devra, dans les deux procédures, prouver ou à tout le moins rendre vraisemblables les risques qu'il court en cas de refoulement. La PA s'applique aux deux procédures. Celles-ci présentent également la particularité commune que les autorités compétentes peuvent ordonner la détention de l'individu en vue de le refouler.

Dans les deux procédures, l'identification de la personne revêt une grande importance. Si dans la procédure d'asile, il incombe à la personne de s'identifier, en procédure d'extradition, cette tâche relève de l'Etat requérant. L'existence d'une demande d'arrestation et d'extradition peut d'ailleurs faciliter cette identification. Sur ce point les deux procédures sont également complémentaires.

Au niveau des divergences, on relève tout d'abord que l'EIMP, contrairement à la LAsi, ne contient pas de dispositions expresses en matière de preuve, de vraisemblance et de critères de vraisemblance.

La LAsi consacre, en effet, le devoir de collaboration à son article 8 et les conséquences de sa violation, ce que l'EIMP ne prévoit pas. Cette différence est toutefois atténuée par l'article 13 PA et le principe de la bonne foi qui posent une obligation de collaboration, sans oublier que la jurisprudence en matière d'extradition exige également un devoir de collaboration de la part de l'individu sans poser d'exigences particulières. En matière d'asile, le devoir de collaboration impose notamment au requérant qu'il prouve ou à tout le moins qu'il rende vraisemblable ce qu'il allègue. En droit de l'extradition, on exige également de l'extradable qu'il prouve ou à tout le moins qu'il rende vraisemblable les griefs qu'il soulève à l'encontre de l'extradition. Néanmoins, à la différence de l'EIMP, la LAsi contient expressément une disposition, l'article 7, qui prévoit la preuve par vraisemblance et en fixe les critères. Cette lacune dans l'EIMP est certes comblée par la jurisprudence en matière d'extradition, laquelle ne précise toutefois pas le degré de vraisemblable à atteindre. Etant donné que les autorités compétentes en matière d'extradition sont liées par les décisions rendues en matière d'asile, on peut donc en déduire que les critères de vraisemblance de l'article 7 LAsi valent *mutatis mutandis* en matière d'extradition, ce qui dans les faits gomme les différences entre ces domaines juridiques. Il y a lieu pour le surplus de relever que si le Protocole additionnel no 15 à la CEDH entre en vigueur, le juge de l'extradition comme le juge de l'asile devront garantir le respect des droits et des libertés définis dans la CEDH et ses protocoles. *De facto*, les autorités compétentes en matière d'asile et d'extradition devront appliquer par défaut les critères de preuve et de vraisemblance retenus par la Cour européenne des droits de l'homme lorsqu'il s'agit d'examiner une violation de l'article 3 CEDH, ce qu'elles sont déjà censées devoir faire aujourd'hui[2170].

Dans la procédure d'extradition, c'est une autorité judiciaire, le Tribunal pénal fédéral, qui statue en cas de grief de délit politique ou de risque de traitement discriminatoire, bien que l'Office fédéral de la justice soit aussi compétent pour examiner l'existence de tels risques. Toutefois, le Tribunal pénal fédéral n'est pas une autorité spécialisée et ses

[2170] Par message du 6.3.2015, le CF a invité le Parlement à adopter un projet d'arrêté fédéral en vue de l'approbation du protocole no 15 portant amendement à la CEDH. Ledit protocole prévoit des adaptations ponctuelles de la CEDH. Un nouveau considérant a ainsi été ajouté à la fin du préambule de la CEDH. «Il souligne d'une part l'importance du principe de subsidiarité et, d'autre part, il précise que les parties jouissent d'une marge d'appréciation, sous le contrôle de la Cour, pour garantir le respect des droits et des libertés définis dans la convention et dans ses protocoles. Le nouveau considérant ne fait que codifier des principes existants» (Message du CF FF 2015 2137, p. 2142). Il vise principalement à améliorer la transparence du système de contrôle. «Le principe de subsidiarité impose en premier lieu aux Etats parties de reconnaître à toute personne relevant de leur juridiction les droits et les libertés définis dans la convention et dans ses protocoles (art. 1 de la convention) et de garantir à toute personne présumée victime d'une infraction à la convention un droit de recours effectif devant une instance nationale (art. 13). La Cour n'intervient qu'en dernier recours» (Message du CF FF 2015 2137. p. 2142). Le Protocole additionnel no 15 n'entrera pas en vigueur avant que tous les Etats membres de la CEDH ne l'aient ratifié. A la fin octobre 2014 seuls dix Etats l'ont signé. L'entrée en vigueur de ce Protocole aura des effets sur les pouvoirs d'examen notamment du SEM et de l'OFJ.

pouvoirs d'investigation sont limités. En effet, le Tribunal pénal fédéral ne va procéder qu'exceptionnellement à une administration de preuves. Par contre, en matière d'asile, le Secrétariat d'Etat aux migrations et le Tribunal administratif fédéral peuvent instruire et administrer des preuves.

La procédure d'asile est avant tout orale. Le Secrétariat d'Etat aux migrations procède à une audition qualifiée des requérants sur les motifs d'asile. Pour cela, il dispose de collaborateurs rompus aux techniques d'audition. La procédure d'extradition est plutôt écrite, bien que l'extradable soit aussi entendu par la police ou un procureur et qu'à des conditions très exceptionnelles l'extradable pourrait être entendu par le Tribunal pénal fédéral et le Tribunal fédéral en cas de recours. De son côté, le Tribunal administratif fédéral peut faire entendre le requérant d'asile. Le statut d'autorité judiciaire du Tribunal pénal fédéral ne lui offre donc aucun avantage ou primauté. Il y a lieu néanmoins de relativiser la portée de l'audition en matière d'asile, car elle sert avant tout à évaluer la crédibilité du requérant d'asile et non à lui reconnaître plus facilement la qualité de réfugié.

On observe également une différence entre les deux procédures quant au droit de consulter le dossier. En matière d'asile, le droit de consulter les procès-verbaux peut être refusé pour éviter que l'individu puisse modifier ses déclarations, ce qui n'est pas le cas en matière d'extradition. Ces deux procédures se distinguent également par le fait que la procédure d'extradition connaît deux instances de recours alors que la procédure habituelle en matière d'asile n'en connaît qu'une. D'un point de vue juridique, l'individu apparaît donc mieux protégé en procédure d'extradition qu'en procédure d'asile.

Enfin, ces deux procédures divergent par les compétences attribuées au juge de l'asile qui statue non seulement sur les risques encourus en cas de refoulement et l'effectivité de la protection, mais aussi sur l'asile. Le juge de l'extradition n'a par contre aucune compétence d'accorder à l'individu le droit de demeurer sur le territoire suisse.

26.5 Conclusions en vue d'une ébauche de solutions

Au terme de cette synthèse, l'on doit donc relever — au risque de se répéter — que les deux procédures présentent plus de points communs que de divergences.

Les principales divergences concernent l'établissement et l'appréciation des faits. Il y a lieu d'admettre qu'en matière d'asile les questions liées à l'établissement et à l'appréciation des faits sont expressémment réglées dans la loi ce qui n'est pas le cas en matière d'extradition. Il en va ainsi de l'obligation de collaboration mise à la charge de l'individu qui doit prouver ou rendre vraisemblable ce qu'il allègue, des devoirs imposés aux autorités compétentes en matière d'asile et des moyens mis à leur disposition. Cela ne veut toutefois pas dire que dans la pratique ces deux procédures divergent fondamentalement. Néanmoins, l'absence de réglementation légale en droit de l'extradition contribue à une certaine insécurité juridique, car l'on ignore, par exemple, quels critères seront appliqués pour retenir la vraisemblance. Cette divergence peut facilement être comblée en insérant dans l'EIMP des dispositions qui prévoient

expressément un devoir de collaboration mis à la charge de l'extradable et en fixant des critères de vraisemblance.

Les moyens à disposition des autorités compétentes en matière d'asile et d'extradition divergent également. On doit admettre que les autorités compétentes en matière d'asile sont mieux outillées que leurs homologues de l'extradition. Mais, comme on a pu le voir aussi, les moyens dont disposent les autorités concernées par les deux procédures sont plutôt complémentaires. Dès lors, toute la question réside dans la manière d'optimiser leur usage pour que ces autorités puissent en bénéficier non seulement quand les deux procédures sont pendantes simultanément mais aussi lorsqu'il n'y a qu'une procédure d'extradition.

Même si des modifications législatives sont adoptées et si des moyens sont mis en commun, il n'en demeure pas moins que deux autorités examinent les mêmes questions. Certes, les juges de l'asile et de l'extradition devront décider si l'asile respectivement l'extradition seront ou non accordés, mais avant de rendre leur décision, ils vont devoir trancher à titre préalable la question du risque encouru par la personne dans son Etat d'origine ou de dernière résidence. La réponse à cette question va déterminer la suite des procédures et influer sur la décision finale. Les décisions contradictoires dépendent donc de la manière d'apprécier les risques encourus. Il s'agit dès lors d'optimiser la coordination entre les autorités concernées quant à l'examen de cette question préalable voire d'unifier les procédures en instituant une autorité unique de première instance spécialement constituée pour décider si la personne peut ou non être refoulée avant que l'asile ou l'extradition ne soient accordés.

Avant de procéder à l'ébauche des solutions, il y a lieu de s'arrêter sur les notions de coordination et d'unification afin de déterminer ce qu'elles recouvrent exactement.

Chapitre 27 Notions de coordination et d'unification

Aux termes de la loi en vigueur, la coordination se résume à un échange de dossiers, au respect du principe de célérité et à l'instauration du Tribunal fédéral comme autorité appelée à aplanir les divergences pour autant toutefois qu'il soit saisi. L'Office fédéral de la justice et le Tribunal pénal fédéral d'un côté, le Secrétariat d'Etat aux migrations et le Tribunal administratif fédéral de l'autre, continuent néanmoins à examiner chacun de leur côté si l'individu court le risque d'une atteinte à ses droits pour des motifs discriminatoires et si l'Etat de destination peut ou veut lui offrir une protection. En soi, rien de révolutionnaire si bien que lors de l'audition sur l'avant-projet de loi plusieurs organisations n'étaient pas convaincues que la Loi de coordination allait résoudre le problème des décisions contradictoires. La suite, comme on l'a vu, leur a donné raison (cf. affaires N. et V.). Apparemment, les difficultés d'éviter des décisions contradictoires malgré la Loi de coordination ont conduit les autorités concernées à adapter la solution législative à la réalité des faits en procédant à des échanges de vue et en suspendant l'une des procédures dans l'attente d'une issue dans la procédure parallèle. Certes, on ne peut reprocher aux autorités concernées d'avoir voulu trouver des solutions pragmatiques aux problèmes qui se posaient. Il n'empêche que ces

adaptations démontrent que la solution du législateur ne résolvait pas le problème des décisions contradictoires. Est-il dès lors encore correct de parler de coordination ?

Le Petit Robert définit la coordination comme l'«agencement des parties d'un tout selon un plan logique, pour une fin déterminée»[2171].

Selon Bovay, le principe de coordination «impose aux autorités non seulement de tenir compte dans une décision de toutes les normes du droit positif applicable au cas d'espèce, mais tend aussi à éviter plusieurs décisions contradictoires en les fondant en une seule décision émanant de l'administration (...). Certain[e]s (...) décisions impliquent souvent l'application de plusieurs dispositions de droit qui sont à ce point connexes qu'on ne peut pas les appliquer de façon séparée et indépendante; il faut assurer leur coordination»[2172].

La nécessité de procéder à une coordination se pose dans deux cas de figure. Soit lorsque «une *seule* décision suffit à régler la situation juridique [où différents intérêts sont en jeu] (...). Mais [l'autorité] devra procéder à une balance complète et exhaustive de *tous les intérêts en présence*». Moor et Poltier parlent alors de décision complexe[2173]. Soit lorsque plusieurs décisions doivent être prises car elles requièrent les compétences de plusieurs autorités. Chaque autorité doit prendre dans sa sphère d'attributions une décision qui est elle-même une décision complexe. Moor et Poltier parlent alors de procédure complexe[2174].

Les affaires asile-extradition mêlent les deux cas de figure. D'une part, la décision qui doit être prise est une décision complexe, car une seule décision sur les risques encourus par la personne et la protection dont elle peut bénéficier suffit à régler la situation. L'autorité qui décide devra procéder à une balance complète et exhaustive de *tous les intérêts en présence.* Etant donné que l'Office fédéral de la justice et le Secrétariat d'Etat aux migrations sont compétents pour trancher cette question, il suffit qu'une seule de ces autorités l'examine et statue. D'autre part, avant qu'il ne soit décidé sur l'octroi de l'asile, il s'agit de déterminer si la personne peut se voir reconnaître le statut de réfugié. L'on est donc également en présence d'une procédure complexe.

On peut rencontrer plusieurs modèles de coordination. Moor et Poltier en ont répertorié quatre: la coordination par succession de décisions, la coordination concomitante, la concentration et la coordination anticipée. Les paragraphes qui suivent reprennent de manière plus ou moins extensive les propos développés par ces auteurs dans le volume II de leur ouvrage intitulé «Droit administratif»[2175].

[2171] Nouveau Petit Robert, 2008.
[2172] BOVAY, p. 324.
[2173] MOOR/POLTIER, pp. 228 et 229.
[2174] MOOR/POLTIER, pp. 221 et 222.
[2175] On peut retrouver ces différentes notions développées au ch. 2.2.1.3 intitulé «Les procédures complexes», pp. 219ss.

Selon Moor et Poltier, la coordination par succession de décisions consiste en une prise de décisions «requises l'une après l'autre, et indépendamment les unes des autres»[2176]. Il s'agit, selon ces deux auteurs, de la forme la plus simple de coordination qui présenterait plusieurs inconvénients[2177].

Avec la coordination anticipée, on vise à «instituer assez tôt dans le processus une phase dans laquelle les problèmes (...) peuvent être le mieux réglés»[2178].

La coordination concomitante implique que «les différentes décisions doivent être élaborées par les diverses autorités concernées *de manière synchronisée*, dans une procédure dirigée par une autorité qui en a la *responsabilité d'ensemble*»[2179].

Enfin, selon le modèle de la concentration, un «certain nombre d'attributions incombant normalement à diverses autorités sont transférées à une seule (...). La concentration peut être uniquement formelle: l'autorité unique a pour seule tâche de réunir toutes les décisions pour en faire une seule, qu'elle a l'attribution de notifier aux parties à la procédure (...). La concentration est matérielle [lorsque] toutes les compétences sont exercées par une *autorité unique*, qui est celle dans les attributions de laquelle rentre l'entreprise et qui dirige l'entier de la procédure»[2180]. Le modèle de la concentration matérielle est celui qui a été adopté par la Loi fédérale sur la coordination et la simplification des procédures de décision du 18 juin 1999[2181].

Dans le modèle de la concentration matérielle, on procède encore à une distinction entre deux sous-modèles: le sous-modèle dit de l'approbation et le sous-modèle dit de la consultation. «Dans le modèle dit de l'approbation, un projet ne peut être autorisé que si les services spécialisés qui, s'il n'y avait pas de procédure concentrée, seraient compétents pour délivrer une autorisation, approuvent ledit projet. Dans le modèle dit de la consultation, les divers services spécialisés examinent le projet, puis communiquent leur avis, qui ne lie pas l'autorité unique. Les services spécialisés concluent leur avis par une proposition faite à l'autorité unique d'accepter ou de rejeter le projet présenté. Cette proposition peut aussi être assortie de certaines conditions. L'autorité unique fonde sa décision sur ces propositions»[2182]. Selon le Conseil fédéral, «[l]'avantage du modèle de la consultation tient au fait qu'une autorité qui dispose déjà des connaissances techniques peut, après avoir pesé l'ensemble des intérêts, prendre une décision en fonction de tous les aspects se rapportant à la réalisation du projet. La position de l'autorité unique, dont les attributions décisionnelles sont élargies au-delà de son domaine usuel d'attributions, s'en trouve sans nul doute renforcée. De leur côté,

[2176] MOOR/POLTIER, p. 223.
[2177] MOOR/POLTIER, p. 223.
[2178] MOOR/POLTIER, p. 235.
[2179] MOOR/POLTIER, p. 225.
[2180] MOOR/POLTIER, pp. 231 et 232. Cf. aussi KIENER/RÜTSCHE/KUHN no 953, p. 233.
[2181] Cf. MOOR/POLTIER, p. 232. En vertu de cette loi, lors de la réalisation de grands ouvrages réalisés sous la direction des autorités fédérales, les procédures de décision sont concentrées au sein de cette autorité unique. De cette manière, cette autorité peut contrôler, en première instance, le respect des diverses dispositions applicables en droit fédéral et en droit cantonal. «Toutes les autorisations requises en vertu du droit cantonal et du droit fédéral sont délivrées dans le cadre d'une seule décision «globale» (...). Une seule décision couvrant toutes les autorisations requises présente aussi l'avantage de ne comporter qu'une seule voie de recours, ce qui empêche que différentes autorités de recours soient tenues de se prononcer sur un même projet et qu'elles rendent des décisions contradictoires» (Message du CF relatif à la loi fédérale sur la coordination et la simplification des procédures d'approbation des plans du 25.2.1998, FF 1998 2221, p. 2227).
[2182] Message du CF relatif à la loi fédérale sur la coordination et la simplification des procédures d'approbation des plans du 25.2.1998, FF 1998 2221, p. 2229.

les autorités fédérales qui seraient habilitées — sans la concentration des procédures — à octroyer des autorisations spéciales perdent leur compétence décisionnelle et, partant, une partie de l'influence que celle-ci leur confère»[2183].

Dubey et Zufferey procèdent à une distinction entre coordination formelle et coordination matérielle. Selon ces auteurs, la coordination formelle doit permettre la coordination matérielle[2184]. «[L]a coordination formelle est une maxime interdisant aux diverses autorités appelées à statuer sur une même cause de conduire chacune leur procédure sans égard pour les autres. Cela implique en particulier: qu'elles communiquent entre elles en échangeant des (pré-)avis quant à la manière dont elles envisagent d'appliquer les règles relevant de leurs compétences; qu'elles agissent de concert en procédant simultanément à certains actes de procédure (...); qu'elles notifent de manière commune ou simultanée leur(s) décision(s), de manière à ce que celle(s)-ci soi(en)t sujette(s) à un même délai de recours auprès d'une même autorité de recours; cette coordination formelle est parfois assurée par la désignation d'une autorité directrice, chargée de prendre toutes les dispositions nécessaires à ce que les diverses procédures avancent de manière concertée, malgré la pluralité des compétences; ce modèle dit de la coordination (ou de la concertation) cède parfois le pas à celui dit de la concentration, dans lequel une seule autorité compétente est désignée soit pour notifier, soit pour rendre une seule et même décision, les autres autorités voyant alors leur compétence réduite à celle de fournir une décision préalable, respectivement un préavis» [2185] . Quant à l'obligation de coordination matérielle, elle «concerne l'application du droit de fond en cas de procédure complexe. Elle consiste pour les diverses autorités compétentes à devoir coordonner entre elles («abstimmen») l'application des règles de leur ressort à un même état de fait (...). [Les autorités] ont l'obligation d'assurer la concordance de leur(s) décision(s): cela leur fait interdiction de rendre des décisions contradictoires, ce qui signifie que celles-ci doivent retenir le même état de fait et la même appréciation des preuves, de même qu'elles doivent se fonder sur une pondération des intérêts et une motivation cohérente l'une par rapport à l'autre; cela ne leur impose cependant pas l'obligation de s'accorder entre elles sur tous ces points, chacune restant compétente — sous réserve du cas de la concentration — pour rendre une décision *négative* sur la base de «sa» réglementation, qui prive d'objet les autres décisions («Killerentscheid»); cela leur impose néanmoins l'obligation de tenter au préalable de dépasser leurs divergences, que ce soit par des échanges de vue informels ou par une procédure de conciliation formalisée»[2186].

Pour Bovay, «[l]a solution la plus judicieuse consiste à ce *qu'une seule autorité* statue en première instance sur les diverses prescriptions cantonales et fédérales applicables (principe de la concentration). Si cela ne se fait pas, il faut que les différentes autorités (...) coordonnent d'abord matériellement l'application du droit en première instance (principe de la concertation); puis que, sur le plan procédural, elles agissent de façon à ce que les diverses dispositions puissent être attaquées ensemble par une même voie de recours. Cela peut se faire si ces décisions sont notifiées en même temps, de préférence

[2183] Message du CF relatif à la loi fédérale sur la coordination et la simplification des procédures d'approbation des plans du 25.2.1998, FF 1998 2221, p. 2229.
[2184] DUBEY/ZUFFEREY no 602, p. 212.
[2185] DUBEY/ZUFFEREY no 603, p. 212.
[2186] DUBEY/ZUFFEREY nos 604 et 605, pp. 212 et 213.

par l'autorité de première instance qui est compétente pour mener la procédure permettant un examen complet et aussi rapide que possible du cas (...). En cas de notification unique et simultanée, par une même autorité, des différentes décisions [par des autorités] de première instance, il faut prévoir *une seule voie de droit* ouverte contre toutes les décisions (...). Si les différentes décisions, même coordonnées dans le temps et quant au fond, sont notifiées séparément — ce qui n'est généralement pas judicieux —, il faut alors que soit ouverte la même voie de droit que dans la procédure directrice. C'est de cette façon qu'une application judicieuse du droit matériel est assurée»[2187]. La coordination formelle proposée par Dubey et Zufferey se recoupe avec le modèle de la coordination concomitante défini par Moor et Poltier.

Au vu de la définition de la notion de coordination, des différents modèles présentés et des solutions préconisées par Bovay, force est de constater qu'en cas de procédures d'asile et d'extradition simultanément pendantes, la solution du législateur concrétisée par la Loi de coordination ne correspond à aucun de ces modèles et solutions. En effet, aucune autorité de première et de seconde instances ne dirige l'ensemble des procédures. Les différentes autorités continuent à statuer sur les mêmes questions par des décisions et avec des voies de recours différentes avec le risque qu'elles rendent des décisions contradictoires.

Avec les solutions pratiques adoptées par les autorités concernées, on se rapproche de l'idée de la coordination en voulant éviter des décisions contradictoires au moyen de l'échange d'informations et de la suspension des procédures. Toutefois, comme on a eu l'occasion de le voir au chiffre 3.3, la suspension n'est pas systématique. Il n'y a pas non plus d'autorité de première instance qui dirige les deux procédures. Enfin, l'ensemble des intérêts n'est pas pris en compte par les autorités de première et de deuxième instances.

Certes, rien n'empêche l'Office fédéral de la justice et le Secrétariat d'Etat de se concerter avant de rendre leur décision, mais une telle concertation n'est pas prévue par la loi et a même été rejetée par le législateur. Enfin, le Tribunal fédéral qui est l'autorité censée remédier aux décisions contradictoires n'intervient que sur recours et pour autant qu'il soit formé contre la décision du Tribunal administratif fédéral accordant l'asile. En face de ces autorités, nous avons également un administré qui doit faire valoir dans les deux procédures les mêmes griefs et qui doit recourir auprès de deux instances différentes pour s'opposer à son refoulement. Il s'agit donc aussi de coordonner ces deux procédures pour éviter à l'administré qu'il fasse valoir au moins deux fois les mêmes arguments devant au moins deux autorités différentes. Sur ce point, la Loi de coordination n'évite pas non plus un dédoublement des actes que doit accomplir l'individu concerné.

S'agissant de la notion d'unification, les auteurs cités ci-dessus ne la mentionnent pas en des termes explicites, mais on peut la déduire du modèle de la concentration.

[2187] BOVAY, pp. 324 et 325.

Le Petit Robert définit la notion d'unification comme «le fait d'unifier (plusieurs éléments, un ensemble d'éléments), de rendre unique et uniforme»[2188].

L'unification peut être d'ordre législatif avec comme exemple l'unification récente des procédures pénales et civiles. Elle peut être d'ordre organisationnel avec une autorité commune à plusieurs procédures (modèle de la concentration). Comme exemples, nous pouvons citer l'instauration du Tribunal administratif fédéral qui a remplacé les différentes commissions de recours fédérales ainsi que l'instauration du Tribunal fédéral comme dernière instance de recours lorsque les procédures d'asile et d'extradition sont simultanément pendantes. Actuellement, de nombreuses règles sont communes aux droits des réfugiés, de l'asile et de l'extradition. Il en va ainsi des instruments de protection des droits de l'homme, des règles de procédure et des notions de vraisemblance. Plusieurs autorités sont également communes aux deux procédures. *De facto*, ces deux domaines du droit sont déjà en grande partie unifiés.

Etant donné que le risque de décisions contradictoires n'a pas été résolu, il y a lieu d'examiner dans les prochains chapitres la manière dont on peut optimiser la coordination entre les deux procédures en s'inspirant de l'un ou l'autre des modèles exposés ci-dessus. Certains de ces modèles sont plus complexes à mettre en oeuvre car ils impliquent non seulement des modifications d'ordre législatif, mais aussi organisationnel. A première vue les modèles de la coordination formelle et de la coordination matérielle sont ceux qui entraînent le moins de modifications. Par contre le modèle de la concentration matérielle entraîne des modifications législatives et organisationnelles plus invasives.

Il s'agira en outre d'examiner si du point de vue législatif et administratif une véritable unification, totale ou partielle, des procédures est possible. Deux cas de figure peuvent être envisagés. Le premier consisterait à adopter des règles uniformes et de mettre en commun les ressources tout en maintenant deux autorités distinctes. Le second cas de figure verrait l'instauration d'une autorité commune qui remplacerait aussi bien l'Office de la justice que le Secrétariat d'Etat aux migrations et qui statuerait sur les demandes d'asile et d'extradition à l'instar d'un *Secretary of State for the Home Office* britannique.

Les solutions proposées ne s'excluent pas les unes des autres. On peut en effet les combiner. Ainsi l'adoption de règles et de critères communs s'impose quelle que soit la solution adoptée. Il en va de même de la mise à disposition dans les deux procédures de ressources et de savoir-faire développés dans l'une d'entre elles.

[2188] Nouveau Petit Robert, 2008.

Chapitre 28 Solutions

28.1 Coordination optimisée

La solution actuelle permet de tenir compte des compétences et des spécificités des deux procédures, mais elle est perfectible.

Les questions du risque en cas de refoulement et de l'effectivité de la protection sont centrales et communes aux procédures d'asile et d'extradition. Les réponses que l'on peut y apporter conditionnent les décisions à prendre sur l'extradition respectivement sur la reconnaissance du statut de réfugié et l'octroi de l'asile. Ce sont donc des points préalables qu'il s'agira de trancher avant de décider sur l'extradition respectivement l'asile. Mais c'est aussi sur ces questions que les points de vue entre les deux autorités de première instance compétentes peuvent diverger et donner lieu à des décisions contradictoires.

Pour éviter des décisions contradictoires et donc optimiser la coordination entre les autorités concernées, deux solutions peuvent être envisagées.

La première consisterait à favoriser la coordination anticipée aussi bien formelle que matérielle entre l'Office fédéral de la justice et le Secrétariat d'Etat aux migrations afin de permettre à ces deux autorités de se baser sur un même état de fait et sur une évaluation commune de la situation de la personne. Ces deux autorités devraient pouvoir non seulement se concerter le plus rapidement possible et suspendre leurs procédures, mais aussi disposer de ressources ainsi que de listes de critères pour l'analyse du risque et de la crédibilité de l'individu qui soient communes aux deux procédures. Pour pouvoir mettre en oeuvre cette solution, des modifications législatives sont nécessaires, notamment de l'EIMP qui ne contient actuellement aucune norme sur le devoir de collaboration et le degré de vraisemblance. Il s'agirait en outre d'adopter des critères d'analyse communs aux deux procédures et de déterminer l'autorité ou les collaborateurs qui seraient chargés de procéder à ces évaluations aussi bien pour l'Office fédéral de la justice que pour le Secrétariat d'Etat aux migrations.

Si cette première solution présente l'avantage d'assurer une meilleure coordination entre l'Office fédéral de la justice et le Secrétariat d'Etat aux migrations, elle a toutefois pour inconvénient de maintenir deux autorités distinctes. En vue d'éviter que deux autorités statuent sur les mêmes questions, une deuxième solution pour optimiser la coordination consisterait à confier à une seule instance la compétence de décider aussi bien en matière d'asile qu'en matière d'extradition. On pourrait ainsi s'inspirer du modèle de la concentration matérielle. Comme pour la première solution esquissée ci-dessus, cette seconde solution nécessite également des modifications législatives afin d'adapter l'EIMP à la LAsi pour ce qui a trait au devoir de collaboration et aux critères de vraisemblance. Il s'agirait enfin d'adopter des critères d'analyse communs aux deux procédures.

28.1.1 Coordination formelle et matérielle anticipée

Par coordination anticipée, il s'agit «[d']instituer assez tôt dans le processus une phase dans laquelle les problèmes (...) peuvent être le mieux réglés»[2189].

Avec la solution actuelle, on n'a pas pu éviter le risque que les autorités compétentes de première instance — l'Office fédéral de la justice et le Secrétariat d'Etat aux migrations — rendent des décisions contradictoires. En outre, le Tribunal fédéral intervient trop tard au cours des procédures pour remédier à ce problème, pour autant bien sûr qu'il soit saisi dans les deux procédures. Il est dès lors important que l'on puisse éviter le plus tôt possible au début des procédures le risque d'aboutir à des décisions contradictoires.

Pour atteindre ce but, il est nécessaire que l'Office fédéral de la justice et le Secrétariat d'Etat aux migrations puissent disposer le plus rapidement possible d'un état de fait commun le plus complet possible sur les risques encourus par la personne et la protection dont elle peut bénéficier dans l'Etat de renvoi. Ils doivent ainsi pouvoir se concerter et au besoin surseoir à leurs décisions. Ils doivent pouvoir mettre en commun leurs ressources et se baser sur des critères communs en matière d'évaluation du risque, de pouvoir d'examen, de devoir de collaboration et de vraisemblance. Autrement dit, il s'agit d'uniformiser certaines règles formelles et matérielles pour l'établissement des faits.

Certes, d'aucuns diront que les procédures d'asile et d'extradition débutent rarement simultanément, ce qui rend difficile l'instauration d'une phase où les problèmes peuvent être réglés au mieux. Cette opinion ne correspond pas aux faits, comme nous avons eu déjà l'occasion de le souligner. Pour les cas où les deux procédures ne débutent pas en même temps ou qu'une décision a déjà été prise par une des autorités, on pourrait remédier aux risques d'avoir des états de fait incomplets et divergents — et donc des décisions contradictoires — au moyen de critères d'analyse du risque et de l'évaluation de la crédibilité de la personne concernée qui soient communs aux deux procédures.

a) Coordination formelle anticipée: concertation et suspension des procédures

Pour Bovay, la concertation est pour ainsi dire la solution par défaut si l'on ne peut confier à une seule autorité le soin de statuer sur l'ensemble des questions.

Dans le cadre de l'audition sur le projet de la Loi de coordination, la Section suisse de la Commission internationale des juristes avait proposé de compléter les articles 41a et 108a LAsi et 55a EIMP en prévoyant qu'un échange de vues ait impérativement lieu lorsqu'une autorité ne porte pas le même jugement sur l'applicabilité du principe de non-refoulement que l'autorité chargée de la procédure parallèle encore en cours[2190]. Elle proposait également que la coordination ne soit pas seulement formelle mais aussi matérielle. Il s'ensuit que «si l'une des autorités juge que le principe de non-refoulement

[2189] MOOR/POLTIER, p. 235.
[2190] OFJ (septembre 2009), p. 5.

est applicable, les autorités qui traitent la procédure parallèle doivent se ranger à cet avis de manière que l'extradition ou le refoulement ne puisse avoir lieu dans aucune des deux procédures»[2191]. Le Conseil fédéral avait rejeté cette proposition d'introduire dans la loi une obligation pour les autorités de procéder à un échange de vues impératif en cas de divergence d'opinion quant à l'applicabilité du principe de non-refoulement au motif qu'«un tel échange de vues a déjà lieu à intervalles réguliers entre [les autorités de première instance compétentes] lorsqu'une procédure d'asile et une procédure d'extradition se déroulent parallèlement. En revanche, il n'est pas admissible que les autorités judiciaires échangent leurs points de vue sur le fond, car il y va du respect de la maxime d'impartialité. En outre, la proposition semble méconnaître qu'il est très rare que [les deux procédures] soient ouvertes et closes aux mêmes dates, ce qui restreint l'utilité d'un échange de vues obligatoire»[2192].

A notre avis, cet échange de points de vue n'est pas dénué de tout sens, car, comme on l'a vu, la notion de non-refoulement recouvre des réalités différentes selon que l'on se place du point de vue de l'asile, du droit (international) des droits de l'homme ou du droit extraditionnel. Il est dès lors important que l'Office fédéral de la justice et le Secrétariat d'Etat aux migrations, qui ne sont pas des autorités judiciaires mais des autorités administratives, puissent échanger leurs informations et leurs appréciations sur les risques encourus par la personne en cas de refoulement et les protections dont elle peut bénéficier afin d'avoir une vue d'ensemble sur ces questions.

Quant aux contre-arguments formulés par le Conseil fédéral à la proposition de la Section suisse de la Commission internationale des juristes, on peut rétorquer que si des échanges existent déjà, on ne sait pas toujours exactement s'ils se limitent à des questions formelles ou matérielles. Dès lors, c'est plutôt l'absence de norme légale et le manque de transparence qui peuvent nuire au besoin d'impartialité. Enfin, en focalisant la concertation sur les faits, on ne préjuge pas de la décision à prendre, mais on essaie par ce biais d'avoir une vue d'ensemble, ce qui permet justement aux autorités concernées de décider de la manière la plus objective possible. Quant à la simultanéité de l'ouverture et de la clôture des décisions, l'analyse des dossiers à laquelle il a été procédé au chiffre 3.3.1 démontre qu'il n'est pas du tout rare qu'une arrestation suive de peu le dépôt d'une demande d'asile (cf. affaires A., B., C., F. et L.) ou qu'une demande d'asile soit déposée peu de temps après une arrestation en vue d'extradition. En outre, lorsque les deux procédures deviennent pendantes simultanément, il est très fréquent que les deux procédures demeurent longtemps au stade de l'établissement des faits.

L'idée de suspendre une procédure dans l'attente de l'issue dans la procédure parallèle avait été rejetée par le législateur. Malgré cela, les autorités concernées n'ont pas hésité formellement ou informellement à surseoir à une décision afin de connaître celle qui sera prise dans l'autre procédure. Si une telle solution présente des désavantages tels que l'absence de décision exécutoire en matière d'extradition en cas de rejet définitif de la demande d'asile ou la violation de la règle de la célérité, elle présente aussi l'avantage de permettre aux autorités concernées de statuer en ayant une vue d'ensemble et ainsi

[2191] OFJ (septembre 2009), p. 5.
[2192] Message du CF (2010), p. 1347.

d'éviter des décisions contradictoires. En outre, il est illusoire d'insister sur le respect du principe de célérité. L'expérience a démontré que les cas asile-extradition nécessitent que l'on prenne du temps pour établir les faits.

La question qui se pose est de savoir si l'instauration d'un échange de points de vue obligatoire et la possibilité de suspendre les procédures doivent faire l'objet d'une norme légale ou d'un accord entre les autorités concernées. L'adoption d'une disposition légale a le mérite d'assurer une sécurité juridique. Quant à la possibilité de recourir à un accord entre les autorités, elle présente l'avantage d'avoir un instrument flexible qui pourrait être adapté selon les circonstances. Afin d'assurer une certaine transparence, un tel accord pourrait être publié. A notre avis, l'introduction dans les lois respectives d'une réglementation spécifique devrait être préférée afin de satisfaire au besoin de sécurité juridique.

Pour l'échange de points de vue, on pourrait reprendre, en l'adaptant, la proposition faite par la Section suisse de la Commission internationale des juristes et compléter les articles 41a LAsi[2193] et 55a EIMP[2194].

L'article 41a LAsi pourrait désormais contenir un second alinéa ayant la teneur suivante:

> *2. Pour l'évaluation des risques encourus par la personne et la protection dont elle peut bénéficier en cas de refoulement ou d'extradition, le SEM et l'OFJ procèdent à un échange de points de vue*.

Quant à l'article 55a EIMP, il pourrait désormais contenir un second alinéa ayant la teneur suivante:

> *2. Pour l'évaluation des risques encourus par la personne et la protection dont elle peut bénéficier en cas de refoulement ou d'extradition, l'office respectivement l'autorité compétente au sens de l'article 55 alinéa 2 EIMP, et le SEM procèdent à un échange de points de vue.*

Pour la suspension des procédures, Vena suggère de suspendre la procédure d'extradition au profit de la procédure d'asile lorsque la question d'une éventuelle poursuite discriminatoire se pose. Il y a lieu par contre de suspendre la procédure d'asile au profit de la procédure d'extradition lorsqu'il s'agit d'examiner si l'individu est poursuivi en raison d'un délit politique ou s'il risque un traitement inhumain en cas de renvoi. Le droit britannique prévoit expressément aux articles 70 et 121 *EA 2003* des normes réglant la priorité de la procédure d'asile, respectivement la suspension de la procédure d'extradition lorsqu'une demande d'asile a été déposée. L'idée d'introduire dans les lois une norme sur la suspension des procédures ne doit pas avoir pour but de

[2193] Actuellement l'art. 41a LAsi est libellé comme suit: «[l]orsque le requérant fait l'objet d'une demande d'extradition au sens de la loi du 20 mars 1981 sur l'entraide pénale internationale, le SEM prend en considération le dossier relatif à la procédure d'extradition pour statuer sur la demande d'asile».

[2194] L'art. 55a EIMP, il prévoit actuellement ce qui suit: «[l]orsque la personne poursuivie a déposé une demande d'asile au sens de la loi du 26 juin 1998 sur l'asile, l'office fédéral et les autorités de recours prennent en considération le dossier relatif à la procédure d'asile pour statuer sur la demande d'extradition».

consacrer la primauté d'un droit sur l'autre, mais uniquement de permettre une évaluation exhaustive de la situation de la personne qui prétend faire l'objet d'une poursuite pour des motifs discriminatoires. Il s'agirait donc de prévoir l'obligation de surseoir à toute décision dans les deux procédures On pourrait ainsi compléter les articles 41a LAsi et 55a EIMP en prévoyant un troisième alinéa libellé comme suit:

> *3. Aussi longtemps que les autorités compétentes en matière d'asile et d'extradition n'ont pas statué sur la demande d'asile respectivement sur la demande d'extradition, elles sursoient à toute décision pour permettre l'évaluation des risques encourus par la personne et la protection dont elle peut bénéficier en cas de refoulement ou d'extradition.*

b) Coordination matérielle anticipée

L'obligation de coordination matérielle «consiste pour les diverses autorités compétentes à devoir coordonner entre elles («abstimmen») l'application des règles de leur ressort à un même état de fait (...). [Pour y parvenir, les autorités doivent] retenir le même état de fait et la même appréciation des preuves, de même qu'elles doivent se fonder sur une pondération des intérêts et une motivation cohérente l'une par rapport à l'autre»[2195].

La présente étude a révélé des problèmes d'interprétation de l'article 2 lettre c EIMP qui ne permettrait pas, à première vue, de prendre complétement en compte la situation de la personne concernée qui serait victime d'une persécution. La présente étude a également mis en évidence l'absence de normes dans l'EIMP prévoyant un devoir de collaboration de l'individu ou fixant des critères de vraisemblance. Il serait judicieux à notre avis de modifier l'article 2 lettre c EIMP pour dissiper tout problème d'interprétation et l'adapter à l'article 7 LAsi, et d'adopter dans l'EIMP des normes prévoyant un devoir de collaboration de l'individu et fixant des critères de vraisemblance. Il serait également souhaitable d'ouvrir aux autorités compétentes en matière d'extradition l'accès à la banque de données Artis. Avec ces modifications, l'Office fédéral de la justice et le Secrétariat d'Etat aux migrations disposeraient de normes et de moyens similaires pour établir les faits et évaluer la situation de la personne concernée.

[2195] DUBEY/ZUFFEREY nos 604 et 605, pp. 212 et 213.

ba) Adaptation de l'article 2 lettre c EIMP aux articles 3 paragraphe 2 CEExtr et 7 LAsi

L'article 2 lettre c EIMP[2196] n'est pas libellé comme l'article 3 paragraphe 2 CEExtr, ce qui peut donner lieu à des problèmes d'interprétation sur la portée de cette disposition comme on a pu le voir dans l'affaire N. En vue d'adapter l'article 2 lettre c EIMP à l'article 3 paragraphe 2 CEExtr, nous proposons donc de modifier l'article 2 EIMP de la manière suivante (les éléments ajoutés ou modifiés figurent en gras):

> *La demande de coopération en matière pénale est irrecevable s'il y a lieu d'admettre que **(...)**: a. **la procédure à l'étranger** n'est pas conforme aux principes de procédure fixés par la convention européenne du 4 novembre 1950 de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, ou par le Pacte international du 16 décembre 1966 relatif aux droits civils et politiques; b. **la procédure à l'étranger** tend à poursuivre ou à punir une personne en raison de ses opinions politiques, de son appartenance à un groupe social déterminé, de sa race, de sa confession ou de sa nationalité; c. **la situation de la personne poursuivie** risque d'être aggravée pour l'une ou l'autre des raisons indiquées sous let. b; ou d. **la procédure à l'étranger** présente d'autres défauts graves.*

Cette modification de l'article 2 EIMP présente l'avantage non seulement d'adapter cette disposition à l'article 3 paragraphe 2 CEExtr mais aussi à l'article 7 LAsi en élargissant *de lege* les hypothèses où l'on peut retenir en droit de l'extradition un risque de persécution.

bb) Réglementation dans l'EIMP en matière de devoir de collaboration et de preuves

L'EIMP ne contient aucune disposition expresse sur le devoir de collaboration ou sur les notions de preuve et de vraisemblance. La jurisprudence y a remédié, mais cela ne va pas sans poser de problèmes du point de vue de la sécurité juridique. Ces problèmes se posent d'autant plus que selon la phase de la procédure d'extradition — et souvent à peu de jours près —, l'extradable peut se voir imposer des exigences de collaboration et de preuves différentes. En vue non seulement d'améliorer la protection juridique de l'individu, mais aussi d'éviter que les griefs de la personne ne puissent être pris en compte pour de purs motifs procéduraux, nous proposons d'introduire deux dispositions dans l'EIMP, l'une calquée sur l'article 8 LAsi pour fonder un devoir de collaboration, la seconde inspirée de l'article 7 LAsi pour régler les questions de preuve et de vraisemblance et introduire des critères de vraisemblance en matière d'extradition. Enfin, pour remédier à l'existence de deux régimes de collaboration qui coexistent dans

[2196] Actuellement l'art. 2 EIMP est libellé de la manière suivante: «[l]a demande de coopération en matière pénale est irrecevable s'il y a lieu d'admettre que la procédure à l'étranger: a. n'est pas conforme aux principes de procédure fixés par la convention européenne du 4 novembre 1950 de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, ou par le Pacte international du 16 décembre 1966 relatif aux droits civils et politiques; b. tend à poursuivre ou à punir une personne en raison de ses opinions politiques, de son appartenance à un groupe social déterminé, de sa race, de sa confession ou de sa nationalité; c. risque d'aggraver la situation de la personne poursuivie, pour l'une ou l'autre des raisons indiquées sous let. b; ou d. présente d'autres défauts graves».

le cadre de la procédure d'extradition, nous proposons de prévoir une dérogation à l'article 51 alinéa 1 EIMP.

On pourrait insérer ces diverses propositions de modifications à l'article 21 EIMP consacré à la protection juridique et qui prévoit des dispositions communes aux différentes formes de collaboration en matière d'entraide[2197].

On pourrait remplacer l'actuel alinéa 1 — ce dernier devenant désormais l'alinéa 1ter — par deux nouveaux alinéas — alinéa 1 et alinéa 1bis — libellés de la sorte:

1. *La personne poursuivie est tenue de collaborer à la constatation des faits. Elle doit prouver ou du moins rendre vraisemblable que:*
   a. *la procédure à l'étranger n'est pas conforme aux principes de procédure fixés par la convention européenne du 4 novembre 1950 de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, ou par le Pacte international du 16 décembre 1966 relatif aux droits civils et politiques;*
   b. *la procédure à l'étranger tend à la poursuivre ou à la punir en raison de ses opinions politiques, de son appartenance à un groupe social déterminé, de sa race, de sa confession ou de sa nationalité;*
   c. *sa situation risque d'être aggravée pour l'une ou l'autre des raisons indiquées sous let. b;*
   d. *la procédure à l'étranger présente d'autres défauts graves; ou*
   e. *elle risque d'être soumise à un traitement portant atteinte à son intégrité corporelle.*

1bisEn dérogation à l'art. 51 al. 1 EIMP, lorsque la personne poursuivie rend vraisemblable l'un des motifs mentionnés à l'alinéa 1, l'Office procède sans tarder à des vérifications notamment en exigeant de l'Etat requérant des prises de position, le dépôt anticipé de la demande d'extradition ou le dépôt de moyens de preuve.

bc) Accès pour le juge de l'extradition à la banque de données Artis

Dans le cadre de cette étude, on a également déploré à plusieurs reprises l'absence de banques de données à disposition des autorités compétentes en matière d'extradition. En outre, l'Office fédéral de la justice n'a pas d'accès à la banque de données Artis, ni ne fait partie du réseau D-A-CH. En Autriche et en Allemagne l'accès aux banques d'informations sur les pays est prévu pour d'autres autorités que celles en matière d'asile. Nous proposons donc d'imiter nos voisins de langue germanique et d'ouvrir l'accès à

[2197] Actuellement l'art. 21 EIMP est libellé de la manière suivante: «1 [l]a personne poursuivie peut se faire assister d'un mandataire. Si elle ne peut ou ne veut y pourvoir et que la sauvegarde de ses intérêts l'exige, un mandataire d'office lui est désigné. 2 Lors du traitement de la demande, les autres personnes concernées par une mesure d'entraide ou le lésé qui assiste à des investigations peuvent se faire assister par un mandataire, si la sauvegarde de leurs intérêts l'exige, et se faire représenter par lui, si l'objet de l'enquête n'est pas compromis. 3 La personne visée par la procédure pénale étrangère ne peut attaquer une décision que si elle est personnellement et directement touchée par une mesure d'entraide et a un intérêt digne de protection à ce qu'elle soit annulée ou modifiée. 4 Le recours formé contre une décision rendue en application de la présente loi n'a pas d'effet suspensif. Font exception: a. le recours dirigé contre une décision accordant l'extradition; b. le recours dirigé contre une décision autorisant soit la transmission à l'étranger de renseignements concernant le domaine secret soit le transfert d'objets ou de valeurs».

Artis au juge de l'extradition soit par le biais d'un accord entre les autorités concernées, soit en modifiant l'article 1er alinéa 3 OA 3[2198].

Le nouvel article 1er alinéa 3 OA 3 pourrait être libellé de la manière suivante:

> *Tous les collaborateurs du Secrétariat d'Etat aux migrations, de l'Unité extraditions de l'Office fédéral de la justice, du Tribunal administratif fédéral, du Tribunal pénal fédéral et du Tribunal fédéral ont accès aux données d'Artis.*

bd) Adoption de critères d'analyse du risque et de la crédibilité

L'EIMP ne contient pas de norme définissant ce qu'il faut entendre par préjudice ou persécution, ni de disposition fixant des critères de vraisemblance pour évaluer la crédibilité de la personne. Sur ces points, la LAsi est plus complète. La Cour européenne des droits de l'homme et le Comité des Nations Unies contre la torture ont élaboré des critères et des indices pour évaluer les risques encourus et la crédibilité de l'individu qui s'appliquent aussi bien en matière d'asile qu'en matière d'extradition. Il est donc possible d'élaborer au niveau national des critères et des indices communs aux deux procédures. On trouve également des critères et des indices dans la Nouvelle Directive Qualification et en particulier à son article 4. Différents documents sont aussi disponibles, notamment sur internet, sur le thème de la détermination de la crédibilité. On peut notamment citer quatre documents: la directive publiée par la Commission de l'immigration et du statut de réfugié du Canada et intitulée «*Evaluation de la crédibilité lors de l'examen des demandes d'asile*»[2199]; le rapport publié par le Haut Commissariat des Nations Unies pour les réfugiés et intitulé «*Beyond Proof, Credibility Assessment in EU Asylum Systems*»; le document publié par l'Association internationale des juges en droit des réfugiés (IARLJ) et intitulé «*Assessment of Credibility in Refugee and Subsidiary Protection claims under the EU Qualification Directive Judicial criteria and standards*»[2200]; enfin le document publié par l'Hungarian Helsinki Committee, intitulé «*Credibility Assessment in Asylum Procedures - A Multidisciplinary Training Manual»*[2201]. De leur côté, les autorités compétentes suisses en matière d'asile ont également développé des critères d'évaluation de la crédibilité de la personne sur la base de l'article 7 LAsi. Certes les critères que l'on trouve dans les quatre documents précités ou développés par les autorités compétentes suisses en matière d'asile ont été élaborés dans le domaine de l'asile et leur transposition en matière d'extradition ne s'avère pas d'emblée aisée. On pourrait néanmoins s'en inspirer pour élaborer une grille d'analyse du risque et de la crédibilité commune aux juges de l'asile et de l'extradition.

[2198] Actuellement l'art. 1er al. 3 OA 3 est libellé de la manière suivante: «Tous les collaborateurs du Secrétariat aux migrations et du Tribunal administratif fédéral ont accès aux données (d'Artis)».
[2199] http://www.irb-cisr.gc.ca/Fra/BoaCom/references/LegJur/Pages/Credib.aspx
[2200] https://www.iarlj.org/general/images/stories/Credo/Credo_Paper_March2013-rev1.pdf.
[2201] http://www.refworld.org/docid/5253bd9a4.html.

La grille d'analyse du risque que nous allons proposer ci-dessous s'inspire de la définition de la persécution et des motifs de refus de l'extradition. Etant donné que les différents critères retenus peuvent s'exclure, la grille d'analyse devra donc suivre un ordre logique.

A notre avis, il s'agit dans un premier temps pour chaque autorité concernée d'examiner si le délit reproché à la personne est de nature politique ou qu'elle risque une poursuite politique. La réponse positive à cette question mettra fin à la procédure d'extradition, à moins que l'individu ne soit également recherché pour d'autres délits. Si la réponse est négative, il y a lieu de vérifier si la poursuite a été lancée pour des motifs discriminatoires. La réponse positive à cette question mettra fin à la procédure d'extradition, à moins que l'individu ne soit également recherché pour d'autres délits qu'il a réellement commis. Si la réponse est négative, il y aura lieu d'examiner si la situation de la personne risque d'être aggravée pour des motifs discriminatoires. Si la réponse est négative, on examinera si l'individu risque de subir de mauvais traitements ou la torture. La réponse positive à cette question n'entraîne pas d'emblée le refus de l'extradition et la reconnaissance du statut de réfugié. Enfin, si l'extradition devait être accordée moyennant l'application de la règle de la spécialité et la fourniture de garanties, on devra se demander si l'individu dispose d'une possibilité effective de quitter le territoire de l'Etat requérant.

Les juges de l'asile et de l'extradition devront ainsi examiner les cinq critères de risques suivants.

1. Existence d'un délit politique absolu, relatif ou connexe.

2. Poursuite pour des motifs discriminatoires.

3. Risque d'aggravation de la situation de la personne poursuivie en raison de ses opinions politiques, de son appartenance à un groupe social déterminé, de sa race, de sa confession ou de sa nationalité.

4. Risque de subir la torture ou d'autres peines ou traitements cruels, inhumains ou dégradants.

5. Existence d'une protection ou d'une alternative de refuge interne ou possibilité de quitter de manière effective le territoire de l'Etat de destination.

A chaque fois que les autorités concernées écarteront l'un ou l'autre de ces critères elles devront motiver leur décision.

Cette grille d'analyse du risque devra être complétée par une grille d'analyse de la crédibilité de l'individu.

Dans les différentes publications sur internet que nous avons mentionnées ci-dessus, il est procédé à une distinction entre les critères de crédibilité ou de vraisemblance qui se rapportent au contenu des allégations de la personne et ceux qui se rapportent à son comportement.

S'agissant des critères de crédibilité des allégations, on relève tout d'abord que ni l'EIMP, ni la jurisprudence en matière d'extradition ne définissent de critères propres pour examiner la crédibilité de l'individu. De son côté, l'article 7 alinéa 3 LAsi énonce de manière non exhaustive les critères de vraisemblance pour apprécier les déclarations du requérant. La jurisprudence en matière d'asile et notamment Kälin retiennent quatre critères principaux afin de mieux définir la vraisemblance des allégations[2202]: les allégations doivent avoir un caractère «suffisamment fondé»; elles doivent être en elles-mêmes concluantes et plausibles; l'exposé doit être conforme à la vérité d'une persécution effective et se caractériser par son degré d'exactitude, son originalité, sa précision et sa cohérence interne[2203]; et le requérant doit apparaître comme personnellement crédible[2204].

L'article 4 chiffre 5 lettre c de la Nouvelle directive qualification énonce de manière plutôt succincte cinq critères de crédibilité: «les déclarations du demandeur [doivent être] cohérentes et plausibles et elles ne [doivent pas être] contredites par les informations générales et particulières connues et pertinentes pour sa demande».

En mai 2013, le Haut Commissariat pour les réfugiés a publié un rapport intitulé «*Beyond Proof, Credibility Assessment in EU Asylum Systems*». Ce rapport — qui fait l'objet d'un résumé publié en français[2205] — constitue une synthèse des principales conclusions du travail de recherche mené par le Comité Helsinki hongrois, en partenariat avec le Haut Commissariat, l'Association internationale des juges en droit des réfugiés (IARLJ) et l'ONG britannique *Asylum Aid* et baptisé «Vers une amélioration de la prise de décision en matière d'asile au sein de l'Union européenne» (*Towards Improved Asylum Decision-Making in the EU, CREDO*). Ce projet initié en 2011 vise à «améliorer au sein des procédures d'asile instruites par les Etats membres de l'Union européenne l'organisation, l'objectivité, la qualité et la prise en compte de la protection dans les pratiques d'évaluation de la crédibilité, et de promouvoir une approche harmonisée, reflétant les principales dispositions issues de la législation européenne, ainsi que des normes juridiques internationales et régionales»[2206].

Ce rapport fournit un certain nombre de critères pour évaluer la crédibilité de l'individu:

> « (a) caractère suffisamment détaillé et spécifique des faits;
>
> (b) cohésion interne des faits pertinents présentés à l'oral et/ou à l'écrit par le demandeur, notamment ses déclarations et toute autre pièce documentaire ou autre présenté par ce dernier;
>
> (c) cohésion des déclarations du demandeur et des informations fournies par des membres de sa famille et/ou d'autres témoins;
> (d) cohésion des déclarations du demandeur et des informations générales ou spécifiques disponibles et pertinentes au regard du dossier du demandeur, dont les informations sur le pays d'origine (COI);

[2202] LE FORT (2013) [Rz 9], p. 3; KÄLIN, p. 302ss et JICRA 2004/1 consid. 5b dd et 6a-b
[2203] JICRA 1996/28 consid. 3a.
[2204] JICRA 2004/1 consid. 5a.
[2205] HCR (2013).
[2206] HCR (2013), p. 5.

(e) plausibilité;

(f) attitude du demandeur»[2207].

La Cour européenne des droits de l'homme a mis en évidence des *patterns* de comportements ou des circonstances qui lui permettent de juger de la crédibilité d'un plaignant[2208]. Ces éléments peuvent être de nature objective (preuves, situation des droits de l'homme) mais ils peuvent aussi se rapporter au comportement de l'individu dans le cadre de la procédure nationale. Peuvent ainsi faire douter de la crédibilité de l'individu les allégations importantes présentées uniquement devant la dernière instance nationale ou devant la Cour, le fait de changer continuellement d'histoire ou de récit sur l'origine des menaces dans l'Etat de destination, des indications toutes générales sur son passé ou des évènements ou des activités liées au risque de mauvais traitements, la présentation de fausses preuves ou de preuves falsifiées ou l'absence de preuves, la non-participation à l'établissement des faits (*fact-finding*) voire encore le fait que la personne n'a pas déposé tout de suite sa demande d'asile[2209].

Le Comité des Nations Unies contre la torture a également élaboré des critères de comportements ou des circonstances qui lui permettent de juger de la crédibilité d'un individu[2210]. Peuvent ainsi saper sa crédibilité les inconsistances, les contradictions et les lacunes dans les détails, la présentation tardive d'éléments importants ainsi que le dépôt de preuves fausses ou falsifiées. Les allégations doivent être suffisamment fondées et fiables. L'absence de toute preuve parle en défaveur de la crédibilité de l'individu.

S'agissant plus précisément de l'évaluation du comportement du demandeur, plusieurs instances et organismes internationaux ainsi que les autorités compétentes suisses en matière d'asile ont développé des critères pour juger de la crédibilité de l'individu sur la base de son comportement devant les autorités.

Le Haut Commissariat pour les réfugiés retient les indices suivants:

1. Soumission tardive de la demande d'asile.

2. Le demandeur n'a pas sollicité de protection dans un pays tiers sûr.

3. Comportement du demandeur au sein de l'Etat membre.

4. Comportement supposé indiquer une propension du demandeur à la tromperie et à la mauvaise foi.

[2207] HCR (2013), p. 5.
[2208] DE WECK, p. 298.
[2209] DE WECK, pp. 299 et 300; Décision de la CourEDH *Ameh et autres c. Royaume-Uni* du 30.8.2011, no 4539/11 et arrêts de la CourEDH *Yakubov c. Russie* du 8.11.2011, no 7265/10, par. 74, *Rustamov c. Russie* du 3.7.2012, no 11209/10, par. 115 et 116, et *Zokhidov c. Russie* du 5.2.2013, no. 67286/10, par. 130.
[2210] DE WECK, p. 298.

Pour les autorités compétentes suisses en matière d'asile, le requérant n'est pas personnellement crédible lorsqu'il fonde ses allégations sur des moyens de preuve faux ou falsifiés, s'il ne révèle pas des faits importants ou les altère consciemment, s'il change ses allégations en cours de procédure, les amplifie ou les rajoute après coup ou lorsqu'il montre peu d'intérêt à la procédure ou refuse la collaboration nécessaire[2211].

Il y a lieu de reprendre ces différents critères et indices et de les réunir dans une *check-list* commune aux autorités qui va leur permettre de vérifier de manière uniforme et objective la crédibilité de la personne sur la base de ses allégations et de son comportement. Ainsi, lors de l'examen des allégations et de l'attitude de la personne concernée, il y a lieu d'examiner les points suivants:

1. Cohérence interne des allégations: allégations suffisamment originales, spécifiques, précises, exactes, fondées, concluantes et plausibles. Il s'agit notamment de vérifier si l'individu fournit des indications toutes générales sur son passé ou des évènements ou des activités liées au risque de mauvais traitements; s'il n'a pas déposé de preuves ou s'il a déposé des preuves fausses ou falsifiées; si son comportement supposé indique une propension à la tromperie et à la mauvaise foi ou s'il change continuellement d'histoire ou de récit sur l'origine des menaces dans l'Etat de destination.

2. Cohérence externe des allégations: l'exposé doit être conforme à la vérité d'une persécution effective; il ne doit pas être contredit par les informations générales et particulières connues et pertinentes pour sa demande et notamment des informations fournies par des membres de sa famille et/ou d'autres témoins et par des informations générales ou spécifiques disponibles et pertinentes au regard du dossier de l'individu, parmi lesquelles les informations sur le pays d'origine (COI).

3. Soumission tardive de la demande d'asile, par exemple après l'arrêt du Tribunal pénal fédéral ou du Tribunal fédéral confirmant la décision d'extradition.
4. Présentation tardive d'éléments importants.

5. Absence de demande de protection dans un pays tiers sûr.

6. Non-participation à l'établissement des faits (*fact-finding*).

7. Comportement de l'individu au sein de l'Etat membre, par exemple non-commission de délits similaires.

[2211] JICRA 2004/1 consid. 5a.

Certains diront que l'adoption en matière d'extradition des différents critères et indices exposés ci-dessus ne va pas sans poser de problèmes pratiques et peut notamment conduire à une violation du principe de célérité si le juge de l'extradition doit examiner chacun d'eux. A cela on peut rétorquer que l'existence d'une procédure d'asile entraîne quasi systématiquement un rallongement des procédures. Se pose donc clairement la question de l'utilité d'imposer une obligation de célérité si l'on sait qu'en règle générale elle ne pourra pas être respectée. On a eu également l'occasion de constater dans l'Affaire N. que l'Office fédéral de la justice s'était référé aux constatations faites par le Secrétariat d'Etat aux migrations pour rendre sa décision. Or, cette affaire a démontré que l'Office ne peut se baser aveuglément sur l'évaluation faite par le Secrétariat d'Etat aux migrations pour rendre sa propre décision et doit lui-même procéder à une analyse des risques encourus et de la crédibilité de la personne. En outre le fait de se retrancher derrière le principe de la spécialité, les présomptions de bonne foi et les garanties données ne suffit plus dans bien des cas à justifier une extradition, notamment lorsqu'une procédure d'asile est pendante.

Après avoir présenté ces différents critères et indices, la question qui se pose est celle de savoir s'ils doivent être contenus dans une norme légale ou s'ils peuvent faire l'objet d'un protocole d'accord entre les autorités concernées. A notre avis, pour les critères d'analyse du risque et du comportement de l'individu, elles peuvent être contenues dans un protocole d'accord. Par contre les critères d'analyse de la crédibilité de l'individu doivent faire l'objet d'une disposition légale. Actuellement, seul l'article 7 alinéa 3 LAsi énonce de tels critères[2212]. En vue d'avoir une pratique uniforme ainsi que d'assurer une sécurité juridique, ces critères devraient aussi être prévus dans une disposition de l'EIMP.

On pourrait transposer le contenu de l'article 7 alinéa 3 LAsi à l'article 21 EIMP, qui serait encore une fois modifié. L'alinéa 1ter deviendrait alors l'alinéa 1^{quater}. L'article 21 EIMP pourrait désormais avoir la teneur suivante:

1. *La personne poursuivie est tenue de collaborer à la constatation des faits. Elle doit prouver ou du moins rendre vraisemblable que:*
   a. *la procédure à l'étranger n'est pas conforme aux principes de procédure fixés par la convention européenne du 4 novembre 1950 de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, ou par le Pacte international du 16 décembre 1966 relatif aux droits civils et politiques;*
   b. *la procédure à l'étranger tend à la poursuivre ou à la punir en raison de ses opinions politiques, de son appartenance à un groupe social déterminé, de sa race, de sa confession ou de sa nationalité;*
   c. *sa situation risque d'être aggravée pour l'une ou l'autre des raisons indiquées sous let. b; ou*
   d. *la procédure à l'étranger présente d'autres défauts graves;*
   e. *elle risque d'être soumise à un traitement portant atteinte à son intégrité corporelle.*

[2212] L'art. 7 al. 3 LAsi est actuellement libellé de la manière suivante: «[n]e sont pas vraisemblables notamment les allégations qui, sur des points essentiels, ne sont pas suffisamment fondées, qui sont contradictoires, qui ne correspondent pas aux faits ou qui reposent de manière déterminante sur des moyens de preuve faux ou falsifiés».

1bis. En dérogation à l'art. 51 al. 1 EIMP, lorsque la personne poursuivie rend vraisemblable l'un des motifs mentionnés à l'al. 1, l'Office procède sans tarder à des vérifications notamment en exigeant de l'Etat requérant des prises de position, le dépôt anticipé de la demande d'extradition ou le dépôt de moyens de preuve.

1ter. Ne sont pas vraisemblables notamment les allégations qui, sur des points essentiels, ne sont pas suffisamment fondées, qui sont contradictoires, qui ne correspondent pas aux faits ou qui reposent de manière déterminante sur des moyens de preuve faux ou falsifiés.

1quater. La personne poursuivie peut se faire assister d'un mandataire. Si elle ne peut ou ne veut y pourvoir et que la sauvegarde de ses intérêts l'exige, un mandataire d'office lui est désigné.

En vue de permettre une coordination formelle et matérielle anticipée des procédures, la question se pose également de savoir à qui confier la tâche de procéder à l'évaluation des risques encourus et de la protection dont peut bénéficier la personne en cas de refoulement, respectivement d'extradition. Il y a donc lieu d'examiner ci-dessous si l'on ne peut pas confier ce rôle à une unité voire à un ou plusieurs collaborateurs spécialisés communs. Nous allons tenter d'y répondre dans le paragraphe qui suit.

c) Unité ou collaborateur(s) spécialisé(s)

Le Secrétariat d'Etat aux migrations et l'Unité extraditions de l'Office fédéral de la justice disposent de collaborateurs spécialisés dans des domaines spécifiques. La figure du collaborateur spécialisé ne leur est donc pas inconnue. Seul le Secrétariat d'Etat aux migrations dispose toutefois d'une unité spécialisée dans l'analyse des situations des droits de l'homme dans les pays à savoir la Section analyse. A l'heure actuelle, cette section ne fournit pas de prestations pour l'Office fédéral de la justice, lequel s'adresse plutôt au Département fédéral des affaires étrangères pour procéder à des évaluations. L'on a ainsi potentiellement deux unités administratives rattachées à des départements différents qui traitent pratiquement des mêmes questions.

Du point de vue de l'économie de procédure, de la mise en commun et de l'optimisation des ressources, on pourrait envisager qu'une unité spécialisée unique ou que des collaborateurs spécialisés de l'administration fédérale soient chargés de traiter les questions relatives aux risques en cas de refoulement pour le compte du Secrétariat d'Etat aux migrations et de l'Office fédéral de la justice.

Dans le cadre de l'étude comparative, on a eu l'occasion de voir qu'au Canada les personnes qui ne sont pas des personnes protégées ou reconnues comme «réfugiés» et qui sont visées par une mesure de renvoi exécutoire ou nommées au certificat de sécurité visé à l'article 77 paragraphe 1 LIPR peuvent demander un Examen des Risques Avant Renvoi (ERAR). Les agents d'ERAR sont chargés d'évaluer le risque auquel serait exposé un demandeur en cas de renvoi[2213]. Une telle possibilité n'est toutefois pas

[2213] Gouvernement du Canada, Guide 5523.

donnée aux personnes visées par un AII au titre de l'article 15 LE lorsque le Ministre de la justice dispose de suffisamment d'éléments après réception des documents nécessaires pour procéder à l'extradition[2214]. On a vu également qu'en Allemagne, un collaborateur spécialisé (*Sonderbeauftragte für sensible Fälle*) est chargé de traiter de questions délicates pour le compte des autorités compétentes en matière d'asile.

On pourrait s'inspirer du concept «ERAR» pour la mise en place d'une unité de l'administration fédérale ou confier à un ou des collaborateurs de l'administration la tâche de procéder à des évaluations des risques. Mais à la différence de ce qui se passe au Canada, ils seront uniquement mandatés par l'administration.

La mise en place d'une nouvelle unité soulève des questions organisationnelles car il s'agit de déterminer qui la composerait et à quel département de l'administration fédérale la rattacher. On pourrait y pallier en faisant appel à la Section analyse ou au Département fédéral des affaires étrangères pour qu'ils procèdent aussi bien pour le compte du Secrétariat d'Etat aux migrations que pour l'Office fédéral de la justice à l'analyse de la situation générale et individuelle aussi bien pour le Secrétariat d'Etat aux migrations que pour l'Office fédéral de la justice. La seule nouveauté réside dans le fait que la Section analyse serait désormais à disposition de l'Office fédéral de la justice non seulement lorsque les procédures d'asile et d'extradition sont pendantes simultanément, mais aussi en présence uniquement d'une procédure d'extradition. Un simple accord entre départements pourrait suffire pour concrétiser les modalités de cette mise à disposition.

Pour contourner les difficultés qu'entraînerait la mise en place d'une unité spécialisée ou de confier à une unité de l'administration déjà existante le soin de procéder à ces évaluations, on pourrait prévoir la création au sein de l'Office fédéral de la justice d'un poste de collaborateur spécialisé, sur l'exemple du *Sonderbeauftragte für sensible Fälle* du droit d'asile allemand, qui serait chargé de l'examen des risques en cas de refoulement et de l'effectivité de la protection dont pourrait bénéficier la personne ainsi que de la coordination des démarches à entreprendre en vue d'évaluer la situation aussi bien générale qu'individuelle. Il pourrait également assister aux auditions de la personne concernée pour évaluer sa crédibilité. Sur la base de ses évaluations, il pourrait soit préaviser sur le cas, soit préparer lui-même des projets de décision. Le fait d'avoir plusieurs collaborateurs spécialisés de différentes unités administratives repose évidemment le problème du risque de décisions contradictoires. Pour y remédier on pourrait prévoir un seul mandataire spécialisé, mais qui soit rattaché au Département fédéral de justice et police ou à son Secrétariat général. Il aurait pour fonction non seulement de traiter spécifiquement les cas asile-extradition, mais aussi d'intervenir dans d'autres cas où une évaluation de la situation dans un Etat de destination se révèlerait nécessaire. Ce mandataire spécialisé devrait disposer de compétences reconnues en matière de droit de l'extradition, de droit de l'asile et de droit des droits de l'homme. Il devrait également être rompu aux techniques d'audition. Il pourrait impartir des instructions au Secrétariat d'Etat aux migrations et à l'Office fédéral de la justice, disposer des ressources de ces deux autorités et préaviser sur les demandes d'asile et d'extradition.

[2214] Gouvernement du Canada, Réception.

Certes, on pourrait rétorquer que les procédures d'asile et d'extradition débutent rarement simultanément ce qui rendrait difficile que l'on puisse procéder en même temps à des évaluations par des unités spécialisées ou par un mandataire spécialisé. A cette remarque plusieurs arguments peuvent être opposés.

Tout d'abord, une analyse de la situation des droits de l'homme dans le pays de destination ne diffère pas selon que l'administration traite une demande d'asile ou une demande d'extradition. Ainsi, à chaque fois qu'une évaluation des risques s'avère nécessaire, il incombera au Secrétariat d'Etat aux migrations, respectivement à l'Office fédéral de la justice et au Tribunal pénal fédéral de charger l'unité ou le mandataire spécialisé *ad hoc* de procéder à ces évaluations. Si la demande d'extradition ou la demande d'asile est déposée plus tard, l'on disposerait déjà d'une évaluation complète des risques, quitte à ce que l'on demande une évaluation complémentaire en fonction des allégations de la personne concernée. Ensuite, rien n'empêche l'une ou l'autre autorité compétente de suspendre l'examen de la demande d'asile ou de la demande d'extradition, voire l'examen du recours dans l'attente d'une évaluation (complémentaire). Enfin, le Tribunal fédéral pourrait lui-même ou faire ordonner de telles évaluations si elles n'ont pas été faites ou si des compléments sont nécessaires.

La question qui se posera également est de savoir quelle valeur doit être attribuée à ces évaluations. On l'a vu, le Secrétariat d'Etat aux migrations n'est pas lié par les évaluations du Département fédéral des affaires étrangères. Le Tribunal administratif fédéral ne considère pas non plus lié par les évaluations de la Section d'analyse et du Département fédéral des affaires étrangères. L'adoption des règles et des grilles d'analyse communes pourrait dès lors jouer un rôle décisif dans la mesure où il sera difficile pour le Secrétariat d'Etat aux migrations et le Tribunal administratif fédéral de se distancer après coup d'une analyse effectuée sur la base de critères communs.

En résumé, la coordination formelle et matérielle anticipée doit poursuivre le but de disposer le plus tôt possible d'un état de faits commun le plus complet possible sur lequel pourront se baser l'Office fédéral de la justice et le Secrétariat d'Etat aux migrations pour rendre leurs décisions. Pour y parvenir différents moyens ont été proposés ci-dessus, comme le fait de procéder à des échanges de points de vue, de surseoir aux décisions, d'avoir des normes et des grilles d'analyse communes et de disposer de personnel et de ressources identiques. Plus tôt l'on disposera d'un état de fait commun établi de manière exhaustive, moins l'on courra le risque d'avoir des décisions contradictoires. Certaines des propositions esquissées, comme l'adoption dans l'EIMP de normes sur la collaboration et de critères de crédibilité ainsi que l'accès aux ressources du Secrétariat d'Etat aux migrations seront utiles pour le juge de l'extradition même en l'absence de procédure d'asile parallèle.

L'instauration d'une coordination formelle et matérielle constitue la première étape vers une concentration matérielle voire même l'unification des procédures.

28.1.2 Concentration matérielle: autorité de première instance commune

Afin d'éviter que deux autorités différentes se penchent sur les mêmes questions avec le risque que des décisions contradictoires soient rendues, une solution consisterait à confier à une seule autorité de première instance le soin de trancher l'ensemble des questions sur le modèle de la concentration matérielle.

Il y a concentration matérielle lorsque toutes les compétences sont exercées par une seule autorité, qui est celle dans les attributions de laquelle rentre l'entreprise et qui dirige l'entier de la procédure[2215].

Dans le cadre de l'étude comparative, deux exemples se rapprochent de l'idée de confier à une seule autorité l'ensemble des compétences. Il s'agit du «modèle germanique» (Allemagne et Autriche) et du «modèle canadien».

Le «modèle germanique» présente l'avantage que la procédure d'asile ne soit pas suspendue et que d'éventuelles constatations faites en matière d'asile puissent servir à la procédure d'extradition et vice-versa, ceci dans un souci de célérité. Pour que cette solution soit viable, le juge de l'extradition devrait se livrer à un examen du cas avec le même soin que le ferait le juge de l'asile. Il disposerait, en outre, d'un accès aux banques de données d'information sur les pays. La décision rendue en matière d'extradition lierait le juge de l'asile, pour autant que l'examen auquel se serait livré le juge de l'extradition satisfasse aux critères en vigueur dans la procédure d'asile. Le «modèle germanique» présente l'inconvénient que deux autorités examinent les mêmes faits, d'où une déperdition de ressources.

Le «modèle canadien» prévoit que la priorité soit donnée au juge de l'extradition à certaines conditions. En accordant l'extradition, le juge de l'extradition rejette en même temps la demande d'asile. Si par contre il refuse l'extradition, il appartiendra au juge de l'asile de trancher sur la question de l'asile. La solution canadienne présente deux inconvénients. D'abord la priorité à la procédure d'extradition est conditionnée par la peine minimale encourue par l'extradable. Ensuite, le juge de l'extradition ne statuera également sur la demande d'asile qu'en cas d'octroi de l'extradition. A notre avis, dès que les procédures d'asile et d'extradition sont pendantes, la compétence pour examiner les risques encourus et la protection dont peut bénéficier une personne devrait revenir à une seule autorité soit au Secrétariat d'Etat aux migrations, soit au Tribunal pénal fédéral, indépendamment de la peine infligée ou encourue.

Différentes solutions pourraient donc être envisagées pour confier cette compétence à une seule autorité. On pourrait soit confier cette compétence à une autorité déjà existante, soit prévoir l'instauration d'une nouvelle autorité.

Si l'on se contente de l'une des autorités actuellement existantes, il s'agira de définir et d'ancrer dans la loi des critères d'attribution ainsi que d'élargir les éventuelles nouvelles compétences décisionnelles que l'autorité désignée devra assumer.

[2215] MOOR/POLTIER, pp. 228 et 229.

On pourrait envisager l'ordre chronologique du dépôt des demandes comme critère d'attribution de compétences. Si la demande d'asile est déjà déposée au moment où une demande d'extradition est adressée à la Suisse, la compétence reviendrait au Secrétariat d'Etat aux migrations de trancher sur la question des risques encourus et de l'asile. Si c'est la demande d'extradition qui est déposée en premier, la compétence reviendrait au Tribunal pénal fédéral en vertu de l'article 55 alinéa 2 EIMP.

On pourrait également envisager de confier systématiquement la compétence à une des autorités indépendamment de l'ordre chronologique des demandes. Ainsi soit le Secrétariat d'Etat aux migrations, soit l'Office fédéral de la justice respectivement le Tribunal pénal fédéral se verrait systématiquement confier la compétence de décider sur les demandes d'asile et d'extradition.

Le choix du Secrétariat d'Etat aux migrations comme autorité commune présente l'avantage qu'il dispose de collaborateurs spécialisés en matière d'évaluation des risques. En accordant l'asile ou en reconnaissant la qualité de réfugié, l'extradition ne pourrait être accordée en vertu de l'article 59 LAsi et l'Office fédéral de la justice communiquerait le refus à l'Etat requérant. Si la demande d'asile est rejetée, l'Office fédéral de la justice accorderait l'extradition. Le Secrétariat d'Etat aux migrations devrait également recevoir la compétence d'ordonner la détention de la personne dans l'attente de sa décision. Cette solution présente l'inconvénient que les voies de recours sont différentes selon que l'on est en présence ou non de procédures d'asile et d'extradition parallèles.

Le fait de confier la compétence au Tribunal pénal fédéral présente également l'inconvénient que les voies de recours sont différentes. En outre, pour pouvoir confier cette compétence au juge de l'extradition, il apparaît, nécessaire que ce dernier puisse accorder l'asile à l'individu lorsque l'extradition doit être déclarée irrecevable ou inadmissible pour l'un des motifs indiqués à l'article 2 alinéa 1 lettres b et c EIMP. L'attribution systématique de la compétence au Tribunal pénal fédéral présenterait néanmoins l'avantage que ce dernier, par le biais de l'Office fédéral de la justice, pourrait ordonner la détention de la personne et entrer en contact avec l'Etat étranger. Cette solution où le juge de l'extradition est systématiquement compétent devrait dès lors être privilégiée moyennant modification de la LAsi, de l'EIMP et de la LTF.

L'adoption d'une nouvelle disposition dans la LAsi et l'EIMP pour l'octroi de la compétence au juge de l'extradition pourrait être libellée de la manière suivante:

> *Dès l'arrestation ou le dépôt d'une demande d'extradition au nom de l'Etat à l'égard duquel une demande d'asile a été déposée, la décision d'asile et d'extradition incombe au Tribunal pénal fédéral. L'Office fédéral de la justice statue sur les autres conditions à l'extradition et envoit son dossier au tribunal avec sa proposition. Cette compétence demeure au sein du Tribunal pénal fédéral lorsque la demande d'asile est déposée ultérieurement.*

En outre, pour que le juge de l'extradition puisse également accorder l'asile, nous proposons d'ajouter un second alinéa à l'article 2 EIMP qui serait libellé comme suit:

> 2. *Lorsque l'extradition doit être déclarée irrecevable ou inadmissible pour l'un des motifs indiqués à l'alinéa 1 lettres b et c, la personne poursuivie obtient l'asile. Est réservé l'art. 53 LAsi (indignité).*

Avec ce nouvel alinéa 2, l'Office fédéral de la justice respectivement le Tribunal pénal fédéral exerceraient les mêmes compétences que le Secrétariat d'Etat aux migrations, ce qui va faciliter non seulement une concentration matérielle, mais aussi l'unification des procédures.

Il s'agirait aussi de modifier la LTF et de prévoir une exception à l'article 84 alinéa 1 LTF[2216] en ne conditionnant pas le recours à l'existence d'un cas particulièrement important lorsque l'affaire soulève une problématique asile-extradition. Un nouvel alinéa 1bis serait ajouté, lequel serait libellé de la manière suivante:

> *1bis. En dérogation à l'alinéa 1, en cas de demandes d'asile et d'extradition pendantes simultanément, le recours est recevable contre la décision d'extradition sans que la partie recourante n'ait à démontrer que le recours présente un cas particulièrement important.*

Si l'on devait instaurer une nouvelle autorité, nous proposons de donner à une cour mixte du Tribunal administratif fédéral la compétence de statuer comme autorité de première instance sur le grief de délit politique ou de poursuite discriminatoire et sur le statut de réfugié en cas de procédures d'asile et d'extradition parallèles. Cette solution impliquerait que le Tribunal administratif fédéral reprenne les compétences actuelles du Tribunal pénal fédéral en matière d'extradition. Il serait ainsi non seulement l'autorité de recours en matière d'extradition et d'asile, mais il statuerait également comme autorité de première instance lorsqu'en matière d'extradition «la personne poursuivie prétend l'être pour un délit politique ou si l'instruction laisse apparaître des raisons sérieuses de croire que l'acte revêt un caractère politique» (art. 55 al. 2 EIMP).

En l'absence de procédures parallèles, des cours distinctes du Tribunal administratif fédéral exerceraient des compétences propres en matière d'asile et d'extradition. Dès que les deux procédures sont pendantes simultanément, une cour mixte composée de juges compétents en matière d'asile et d'extradition se réunirait pour trancher comme autorité de première instance et de recours sur les cas asile-extradition sur le modèle de l'article 55 alinéa 2 EIMP. Dans un tel cas de figure, l'Office fédéral de la justice statuerait sur les autres conditions à l'extradition en réservant la décision de la cour mixte du Tribunal administratif fédéral sur le grief de délit politique ou de poursuite discriminatoire et sur la reconnaissance du statut de réfugié. L'Office fédéral de la justice adresserait au Tribunal administratif fédéral son dossier avec sa proposition de rejet du grief de délit politique ou de poursuite discriminatoire. De son côté, le

[2216] Actuellement l'art. 84 LTF est libellé de la sorte: «1 Le recours n'est recevable contre une décision rendue en matière d'entraide pénale internationale que s'il a pour objet une extradition, une saisie, le transfert d'objets ou de valeurs ou la transmission de renseignements concernant le domaine secret et s'il concerne un cas particulièrement important. 2 Un cas est particulièrement important notamment lorsqu'il y a des raisons de supposer que la procédure à l'étranger viole des principes fondamentaux ou comporte d'autres vices graves».

Secrétariat d'Etat aux migrations déciderait sur l'octroi de l'asile et sur le renvoi en réservant la décision du Tribunal administratif fédéral sur la reconnaissance du statut de réfugié. Le Secrétariat d'Etat aux migrations adresserait au Tribunal administratif fédéral son dossier avec sa proposition de reconnaissance ou non du statut de réfugié. La personne concernée pourrait recourir au Tribunal administratif fédéral contre la décision de l'Office fédéral de la justice et celle du Secrétariat d'Etat aux migrations. Contre les décisions du Tribunal administratif, elle pourrait recourir au Tribunal fédéral, sans devoir démontrer qu'il s'agit d'un cas particulièrement important. Aussi bien le Secrétariat d'Etat aux migrations et l'Office fédéral de la justice auraient un droit de recours contre la décision du Tribunal administratif fédéral sans devoir démontrer qu'il s'agit d'un cas particulièrement important.

Cette solution n'empêche pas que l'on procède à une coordination anticipée au moyen d'une évaluation des risques encourus et de la protection dont peut bénéficier la personne. Elle n'exclut pas non plus que l'Office fédéral de la justice et le Secrétariat d'Etat aux migrations sursoient à leurs décisions et se concertent. Ainsi, au cas où l'Office fédéral de la justice est de l'avis que l'extradition doit être refusée, la procédure d'extradition prendra fin. Si c'est le Secrétariat d'Etat aux migrations qui estime que le statut de réfugié doit être accordé, rien n'empêche que l'Office fédéral de la justice se rallie à cette appréciation. Dans les faits, le Tribunal administratif fédéral serait appelé à statuer en première instance uniquement dans les cas où des divergences persisteraient ou lorsque la demande d'asile devrait être rejetée et l'extradition accordée.

Cette solution a le mérite de réunir les procédures au sein du Tribunal administratif fédéral tout en maintenant les compétences de l'Office fédéral de la justice et du Secrétariat d'Etat aux migrations. Elle pose toutefois problème dans la mesure où l'on crée un déséquilibre entre l'Office fédéral de la justice et le Secrétariat d'Etat aux migrations. En effet, si l'Office fédéral de la justice est de l'avis qu'il faut refuser l'extradition au motif que la poursuite est de nature discriminatoire, il peut rendre une décision de refus qui met un terme à la procédure d'extradition. Par contre, si le Secrétariat d'Etat aux migrations est de l'avis que l'asile doit être refusé, sa décision ne met pas fin à sa procédure. Le Secrétariat d'Etat aux migrations perdrait ainsi toute compétence décisionnelle, ce qui ne serait pas le cas de l'Office fédéral de la justice. Enfin, d'aucuns diront que la figure de la «cour mixte» est inconnue du droit suisse. Une telle critique ne correspond pas aux faits. Il existe en effet au niveau cantonal des tribunaux constitués de juges provenant d'autres tribunaux ou de tribunaux inférieurs. Il en va ainsi en matière pénale des tribunaux d'arrondissement valaisans, qui réunissent temporairement au sein d'une cour trois juges provenant de districts différents[2217]. La constitution extraodrinaire ou temporaire de cours n'est donc pas étrangère à l'ordre juridique suisse.

[2217] Site du canton du Valais, Tribunaux de district, https://www.vs.ch/web/tribunaux/tribunaux-de-district (lien vérifié le 15.3.2016).

La solution d'instaurer une nouvelle autorité compétente implique une modification des articles 25, 55 EIMP et 6a LAsi pour repectivement remplacer les termes «Tribunal pénal fédéral» par «Tribunal administratif fédéral» et pour régler la compétence du Tribunal administratif fédéral en cas de procédures d'asile et d'extradition pendantes. L'article 82 lettre d chiffre 1 LTF devrait être abrogé afin de permettre un recours au Tribunal fédéral contre toute décision finale en matière d'asile.

L'article 25 alinéa 1 EIMP pourrait désormais avoir la teneur suivante:

> 1. *Les décisions rendues en première instance par les autorités cantonales et fédérales peuvent directement faire l'objet d'un recours auprès du Tribunal administratif fédéral, à moins que la présente loi n'en dispose autrement.*

Le nouvel article 55 alinéa 2 EIMP serait désormais libellé comme suit:

> *2. Si la personne poursuivie prétend l'être pour un délit politique ou si l'instruction laisse apparaître des raisons sérieuses de croire que l'acte revêt un caractère politique, la décision incombe au Tribunal administratif fédéral. L'office fédéral envoie le dossier au tribunal avec sa proposition. La personne poursuivie a la possibilité de se prononcer.*

Une norme similaire devra être prévue dans la LAsi. On pourrait modifier l'article 6a LAsi[2218] en prévoyant un alinéa 1bis.

> *1bis. Si le requérant d'asile fait l'objet d'une demande d'extradition par son Etat d'origine ou de dernière résidence, la décision sur la reconnaissance du statut de réfugié incombe au Tribunal administratif fédéral. Le Secrétariat envoie le dossier au tribunal avec sa proposition. La personne poursuivie a la possibilité de se prononcer.*

Il s'agira ensuite de déterminer la composition de la cour mixte qui traiterait des recours en matière asile-extradition.

[2218] Actuellement l'art. 6a LAsi est libellé de la sorte: «1 Le Secrétariat d'Etat aux migrations (SEM) décide de l'octroi ou du refus de l'asile, ainsi que du renvoi d'un requérant de Suisse. 2 Le Conseil fédéral désigne: a. les Etats d'origine ou de provenance sûrs, à savoir ceux dans lesquels il estime que le requérant est à l'abri de toute persécution; b. les Etats tiers sûrs, à savoir ceux dans lesquels il estime qu'il y a effectivement respect du principe de non-refoulement au sens de l'art. 5, al. 1. 3 Il soumet à un contrôle périodique les décisions prises conformément à l'al. 2».

28.2 Unification des procédures : «modèle britannique»

Avec l'adoption dans l'EIMP de normes sur le devoir de collaboration, la vraisemblance et la compétence du juge de l'extradition d'accorder l'asile en cas de refus de l'extradition; avec la mise sur pied de grilles d'analyse communes en vue de l'évaluation des risques et de la crédibilité; et avec le partage des ressources à disposition, un premier grand pas a été accompli vers l'unification des procédures. Avec la proposition d'instaurer le Tribunal pénal fédéral ou le Tribunal administratif fédéral comme autorité unique, une seconde étape a été franchie vers l'unification des procédures. Toutefois, quelles que soient les solutions envisagées jusqu'ici, l'Office fédéral de la justice et le Secrétariat d'Etat aux migrations continuent à exercer des compétences si bien que l'on ne peut pas véritablement parler d'unification. Il s'agit dès lors d'examiner si l'on peut unifier complètement les deux procédures.

Lorsque les procédures d'asile et d'extradition sont pendantes simultanément, certaines étapes de la procédure d'asile deviennent caduques.

En effet, dès qu'un requérant d'asile est visé par une demande d'extradition, il est en principe identifié. On connaît ses noms et prénoms, sa date et son lieu de naissance, sa filiation, éventuellement son état civil et son lieu d'origine. Il ne sera donc, en principe, plus nécessaire de procéder à l'identification de la personne. Le requérant d'asile sera en règle générale arrêté et détenu à titre extraditionnel. La question de son attribution à un canton ne se pose plus non plus. En cas d'arrestation à l'aéroport, le fait de savoir si le requérant d'asile peut être autorisé à entrer en Suisse ne se pose pas. Avec le dépôt de la demande d'extradition, le pays de refoulement est aussi déterminé. Le juge de l'asile ne doit donc plus examiner si le requérant d'asile peut retourner dans un Etat tiers sûr dans lequel il a séjourné auparavant; s'il peut se rendre dans un Etat tiers compétent ou retourner dans un Etat tiers dans lequel il a séjourné auparavant; s'il peut poursuivre son voyage vers un Etat tiers pour lequel il possède un visa et dans lequel il peut demander protection; ou s'il peut poursuivre son voyage vers un Etat tiers dans lequel vivent des proches parents ou des personnes avec lesquelles il entretient des liens étroits. Dès lors si la demande d'extradition est déposée par l'Etat d'origine ou de dernière résidence de la personne, l'unique question qui doit véritablement être examinée par le juge de l'asile est de savoir si cette personne peut y être renvoyée. Demeurent dès lors spécifiques à la procédure d'asile l'audition sommaire et l'audition sur les motifs d'asile. Il apparaît donc superflu d'avoir deux procédures qui se déroulent en parallèle lorsque la procédure d'asile ne diverge finalement de la procédure d'extradition que du point de vue de ces auditions. Une telle conclusion s'impose d'autant plus que dans le système actuel la personne concernée doit agir et recourir à chaque fois auprès de deux autorités différentes. Du point de vue de la personne concernée, la solution actuelle n'est donc pas non plus satisfaisante.

Il s'agit dès lors de se demander si l'on ne pourrait pas adopter, en l'aménageant, le «modèle britannique».

Le système suisse présente plusieurs analogies avec le système britannique: le Secrétariat d'Etat aux migrations et l'Office fédéral de la justice sont tous deux rattachés au Département fédéral de justice et police. Il en va de même de l'Office fédéral de la police.

Ainsi, toutes les autorités qui sont appelées à intervenir en matière d'immigration et de sécurité publique se trouvent déjà réunies au sein d'une même entité. De plus, le Département fédéral de justice et police exerce déjà des compétences décisionnelles dans ces deux domaines juridiques.

On pourrait confier la compétence pour décider sur toutes les demandes d'asile et d'extradition, et non seulement les cas asile-extradition, au Département fédéral de justice et police, et plus précisément à son Secrétariat général. Ce dernier statuerait sur préavis du Secrétariat d'Etat aux migrations et de l'Office fédéral de la justice. Si une telle solution devait être adoptée, on devrait régler les voies de recours contre les décisions du Département. Actuellement, en matière d'asile une seule voie de recours ordinaire est prévue. Il est possible qu'à l'avenir l'on ouvre l'accès au Tribunal fédéral si une question de principe se pose. En matière d'extradition, deux instances de recours sont prévues, mais l'accès au Tribunal fédéral est restreint aux cas particulièrement importants. A notre avis, deux instances de recours successives devraient être prévues. L'on ne pourrait toutefois pas maintenir la situation actuelle avec deux tribunaux différents en première instance qui sont compétents pour connaître des recours en matière d'asile et d'extradition. Il s'agirait donc d'instituer une instance de recours commune aux deux procédures. Nous proposons d'instituer le Tribunal administratif fédéral comme autorité commune. Deux arguments plaident en faveur de cette solution. Tout d'abord, lors de la réforme de l'organisation judiciaire et de l'instauration des nouveaux tribunaux fédéraux, il était prévu dans un premier temps que le Tribunal administratif fédéral soit l'autorité de recours en matière d'extradition. Ensuite, les procédures d'asile et d'extradition sont des procédures de nature administrative. Le Tribunal pénal fédéral et le Tribunal fédéral n'examinent pas, en effet, la culpabilité de la personne.

Contre les décisions du Département fédéral de justice et police seraient donc ouvertes les voies du recours au Tribunal administratif fédéral puis au Tribunal fédéral. Il y aurait lieu comme on l'a déjà vu de modifier l'article 25 alinéa 1 EIMP et d'abroger l'article 82 lettre d chiffre 1 LTF.

Le fait de confier au Département ou à son Secrétariat général la compétence générale de statuer en matière d'asile et d'extradition ne va pas sans poser de problèmes au vu du nombre de demandes d'asile et d'extradition. On pourrait y remédier en permettant au Département de déléguer des compétences à l'Office fédéral de la justice et au Secrétariat d'Etat aux migrations. Il demeurerait par contre compétent pour statuer sur les affaires asile-extradition. Dans tous les cas, le Tribunal administratif fédéral serait l'autorité de recours de première instance.

Chapitre 29 Discussions

Plusieurs solutions ont été esquissées au chapitre précédent dont la mise en oeuvre présente plus ou moins d'inconvénients.

Tout au long de la présente étude, nous avons plusieurs fois souligné l'importance d'identifier de manière complète les risques encourus par la personne en cas d'extradition. Nous avons également souligné l'importance que cette évaluation des risques ait lieu le plus tôt possible pour éviter des décisions contradictoires, mais aussi des ralentissements dans le traitement des cas.

Les solutions consistant à ouvrir l'accès aux autorités compétentes en matière d'extradition à la banque de données Artis et à uniformiser les normes en matière de collaboration et de vraisemblance sont les plus simples à mettre en oeuvre et peuvent déjà contribuer à optimiser l'établissement et l'appréciation des faits. Il apparaît également essentiel que les autorités concernées puissent se concerter au préalable sur les risques encourus par la personne concernée et disposer de grilles d'analyse des risques et de la crédibilité qui leur sont communes. Cela permettra non seulement d'objectiver le traitement des demandes, mais aussi de lier les autorités concernées.

Si le partage des ressources et l'adoption de normes et de critères communs constituent le socle en vue de l'optimisation de la solution actuelle, respectivement l'élaboration de nouvelles solutions, on ne peut continuer à avoir deux autorités différentes qui statuent sur les mêmes questions.

Deux voies doivent donc être explorées. La première consiste à prévoir une coordination formelle et matérielle anticipée entre l'Office fédéral de la justice et le Secrétariat d'Etat aux migrations voire même à instaurer un mandataire spécialisé afin de trancher le plus tôt possible les questions des risques encourus et de la protection dont pourra bénéficier l'extradable. En fonction de l'évaluation effectuée, l'une des deux procédures prendra fin et l'on évitera ainsi d'avoir deux décisions (contradictoires) à rendre sur les mêmes questions.

La seconde voie à explorer est celle d'avoir une autorité de première instance unique qui statue sur l'ensemble des questions. Quelle autorité se verra alors confier cette tâche ? Deux possibilités s'offrent à nous. Il s'agit soit de se satisfaire des autorités que l'on a actuellement, soit de créer une nouvelle autorité.

Si l'on veut maintenir la situation actuelle et donner la compétence au Tribunal pénal fédéral pour statuer sur l'ensemble des questions, l'EIMP et la LAsi doivent être modifiées en conséquence afin de permettre au juge de l'extradition de statuer aussi sur l'octroi de l'asile. Plusieurs arguments militent pour une telle solution. Tout d'abord le droit de l'extradition n'opère aucune différence entre demandeurs d'asile et les autres individus. Il ne prévoit pas de balance d'intérêts entre dangerosité et protection. L'extradition peut être refusée même en cas de poursuite politique légitime. Enfin, le juge de l'extradition est en contact avec l'Etat persécuteur et peut directement lui demander des prises de position et la fourniture de preuves. Néanmoins, le fait de confier au Tribunal pénal fédéral une telle compétence pourrait faire naître le sentiment que

cette autorité n'offrirait pas de garanties suffisantes en matière d'impartialité et qu'elle ne se livrerait pas à une analyse complète.

La solution d'instituer le Département fédéral de justice et police comme autorité décisionnelle en matière d'asile et d'extradition présente l'avantage de ne créer aucune autorité nouvelle, mais conduit à des réorganisations qui ne sont pas aisées à mettre en oeuvre. Enfin, l'idée de créer une cour mixte au sein du Tribunal administratif fédéral traitant précisément des cas asile-extradition nous paraît fort séduisante. Comme on l'a vu, une telle solution impliquerait une modification des articles 25 EIMP et 6a LAsi ainsi qu'une réorganisation du Tribunal administratif fédéral. Il faudra en outre abroger l'article 82 lettre d chiffre 1 LTF et modifier l'article 84 LTF.

Chapitre 30 Conclusions générales

Au terme de la première partie de cette étude, nous avions émis trois hypothèses de travail. La première consistait à vérifier si le droit de l'asile et le droit de l'extradition visent le même but si l'on se place du point de vue du principe de non-refoulement. La réponse à cette première hypothèse est clairement affirmative. Ces deux domaines du droit protègent en effet une personne contre un risque de traitement discriminatoire et d'atteinte à son intégrité. Mais il y a lieu tout de même de relever que les protections offertes par les droits de l'asile et de l'extradition ne se recouvrent pas entièrement et sont plutôt complémentaires. En effet, si en droit de l'extradition une personne peut être protégée d'un refoulement indépendamment de ses agissements et sans qu'il ne soit toujours nécessaire qu'une atteinte soit motivée, le droit de l'asile protège une personne contre une pression psychologique pour des motifs tenant à sa race ou à ses opinions sans que ce préjudice n'atteigne une certaine gravité.

Nous avions émis comme seconde hypothèse que (plus) rien ne justifie la primauté de l'asile sur l'extradition. Ici aussi la réponse est affirmative. Mais il y a lieu tout de même relever que le juge de l'asile dispose de ressources plus importantes pour établir les faits que le juge de l'extradition. Il y a lieu dès lors de combler ce déficit par des modifications législatives qui doivent permettre au juge de l'extradition de disposer de moyens similaires.

Nous avions enfin posé comme hypothèse que le pouvoir d'examen du juge de l'extradition est aussi étendu que celui du juge de l'asile. En théorie, le pouvoir d'examen est tout aussi étendu. Dans les faits, des principes viennent limiter le pouvoir d'examen du juge de l'extradition. En outre, la possibilité d'obtenir des garanties constitue un oreiller de paresse qui détourne le juge de l'extradition de procéder à un examen approfondi du cas d'espèce.

Si la cause des décisions contradictoires a pu être identifiée au niveau de l'établissement et de l'évaluation des faits, la solution à ce problème n'est pas facile à trouver. On en veut pour preuves les diverses solutions esquissées ainsi que les différentes modifications législatives proposées. Il paraît néanmoins important que l'on prévoie explicitement dans l'EIMP des normes en matière de devoir de collaboration et de vraisemblance; que l'on donne accès au juge de l'extradition à la banque de données

Artis; que les autorités concernées adoptent des grilles communes d'analyse du risque et de la crédibilité; et que les autorités se concertent avant toute décision notamment en vue de compléter leur évaluation sur les risques encourus par l'individu avant qu'elles ne rendent leurs décisions. L'idéal serait donc que les autorités concernées se livrent à une coordination formelle et matérielle anticipée en vue d'éviter des décisions contradictoires. Mais cela ne signifie pas que l'on aura éliminé tout risque de décision contradictoire. Pour y remédier, la seule solution consisterait à établir une autorité de première instance unique qui statuerait sur l'ensemble des questions. L'idée d'une cour mixte du Tribunal administratif fédéral paraît la plus intéressante et la moins compliquée à mettre en oeuvre.

Les relations entre l'asile et l'extradition sont encore aujourd'hui conflictuelles comme nous le disions en introduction de cette étude. Cela est vraisemblablement dû aux méconnaissances et aux préjugés qui entourent ces deux domaines juridiques. Il apparaissait ainsi nécessaire de présenter côte à côte ces deux procédures afin de mettre en évidence leurs points de convergences et de divergences.

Si la présente étude a peut-être bousculé certaines idées préconçues et a permis de démontrer, contre toute attente, que le droit de l'extradition poursuit aussi un objectif de protection, elle a aussi révélé que tout n'est pas clair et définitivement gravé dans le marbre. On en a pour preuve l'absence de consensus ou de définition universelle quant aux notions de réfugié, de persécution ou de mauvais traitements et à la nature juridique des principes de non-discrimination et de non-refoulement. Certes, il aurait été plus confortable de répéter des lieux communs en déclarant par exemple que le principe de non-refoulement relève du *ius cogens* et que les droits des réfugiés, de l'asile et de l'extradition poursuivent des objectifs opposés, mais très certainement l'on n'aurait pas fait avancer le débat.

Comme on a pu le voir tout au long de cette étude, le droit de l'extradition et le droit de l'asile mettent en jeu les relations internationales et diplomatiques. Une extradition respectivement un refoulement touchent les biens absolus comme la vie ou la liberté individuelle. Face à de tels enjeux, on ne peut continuer à s'offrir le luxe d'une déperdition des ressources avec des autorités différentes qui statuent sur les mêmes questions. Certes, de nombreux obstacles d'ordre pratique et juridique vont se heurter à la mise en oeuvre des solutions proposées. Ces dernières ne vont pas non plus manquer de choquer certaines sensibilités idéologiques. Il faudra néanmoins savoir dépasser des éventuels blocages et clivages, ne serait-ce que pour combler les lacunes constatées dans le droit suisse de l'extradition.

Bibliographie

ALBERTO ACHERMANN/CONSTANTIN HRUSCHKA (éds.), *Persécutions liées au genre, la pratique suisse au regard des évolutions européennes et globales*, Collection Centre Suisse de compétence pour les droits humains (CSDH), Berne, 2014.

ALBERTO ACHERMANN/CHRISTINA HAUSAMMANN, *Handbuch des Asylrechts*, Berne, 1991.

HEINZ AEMISEGGER/MARC FORSTER, *Artikel 84 BGG*, in: MARCEL ALEXANDER NIGGLI/PETER UEBERSAX/HANS WIPRÄCHTIGER (Hrsg.), *Bundesgerichtsgesetz*, Basler Kommentar, 2ème édition, Bâle, 2011, pp. 1105-1125.

AIDA/Asylum Information Database, Country Report Austria, décembre 2014, http://www.asylumineurope.org/sites/default/files/report-download/aida_-_austria_thirdupdate_final.pdf, (lien vérifié le 14.3.2016).

AIDA/Asylum Information Database, Country Report France, janvier 2015, http://www.asylumineurope.org/sites/default/files/report-download/aida_france_third_update_final.pdf, (lien vérifié le 14.3.2016).

AIDA/Asylum Information Database, Country Report Germany, janvier 2015, http://www.asylumineurope.org/sites/default/files/report-download/aida_-_germany_thirdupdate_final.pdf (lien vérifié le 14.3.2016).

AIDA/Asylum Information Database, Country Report Italy, janvier 2015, http://www.asylumineurope.org/sites/default/files/report-download/aida_italy_thirdupdate_final_0.pdf (lien vérifié le 14.3.2016).

AIDA/Asylum Information Database, Country Report United Kingdom, janvier 2015, http://www.asylumineurope.org/sites/default/files/report-download/aida_-_uk_thirdupdate_final.pdf, (lien vérifié le 14.3.2016).

AIDA/Asylum Information Database, Country Report Switzerland, avril 2015, http://www.asylumineurope.org/sites/default/files/report-download/aida_switzerland_april2015.pdf (lien vérifié le 14.3.2016).

CESLA AMARELLE, *Article 78 LAsi*, in: CESLA AMARELLE/MINH SON NGUYEN (éds), *Code annoté de droit des migrations, Volume IV: Loi sur l'asile (LAsi)*, Berne, 2015, pp. 511-513 (cité: AMARELLE, art. 78 LAsi).

CESLA AMARELLE, *Article 64 LAsi*, in: CESLA AMARELLE/MINH SON NGUYEN (éds), *Code annoté de droit des migrations, Volume IV: Loi sur l'asile (LAsi)*, Berne, 2015, pp. 468-472 (cité: AMARELLE, art. 64 LAsi).

CESLA AMARELLE, *Article 63 LAsi*, in: CESLA AMARELLE/MINH SON NGUYEN (éds), *Code annoté de droit des migrations, Volume IV: Loi sur l'asile (LAsi)*, Berne, 2015, pp. 454-467 (cité: AMARELLE, art. 63 LAsi).

CESLA AMARELLE, *Les instruments du renvoi face aux droits international et européen*, in: CESLA AMARELLE/MINH SON NGUYEN (éds), *Les renvois et leur exécution, Perspectives internationale, européenne et suisse*, Berne, 2011, pp. 25-59.

CESLA AMARELLE/MINH SON NGUYEN (éds), *Code annoté de droit des migrations, Volume IV: Loi sur l'asile (LAsi)*, Berne, 2015.

KAI AMBOS/STEFAN KÖNIG/PETER RACKOW (Hrsg.), *Rechtshilferecht in Strafsachen*, Baden-Baden, 2015.

EMILIA ANTONIONI LUFTENSTEINER, *Article 105 LAsi*, in: CESLA AMARELLE/MINH SON NGUYEN (éds), *Code annoté de droit des migrations, Volume IV: Loi sur l'asile (LAsi)*, Berne, 2015, pp. 790-795.

JEAN-FRANCOIS AUBERT/PASCAL MAHON, *Petit commentaire de la Constitution fédérale de la Confédération suisse du 18 avril 1999*, Zurich–Bâle-Genève, 2003.

FLORENCE AUBRY GIRARDIN, *Article 83 LTF*, in: BERNARD CORBOZ/ALAIN WURZBURGER/PIERRE FERRARI/JEAN-MAURICE FRESARD/FLORENCE AUBRY GIRARDIN (éds), *Commentaire de la LTF*, 2ème édition, Berne, 2014, pp. 867-959.

CHRISTOPH AUER/MARKUS MÜLLER/BENJAMIN SCHINDLER (Hrsg.), *Kommentar zum Bundesgesetz über das Verwaltungsverfahren (VwVG)*, Zurich-St-Gall, 2008.

CHRISTOPH AUER, *Artikel 13 VwVG*, in: CHRISTOPH AUER/MARKUS MÜLLER/BENJAMIN SCHINDLER (Hrsg.), *Kommentar zum Bundesgesetz über das Verwaltungsverfahren (VwVG)*, Zurich-St-Gall, 2008.

ANDREAS AUER/GIORGIO MALINVERNI/MICHEL HOTTELIER, *Droit constitutionnel suisse, vol. I, l'Etat*, 3ème édition, Berne, 2013 (cité: AUER/MALINVERNI/HOTTELIER [I]).

ANDREAS AUER/GIORGIO MALINVERNI/MICHEL HOTTELIER, *Droit constitutionnel suisse, vol. II, Les droits fondamentaux*, 3ème édition, Berne, 2013 (cité: AUER/MALINVERNI/HOTTELIER [II]).

SCOTT BAKER, *Review of the United Kingdom's extradition arrangements* (Following Written Ministerial Statement by the Secretary of State for the Home Department of 8 September 2010) Presented to the Home Secretary on 30 September 2011, http://www.homeoffice.gov.uk/publications/police/operational-policing/extradition-review?view=Binary (lien vérifié le 14.3.2016).

LISELOTTE BARZÉ-LOOSLI, *La pratique de l'Office fédéral des migrations (ODM) en matière de persécutions liées au genre*, in: ALBERTO ACHERMANN/CONSTANTIN HRUSCHKA (éds.), *Persécutions liées au genre, la pratique suisse au regard des évolutions européennes et globales*, Collection Centre Suisse de compétence pour les droits humains (CSDH), Berne, 2014, pp. 67-108.

M. CHERIF BASSIOUNI, *International Extradition, United States Law and Practice*, 6ème édition, New York, 2014 (cité: Bassiouni [2014]).

M. CHERIF BASSIOUNI, *Law and practice of the United States*, in: M. CHERIF BASSIOUNI (éd.), *International criminal law, Vol. II: Multilateral and bilateral Enforcement Mechanisms*, 3ème édition, Leiden, 2008, pp. 269-341 (cité: Bassiouni [2008]).

FLORIAN BAUMANN/CORNELIA STENGEL, *Artikel 4 IRSG*, in: MARCEL ALEXANDER NIGGLI/STEFAN HEIMGARTNER (Hrsg.), *Internationales Strafrecht, IRSG - GwÜ*, Basler Kommentar, Bâle, 2015, pp. 130-132.

PIERRE BELIVEAU/MARTIN VAUCLAIR, *Traité général de preuve et de procédure pénales*, Cowansville, 21ème édition, 2014.

SAMANTHA BESSON/ELEONOR KLEBER, *Article 8 CEDH*, in: MINH SON NGUYEN/CESLA AMARELLE (éds), *Code annoté de droit des migrations, Volume I: Droits humains*, Berne, 2014, pp. 29-43 (cité: BESSON/KLEBER, art. 8 CEDH).

SAMANTHA BESSON/ELEONOR KLEBER, *Article 3 CEDH*, in: MINH SON NGUYEN/CESLA AMARELLE (éds), *Code annoté de droit des migrations, Volume I: Droits humains*, Berne, 2014, pp. 3-15 (cité: BESSON/KLEBER, art. 3 CEDH).

OLIVIER BLEICKLER, *Aricle 102 LAsi*, in CESLA AMARELLE/MINH SON NGUYEN (éds), *Code annoté de droit des migrations, Volume IV: Loi sur l'asile (LAsi)*, Berne, 2015, pp. 758-761.

SUSANNE BOLZ, *Asylgesetzrevision Vorlage 1 – Differenzbereinigung und Schlussabstimmung, Herbst-Winter 2012*, Asyl 1/13, pp. 27-28.

BENOÎT BOVAY, *Procédure administrative*, 2ème édition, Berne, 2015.

EMMANUELLE BRIBOSIA/ANNE WEYEMBERGH, *Extradition et asile: vers un espace judiciaire européen ?*, in: Revue belge de droit international, 1997/1, pp. 69-98.

Bundesamt für Migration und Flüchtlinge (BAMF), *Das deutsche Asylverfahren – ausführlich erklärt, Zuständigkeiten, Verfahren, Statistiken, Rechtsfolgen*, décembre 2012,
http://www.sachsen.de/assets/Das_deutsche_Asylverfahren_ausfuehrlich_erklaert_Broschuere_BAMF(1).pdf (lien vérifié le 25.2.2015) (cité: BAMF).

FRANCESCA CAPUTO, *Rolle und Funktion der Verteidigung in einem politischen Prozess*, in: Revue pénale suisse (RPS), Tome 133-2015, pp. 167-191.

MARTINA CARONI/MAYA TAYLAN, *Zwingendes Völkerrecht, Das völkerrechtliche ius cogens und der verfassungsrechtliche Begriff der zwingenden Bestimmungen des Völkerrechts*, in: Recht, Heft 2, 2015, pp. 55-66.

Centre suisse de compétence pour les droits humains (CSDH), *Handbuch Migrationsrecht Schweiz, Europa- und bundesrechtliche Grundlagen des Schweizerischen Asyl- und Aulsänderrechts*, Berne, 2015.

PHIL C. W. CHAN, *The protection of refugees and internally displaced persons: Non-Refoulement under customary international law*, in: The International Journal of Human Rights, 10: 3, pp. 231-239.

VINCENT CHETAIL, *Sources du droit international de la migration*, in: BRIAN OPESKIN/RICHARD PERRUCHOUD/JILLYANNE REDPATH-CROSS (sous la direction de) *Le droit international de la migration*, Genève-Zurich-Bâle, 2014, pp. 67-106 (cité: CHETAIL [2014]).

VINCENT CHETAIL, *Les relations entre droit de l'extradition et droit des réfugiés: apports et limites de la clause d'exclusion au sens de l'article 1er F b) de la Convention de Genève du 28 juillet 1951*, in: CAROLINE LALY-CHEVALIER/VINCENT. CHETAIL (sous la direction de) *Asile et extradition, Théorie et pratique de l'exclusion du statut de réfugié*, Recherche réalisée avec le soutien de la Mission de recherche Droit et justice, Genève-Lille, 18 mars 2013, p. 83-92 (cité : CHETAIL [2013]).

ANTONIN CHARRIERE, *Extraditions et garanties diplomatiques: examen de la pratique suisse, en particulier lorsque l'extradable a été jugé par défaut dans l'Etat requérant*, in: Pratique juridique actuelle (PJA), 7/2016, pp. 879-889.

VINCENT CHETAIL, *Théorie et pratique de l'asile en droit international classique: étude sur les origines conceptuelles et normatives du droit international des réfugiés*, in: Revue de droit international public, Tome CXV, no 3, juillet-septembre 2011, pp. 625-652 (cité: CHETAIL [2011]).

VINCENT CHETAIL, *Le droit des réfugiés à l'épreuve des droits de l'homme: bilan de la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme sur l'interdiction du renvoi des étrangers menacés de torture et de traitements inhumains ou dégradants*, in: Revue belge de droit international, 2004/1, pp. 155-210 (cité : CHETAIL [2004]).

MARIO CHIAVARIO, *Manuale dell'estradizione e del mandato d'arresto europeo*, Milanofiori Assago, 2013.

JOAO ERNESTO CHRISTOFOLO, *Solving Antinomies Between Peremptory Norms in Public International Law*, Genève-Zurich, 2016.

Commission de l'immigration et du statut de réfugié du Canada, Evaluation de la crédibilité lors de l'examen des demandes d'asile, http://www.irb-cisr.gc.ca/Fra/BoaCom/references/LegJur/
Pages/Credib.aspx (lien vérifié le 15.3.2016).

CAT/Comité contre la torture, *Observation générale no 01, Observation générale du Comité contre la torture sur l'application de l'art. 3 dans le contexte de l'art. 22 de la Convention contre la torture*, U.N. Doc. A/53/44, Annex IX (1997), http://www1.umn.edu/humanrts/cat/general_comments/Fcat1997.html (lien vérifié le 7.2.2016) (cité: CAT, Observation générale no 01).

CAT/Comité contre la torture, *Règlement intérieur*, Nations Unies, 1.9.2014, https://documents-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/G14/152/80/PDF/G1415280.pdf?OpenElement (lien vérifié le 14.3.2016).

Comité d'experts sur le fonctionnement des conventions européennes sur la coopération dans le domaine pénal (PC-OC) du Comité européen pour les problèmes criminels (CDPC), *Document d'information basé sur un questionnaire du PC-OC sur les relations entre les procédures d'asile et les procédures d'extradition*, Strasbourg, 2 juin 2014, PC-OC / INF 76, [PC-OC\Docs Inf\PC-OC Inf 76] http://www.coe.int/t/dghl/standardsetting/pc-oc/Standards_extradition_en_files/76%20Inf%20Information%20%20doc%20Asylum-Asile-%20Extradition.pdf (lien vérifié le 14.3.2016) (PC-OC [juin 2014]).

Comité d'experts sur le fonctionnement des conventions européennes sur la coopération dans le domaine pénal (PC-OC) du Comité européen pour les problèmes criminels (CDPC), *Information received from states on pratical problems encountered and good practice as regards the interaction between extradition and asylum procedures*, Strasbourg, 5 mars 2014, PC-OC / Mod (2013) 06 rev.2 76, [PC-OC/PC-OCMod/2013/Docs PC-OC Mod 2013/PC-OC Mod(2013) 06rev2] http://www.coe.int/t/dghl/standardsetting/pc-oc/PCOC_documents/Documents%202013/PC-OC%20Mod%20(2013)%2006%20rev2%20%20problems%20extradition%20asylum.pdf (lien vérifié le 14.3.2016) (cité: PC-OC [mars 2014]).

Comité d'experts sur le fonctionnement des conventions européennes sur la coopération dans le domaine pénal (PC-OC) du Comité européen pour les problèmes criminels (CDPC), *Convention européenne d'Extradition (STE 24) Guide des procédures*, Strasbourg, 2 juillet 2012, PC-OC / INF 4, http://www.coe.int/t/dghl/standardsetting/pc-oc/Standards_extradition_en_files/OC_ INF_04(fr).pdf (lien vérifié le 13.12.2015) (cité: PC-OC [2012]).

Comité d'experts sur le fonctionnement des conventions européennes sur la coopération dans le domaine pénal (PC-OC) du Comité européen pour les problèmes criminels (CDPC), *Note sur le Rapport entre l'extradition et l'éloignement/expulsion (extradition déguisée)*, Strasbourg, 15 novembre 2012, PC-OC (2012) 08 rev2, http://www.coe.int/t/dghl/standardsetting/pc-oc/PCOC_documents/PC-OC%20(2012)%2008%20Rev2%20FR.pdf (lien vérifié le 14.3.2016) (cité: PC-OC [2012-Note]).

Commission de l'immigration et du statut de réfugié du Canada / Immigration and Refugee Board of Canada (Commission immigration du Canada), *Etats-Unis: information sur le système d'octroi de l'asile, et notamment sur l'admissibilité à l'asile, le processus de demande, les dispositions particulières en place concernant les demandes d'asile fondées sur le sexe, les droits et les avantages accordés aux personnes qui ont obtenu l'asile, et la cessation ou le retrait de l'asile*, 20 novembre 2007, USA102499.EF, available at: http://www.unhcr.org/refworld/docid/49b92a961e.html (lien vérifié le 7.2.2013)

BERNARD CORBOZ/ALAIN WURZBURGER/PIERRE FERRARI/JEAN-MAURICE FRESARD/FLORENCE AUBRY GIRARDIN (éds), *Commentaire de la LTF*, 2ème édition, Berne, 2014.

BERNARD CORBOZ, *Article 106 LTF*, in: BERNARD CORBOZ/ALAIN WURZBURGER/PIERRE FERRARI/JEAN-MAURICE FRESARD/FLORENCE AUBRY GIRARDIN (éds), *Commentaire de la LTF*, 2ème édition, Berne, 2014, pp. 1242-1261 (cité: CORBOZ, art. 106 LTF).

BERNARD CORBOZ, *Article 105 LTF*, in: BERNARD CORBOZ/ALAIN WURZBURGER/PIERRE FERRARI/JEAN-MAURICE FRESARD/FLORENCE AUBRY GIRARDIN (éds), *Commentaire de la LTF*, 2ème édition, Berne, 2014, pp. 1205-1241 (cité: CORBOZ, art. 105 LTF).

BERNARD CORBOZ, *Article 95 LTF*, in: BERNARD CORBOZ/ALAIN WURZBURGER/PIERRE FERRARI/JEAN-MAURICE FRESARD/FLORENCE AUBRY GIRARDIN (éds), *Commentaire de la LTF*, 2ème édition, Berne, 2014, pp. 1090-1103 (cité: CORBOZ, art. 95 LTF).

BERNARD CORBOZ, *Article 93 LTF*, in: BERNARD CORBOZ/ALAIN WURZBURGER/PIERRE FERRARI/JEAN-MAURICE FRESARD/FLORENCE AUBRY GIRARDIN (éds), *Commentaire de la LTF*, 2ème édition, Berne, 2014, pp. 1063-1083 (cité: CORBOZ, art. 93 LTF).

SYLVIE COSSY, *Article 29 LAsi*, in: CESLA AMARELLE/MINH SON NGUYEN (éds), *Code annoté de droit des migrations, Volume IV: Loi sur l'asile (LAsi)*, Berne, 2015, pp. 256-265 (cité: COSSY, art. 29 LAsi).

SYLVIE COSSY, *Article 26 LAsi*, in: CESLA AMARELLE/MINH SON NGUYEN (éds), *Code annoté de droit des migrations, Volume IV: Loi sur l'asile (LAsi)*, Berne, 2015, pp. 210-229 (cité: COSSY, art. 26 LAsi).

SYLVIE COSSY, *Article 22 LAsi*, in: CESLA AMARELLE/MINH SON NGUYEN (éds), *Code annoté de droit des migrations, Volume IV: Loi sur l'asile (LAsi)*, Berne, 2015, pp. 176-197 (cité: COSSY, art. 22 LAsi).

SYLVIE COSSY, *Le statut du requérant d'asile mineur non accompagné dans la procédure d'asile*, Thèse, Lausanne, 2000.

Cour européenne des droits de l'homme, *Guide pratique sur la recevabilité*, 2014, http://www.echr.coe.int/Documents/Admissibility_guide_FRA.pdf (lien vérifié le 15.3.2016) (cité: CourEDH).

EVAN J. CRIDDLE/EVAN FOX-DECENT, *A fiduciary Theory of Jus cogens*, in: Yale Journal of International Law, Vol. 34, 2009, pp. 331-387.
ALAIN DECOCQ, *La livraison des délinquants en dehors du droit commun de l'extradition*, in: Revue critique de droit international privé, 1964, pp. 411-440.

FREDERIQUE DE COURTEN, *Le refus d'extrader in personam*, Thèse, Lausanne, 2006.

FANNY DE WECK, *The Principle of Non-Refoulement under the European Convention on Human Rights and the United Nations Convention against Torture*, Thèse, Zurich, 2014.

JACQUES DUBEY/JEAN-BAPTISTE ZUFFEREY, *Droit administratif général*, Bâle, 2014

AOIFFE DUFFY, *Expulsion to Face Torture ? Non-refoulement in International Law,* in: International Journal of Refugee Law, 2008, vol. 20, issue 3, pp. 373-390.

ASTRID EPINEY/BERNHARD WALDMANN/ANDREA EGBUNA-JOSS/MAGNUS OESCHGER, *Maximen und Garantien im regulären und im beschleunigten Asylverfahren*, in: UNHCR und Schweizerische Flüchtlingshilfe, *Schweizer Asylrecht, EU-Standards und internationales Flüchtlingsrechts, eine Vergleichsstudie - Droit d'asile suisse, normes de l'UE et droit international des réfugiés, une étude comparative*, Berne 2009, pp. 199-300.

ASTRID EPINEY/BERNHARD WALDMANN/ANDREA EGBUNA-JOSS/MAGNUS OESCHGER, *Die Anerkennung als Flüchtling im europäischen und schweizerischen Recht. Ein Vergleich unter Berücksichtigung des völkerrechtlichen Rahmens*, in: Cahiers fribourgeois de droit européen no 4 / Freiburger Schriften zum Europarecht Nr. 4, octobre 2008, p. 3-67 http://www.unifr.ch/ius/assets/files/chaires/CH_Epiney/files/Institut%20fuer%20Europarecht/Publikationen/Freiburger%20Schriften/cahier_4.pdf (lien vérifié le 15.3.2016) (cité: EPINEY/WALDMANN/EGBUNA-JOSS/OESCHGER [2008]).

PETER FELCHLIN, *Das politische Delikt*, Thèse, Zurich, 1979.

ERIKA FELLER/VOLKER TÜRK/FRANCES NICHOLSON (sous la direction), *La protection des réfugiés en droit international*, Bruxelles, 2008.

GERHARD FIOLKA, *Artikel 32 IRSG*, in: MARCEL ALEXANDER NIGGLI/STEFAN HEIMGARTNER (Hrsg.), *Internationales Strafrecht, IRSG - GwÜ,* Basler Kommentar, Bâle, 2015, pp. 373-378 (cité: FIOLKA, Art. 32 IRSG).

GERHARD FIOLKA, *Artikel 7 IRSG*, in: MARCEL ALEXANDER NIGGLI/STEFAN HEIMGARTNER (Hrsg.), *Internationales Strafrecht, IRSG - GwÜ,* Basler Kommentar, Bâle, 2015, pp. 155-162 (cité: FIOLKA, Art. 7 IRSG).

GERHARD FIOLKA, *Artikel 1 IRSG*, in: MARCEL ALEXANDER NIGGLI/STEFAN HEIMGARTNER (Hrsg.), *Internationales Strafrecht, IRSG - GwÜ*, Basler Kommentar, Bâle, 2015, pp. 35-46 (cité: FIOLKA, Art. 1 IRSG).

MARC FORSTER, *Artikel 47 IRSG*, in: MARCEL ALEXANDER NIGGLI/STEFAN HEIMGARTNER (Hrsg.), *Internationales Strafrecht, IRSG - GwÜ*, Basler Kommentar, Bâle, 2015, pp. 465-473.

MATHIAS FORTEAU/CAROLINE LALY-CHEVALIER, *Les problèmes d'articulation des procédures d'asile, d'extradition et d'entraide judiciaire pénale: état des lieux*, in: CAROLINE LALY-CHEVALIER/VINCENT CHETAIL (sous la direction de), *Asile et extradition, Théorie et pratique de l'exclusion du statut de réfugié*, Recherche réalisée avec le soutien de la Mission de recherche Droit et justice, Genève-Lille, 18 mars 2013, pp. 153-219.

JOCHEN ABR. FROWEIN/WOLFGANG PEUKERT, *Europäische Menschenrechtskonvention*, 3ème édition, Berlin, 2009.

JOCHEN ABR. FROWEIN/ROLF KÜHNER, *Drohende Folterung als Asylgrund und Grenze für Auslieferung und Ausweisung*, in: Zeitschrift für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht, 43, 1983, pp. 537-565.

SONJA GAFNER D'AUMERIES, *Le principe de la double incrimination*, Bâle, 1992.

MICHAEL JOHN GARCIA/CHARLES DOYLE, *Extradition to and from the United States: Overview of the law and recent treaties*, Congressional Research Service, CRS Report for Congress, 17.3.2010.

ROY GARRÉ, *Artikel 38 IRSG*, in: MARCEL ALEXANDER NIGGLI/STEFAN HEIMGARTNER (Hrsg.), *Internationales Strafrecht, IRSG - GwÜ*, Basler Kommentar, Bâle, 2015, pp. 425-435.

FREDERIC GISLER, *La coopération policière internationale de la Suisse en matière de lutte contre la criminalité organisée*, Thèse Fribourg, Zurich-Bâle-Genève, 2009.

SEVERIN GLASER, *Ausländische Straftäter in Österreich zwischen Auslieferung und Asyl - Teil 1*, in: Journal für Strafrecht, Juli 2015/no 4, pp. 296-300 (cité: GLASER [1]).

SEVERIN GLASER, *Ausländische Straftäter in Österreich zwischen Auslieferung und Asyl - Teil 2: Der Einfluss eines Auslieferungsverfahrens auf einen internationalen Schutzstatus und die Rolle der stellvertretenden Strafrechtspflege*, in: Journal für Strafrecht, September 2015/no 5, pp. 417-422 (cité: GLASER [2]).

LUC GONIN, *L'affirmation de l'existence d'un jus cogens régional, Hérésie juridique et risque inconsidéré ?*, in: PHILIPPE MEIER/ALAIN PAPAUX (éds), *Risque(s) et droit*, Fribourg-Genève-Lausanne-Neuchâtel, 2010, pp. 217-239.

LUC GONIN/PASCAL MAHON, *Art. 25 Cst.*, in: MINH SON NGUYEN/CESLA AMARELLE (éds), *Code annoté de droit des migrations, Volume I: Droits humains*, Berne, 2014, pp. 88-94.

Gouvernement du Canada, *Traitement des demandes d'examen des risques avant renvoi: Réception*, http://www.cic.gc.ca/francais/ressources/outils/refugies/erar/reception.asp (lien vérifié le 15.3.2016) (cité: Gouvernement du Canada, Réception).

Gouvernement du Canada, *Guide 5523 – Demander un examen des risques avant renvoi*, http://www.cic.gc.ca/francais/information/demandes/guides/5523FTOC.asp (lien vérifié le 15.3.2016) (cité: Gouvernement du Canada, Guide 5523).

CHRISTOPH GRABENWARTER/KATHARINA PABEL, *Europäische Menschenrechtskonvention*, 6ème édition, Munich-Bâle-Vienne, 2016.

CHRISTOPH GRABENWARTER, *European Convention on Human Rights – Commentary* – Bâle, 2014.

CLEMENCE GRISEL, *L'obligation de collaborer des parties en procédure administrative*, Zurich-Bâle-Genève, 2008 (cité: C. GRISEL).

GABOR GYULAY, *Informations sur les pays dans les procédures d'asile. L'obligation légale de qualité dans l'UE*, édité par le Comité Helsinki Hongrois, 2011. http://www.iarlj.org/general/images/stories/news/COI2012/FR_COI_in_Asylum.pdf (lien vérifié le 30.4.2014).

GREGOR HAAS, *Die Auslieferung in Frankreich und Deutschland*, Berlin, 2000 (cité: G. HAAS).

HEIDE HAAS, *L'extradition et la protection du réfugié, Etude effectuée durant un stage au UNHCR*, 1984 (cité: H. HAAS).

THOMAS HÄBERLI, *Artikel 83 BGG*, in: MARCEL ALEXANDER NIGGLI/PETER UEBERSAX/HANS WIPRÄCHTIGER (Hrsg.), *Bundesgerichtsgesetz*, Basler Kommentar, 2ème édition, Bâle, 2011, pp. 1007-1105.

THOMAS HACKNER/CHRISTIAN SCHIERHOLT, *Internationale Rechtshilfe in Strafsachen, Ein Leitfaden für die Praxis*, 2ème édition, Munich, 2012.

KAY HAILBRONNER, *Non-Refoulement and Humanitarian Refugees: Customary International Law or wishful Legal Thinking*, in: Virginia Journal of International Law, Vol. 26:4, pp. 857-896.

ROGER HAINES QC, *La persécution liée au genre*, in: ERIKA FELLER/VOLKER TÜRK/FRANCES NICHOLSON (sous la direction), *La protection des réfugiés en droit international*, Bruxelles, 2008, pp. 301-396.

JULIA HALL, *Mind the Gap. Diplomatic Assurances and the Erosion of the Global Ban on Torture*, Human Rights Watch World Report 2008, http://hrw.org/wr2k8/diplomatic/index.html (lien vérifié le 30.4.2014).

MAURICE HARARI, *Dix ans de pratique de l'EIMP: un état des lieux*, in: LUC THÉVENOZ (éd.), Journée 1994 de droit bancaire et financier, Berne, 1994, pp. 95-127.

JAMES C. HATHAWAY/MICHELLE FOSTER, *The Law of refugee status*, 2ème édition, Cambridge, 2014.

JAMES C. HATHAWAY, *Réfugiés et asile*, in: BRIAN OPESKIN/RICHARD PERRUCHOUD/JYLLIANNE REDPATH-CROSS (sous la direction de) *Le droit international de la migration*, Genève-Zurich-Bâle, 2014, pp. 209-242.

Haut Commissariat pour les droits de l'homme, *General Comment No 20: Replaces general comment 7 concerning prohibition of torture and cruel treatment or punishment (Art. 7)*, 10 March 1992 http://www.ohchr.org/EN/Issues/Education/Training/Compilation/Pages/a)GeneralCommentNo20Prohibitionoftortureorothercruel,inhumanordegradingtreatmentorpunishment(article7)(1992).aspx (cité: HCDH) (lien vérifié le 15.3.2016).

HCR/Haut commissariat des Nations Unies pour les réfugiés, *Au-delà de la Preuve, Evaluation de la crédibilité dans les systèmes d'asile européens - Résumé*, Mai 2013, http://www.refworld.org/pdfid/52ea5e194.pdf (lien vérifié le 15.3.2016) (cité: HCR [2013]).

HCR/Haut commissariat des Nations Unies pour les réfugiés, *Guide et principes directeurs sur les procédures et critères à appliquer pour déterminer le statut des réfugiés au regard de la Convention de 1951 et du Protocole de 1967*, Genève, décembre 2011, http://www.refworld.org/cgi-bin/texis/vtx/rwmain/opendocpdf.pdf?reldoc=y&docid=4fc5ce2c2 (lien vérifié le 11.10.2015) (cité: HCR [2011]).

HCR/Haut commissariat des Nations Unies pour les réfugiés, Bureau du HCR pour la Suisse et le Liechtenstein, *Prise de position du HCR au sujet de l'avant-projet de loi fédérale sur la coordination entre la procédure d'asile et la procédure d'extradition*, http://www.unhcr.ch/fileadmin/user_upload/Prise_de_position_du_HCR_-_avant-projet_loi_federale_coordination_procedure_d__asile___procedure_d__extradition_-_aout_2010.pdf (lien vérifié le 20.3.2016) (cité: HCR [prise de position]).

HCR/Haut commissariat des Nations Unies pour les réfugiés, *UNHCR Comments to the Council of Europe's Committee of Experts on the Operation of European Conventions on Co-operation in Criminal Matters (PC-OC) - On the Replies to the Questionnaire on the relationship between asylum procedures and extradition procedures*, April 2009, http://www.coe.int/t/dghl/standardsetting/pc-oc/PCOC_documents/Documents%202013/UN%20reaction%20to%20replies%20in%20PC-OC%20INF%2078.pdf , (lien vérifié le 7.7.2014) (cité: HCR [2009]).

HCR/Haut commissariat des Nations Unies pour les réfugiés, *Note d'orientation sur l'extradition et la protection internationale des réfugiés*, Genève, avril 2008, http://www.refworld.org/pdfid/4ab24b382.pdf (lien vérifié le 13.12.2015) (cité: HCR [2008]).

HCR/Haut commissariat des Nations Unies pour les réfugiés, *Note on Diplomatic Assurances and International Refugee Protection*, Genève, August 2006, http://www.refworld.org/docid/44dc81164.html, (lien vérifié le 15.9.2014) (cité: HCR [2006]).

HCR/Haut commissariat des Nations Unies pour les réfugiés, *Background note on the application of the exclusion clauses : Article 1F of the 1951 Convention relating to the status of refugees*, Geneva, 4 September 2003, http://www.HCR.org http://www.HCR.org/refworld/docid/3f5857d24.html (lien vérifié le 2.3.2014) (cité : HCR [2003]).

HCR/Haut commissariat des Nations Unies pour les réfugiés, *Principes directeurs sur la protection internationale no. 4: "La possibilité de fuite ou de réinstallation interne" dans le cadre de l'application de l'Article 1A(2) de la Convention de 1951 et/ou du Protocole de 1967 relatifs au statut des réfugiés*, 23 juillet 2003, http://www.unhcr.fr/4ad2f805e.html (lien vérifié le 15.3.2016).

HCR/Haut commissariat des Nations Unies pour les réfugiés, *Note on Burden and Standard of Proof in Refugee Claims*, 16 December 1998, available at: http://www.refworld.org/docid/3ae6b3338.html (lien vérifié le 4.1.2016) (cité: HCR [1998]).

HCR/Haut commissariat des Nations Unies pour les réfugiés, *An overview of Protection Issues in Western Europe: Legislative Trends and Positions taken by HCR*, http://www.unhcr.org/46e65e1e2.html, septembre 1995 (lien vérifié le 30.4.2014) (cité: HCR [1995]).

HCR/Haut commissariat des Nations Unies pour les réfugiés, *Guide des procédures et critères pour déterminer le statut de réfugié au regard de la Convention sur les réfugiés de 1951 et du Protocole de 1967 relatifs au statut des réfugiés*, (HCR/1P/4/FRE/REV.1), HCR 1979, réédité, Genève, janvier 1992, http://www.refworld.org/docid/3ae6b32b0.html (lien vérifié le 24.8.2015) (cité: HCR [1992]).

HCR/Haut commissariat des Nations Unies pour les réfugiés, *Note sur la protection internationale*, (A/AC.96/728), 1er août 1989, http://www.HCR.fr/4b30a55a1d.html (lien vérifié le 1.3.2014) (cité: HCR [1989]).

HCR/Haut commissariat des Nations Unies pour les réfugiés, *Note sur l'effet extraterritorial de la détermination du statut de réfugié en vertu de la Convention sur les réfugiés de 1951 et du Protocole de 1967 relatifs au statut des réfugiés*, 21 août 1978, EC/SCP/9, http://www.HCR.fr/4b30a59c2c.html (lien vérifié le 17.6.2013) (cité: HCR [1978]).

STEFAN HEIMGARTNER, *Auslieferungsrecht*, Zurich-Bâle-Genève, 2002.

SVEN HÖLSCHEIDT, *Artikel 21*, in: JÜRGEN MEYER (éd.), *Charta der Grundrechte der europäischen Union, Nomos Kommentar*, 4ème édition, Baden-Baden, 2014.

Home Department, *The Government Response to Sir Scott Baker's Review of the United Kingdom's Extradition Arrangements*, Presented to Parliament by the Secretary of State for the Home Department by Command of Her Majesty, October 2012 https://www.gov.uk/government/publications/the-government-response-to-sir-scott-bakers-review-of-the-united-kingdoms-extradition-arrangements (lien vérifié le 15.3.2016).

Homeland Security, *Privacy Impact Assessment for the Refugees, Asylum, and Parole System and the Asylum Pre-Screening System*, November 24, 2009, https://www.dhs.gov/xlibrary/assets/privacy/privacy_pia_cis_rapsapss.pdf (lien vérifié le 15.3.2016).

CONSTANTIN HRUSCHKA/CHRISTOPH PORTMAN, *LGBTI-Personen im Asylverfahren*, in: ALBERTO ACHERMANN/CONSTANTIN HRUSCHKA (éds), *Persécutions liées au genre, la pratique suisse au regard des évolutions européennes et globales*, Collection Centre Suisse de compétence pour les droits humains (CSDH), Berne, 2014, pp. 147-167.

HRW/Human Rights Watch, „*Empty Promises:" Diplomatic Assurances No Safeguard against Torture*, April 2004, Vol. 16 No 4 (D), http://www.refworld.org/docid/415c039b4.html, (lien vérifié le 30.4.2014).

HRW/Human Rights Watch, *Not the Way Forward. The UK's Dangerous Reliance on Diplomatic Assurances*, October 2008, 1-56432-387-0, Vol. 16 No 4 (D), http://www.hrw.org/sites/default/files/reports/uk1008web.pdf, (lien vérifié le 30.4.2014).

Hungarian Helsinki Committee, *Credibility Assessment in Asylum Procedures - A Multidisciplinary Training Manual*, 2013, Volume 1, http://www.refworld.org/docid/5253bd9a4.html (lien vérifié le 23.2. 2015).

International Association of Refugee Law Judges (IARLJ), *Assessment of Credibility in Refugee and Subsidiary Protection claims under the EU Qualification Directive* - https://www.iarlj.org/general/images/stories/Credo/Credo_Paper_March2013-rev1.pdf. (lien vérifié le 15.3.2016) (cité: IARLJ).

Institut Suisse de droit comparé (ISDC), *Zusammenstellung der Gesetzgebung und der Publikationen zum Asyl- und Auslieferungsverfahren in Deutschland, Frankreich, Italien und Österreich*, Avis 07-062, Lausanne, 20 octobre 2008 (cité: ISDC).

IDI/INSTITUT DE DROIT INTERNATIONAL, *Résolution du 11 septembre 1950*, http://www.justitiaetpace.org/idiF/resolutionsF/1950_bath_01_fr.pdf, (lien vérifié le 24.9.2014).

Interpellation Gysin Remo du 17 mars 2004 (2004.3112).

Interpellation Gysin Remo du 4 octobre 2000 (00.3505).

Interpellation Teuscher du 16 mars 2004 (2004.1020).

Interpol, *Règlement Interpol sur le traitement des données*, III/IRPD/GA/2011 (2014).
Interpol, *Résolution adoptée lors de la 79ème session de l'Assemblée générale d'Interpol qui s'est tenue à Doha du 8 au 11.11.2010, Coopération concernant les nouvelles demandes relatives à des affaires de génocide, de crimes contre l'humanité et de crimes de guerre*, AGN79RES10FR[1]-2.pdf.

JEFFREY G. JOHNSTON, *The Risk of Torture as a Basis for Refusing Extradition and the use of Diplomatic Assurances to Protect against Torture after 9/11*, in: International Criminal Law review 11 (2011), pp. 1-48.

SARAH JOSEPH/MELISSA CASTAN, *The international Convenant on civil and political rights. Cases, material and commentary*, Oxford, 2014.

WALTER KÄLIN/JÖRG KÜNZLI, *Universeller Menschenrechtsschutz – Der Schutz des Individuums auf globaler und regionaler Ebene*, 3ème édition, Bâle, 2013.

WALTER KÄLIN, *Genf oder Strassburg ? Die Rechtsprechung des UNO-Menschenrechtsausschussess und des Europäischen Gerichtshofes für Menschenrechte im Vergleich*, Studie des Schweizerischen Kompetenzzentrums für Menschenrechte, vom 9. Januar 2012, http://www.skmr.ch/cms/upload/pdf/120730_Geneve_Strasbourg.pdf (lien vérifié le 15.3.2016) (cité: KÄLIN [2012]).

WALTER KÄLIN, *Grundriss des Asylverfahrens*, Bâle-Frankfurt am Main, 1990 (cité: KÄLIN [1990]).

WALTER KÄLIN, *Das Prinzip des Non-Refoulement. Das Verbot der Zurückweisung, Ausweisung und Auslieferung von Flüchtlingen in den Verfolgerstaat im Völkerrecht und im Schweizerischen Landesrecht*, Berne, 1982 (cité: KÄLIN [1982]).

SIBYLLE KAPFERER, *The Interface between Extradition and Asylum*, UNHCR, Department of International Protection, PPLA/2003/05, Novembre 2003, http://www.refworld.org/docid/3fe846da4.html (lien vérifié le 15.3.2016).

EVA KAPUSTOVA, *Different perceptions of the obligation not to refoule: the european ad the canadian approach*, LL.M. Short Thesis, CEU eTD Collection, 6 April 2012, http://www.etd.ceu.hu/2012/kapustova_eva.pdf (lien vérifié le 21.3.2016)

REGINA KIENER/BERNHARD RÜTSCHE/MATHIAS KUHN, *Öffentliches Verfahrensrecht*, Zurich-St-Gall, 2ème édition, 2015.

ELEONOR KLEBER, *La discrimination multiple, Etude de droit international, suisse et européen*, Genève-Zurich-Bâle, 2015.

ANNE KNEER/LINUS SONDEREGGER, *Glaubhaftigkeitsprüfung im Asylverfahren - Ein Überblick über die Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichts*, in: Asyl, 2/15, pp. 3-11.

JULIAN B. KNOWLES, *Blackstone's Guide to The EA 2003*, Oxford 2004.
WOLFGANG KÖBERER, *§ 42 IRG*, in: KAI AMBOS/STEFAN KÖNIG/PETER RACKOW (Hrsg.), *Rechtshilferecht in Strafsachen*, Baden-Baden 2015, pp. 292-295.

ROBERT KOLB, *La jurisprudence internationale en matière de torture et de traitements inhumains ou dégradante*, in: Revue Universelle des Droits de l'Homme 2003, pp. 254-287 (cité: KOLB [2003]).

ROBERT KOLB, *La bonne foi en droit international public, contribution à l'étude des principes généraux de droit*, Paris 2000 (cité: KOLB [2000]).

ALFRED KÖLZ/ISABELLE HÄNER/MARTIN BERTSCHI, *Verwaltungsverfahren und Verwaltungsrechtspflege des Bundes*, 3ème édition, Zurich-Bâle-Genève, 2013.

STEFAN KÖNIG, *§ 15 IRG*, in: KAI AMBOS/STEFAN KÖNIG/PETER RACKOW (Hrsg.), *Rechtshilferecht in Strafsachen*, Baden-Baden, 2015, pp. 222-229.

PATRICK KRAUSKOPF/KATRIN EMMENEGGER/FABIO BABEY, *Artikel 15 VwVG*, in: BERNHARD WALDMANN/PHILIPP WEISSENBERGER (Hrsg.), *Praxiskommentar Verwaltungsverfahrensgesetz (VwVG)*, 2ème édition, Zurich-Bâle-Genève, 2016, pp. 293-317.

STEFANIE KURT/DIDIER LEYVRAZ, *Article 106 LAsi*, in: CESLA AMARELLE/MINH SON NGUYEN (éds), *Code annoté de droit des migrations, Volume IV: Loi sur l'asile (LAsi)*, Berne, 2015, pp. 796-802.

OTTO LAGODNY, *§ 30 IRG*, in: WOLFGANG SCHOMBURG/OTTO LAGODNY/SABINE GLESS/THOMAS HACKNER, *Internationale Rechtshilfe in Strafsachen*, 5ème édition, Munich, 2012, pp. 203-208 (cité: LAGODNY [2012]).

OTTO LAGODNY, *Auslieferung trotz Flüchtlings- oder Asylerkennung – Gutachten zur Vereinbarkeit von § 4 satz 2 AsylVfG mit Völker-, Europa- und Verfassungsrecht*, erstattet für Amnesty international, Sektion der Bundesrepublik Deutschland e. V., Freiburg, 5. Februar 2008 (cité: LAGODNY [2008]).

OTTO LAGODNY, *Die Rechtsstellung des Auszuliefernden in der Bundesrepublik Deutschland*, Freiburg i. Br., 1987 (cité: LAGODNY [1987]).

CAROLINE LALY-CHEVALIER/VINCENT CHETAIL (sous la direction de), *Asile et extradition, Théorie et pratique de l'exclusion du statut de réfugié*, Recherche réalisée avec le soutien de la Mission de recherche Droit et justice, Genève-Lille, 18 mars 2013.

CAROLINE LALY-CHEVALIER/VINCENT CHETAIL (sous la direction de), *Asile et extradition, Théorie et pratique de l'exclusion du statut de réfugié, Note de synthèse*, Recherche réalisée avec le soutien de la Mission de recherche Droit et justice, Genève-Lille, 18 mars 2013 (cité: LALY-CHEVALIER/CHETAIL, Note de synthèse).

HELENE LAMBERT, *Protection against Refoulement from Europe: Human Rights Law comes to the Rescue*, in: International and Comparative Law Quarterly, 1999, pp. 514-544.

Larousse, dictionnaire étymologique et historique du français, Paris, 1994.

ELIHU LAUTERPACHT/DANIEL BETHLEHEM, *Avis sur la portée et le contenu du principe de non-refoulement*, in: ERIKA FELLER/VOLKER TÜRK/FRANCES NICHOLSON (sous la direction), *La protection des réfugiés en droit international*, Bruxelles, 2008, pp. 119-196.

OLIVIA LE FORT, *L'interprétation de la notion de vraisemblance dans la Loi sur l'asile*, in: PASCAL PICHONNAZ (éd.), *Le législateur, son juge et la mise en oeuvre du droit*, Schulthess Editions romandes, 2014, pp. 227-243 (cité: LE FORT [2014]).

OLIVIA LE FORT, *Des guidelines pour mieux circonscrire la notion de vraisemblance en matière d'asile*, in: Jusletter no 18 mars 2013 (cité: LE FORT [2013]).

CELINE LONGCHAMP VONLANTHEN, *Article 37a LAsi*, in: MINH SON NGUYEN/CESLA AMARELLE (éds), in MINH SON NGUYEN/CESLA AMARELLE (éds), *Code annoté de droit des migrations, Volume IV: Loi sur l'asile*, Berne, 2015, pp. 318-321.

RALPH ALEXANDER LORZ/HEIKO SAUER, *Wann genau steht Art. 3 EMRK einer Auslieferung oder Ausweisung entgegen – Eine Systematisierung der Rechtsprechung des EGMR zu den Beweisanforderungen für die Konventionswidrigkeit aufenthaltsbeendender Massnahmen*, in: EuGRZ, 2010, p. 389.

MARIA LUDWICZAK, *Extradition dans l'affaire de la FIFA: un «cas particulièrement important»*, in: PJA 8/2016, pp. 1110-1113.

STEFAN MAEDER, *Artikel 8 IRSG*, in: MARCEL ALEXANDER NIGGLI/STEFAN HEIMGARTNER (Hrsg.), *Internationales Strafrecht, IRSG - GwÜ*, Basler Kommentar, Bâle, 2015, pp. 162-172.

PASCAL MAHON, *Droit constitutionnel, Volume II, Droits fondamentaux*, 3ème édition, Neuchâtel, 2015 (cité: MAHON [2015]).

PASCAL MAHON, *Article 25 Protection contre l'expulsion, l'extradition et le refoulement,* in: JEAN-FRANÇOIS AUBERT/PASCAL MAHON, *Petit commentaire de la Constitution fédérale de la Confédération suisse du 18 avril 1999*, Zurich–Bâle-Genève, Berne, 2003, pp. 213-218 (cité: MAHON [2003]).

PASCAL MAHON/OLIVIER BIGLER, *Les aspects constitutionnels et conventionnels du principe de non-refoulement en relation avec les migrations*, in: CESLA AMARELLE/MINH SON NGUYEN (éds), *Le principe de non-refoulement, Fondements et enjeux pratiques*, Berne, 2010, pp. 15-50.

FRANCESCO MAIANI, *Article 31a LAsi,* in: MINH SON NGUYEN/CESLA AMARELLE (éds), *Code annoté de droit des migrations, Volume IV: Loi sur l'asile*, Berne, 2015, pp. 279-295 (cité: MAIANI [2015]).

FRANCESCO MAIANI, *La définition de réfugié entre Genève, Bruxelles et Berne – différences, tensions et ressemblances*, in: *UNHCR et Schweizerische Flüchtlingshilfe, Schweizer Asylrecht, EU-Standards und internationales Flüchtlingsrechts, eine Vergleichsstudie, Droit d'asile suisse, normes de l'UE et droit international des réfugiés, une étude comparative*, Berne, 2009, pp. 19 (cité: MAIANI [2009]).

Manuel de droit européen en matière d'asile, de frontières et d'immigration, 2014, http://fra.europa.eu/sites/default/files/handbook-law-asylum-migration-borders-2nded_fr.pdf (lien vérifié le 16.3.2015).

CURT MARKEES, *Entraide internationale en matière pénale, La loi fédérale du 20 mars 1981 (EIMP) I, Première partie: Dispositions générales*, Fiches juridiques suisses, no 421 (cité MARKEES, FJS no 421).

CURT MARKEES, *Entraide internationale en matière pénale, La loi fédérale du 20 mars 1981 (EIMP) II, Deuxième Partie Extradition*, Fiches juridiques suisses, no 422a (cité MARKEES, FJS no 422a).

MICHAEL MARUGG, *Völkerrechtliche Definitionen des Ausdruckes "Flüchtling" ein Beitrag zur Geschichte unter besonderer Berücksichtigung sogenannter de-facto Flüchtlinge*, Dissertation, Bâle-Francfort sur-le-Main, 1990.

FANNY MATTHEY, *Article 8 LAsi,* in MINH SON NGUYEN/CESLA AMARELLE (éds), *Code annoté de droit des migrations, Volume IV: Loi sur l'asile*, Berne, 2015, pp. 80-92 (cité: MATTHEY, art. 8 LAsi).

FANNY MATTHEY, *Article 7 LAsi,* in: MINH SON NGUYEN/CESLA AMARELLE (éds), *Code annoté de droit des migrations, Volume IV: Loi sur l'asile*, Berne, 2015, pp. 72-79 (cité: MATTHEY, art. 7 LAsi).

FANNY MATTHEY, *Article 6a LAsi,* in: MINH SON NGUYEN/CESLA AMARELLE (éds), *Code annoté de droit des migrations, Volume IV: Loi sur l'asile*, Berne, 2015, pp. 65-71(cité: MATTHEY, art. 6a LAsi).

FANNY MATTHEY, *Procédure d'asile et pluralité des statuts, Du "nomad's land" au "no man's land juridique": parcours de la personne dont la demande d'asile est refusée, en droit Suisse et en droit européen*, Thèse, Neuchâtel, 2012 (cité: MATTHEY [2012]).

FANNY MATTHEY, *Commentaire relatif aux propositons de modifications de la loi sur l'asile concernant le remplacement des décisions de non-entrée en matière*, in: Asyl 1/10, pp. 3-9 (cité : MATTHEY [2010]).

FANNY MATTHEY/PASCAL MAHON, *La procédure d'asile II (conditions de la procédure accélérée, notamment les notions de pays tiers et pays d'origine sûr)*, in: *UNHCR et Schweizerische Flüchtlingshilfe, Schweizer Asylrecht, EU-Standards und internationales Flüchtlingsrechts, eine Vergleichsstudie, Droit d'asile suisse, normes de l'UE et droit international des réfugiés, une étude comparative*, Berne, 2009, pp. 301-383.

ULRICH MEYER/JOHANNA DORMANN, *Artikel 106 BGG*, in: MARCEL ALEXANDER NIGGLI/PETER UEBERSAX/HANS WIPRÄCHTIGER (Hrsg.), *Bundesgerichtsgesetz*, Basler Kommentar, 2ème édition, Bâle, 2011, pp. 1392-1399 (cité: MEYER/DORMANN, Art. 106 BGG).

ULRICH MEYER/JOHANNA DORMANN, *Artikel 105 BGG*, in: MARCEL ALEXANDER NIGGLI/PETER UEBERSAX/HANS WIPRÄCHTIGER (Hrsg.), *Bundesgerichtsgesetz*, Basler Kommentar, 2ème édition, Bâle, 2011, pp. 1368-1392 (cité: MEYER/DORMANN, Art. 105 BGG).

LAURENT MOREILLON (éd.), *Entraide internationale en matière pénale, Commentaire romand*, Bâle-Genève-Munich, 2004.

PIERRE MOOR/ETIENNE POLTIER, *Droit administratif, volume II, Les actes administratifs et leur contrôle*, 3ème édition, Berne, 2011.

ANDRE MOSER/MICHAEL BEUSCH/LORENZ KNEUBÜHLER, *Prozessieren vor dem Bundesverwaltungsgericht*, 2ème édition, Bâle, 2013.

VERENA MURSCHETZ, *7. Teil Ergänzende Kommentierung Österreich*, in: KAI AMBOS/STEFAN KÖNIG/PETER RACKOW (Hrsg.), *Rechtshilferecht in Strafsachen*, Baden-Baden, 2015.

TAREK NAGUIB/KURT PÄRLI/EYLEM COPUR/MELANIE STUDER (Hrsg.), *Diskriminierungsrecht, Handbuch für Jurist_innen, Berater_innen und Diversity-Expert_innen*, Berne, 2014.

TAREK NAGUIB, *Migration*, in: TAREK NAGUIB/KURT PÄRLI/EYLEM COPUR/MELANIE STUDER (Hrsg.), *Diskriminierungsrecht, Handbuch für Jurist_innen, Berater_innen und Diversity-Expert_innen*, Berne, 2014, pp. 325-384.

MINH SON NGUYEN, *Article 51 LAsi*, in: MINH SON NGUYEN/CESLA AMARELLE (éds), *Code annoté de droit des migrations, Volume IV: Loi sur l'asile*, Berne, 2015, pp. 401-415 (cité: NGUYEN, art. 51 LAsi).

MINH SON NGUYEN, *Article 50 LAsi*, in: MINH SON NGUYEN/CESLA AMARELLE (éds), *Code annoté de droit des migrations, Volume IV: Loi sur l'asile*, Berne, 2015, pp. 392-400 (cité: NGUYEN, art. 50 LAsi).

MINH SON NGUYEN, *Article 21 LAsi*, in: MINH SON NGUYEN/CESLA AMARELLE (éds), *Code annoté de droit des migrations, Volume IV: Loi sur l'asile*, Berne, 2015, pp. 170-175 (cité: NGUYEN, art. 21 LAsi).

MINH SON NGUYEN, *Droit public des étrangers*, Berne, 2003 (cité: NGUYEN [2003]).

MINH SON NGUYEN/CESLA AMARELLE (éds), *Code annoté de droit des migrations, Volume I: Droits humains*, Berne, 2014.

MINH SON NGUYEN/CESLA AMARELLE, *Le contentieux de l'éloignement à la lumière du principe de non-refoulement*, in: MINH SON NGUYEN/CESLA AMARELLE (éds), *Le principe de non-refoulement, Fondements et enjeux pratiques*, Berne, 2010, pp. 119-161 (cité: NGUYEN/AMARELLE [2010]).

CLIVE NICHOLLS/CLARE MONTGOMERY/JULIAN B. KNOWLES/ANAND DOOBAY/MARK SUMMERS, *The Law of extradition and mutual assistance*, 3ème édition, Oxford, 2013.

MARCEL ALEXANDER NIGGLI/STEFAN HEIMGARTNER (Hrsg.), *Internationales Strafrecht, IRSG - GwÜ*, Basler Kommentar, Bâle, 2015.

MARCEL ALEXANDER NIGGLI/CAROLA GÖHLICH, *Artikel 1a IRSG*, in: MARCEL ALEXANDER NIGGLI/PETER UEBERSAX/HANS WIPRÄCHTIGER (Hrsg.), *Internationales Strafrecht, IRSG - GwÜ*, Basler Kommentar, Bâle, 2015, pp. 47-53.

MARCEL ALEXANDER NIGGLI/PETER UEBERSAX/HANS WIPRÄCHTIGER (Hrsg.), *Bundesgerichtsgesetz*, 2ème édition, Basler Kommentar, Bâle, 2011.

GREGOR NOLL, *Evidentiary assessment and the EU qualification directive*, UNHCR, New issues in refugee Research, Working paper no 117, June 2005, http://www.refworld.org/pdfid/4ff165bf2.pdf (lien vérifié le 4.7.2014).

Nouveau Petit Robert, Paris, 2008.

MANFRED NOWAK, *"Extraordinary Renditions", Diplomatic Assurances and the Principle of Non-Refoulement, in:* WALTER KÄLIN/ROBERT KOLB/CHRISTOPH A. SPENLÉ/MAURICE D. VOYAME, *International Law, Conflict and Development, The Emergence of a Holistic Approach in International Affairs*, Leiden - Boston, 2010, pp. 107-134 (cité: NOWAK [2010]).

MANFRED NOWAK/ELIZABETH MCARTHUR, *The United Nations Convention against Torture*, Oxford, 2008.

MANFRED NOWAK, *U.N. Convention on Civil and Political Rights; CCPR Commentary*, 2ème édition, Kehl-Strasbourg-Arlington, 2005 (cité: NOWAK [2005]).

SERAINA NUFER, *Die Abschreibung von Asylgesuchen nach dem neuen Art. 8 al. 3bis AsylG*, in: Asyl 2/14, pp. 3-10.

OFJ/OFFICE FEDERAL DE LA JUSTICE, *Rapport sur les résultats de l'audition concernant l'avant-projet de loi fédérale sur la coordination entre la procédure d'asile et la procédure d'extradition*, septembre 2009 https://www.admin.ch/ch/f/gg/pc/documents/1786/Ergebnis.pdf (lien vérifié le 16.3.2016) (cité: OFJ [septembre 2009]).

OFJ/OFFICE FEDERAL DE LA JUSTICE, *Rapport explicatif concernant l'avant-projet de loi fédérale sur la coordination entre la procédure d'asile et la procédure d'extradition*, Berne, juin 2009 http://www.admin.ch/ch/f/gg/pc/documents/1786/Bericht.pdf (lien vérifié le 16.3.2016) (cité: OFJ [juin 2009]).

OFPRA/OFFICE FRANÇAIS DE PROTECTION DES RÉFUGIÉS ET APATRIDES, *présentation générale*, https://www.ofpra.gouv.fr/fr/l-ofpra/presentation-generale (lien vérifié le 20.3.2016).

ONUDC/OFFICE DES NATIONS UNIES CONTRE LA DROGUE ET LE CRIME, Manuel sur l'entraide judiciaire et l'extradition, Vienne, octobre 2012, http://www.unodc.org/documents/organized-crime/Publications/Mutual_Legal_Assistance_Ebook_F.pdf (lien vérifié le 4.7.2014).

BRIAN OPESKIN/RICHARD PERRUCHOUD/JYLLIANNE REDPATH-CROSS (sous la direction de), *Le droit international de la migration*, Genève-Zurich-Bâle, 2014.

OSAR/ORGANISATION SUISSE D'AIDE AUX REFUGIES (éd.), *Manuel de la procédure d'asile et de renvoi*, 2ème édition, Berne-Stuttgart-Vienne, 2016 (cité: Manuel OSAR 2016).

OSAR/ORGANISATION SUISSE D'AIDE AUX REFUGIES (éd.), *Manuel de la procédure d'asile et de renvoi*, Berne-Stuttgart-Vienne, 2009 (cité: Manuel OSAR).

OSAR/ORGANISATION SUISSE D'AIDE AUX REFUGIES, *Avant-projet de loi fédérale sur la coordination entre la procédure d'asile et la procédure d'extradition, Prise de position de l'Organisation suisse d'aide aux réfugiés OSAR*, https://www.osar.ch/assets/publikationen/stellungnahmen/090805-stn-sfh-f.pdf (lien vérifié le 11.12.2015) (cité: OSAR [2009]).

SAMAH OUSMANE/SARAH PROGIN-THEUERKAUF/ANNA CHODOROWSKA, *L'arrêt Hirsi Jamaa et autres c. Italie de la Cour européenne des droits de l'homme – premières observations*, in: Asyl 2/12, pp. 25-30.

MELIK ÖZDEN, *Le droit à la non-discrimination*, Centre Europe-Tiers Monde (CETIM), Genève, juin 2011, https://doc.rero.ch/record/30345/files/02-Le_droit_la_non-discrimination_F.PDF (lié vérifié le 16.3.2016)

PIERRE ACHILLE PAPADATOS, *Le délit politique, contribution à l'études des crimes contre l'Etat*, Thèse, Genève, 1954.

SUSIN PARK, *Les principes directeurs et la pratique du HCR relatifs au principe de non-refoulement*, in: CESLA AMARELLE/MINH SON NGUYEN (éds), *Le principe de non-refoulement, Fondements et enjeux pratiques*, Berne, 2010, pp. 51-86.

Parlement du Canada, LS-320F Projet de loi C-40: *Une nouvelle loi sur l'extradition*, rédigé par David Goetz, Division du droit et du gouvernement, 10 septembre 1998 (révisé le 30 novembre 1998), http://www.parl.gc.ca/About/Parliament/LegislativeSummaries/bills_ls.asp?Language=f&ls=C40&Mode=1&Parl=36&Ses=1&source=library_prb (lien vérifié le 21.1.2013).

KURT PÄRLI, *Völker- und verfassungsrechtliche Grundlagen*, in: TAREK NAGUIB/KURT PÄRLI/EYLEM COPUR/MELANIE STUDER (Hrsg.), *Diskriminierungsrecht, Handbuch für Jurist_innen, Berater_innen und Diversity-Expert_innen*, Berne, 2014, pp. 37-50.

BÉATRICE PASTRE-BELDA, *La protection à géométrie variable de l'article 3 de la Conventione européenne des droits de l'homme*, in Revue Revue trimestrielle des droits de l'homme (RTDH), n° 107, juillet 2016, pp. 591-616.

PETER POPP, *Grundzüge der internationalen Rechtshilfe in Strafsachen*, Bâle, 2001.

SAMAH POSSE-OUSMANE/SARAH PROGIN-THEUERKAUF, *Article 5 LAsi*, in: CESLA AMARELLE/MINH SON NGUYEN (éds), *Code annoté de droit des migrations, Volume IV: Droits humains*, Berne, 2015, pp. 14-43 (cité: POSSE-OUSMANE/PROGIN-THEUERKAUF, art. 5 LAsi).

SAMAH POSSE-OUSMANE/SARAH PROGIN-THEUERKAUF, *Article 3 LAsi*, in: CESLA AMARELLE/MINH SON NGUYEN (éds), *Code annoté de droit des migrations, Volume IV: Droits humains*, Berne, 2015, pp. 14-43 (cité: POSSE-OUSMANE/PROGIN-THEUERKAUF, art. 3 LAsi).

Postulat Fetz du 22 juin 2006 (06.3352).

Postulat Vermot-Mangold du 20 septembre 2000 (00.3443).

BERNHARD PULVER, *L'interdiction de la discrimination, Etude de l'article 8 alinéa 2 de la Constitution fédérale du 18 avril 1999*, Bâle, 2003.

Rapport du Rapporteur spécial sur la torture et autres peines ou traitements cruels, inhumains ou dégradants, A/60/316, 30 août 2005, (cité Rapporteur spécial sur la torture [2005]).

DIDIER ROUGET, *Le respect du droit extraditionnel et les "extraditions déguisées"*, in: RTDH, no 37, janvier 1999, pp. 169-197.

CLAUDE ROUILLER, *L'évolution du concept de délit politique en droit de l'entraide internationale en matière pénale*, in: RPS, 1986, pp. 24-48.

ANA SALADO OSUNA, *Treatment proscribed under article 3 of the European Convention on Human Rights*, in: JAVIER GARCIA ROCA/PABLO SANTOLAYA (éds), *Europe of rights: A compendium of he Europen Convention of Human Rights*, Leiden-Boston, 2012, pp. 65-91.

ARVINDER SAMBEI/JOHN R. W. D. JONES, *Extradition Law Handbook*, Oxford, 2005.

DANIEL SCHAFFNER/ANNE KÜHLER, *Artikel 80p IRSG*, in: MARCEL ALEXANDER NIGGLI/STEFAN HEIMGARTNER (Hsrg.), *Internationales Strafrecht, IRSG - GwÜ*, Basler Kommentar, Bâle, 2015, pp. 767-787.

DANIEL SCHAFFNER, *Das Individuum im internationalen Rechtshilferecht in Strafsachen. Die dritte Dimension bei schweizerischer Unterstützung fremder Strafverfahren*, Bâle, 2013.

WOLFGANG SCHOMBURG/OTTO LAGODNY/SABINE GLESS/THOMAS HACKNER, *Internationale Rechtshilfe in Strafsachen*, 5ème édition, Munich, 2012.

WOLFGANG SCHOMBURG/OTTO LAGODNY/SABINE GLESS/THOMAS HACKNER, *§ 6 IRG*, in: WOLFGANG SCHOMBURG/OTTO LAGODNY/SABINE GLESS/THOMAS HACKNER, *Internationale Rechtshilfe in Strafsachen*, 5ème édition, Munich, 2012, pp. 95-111.

MARKUS SCHOTT, *Artikel 95 BGG*, in: MARCEL ALEXANDER NIGGLI/PETER UEBERSAX/HANS WIPRÄCHTIGER (Hrsg.), *Bundesgerichtsgesetz*, Basler Kommentar, 2ème édition, Bâle, 2011, pp. 1259-1281.

HANS SCHULTZ, *Principes du droit d'extradition traditionnel*, in: *Aspects juridiques de l'extradition entre Etats européens*, Conseil de l'Europe, Strasbourg, 1970 (cité: SCHULTZ [1970]).

HANS SCHULTZ, *Das schweizerische Auslieferungsrecht*, Bâle, 1953 (cité: SCHULTZ [1953]).

SCHWEIZERISCHE FLÜCHTLINGSHILFE SFH (Hrsg.), *Handbuch zum Asyl- und Wegweisungsverfahren*, 2ème édition, Berne, 2015 (cité: SFH).

Secretary of State for the Home Department, *The Government Response to Sir Scott Baker's Review oft he United Kingdom's Extradition Arrangements*, October 2012, https://www.gov.uk/government/uploads/system/uploads/attachment_data/file/228566/8458.pdf (lien vérifié le 13.9.2014) (cité: Secretary of State).

HANSJÖRG SEILER/NICOLAS VON WERDT/ANDREAS GÜNGERICH/NIKLAUS OBERHOLZER, *Bundesgerichtsgesetz (BGG) – Bundesgesetz über das Bundesgericht*, 2ème édition, Berne, 2015.

HANSJÖRG SEILER, *Artikel 83 BGG*, in: HANSJÖRG SEILER/NICOLAS VON WERDT/ANDREAS GÜNGERICH/NIKLAUS OBERHOLZER, *Bundesgerichtsgesetz (BGG) – Bundesgesetz über das Bundesgericht*, 2ème édition, Berne, 2015, pp. 375-412.

SEM/SECRETARIAT D'ETAT AUX MIGRATIONS, *Manuel sur la procédure d'asile*, https://www.bfm.admin.ch/bfm/fr/home/asyl/asylverfahren/handbuch_asylverfahren.html (lien vérifié le 16.3.2016) (cité: Manuel SEM).

MARIE SIRINELLI, *Les rapports entre extradition et asile*, in: Revue générale de droit international public, vol. 117, no 3, 2013, pp. 611-622.

SERGE SLAMA, *Accorder l'asile ou extrader ? Recherche sur la jurisprudence du Conseil d'Etat sur l'articulation entre le statut de réfugié et le droit de l'extradition*, in : CAROLINE LALY-CHEVALIER/VINCENT CHETAIL (sous la direction de), *Asile et extradition, Théorie et pratique de l'exclusion du statut de réfugié*, Recherche réalisée avec le soutien de la Mission de recherche Droit et justice, Genève-Lille, 18 mars 2013, pp. 221-237.

LINUS SONDEREGGER, *Die Rückkehr der Folter, Anwendung von Zwang bei der Vernehmung im deutschen und US-amerikanischen Recht*, Berlin, 2012.

MARC SPESCHA/ANTONIA KERLAND/PETER BOLZLI, *Handbuch zum Migrationsrecht*, 2ème édition, Zurich, 2015.

THOMAS SPRENGER, *Artikel 65a IRSG*, in: MARCEL ALEXANDER NIGGLI/PETER UEBERSAX/HANS WIPRÄCHTIGER (Hrsg.), *Internationales Strafrecht, IRSG - GwÜ*, Basler Kommentar, Bâle, 2015, pp. 590-597.

KARL SPÜHLER/HEINZ AEMISEGGER/ANNETTE DOLGE/DOMINIK VOCK, *Bundesgerichtsgesetz (BGG)*, Praxiskommentar, 2ème édition, Zurich-Saint-Gall, 2013.

KARL SPÜHLER, *Art. 105 BGG*, in: KARL SPÜHLER/HEINZ AEMISEGGER/ANNETTE DOLGE/DOMINIK VOCK, *Bundesgerichtsgesetz (BGG)*, Praxiskommentar, 2ème édition, Zurich-Saint-Gall, 2013, pp. 535-537.

IDA STAFFANS, *Evidence in European Asylum Procedures*, Leiden - Boston, 2012.
TORSTEN STEIN, *Die Auslieferungsausnahme bei politischen Delikten*, Berlin-Heidelberg-New-York-Tokyo, 1983.

WALTER STÖCKLI, *Asyl*, in: PETER UEBERSAX/BEAT RUDIN/THOMAS HUGI YAR/THOMAS GEISER (Hrsg.), *Ausländerrecht*, 2ème édition, Bâle, 2009, pp. 521 -588.

SARAH SUMMERS, *Artikel 2 IRSG*, in: MARCEL ALEXANDER NIGGLI/STEFAN HEIMGARTNER (Hrsg.), *Internationales Strafrecht, IRSG - GwÜ*, Basler Kommentar, Bâle, 2015, pp. 54-63.

DENIS SZABO, *Les délits politiques et leurs modes de répression législative*, in: JEAN-LOUIS BEAUDOIN/JACQUES FORTIN/DENIS SZABO, *Terrorisme et justice. Entre la liberté et l'ordre: le crime politique. Première partie*, pp. 15-74, Montréal, 1970. Version numérisée pp. 1-54 http://www.google.ch/url?sa=t&rct=j&q=&esrc=s&source=web&cd=2&ved=0CCcQFjAB&url=http%3A%2F%2Fclassiques.uqac.ca%2Fcontemporains%2Fszabo_denis%2Fdelis_politiques_repression%2Fdelis_pol_repression.rtf&ei=8pAXVcKpG4LdavCSgdgN&usg=AFQjCNGPwLA-7HBTmJHqwMF4HGoJTNEDbw&bvm=bv.89381419,d.d2s (lien vérifié le 16.3.2016).

OPHÉLIE THIELEN, *La coopération internationale dans le cadre d'Interpol*, in: HERVE ASCENSIO/EMMANUEL DECAUX/ALAIN PELLET (sous la direction de), *Droit international pénal*, 2ème édition, Paris, 2012.

OLIVER THURIN, *Der Schutz des Fremden vor rechtswidriger Abschiebung. Das Prinzip des Non-refoulement nach Artikel 3 EMRK*, Vienne-New York, 2009.

VOLKER TÜRK/FRANCES NICHOLSON, *La protection des réfugiés en droit international: perspective globale*, in ERIKA FELLER/VOLKER TÜRK/FRANCES NICHOLSON (sous la direction), *La protection des réfugiés en droit international*, Bruxelles, 2008, pp. 28-72.

PETER UEBERSAX, *Le Tribunal fédéral et l'asile*, in: CESLA AMARELLE (éd.), *Le droit d'asile face aux réformes*, Berne, 2013, pp. 15-37.

PETER UEBERSAX/BEAT RUDIN/THOMAS HUGI YAR/THOMAS GEISER (Hrsg.), *Ausländerrecht*, 2ème édition, Bâle, 2009.

United States Attorneys Manual (USAM) https://www.justice.gov/usam/united-states-attorneys-manual (lien vérifié le 20.3.2016).

U.S. Citizenship and Immigration Services, Refugee, Asylum, and International operations Directorate, Asylum Division (US Asylum Division 2013), *Affirmative Asylum Procedures Manual (AAPM)*, november 2013, https://www.uscis.gov/sites/default/files/files/nativedocuments/Asylum_Procedures_Manual_2013.pdf (lien vérifié le 20.3.2016) (cité: US Asylum Division [2013]).

U.S. Citizenship and Immigration Services, Refugee, Asylum, and International operations Directorate, Asylum Division (US Asylum Division 2006), Asylum Officer basic training course, *Interviewing Part I: Overview of Nonadversarial Asylum*, september 14, 2006, https://www.uscis.gov/sites/default/files/USCIS/Humanitarian/Refugees%20%26%20Asylum/Asylum/AOBTC%20Lesson%20Plans/Interview%20Part-Overview-

Nonadversarial-Asylum-Interview-31aug10.pdf (lien vérifié le 20.3.2016) (cité: US Asylum Division [2006]).

MARIO VENA, *Parallele Asyl- und Auslieferungsverfahren*, in: Asyl 2/07, pp. 3-17.

ANDRE VITU, *Le meurtre politique en droit international et extraditionnel*, in: *Mélanges offerts à Georges Levasseur*, Paris, 1992, pp. 361-370.

BERNHARD WALDMANN/PHILIPP WEISSENBERGER (Hrsg.), *Praxiskommentar Verwaltungsverfahrensgesetz (VwVG)*, 2ème édition, Zurich-Bâle-Genève, 2016.

DAVID WEISSBRODT/MICHAEL DIVINE, *Droits de l'homme internationaux des migrants*, in: BRIAN OPESKIN/RICHARD PERRUCHOUD/JILLYANNE REDPATH-CROSS (sous la direction de), *Le droit international de la migration*, Genève-Zurich-Bâle 2014, pp. 177-207.

PHILIPP WENNHOLZ, *Ausnahmen vom Schutz vor Refoulement im Völkerrecht*, Berlin, 2013.

NICOLAS VON WERDT, *Artikel 105 BGG*, in HANSJÖRG SEILER/NICOLAS VON WERDT/ANDREAS GÜNGERICH, *Bundesgerichtsgesetz (BGG) – Bundesgesetz über das Bundesgericht*, 2ème édition, Berne, 2007, pp. 447-449.

SAMUEL WERENFELS, *Der Begriff des Flüchtlings im Schweizerischen Asylrecht*, Bern, 1987.

ROBERT WEYENETH, *Die Menschenrechte als Schranke der grenzüberschreitenden Zusammenarbeit der Schweiz*, in: Recht 2014, Heft 3, pp. 114-125.

KEES WOUTERS, *International Legal Standards for the Protection from Refoulement*, Anvers-Oxford-Portland 2009.

ALAIN WURZBURGER, *Article 84 LTF*, in: BERNARD CORBOZ/ALAIN WURZBURGER/PIERRE FERRARI/JEAN-MAURICE FRESARD/ FLORENCE AUBRY GIRARDIN (éds), *Commentaire de la LTF*, 2ème édition, Berne, 2014, pp. 960-967.

ROBERT ZIMMERMANN, *La coopération judiciaire internationale en matière pénale*, 4ème édition, Berne, 2014.

Messages du Conseil fédéral

Message du Conseil fédéral concernant l'approbation des troisième et quatrième Protocoles additionnels à la convention européenne d'extradition du 20 mai 2015, FF 2015 3567.

Message du Coseil fédéral concernant la ratification du protocole no 15 portant amendement à la convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales (CEDH) du 6 mars 2015, FF 2015 2137 (cité: Message du CF FF 2015 2137).

Message du Conseil fédéral concernant l'initiative populaire «Pour le renvoi effectif des étrangers criminels (initiative de mise en oeuvre) du 20 novembre 2013, FF 2013 8493 (cité: Message du CF FF 2013 8493).

Message du Conseil fédéral concernant une modification du code pénal et du code pénal militaire (Mise en oeuvre de l'art. 121, al. 3 à 6, Cst. relatif au renvoi des étrangers criminels du 26 juin 2013), FF 2013 5373 (cité: Message du CF FF 2013 5373).

Projet de modification du Code pénal et code pénal militaire (Mise en œuvre de l'article 121, alinéa 3 à 6, Cst. relatif au renvoi des étrangers criminels), FF 2013 5457 (cité: Projet de modification FF 2013 5457).

Message complémentaire du Conseil fédéral concernant la modification de la Loi sur l'asile du 23 septembre 2011, FF 2011 6735 (cité: Message du CF FF 2011 6735).

Rapport additionnel du Conseil fédéral au rapport du 5 mars 2010 sur la relation entre droit international et droit interne du 30 mars 2011, FF 2011 3401 (cité: Rapport additionnel du CF FF 2011 3401).

Message du Conseil fédéral concernant la modification de la Loi sur l'asile du 26 mai 2010, FF 2010 4035 (cité: Message du CF FF 2010 4035).

Message du Conseil fédéral concernant la loi fédérale sur la coordination entre la procédure d'asile et la procédure d'extradition du 24 février 2010, FF 2010 1333 (cité: Message du CF FF 2010 1333).

Message du Conseil fédéral relatif à l'initiative populaire «contre la construction de minarets» du 27 août 2008, FF 2008 6923 (cité: Message du CF FF 2008 6923).

Message du Conseil fédéral concernant la modification de la loi sur l'asile et de la loi fédérale sur l'assurance-vieillesse et survivants du 4 septembre 2002, FF 2002 6359 (cité: Message du CF FF 2002 6359).

Message du Conseil fédéral concernant la révision totale de la loi sur l'asile ainsi que la modification de la loi fédérale sur le séjour et l'établissement des étrangers du 4 décembre 1995, FF 1996 II 1 (cité: Message du CF FF 1996 II 1).

Message du Conseil fédéral concernant la révision de la loi sur l'entraide internationale en matière pénale et sur la loi relative au traité conclu avec les Etats-Unis d'Amérique sur l'entraide judiciaire en matière pénale, ainsi qu'un projet d'arrêté fédéral concernant une réserve à la Convention européenne d'entraide judiciaire en matière pénale du 8 mars 1976, du 4 octobre 1996, FF 1995 III 1 (cité: Message du CF FF 1995 III 1).

Message du Conseil fédéral à l'Assemblée fédérale à l'appui d'une loi sur l'entraide internationale en matière pénale et d'un arrêté fédéral sur les réserves relatives à la Convention européenne d'extradition du 8 mars 1976, FF 1976 II 430 (cité: Message du CF FF 1976 II 430).

Message du Conseil fédéral à l'Assemblée fédérale relatif à l'approbation de six conventions du Conseil de l'Europe du 1er mars 1966, FF 1966 I 465 (cité: Message du Conseil fédéral FF 1966 I 465).

Table des jurisprudences citées

Arrêts du Tribunal fédéral

Arrêts du Tribunal fédéral publiés aux ATF

ATF 138 II 513

ATF 136 IV 20

ATF 135 IV 212

ATF 134 IV 156

ATF 133 IV 271 (entraide)

ATF 133 IV 215

ATF 133 IV 134 (1C_107/2007 du 21.5.2007)

ATF 133 IV 131

ATF 133 IV 76 (1A.181/2006 et 1A.211/2006 du 23.1.2007)

ATF 133 IV 58

ATF 132 V 387

ATF 132 II 469 (1A.172/2006 et 1A.206/2006 du 7.11.2006)

ATF 131 II 235

ATF 131 II 228

ATF 130 II 530

ATF 130 II 337

ATF 130 II 306

ATF 129 II 268 (entraide)

ATF 129 I 232

ATF 128 II 355

ATF 127 II 198

ATF 127 I 145

ATF 126 II 324 (entraide)

ATF 126 II 212 (entraide)

ATF 126 I 7

ATF 125 II 569

ATF 125 II 473

ATF 125 II 356

ATF 125 I 257

ATF 124 II 132

ATF 124 II 124

ATF 123 II 595

ATF 123 II 511

ATF 123 II 279

ATF 123 II 231

ATF 123 II 175

ATF 123 II 161 (entraide)

ATF 123 II 134

ATF 122 II 464

ATF 122 II 485 (1A.263/1996)

ATF 122 II 373

ATF 122 II 140

ATF 122 I 153

ATF 121 II 296

ATF 121 II 225

ATF 121 I 181

ATF 120 Ib 251 (entraide)

ATF 120 Ib 183

ATF 120 Ib 112

ATF 119 Ib 284

ATF 119 Ib 56 (entraide)

ATF 118 lb 462

ATF 118 Ib 457 (entraide)

ATF 118 Ib 111

ATF 117 IV 359

ATF 117 IV 209 (G. 63/1990 du 15.7.1991)

ATF 117 Ib 337

ATF 117 Ib 210

ATF 117 Ib 64

ATF 115 Ib 68 (entraide)

ATF 114 Ib 254

ATF 114 Ib 156

ATF 113 Ib 276 (A 481/1986 du 28.1.1987)

ATF 113 Ib 257 (entraide)

ATF 112 Ib 576

ATF 112 Ib 342

ATF 112 Ib 225

ATF 112 Ib 215

ATF 112 Ib 59

ATF 111 IV 108

ATF 111 Ib 147 (AK 42/85 du 30.8.1985)

ATF 111 Ib 138

ATF 111 Ib 52

ATF 110 V 113

ATF 110 lb 387

ATF 110 Ib 280

ATF 110 Ib 187 (A 25/84/kl du 4.4.1984)

ATF 110 Ib 173

ATF 109 IV 174

ATF 109 Ib 317 (P 397/83 du 19.8.1983)

ATF 109 Ib 223

ATF 109 Ib 165

ATF 109 Ib 64

ATF 108 Ib 408 (P 337/82)

ATF 107 Ib 264

ATF 107 Ib 80 (P 1250/81 du 25.6.1981)

ATF 107 Ib 68

ATF 106 Ib 371

ATF 106 Ib 307

ATF 106 Ib 297

ATF 105 Ib 294

ATF 105 Ib 286

ATF 101 Ia 602

ATF 101 Ia 533 (P 144/75 du 12.12.1975)

ATF 101 Ia 416

ATF 101 Ia 405

ATF 99 Ia 547

ATF 90 I 298

ATF 87 I 134

ATF 3 p. 108

Arrêts du Tribunal fédéral publiés sur le site du Tribunal fédéral

Arrêt du TF 1C_234/2016 du 24.5.2016

Arrêt du TF 1C_143/2016 du 2.5.2016

Arrêt du TF 1C_131/2016 du 28.4.2016

Arrêt du TF 1C_53/2016 du 8.2.2016

Arrêt du TF 1C_610/2015 du 4.1.2016

Arrêt du TF 1C_611/2015 du 10.12.2015

Arrêt du TF 1C_401/2015 du 10.12.2015

Arrêt du TF 1C_274/2015 du 12.8.2015

Arrêt du TF 1C_377/2015 du 22.7.2015

Arrêt du TF 1C_245/2015 du 25.6.2015

Arrêt du TF 1C_218/2014 du 25.6.2015 (asile)

Arrêt du TF 1C_48/2015 du 10.2.2015

Arrêt du TF 1C_600/2014 du 10.2.2015

Arrêt du TF 1C_314/2014 du 23.9.2014

Décision incidente du TF 1C_218/2014 du 16.6.2014 (asile)

Arrêt du TF 1C_176/2014 du 12.5.2014

Arrêt du TF 1C_793/2013 du 13.11.2013

Arrêt du TF 1C_655/2013 du 30.08.2013

Arrêt du TF 1C_515/2013 du 19.6.2013

Arrêt du TF 1C_568/2012 du 7.11.2012

Arrêt du TF 1C_379/2012 du 11.9.2012

Arrêt du TF 1C_192/2012 du 3.5.2012

Arrêt du TF 1C.497/2011 du 11.11.2011

Arrêt du TF 1C_163/2010 du 13.4.2010

Arrêt du TF 1C_381/2009 du 13.10.2009

Arrêt du TF 1C_115/2009 du 16.3.2009.

Arrêt du TF 1C_537/2008 du 22.12.2008 (entraide)

Arrêt du TF 1C_518/2008 du 22.12.2008

Arrêt du TF 1C_471/2008 du 28.11.2008

Arrêt du TF 1C_518/2008 du 22.9.2008

Arrêt du TF 1C_224/2008 du 30.5.2008

Arrêt du TF 1C_432 du 17.12.2007

Arrêt du TF 1C_91/2007 du 23.10.2007

Arrêt du TF 1C_313/2007 du 4.10.2007

Arrêt du TF 1C_301/2007 du 2.10.2007

Arrêt du TF 1F.10/2007 du 2.10.2007

Arrêt du TF 1A.211/2006 du 23.6.2007

Arrêt du TF 1C_144/2007 du 8.6.2007

Arrêt du TF 1A.13/2007 du 9.3.2007

Arrêt du TF 1A.172/2006 du 7.11.2006

Arrêt du TF 1A.206/2006 du 7.11.2006

Arrêt du TF 2A.212/2006 du 9.10.2006

Arrêt du TF 1A.131/2006 du 5.9.2006

Arrêt du TF 1A.159/2006 du 17.8.2006

Arrêt du TF 1A.43/2006 du 6.4.2006

Arrêt du TF 1A.13/2006 du 9.2.2006

Arrêt du TF 1A.320/2005 du 23.1.2006

Arrêt du TF 1A.267/2005 du 14.12.2005

Arrêt du TF 1A.245/2005 du 28.11.2005

Arrêt du TF 1A.199/2005 du 9.11.2005

Arrêt du TF 1A.247/2005 du 25.10.2005

Arrêt du TF 1A.132/2005 du 4.7.2005

Arrêt du TF 1A.139/2005 du 15.6.2005

Arrêt du TF 1A.52/2005 du 12.4.2005

Arrêt du TF 1A.47/2005 du 12.4.2005

Arrêt du TF 1A.17/2005 du 11.4.2005

Arrêt du TF 1A.288/2004 + 1A.4/2005 du 28.2.2005

Arrêt du TF 1A.19/2005 du 17.2.2005

Arrêt du TF 1A.267/2004 du 4.2.2005

Arrêt du TF 1A.214/2004 du 28.12.2004

Arrêt du TF 1A.262/2004 du 7.12.2004

Arrêt du TF 1A.247/2004 du 25.11.2004

Arrêt du TF 1A.179/2004 du 24.9.2004

Arrêt du TF 1A.118/2004 du 3.8.2004

Arrêt du TF 1A.149/2004 du 20.7.2004

Arrêt du TF 1A.129/2004 et 1A.131/2004 du 8.7.2004

Arrêt du TF 1A.80/2004 + 1A.116/2004 du 8.7.2004

Arrêt du TF 1A.121/2004 du 15.6.2004

Arrêt du TF 1A.280/2003 du 25.2.2004

Arrêt du TF 1A.265/2003 du 29.1.2004

Arrêt du TF 1A.242/2003 du 2.12.2003

Arrêt du TF 1A.225/2003 du 25.11.2003

Arrêt du TF 1A.159/2003 du 15.9.2003

Arrêt du TF 1A.118/2003 du 26.6.2003

Arrêt du TF 1A.56/2003 du 25.4.2003

Arrêt du TF 1A.174/2002 du 21.10.2002

Arrêt du TF 1A.147/2002 du 12.9.2002

Arrêt du TF 1A.165/2002 du 28.8.2002

Arrêt du TF 1A.112/2002 du 18.6.2002

Arrêt du TF 1A.63/2002 du 9.4.2002

Arrêt du TF 1A.25/2002 du 13.3.2002

Arrêt du TF 1A.15/2002 du 5.3.2002

Arrêt du TF 1A.199/2001 du 21.1.2002
Arrêt du TF 8G.80/2001 du 12.12.2001

Arrêt du TF 1A.181/2001 du 16.11.2001

Arrêt du TF 8G.45/2001 du 15.8.2001

Arrêt du TF 8G.37/2001 du 26.7.2001

Arrêt du TF 8G.64/2000 du 10.4.2001

Arrêt du TF 1A.30/2001 du 2.4.2001

Arrêt du TF 1A.44/2001 du 22.3.2001

Arrêt du TF 1A.7/2001 du 28.2.2001

Arrêt du TF 1A.247/2000 du 27.11.2000

Arrêt du TF 1A.272/2000 du 10.11.2000

Arrêt du TF 8G/2000 du 10.11.2000

Arrêt du TF 1A.215/2000 du 16.10.2000

Arrêt du TF 1A.89/2000 du 19.6.2000

Arrêt du TF 1A.128/2000 du 11.5.2000

Arrêt du TF 8G.18/2000 du 13.4.2000

Arrêt du TF 1A.59/2000 du 10.3.2000

Arrêt du TF 1A.74/2000 du 8.3.2000

Arrêt du TF 1A.16/2000 du 2.2.2000

Arrêts non publiés du Tribunal fédéral

Arrêt non publié du TF 1A.229/1999 du 19.11.1999

Arrêt non publié du TF 1A.230/1999 du 2.11.1999

Arrêt non publié du TF 1A.68/1999 du 2.11.1999

Arrêt non publié du TF 1A.149/1999 du 9.9.1999

Arrêt non publié du TF 1A.131/1999 du 26.8.1999 (entraide)

Arrêt non publié du TF 1A.24/1999 du 20.7.1999 (entraide)

Arrêt non publié du TF 118/1999 du 17.6.1999

Arrêt non publié du TF 34/1999 du 20.5.1999

Arrêt non publié du TF 1A.6/1999 du 8.3.1999

Arrêt non publié du TF 1A.30/1999 du 4.3.1999

Arrêt non publié du TF 1A.238/1998 du 10.2.1999

Arrêt non publié du TF 1A.236/1998 du 25.1.1999

Arrêt non publié du TF 1A.228/1998 du 11.12.1998

Arrêt non publié du TF 1A.180/1998 du 10.12.1998

Arrêt non publié du TF 1A.112/1998 du 19.6.1998

Arrêt non publié du TF 1A.74/1998 du 14.5.1998

Arrêt non publié du TF 1A.38/1998 du 9.4.1998

Arrêt non publié du TF 1A.29/1998 du 6.4.1998 (entraide)

Arrêt non publié du TF 1A.34/1998 du 20.3.1998

Arrêt non publié du TF 1A.299/1997 du 18.2.1998

Arrêt non publié du TF 1A.8/1998 du 5.2.1998
.

Arrêt non publié du TF 1A.292/1997 du 20.1.1998 (entraide)

Arrêt non publié du TF 238/1997 du 30.10.1997

Arrêt non publié du TF 8G.49/1997 du 2.10.1997

Arrêt non publié du TF 1A.357/1996 du 30.9.1997

Arrêt non publié du TF 1A.184/1997 du 16.9.1997

Arrêt non publié du TF 1A.159/1997 du 30.7.1997

Arrêt non publié du TF 1A.47/1997 du 16.4.1997

Arrêt non publié du TF 1A.381/1996 du 28.2.1997

Arrêt non publié du TF 1A.368/1996 du 12.2.1997

Arrêt non publié du TF 8G.1/1997 du 22.1.1997

Arrêt non publié du TF 1A.294/1996 du 6.12.1996

Arrêt non publié du TF 1A.167/1996 du 23.9.1996

Arrêt non publié du TF G.67/1996 du 31.7.1996

Arrêt non publié du TF G.44/1996 du 29.5.1996

Arrêt non publié du TF 1A.295/1995 du 1.5.1996

Arrêt non publié du TF 1A.157/1995 du 13.3.1996

Arrêt non publié du TF 1A.293/1995 du 1.3.1996

Arrêt non publié du TF 1A.184/1995 du 26.1.1996

Arrêt non publié du TF 1A.273/1995 du 10.1.1996

Arrêt non publié du TF 1A.236/1994 du 27.12.1995

Arrêt non publié du TF 1A.218/1995 du 20.11.1995

Arrêt non publié du TF 1A.161/1995 du 2.10.1995

Arrêt non publié du TF 1A.147/1995 du 25.7.1995

Arrêt non publié du TF G.31/1995 du 21.6.1995

Arrêt non publié du TF 1A.89/1995 du 16.5.1995

Arrêt non publié du TF 1A.51/1995 du 8.5.1995

Arrêt non publié du TF 1A.104/1995 du 2.5.1995

Arrêt non publié du TF 1A.258/1994 du 3.4.1995

Arrêt non publié du TF 1A.264/1994 du 30.12.1994

Arrêt non publié du TF 1A.110/1994 du 8.7.1994

Arrêt non publié du TF G.32/1994 du 24.6.1994

Arrêt non publié du TF 1A.40/1994 du 22.6.1994

Arrêt non publié du TF 1A.75/1993 du 18.3.1994

Arrêt non publié du TF 1A.252/1993 du 21.12.1993

Arrêt non publié du TF 1A.221/1993 du 29.11.1993

Arrêt non publié du TF 1A.136/1993 du 28.10.1993

Arrêt non publié du TF 1A.163/1991 du 21.10.1993

Arrêt non publié du TF 1A.143/1993 du 14.9.1993

Arrêt non publié du TF 1A.153/1992 du 10.9.1992

Arrêt non publié du 1A.109/1992 du 16.7.1992

Arrêt non publié du TF 1A.98/1992 du 17.6.1992.

Arrêt non publié du TF G.21/1992 du 29.4.1992

Arrêt non publié du TF 1A.51/1992 du 28.4.1992

Arrêt non publié du TF 1A.195/1991 du 19.3.1992

Arrêt non publié du TF G.61/1991 du 13.1.1992

Arrêt non publié du TF 1A.218/1991 du 11.12.1991

Arrêt non publié du TF 1A.217/1991 du 11.12.1991

Arrêt non publié du TF 1A.133/1991 du 21.8.1991

Arrêt non publié du TF 1A.50/1991 du 9.8.1991

Arrêt non publié du TF 1A.46/1991 du 10.7.1991

Arrêt non publié du TF 1A.84/1991 du 1.7.1991

Arrêt non publié du TF G.24/1991 du 6.6.1991

Arrêt non publié du TF 1A.232/1990 du 6.3.1991

Arrêt non publié du TF 1A.1/1991 du 25.2.1991

Arrêt non publié du TF 1A.19/1991 du 15.2.1991

Arrêt non publié du TF 1A.127/1990 du 18.12.1990

Arrêt non publié du TF G.37/1990 du 7.9.1990

Arrêt non publié du TF 1A.123/1990 du 31.8.1990

Arrêt non publié du TF 1A.88/1990 du 3.5.1990

Arrêt non publié du TF 1A.132/1989 du 11.8.1989

Arrêt non publié du TF G.27/1989 du 15.6.1989

Arrêt non publié du TF A 518/87 du 4.11.1987

Arrêt non publié du TF A 546/1987 du 3.11.1987

Arrêt non publié du TF A 284/1986 du 6.11.1986

Arrêt non publié du TF A 189/86 du 1.10.1986

Arrêt non publié du TF AK 55/85 du 22.10.1985.

Arrêt non publié du TF A 129/85 du 15.5.1985

Arrêt non publié du TF A 275/84 du 3.10.1984

Arrêt non publié du TF A 10/84 du 22.2.1984

Arrêt non publié du TF P 416/83 19.8.1983

Arrêt non publié du TF P 1024/80 du 29.2.1980

Arrêt non publié du TF P 1263/79 du 21.9.1979

Arrêt non publié du TF P 172/77 du 19.10.1977

Arrêt non publié du TF P 118/75 du 1.12.1976

Arrêt non publié du TF P 204/76 du 1.12.1976

Arrêt non publié du TF P 64/76 du 15.6.1976

Arrêts du Tribunal pénal fédéral

Arrêts du Tribunal pénal fédéral publiés aux TPF

TPF 2008 56 (RR.2008.46 + RP.2008.11 du 22.4.2008)

TPF 2008 24 (RR.2008.18 + 33 du 20.3.2008)

Arrêts du Tribunal pénal fédéral publiés sur le site du Tribunal pénal fédéral

RR.2016.126 + RP.2016.31 du 6.9.2016

RR.2016.100 + RR.2016.104 + RP.2016.23 + RP.2016.27 du 28.7.2016

RR.2015.304 + RR.2016.31 + RP.2016.3 + RP.2016.8 du 23.5.2016

RR.2016.27 + RR.2016.9 + RP.2016.7 du 22.3.2016

RR.2015.288 du 16.3.2016

RR.2015.293 DU 16.3.2016

RR.2015.231 + RR.2015.213 + RP.2015.42 du 21.1.2016

RR.2015.298 du 12.1.2016

RR.2015.266 du 11.12.2015

RR.2015.287 + RP.2015.70 du 25.11.2015

RR.2015.176 + RR.2015.212 + RP.2015.38 du 20.11.2015

RR.2015.119 + RP.2015.23 du 10.11.2015

RR.2015. 252 + RP.2015.51 du 28.10.2015

RR.2015.264 + RP.2015.56 du 26.10.2015

RR.2015.256 du 20.10.2015

RR.2015.180 du 4.9.2015

RR.2015.157 du 20.7.2015 du 31.8.2015

RR.2015.201 + RP.2015.34 du 31.8.2015

RR.2015.177 du 13.8.2015

RR.2015.181 + RP.2015.33 du 11.8.2015

RR.2015.50 + RR.2015.68 + RP.2015.14 du 2.7.2015.

RH.2015.10 du 10.6.2015

RR.2015.67 + RP.2015.13 du 7.5.2015

RR.2014.208 + RR.2014.227 du 7.5.2015

RR.2014.328 du 23.4.2015

RR.2015.86 + RP.2015.18 du 15.4.2015

RH.2015.22 + RP.2015.55 du 26.3.2015

RR.2014.316 du 26.3.2015

RH.2015.3 du 26.3.2015

RR.2015.1 du 12.3.2015

RR.2014.318 du 5.3.2015

RH.2015.4 du 23.2.2015

RH.2015.2 du 17.2.2015

RR.2014.296 du 11.2.2015

RR.2014.283 + RR.2014.309 + RP.2014.79 du 26.1.2015

RR.2014.241 du 12.1.2015

RH.2014.19 du 2.12.2014

RR.2014.252 + RP.2014.65 du 20.11.2014

RH.2014.15 + RP.2014.72 du 30.10.2014

RR.2013.261 + RR.2013.290 + RP.2013.59 du 30.10.2014

RH.2014.12 du 8.10.2014

RR.2014.230 du 29.9.2014

RH.2014.11 + RP.2014.61 du 28.8.2014

RR.2014.183 du 22.8.2014

RH.2014.10 du 14.8.2014

RR.2014.111 + RR.2014.135 + RP.2014.43 du 13.8.2014

RR.2014.8 + RP.2014.54 du 11.6.2014

RR.2013.258 + RP.2013.52 du 6.6.2014

RR.2013.261 + RR.2013.290 + RP.2013.57 du 26.3.2014.

RR.2014.30 + RP.2014.4 du 21.3.2014

RR.2013.373 + RR.2014.23 + RP.2014.2 + RP.2014.3 du 25.2.2014

RR.2013.260 du 18.2.2014

RR.2013.101 + RR.2013.141 + RP.2013.27 du 21.11.2013

RR.2013.212 du 19.11.2013

RH.2013.9 du 6.11.2013

RR.2013.175 + RP.2013.35 du 23.10.2013

RR.2013.229 du 16.10.2013

RR.2013.177 du 30.8.2013

RR.2013.102 + RP.2013.12 du 18.7.2013

RR.2013.101 + RR.2013.141 + RP.2013.27 du 16.7.2013

RR.2013.42 + RP.2013.5 du 7.5.2013

RH.2013.3 + RP.2013.11 du 26.3.2013

RR.2012.15 + RP.2012.5 du 22.11.2012

RH.2012.11 + RP.2012.59 du 3.10.2012.

RR.2012.118 + RP.2012.27 du 11.9.2012

RR.2012.23 + RP.2012.7 du 2.8.2012

RR.2012.56 du 8.6.2012

RR.2012.15 + RP.2012.5 du 15.5.2012

RR.2012.10 + RP.2012.3 du 26.4.2012

RR.2011.320 du 24.1.2012

RR.2011.310 + RP.2011.59 du 17.1.2012

RR.2011.246 du 30.11.2011

RR.2011.180 + 214 du 29.11.2011

RR.2011.237 + RP.2011.43 du 11.11.2011

RR.2011.213 du 8.9.2011

RR.2011.155 + RP.2011.23 du 6.9.2011

RR.2012.26 + 27 du 1.9.2011

RR.2011.175 du 28.7.2011

RR.2011.91 + RR.2011.89 + RP.2011.15 + RP.2011.14 du 4.7.2011.

RR.2011.58 + RP.2011.8 du 12.4.2011

RR.2010.233 + RR.2010.254 du 4.4.2011

RR.2011.59 + + RP.2011.9 du 4.4.2011

RR.2011.10 du 16.2.2011

RR.2010.246 + RR.2010.214 du 22.12.2010

RR.2010.163 + RP.2010.41 du 6.12.2010

RR.2010.263 du 1.12.2010

RR.2010.154 + RP.2010.38 du 11.11.2010

RR.2010.214 du 22.10.2010

RR.2009.308 du 19.10.2010

RR.2010.132 + RP.2010.31 du 4.10.2010

RR.2010.167 du 2.9.2010

RR.2010.126 du 1.9.2010

RR.2010.171 du 25.8.2010

RR.2010.146 + RP.2010.37 du 5.8.2010

RR.2009.309 + RP.2009.45 du 16.3.2010

RR.2009.26-31 du 23.2.2010

RR.2010.2 du 5.2.2010

RR.2009.169 + RP 2009.15 + 17 du 22.1.2010

RR.2008.169 du 22.1.2010

RR.2009.284 du 19.11.2009

RR.2009.236 + RP.2009.31 du 30.9.2009 (entraide)

RR.2009.231 du 15.9.2009

RR.2009.237 + RP.2009.32 du 6.8.2009

RR.2009.163 du 22.7.2009

RR.2009.160 du 20.5.2009

RR.2009.216 + RP.2009.26 du 15.7.2009

RR.2009.76 du 9.7.2009

RR.2009.2 du 9.7.2009

RR.2009.172 du 5.6.2009

RR.2009.24 + RR.2009.96 + RP.2009.9 du 6.5.2009

RR.2008.305 du 10.2.2009

RR.2008.275 + RP.2008.50 du 5.2.2009

RR.2008.296 du 17.12.2008

RR.2008.180 + RP.2008.33 du 2.10.2008

RR.2008.144 du 19.8.2008

RR.2008.146 + RP.2008.28 du 18.7.2008

RR.2008.59 du 19.6.2008

RR.2008.61 du 12.6.2008

RR.2008.54 du 13.5.2008

RR.2008.53 du 8.5.2008

RR.2008.47 du 30.4.2008

RR.2008.68 du 29.4.2008

RR.2007.25 du 4.3.2008

RR.2008.24 du 26.2.2008

RR.2007.165 du 14.2.2008

RR.2007.185 du 7.1.2008

RR.2007.142 du 22.11.2007

RR.2007.173 du 19.11.2007

RR.2007.118 du 30.10.2007

RR.2007.98 + 114 du 4.10.2007

RR.2007.99-111 du 10.9.2007

RR.2007.312 du 5.9.2007

RR.2007.124 du 30.8.2007

RR.2007.55 du 5.7.2007

RR.2007.47 du 2.5.2007

RR.2007.2 du 25.4.2007

RR.2007.14 du 25.4.2007

RR.2007.34 du 29.3.2007

RR.2007.28 du 21.3.2007

RR.2007.13 du 5.3.2007

RR.2007.1 du 29.1.2007

BH.2006.33 du 11.1.2007

BH.2006.6 du 18.4.2006

BH.2006.4 du 21.3.2006

BH.2006.1 du 18.1.2006

BH.2005.12 du 10.8.2005

BH.2005.2 du 25.1.2005

Arrêts du Tribunal administratif fédéral

Arrêts du Tribunal administratif fédéral publiés aux ATAF

ATAF 2015/10 (arrêt de principe)

ATAF 2014/40 (arrêt de principe)

ATAF 2014/29 (E-6021/2012)

ATAF 2014/28

ATAF 2013/25

ATAF 2013/12

ATAF 2013/11

ATAF 2012/26

ATAF 2012/3

ATAF 2011/51 (arrêt de principe)

ATAF 2011/16

ATAF 2011/10

ATAF 2011/7

ATAF 2010/57

ATAF 2010/56

ATAF 2010/54

ATAF 2010/28

ATAF 2010/9

ATAF 2008/5

ATAF 2007/19

Arrêts du Tribunal administratif fédéral publiés sur le site du Tribunal administratif fédéral

D-2424/2016 du 6.7.2016

E-5237/2014 du 13.7.2015

D-3983/2013 du 22.4.2015

D-4344/2014 du 15.4.2015

E-5237/2014 du 30.3.2015

E-5237/2014 du 14.10.2014

E-5237/2014 du 19.9.2014

D-5577/2013 du 9.7.2014

E-2223/2012 du 21.5.2014

D-515/2013 du 4.11.2013

E-4537/2010 du 8.1.2013

E-2754/2012 du 11.12.2012

E-4526/2010 du 19.3.2012

E-7087/2010 du 29.3.2011

A-1269/2008 du 13.11.2009

D-3357/2006 du 9.7.2009

D-1739/2009 du 20.4.2009

E-4286/2008 du 17.10.2008

D-7060/2006 du 14.8.2008

E-571/2008 du 26.5.2008

E-7192/2006 du 12.2.2007

Arrêts de l'ancienne Commission de recours en matière d'asile (JICRA)

JICRA 2006/32

JICRA 2006/25

JICRA 2006/24

JICRA 2006/18 (décision de principe)

JICRA 2006/3

JICRA 2006/1

JICRA 2005/21

JICRA 2005/17

JICRA 2004/38

JICRA 2004/31

JICRA 2004/28

JICRA 2004/7

JICRA 2004/5

JICRA 2004/2

JICRA 2004/1

JICRA 2003/22

JICRA 2003/18

JICRA 2003/14

JICRA 2003/2

JICRA 2002/19

JICRA 2002/18

JICRA 2002/10

JICRA 2002/7

JICRA 2001/19

JICRA 2001/15

JICRA 2000/17

JICRA 2000/16

JICRA 2000/9

JICRA 2000/2

JICRA 1999/20

JICRA 1999/8

JICRA 1999/7 (précision de la jurisprudence)

JICRA 1998/34

JICRA 1998/18

JICRA 1998/17

JICRA 1998/14 (décision de principe)

JICRA 1998/4

JICRA 1997/25

JICRA 1997/15 (décision de principe)

JICRA 1997/14

JICRA 1996/42

JICRA 1996/34

JICRA 1996/29

JICRA 1996/28

JICRA 1996/25

JICRA 1996/17

JICRA 1996/16

JICRA 1996/10

JICRA 1996/1 (décision de principe)

JICRA 1995/23

JICRA 1995/18

JICRA 1995/16

JICRA 1995/15

JICRA 1995/2 (décision de principe)

JICRA 1995/1

JICRA 1994/24

JICRA 1994/23

JICRA 1994/17

JICRA 1994/13 (décision de principe)

JICRA 1994/5

JICRA 1994/3

JICRA 1994/1

JICRA 1993/38

JICRA 1993/31

JICRA 1993/21

JICRA 1993/20

JICRA 1993/17 (décision de principe)

JICRA 1993/16

JICRA 1993/11

JICRA 1993/8

JICRA 1993/7

JICRA 1993/6

JICRA 1993/3

Jurisprudence des autorités administratives de la Confédération (JAAC)

JAAC 70.5

JAAC 63.116

JAAC 49.45

Arrêts de la Cour européenne des droits de l'homme

Tarakhel c. Suisse [GC] du 4.11.2014, no 29217/12

Janowiec et autres c. Russie [GC] du 21.10.2013, nos 55508/07 et 29520/09

K.K. c. France du 10.10.2013, no 18913/11

Khodorkovskiy et Lebedev c. Russie du 25.7.2013, nos 11082/06 et 13772/05

Sidikovy c. Russie du 20.6.2013, no 73455/11

M.E. c. France du 6.6.2013, no 50094/10

K. c. Russie du 23.5.2013, no 69235/11

MO.M. c. France du 18.4.2013, no 18372/10

Azimov c. Russie du 18.4.2013, no 67474/11

H. et B. c. Royaume-Uni du 9.4.2013, nos 70073/10 et 44539/11

I.K. c. Autriche du 28.3.2013, no 2964/12

Torreggiani et autres c. Italie du 8.1.2013, nos 43517/09, 46882/09, 55400/09, 57875/09, 61535/09, 35315/10 et 37818/10

Yefimova c. Russie du 19.2.2013, no 39786/09

Zokhidov c. Russie du 5.2.2013, no 67286/10

El-Masri c. ex-République yougoslave de Macédoine du 13.12.2012 [GC], no 39630/09

Abdulkhakov c. Russie du 2.10.2012, no 14743/11

Rustamov c. Russie du 3.7.2012, no 11209/10

S.R. c. France du 19.6.2012, no 17859/09 (décision)

Bajsultanov c. Autriche du 12.6.2012, no 54131/10

A.A. et al. c. Suède du 28.6.2012, no 14499/09

Kozhayev c. Russie du 5.6.2012, no 60054/10

Labsi c. Slovaquie du 15.5.2012, no 33809

Babar et Ahmad et autres c. Royaume-Uni du 10.4.2012, nos 24027/07, 11949/08, 6742/08, 66911/09

Hirsi Jamaa et al. c. Italie du 23.2.2012 [GC], no 27765/09

Al-Husni c. Bosnie-Herzégovine du 7.2.2012, no 3727/08

I.M. c. France du 2.2.2012, no 9152/09

M.S. c. Belgique du 31.1.2012, no 50012/08

Harkins et Edwards c. Royaume-Uni du 17.1.2012, nos 9146/07 et 32650/07

Othman (Abu Qatada) c. Royaume-Uni du 17.1.2012, no 8139/09.

Barnic c. Autriche du 13.12.2011, no 54845/10 (décision)

Al Hanchi c. Bosnie-Herzégovine du 15.11.2011, no 48205/09

Yakubov c. Russie du 8.11.2011, no 7265/10

Ahorugeze c. Suède du 27.10.2011, no 37075/09

Samina c. Suède du 20.10.2011, no 55463/09

Husseini c. Suède du 13.10.2011, no 10611/09

Auad c. Bulgarie du 11.10.2011, no 46390/10

Ameh et autres c. Royaume-Uni du 30.8.2011, no 4539/11 (décision)
Sufi et Elmi c. Royaume-Uni du 28.6.2011, no 8319/07 et 11449/07

E.G. c. Royaume-Uni du 31.5.2011, no 41178/08

M.S.S. c. Belgique et Grèce du 21.1.2011 [GC], no 30696/09

Sultanov c. Russie du 4.11.2010, no 15303/09

Gaforov c. Russie du 21.10.2010, no 25404/09

Iskandarov c. Russie du 23.9.2010, no 17185/05

Karimov c. Russie du 29.7.2010, no 54219/08

Yuldashev c. Russie du 8.7.2010, no 1248/09

Isakov c. Russie du 8.7.2010, no 300/2006

Dbouba c. Turquie du 3.7.2010, no 15916/09

S.H. c. Royaume-Uni du 15.6.2010, no 19956/06

M.B. et autres c. Turquie du 15.6.2010, no 36009/08

Kolesnik c. Russie du 10.6.2010, no 26876/08

XA. c. France du 25.5.2010, no 36457/08 (décision)

Khaydarov c. Russie du 20.5.2010, no 21055/09

Charahili c. Turquie du 13.4.2010, no 46605/07

R.C. c. Suède du 9.3.2010, no 41827/07

Baysakov et autres c. Ukraine du 18.2.2010, no 54131/08

Z.N.S. c. Turquie du 19.1.2010, no 21896/08

Kaboulov c. Ukraine du 19.11.2009, no 41015/04

Abdolkhani et Karimnia c. Turquie du 22.9.2009, no 30471/08

Ben Khemais c. Italie du 24.2.2009, no. 246/07

F.H. c. Suède du 20.1.2009, no 32621/06

Y. c. Russie du 4.12.2008, no 20113/07

Soldatenko c. Ukraine du 23.10.2008, no 2440/07

N.A c. Royaume-Uni du 17.7.2008, no 25904/07

Ryabikin c. Russie du 19.6.2008, no 8320/04

Ismoilov c. Russie du 24.4.2008, no 2947/06

Nnyanzi c. Royaume-Uni du 8.4.2008, no 21878/06
Saadi c. Italie du 28.2.2008 [GC], no 37201/06

Cebotari c. Moldavie du 13.11.2007, no 35615/06

Lebedev c. Russie du 25.10.2007, no 4493/04

Garabayev c. Russie du 7.6.2007, no 38411/02

Al-Moayad c. Allemagne du 20.2.2007, no 35865/03 (décision)

Salah Sheekh c. Pays-Bas du 11.1.2007, no 1948/04

Imakaïeva c. Russie du 9.11.2006, no 7615/02

Bazorkina c. Russie du 27.7.2006, no 69481/01

Karim c. Suède du 4.7.2006, no 24171/05 (décision)

D. et al. c. Turquie du 22.6.2006, no 24245/03

Bader et Kanbor c. Suède du 8.11.2005, no 13284/04

Moldovan et autres c. Roumanie du 12.7.2005, no 41138/98 et 64320/01

Said c. Pays-Bas du 5.7.2005, no 2345/02

Öcalan c. Turquie [GC] du 12.5.2005, no 46221/99

Müslim c. Turquie du 26.4.2005, no 53566/99

Shamayev et al. c. Géorgie et Russie du 12.4.2005, no 36378/02

Mamatkulov et Askarov c. Russie du 4.2.2005 [GC], no 46827/99 et 4695/99

B. c. Suède du 26.10.2004, no 16578/03

Goussinski c. Russie du 19.5.2004, no 70276/01

Venkadajalasarma c. Pays-Bas du 17.2.2004, no 58510/00

Tahsin Acar c. Turquie [GC] du 6.3.2003 no 26307/95

Hilal c. Royaume-Uni du 6.3.2001, no 45276/99

Jabari c. Turquie du 11.7.2000, no 40035/98

T.I. c. Royaume-Uni du 7.3.2000, no 43844/98

Bensaid c. Royaume-Uni du 6.2.1998, no 44599/98

Chahal c. Royaume-Uni du 15.11.1996, no 22414/93

Klaas et Ribitsch c. Autriche du 4.12.1995, no 18896/91

Vilvarajah et al. c. Royaume-Uni du 30.10.1991, nos 13163/87; 13164/87; 13165/87; 13447/87; 13448/87

Cruz Varas et al. c. Suède du 20.3.1991, no 15576/89

Soering c. Royaume-Uni du 7.7.1989, no 14038/88

Irlande c. Royaume-Uni du 18.1.1978, no 5310/71

Décisions du Comité des Nations Unies contre la torture

Tursunov c. Kazakhstan du 8.5.2015, no 538/2013;

X. c. Russie du 8.5.2015, no 542/2013

X. c. Kazakhstan du 3.8.2015, no 554/2013

Ray c. Maroc du 16.5.2014, no 525/2012

M.B. c. Suisse du 31.5.2013, no 439/2010

Abichou c. Allemagne du 21.5.2013, no 430/2010

D.Y. c. Suède du 21.5.2013, no 463/2011

A.A. c. Danemark du 13.11.2012, no 412/2010

S.A.C. c. Monaco du 13.11.2012, no 346/2008

Abdussamatov et 28 autres c. Kazakhstan du 1.6.2012, no 444/2010

Gbadjavi c. Suisse du 1.6.2012, no 396/2009

E.L. c. Canada du 21.5.2012, no 370/2009

Kalinichenko c. Maroc du 25.11.2011, no 428/2010

E.L. c. Suisse du 15.11.2011, no 351/2008

Boily c. Canada du 14.11.2011, no 327/2007

Sahli c. Algérie du 3.6.2011, no 341/2008

R.T-N. c. Suisse du 3.6.2011, no 350/2008

T.D. c. Suisse du 26.5. 2011, no 375/2009

Ktiti c. Maroc du 26.5.2011, no 419/2010

Aytulun et Güclü c. Suède du 19.11.2010, no 373/2009

Güclü c. Suède du 11.11.2010, no 349/2008

C.M. c. Suisse du 14.5.2010, no 355/2008

M.M. et al. c. Suède du 11.11.2008, no 332/2007

A.A. et al. c. Suisse du 10.11.2008, 285/2006

L.J.R. c. Australie du 10.11.2008, no 316/2007

J.A.M.O. c. Canada du 9.5.2008, no 293/2006

Sogi c. Canada du 16.11.2007, no 297/2006

Pelit c. Azerbaïdjan du 1.5.2007, no 281/2005

E.R.K. et Y.K. c. Suède du 30.4.2007, no 270 et 271/2005

N.Z.S. c. Suède du 22.11.2006, no 277/2005

A.H. c. Suède du 16.11.2006, no 265/2005

S.P.A. c. Canada du 7.11.2005, no 282/2005

Agiza c. Suède du 20.5.2005, no 233/2003

Brada c. France du 17.5.2005, no 195/2002

Rios c. Canada du 23.11.2004, no 133/1999

M.A.K. c. Allemagne du 12.5.2004, no 214/2002

A.K. c. Australie du 5.5.2004, no 148/1999

Boily c. Canada du 14.11.2011, no 327/2007

L.J.R. c. Australie du 10.11.2008, no 316/2007

S.U.A. c. Suède du 22.11.2004, no 223/2002

T.M. c. Suède du 18.11.2003, no 228/2003

Attia c. Suède du 17.11.2003, no 199/2002

A.R. c. Pays-Bas du 14.11.2003, no 203/2002

G.K. c. Suisse du 7.5.2003, no 219/2002

M.C. c. Pays-Bas du 2.5.2003, no 201/2001

Dzemajl et al. c. Yougoslavie du 21.11.2002, no 161/2000

PE c. France du 21.11.2002, no 193/2001

H.M.H.I. c. Australie du 1.5.2002, no 177/2001
X.Y. c. Suisse du 15.5.2001, no 128/1999

V.X.N. et H.N. c. Suède du 15.5.2000, nos 130 et 131/1999

H.D. c. Suisse du 30.4.1999, no 112/1998

E.A. c. Suisse du 10.11.1997, no 28/1995

Mohamed c. Grèce du 28.4.1997, no 40/1996

Kisoki c. Suède du 8.5.1996, no 41/1996

Alan c. Suisse du 8.5.1996, no 21/1995

Mutombo c. Suisse du 27.4.1994, no 13/1993

Décisions du Comité des droits de l'homme

Armin Hero c. Bosnie-Herzégovine du 26.11.2014, no 992/2001

Rizvanovic et al. c. Bosnie-Herzégovine du 21.3.2014, no 1997/2010

Kovaleva et Kozyar c. Belarus du 29.10. 2012, no 2120/2011

Mwamba c. Zambie du 10.3.2010, no 1520/2006

Kwok c. Australie et Chine du 23.10.2009, no 1442/2005

Larrañaga c. Philippines du 24.7.2006, no 1421/2005.

Bousroual c. Algérie du 24.4.2006, no 992/2001

Bouchref c. Algérie du 30.3.2006, no 1196/2003

Rolando c. Philippines du 3.11.2004, no 1110/2002

Charles Chitat Ng c. Canada du 7.1.1994, no 469/1991

Pratt et Morgan c. Jamaïque du 6.4.1989, nos 210/1986 et 225/1987

Décisions d'autres instances internationales

Cour interaméricaine des droits de l'homme, avis consultatif no 18 du 17 septembre 2003 sur la condition juridique et les droits des travailleurs immigrés clandestins http://www.corteidh.or.cr/docs/opiniones/seriea_18_ing.pdf (lien vérifié le 5.11.2015

Arrêts de juridictions nationales étrangères :

Allemagne

BVerfGE 2Bvr 221/15 du 9.4.2015

BVerfGE 2Bvr 1608/07 du 16.9.2010

BVerfGE 2Bvr 2028/08 du 22.10.2008

BVerfGE 2Bvr 1521/03 du 24.10.2003

BVerfGE 1Bvr 654/79 du 14.11.1979 (BVerfGE 52, 391)

Autriche

Landesgericht Klagenfurt (7B147/06i) du 20.4.2006

Canada

Németh c. Canada (Justice), [2010] CSC 56, 3 RCS 281

Canada (Justice) c. Fischbacher, [2009] CSC 46, 3 RCS 170

Lake c. Canada (Justice), [2008] CSC 23, 1 R.C.S. 761

Etats-Unis d'Amérique c. Ferras et *Etats-Unis d'Amérique c. Latty*, [2006] 2 R.C.S. 77

Bonamie, Re, 2001 ABCA 267, 293 A.R. 201

Etats-Unis d'Amérique c. Cobb, [2001] CSC 19, 1 R.C.S. 587

France

Arrêt no 371525 (ECLI: FR: CESSR: 2014:371525.2014011) du Conseil d'Etat Conseil d'Etat du 15.1.2014

Arrêt no 347624 (ECLI: FR: CESSR: 2011:347624.2011123) du Conseil d'Etat du 30.12.2011

Royaume-Uni

Arrêt de la Haute Cour de la Cour de District in *Ostroleka, second Criminal Division (a Polish Judicial Authority) c. Dytlow and Dytlow*, [2009] EWHC 1009 (Admin)

Etats-Unis

McKinnon vs Government of the United States of America and the Secretary of State for the Home Department ([2007] EWHC 762)

Divers documents internet

Assemblée générale du Conseil de l'Europe, Commission des questions juridiques et des droits de l'homme, Procès-verbal déclassifié de l'audition sur «Détournement du système Interpol : nécessité de garanties légales plus strictes» tenue à Erevan, Arménie le 19 mai 2015, http://www.assembly.coe.int/Committee/JUR/fjpv042015.pdf (lien vérifié le 13.9.2016).

Bulletin du Conseil national, Session d'automne 2010, sixième séance. http://www.parlament.ch/ab/frameset/f/n/4815/334353/f_n_4815_334353_334563.html (lien vérifié le 15.3.2016).

Centre suisse de compétence pour les droits humains, http://www.skmr.ch/frz/domaines/ migration/nouvelles/directive-ue.html?zur=89 (lien vérifié le 15.3.2016).

Charte des droits fondamentaux de l'UE, http://www.europarl.europa.eu/charter/ pdf/text_fr.pdf) (lien vérifié le 15.3.2016).

Comité des droits de l'homme, Observation générale no 18 (37), 1989, par. 84 et 88 http://www1.umn.edu/humanrts/gencomm/french/f-HRC-comment18.htm (lien vérifié le 15.3.2016)

Communiqués, Département fédéral de justice et police, 26.05.2006, *Une plainte a été déposée contre le conseiller fédéral Christoph Blocher*, http://www.ejpd.admin.ch/content/ejpd/fr/home/dokumentation/ mi/2006/2006-05-26.html (lien vérifié le 15.3.2016).

Déclaration universelle des droits de l'homme, http://www.un.org/fr/universal-declaration-human-rights/ (lien vérifié le 15.3.2016).

Fair Trials, Interpol Text on refugee policy — excerpts, https://www.fairtrials.org/wp-content/uploads/INTERPOL-TEXT-ON-REFUGEE-POLICY.pdf (ien vérifié le 13.9.2016).

Humanrights.ch, *De l'usage des "assurances diplomatiques" lors des renvois*, http://www.humanrights.ch/fr/Suisse/interieure/Poursuite/Torture/idart_4826-content.html (lien vérifié le 15.3.2016).

Institut de droit International, http://www.justitiaetpace.org/idiF/resolutions F/1950_bath_01_fr.pdf (lien vérifié le 8.12.2015).

Inter-american Court of Human rights advisory opinion OC-18 of September 17, 2003, requested by the United Mexican States, Juridical Condition and Rights of Undocumented Migrants, chap. 84 et 88 (http://www.corteidh.or.cr/docs/opiniones/seriea_18_ing.pdf) (lien vérifié le 15.3.2016).

Interpol, http://www.interpol.int/Public/ICPO/LegalMaterials/FactSheets/FS07FR.asp (lien vérifié le 15.3.2016).

Le Monde, http://www.lemonde.fr/proche-orient/article/2014/09/24/le-predicateur-abou-qatada-acquitte-et-bientot-libere_4493221_3218.html.

OSAR/Organisation suisse d'aide aux réfugiés, https://www.osar.ch/droit-dasile/procedure-dasile/phase-test.html (lien vérifié le 15.3.2016).

Site du Bundesministerium für Inneres, http://www.bmi.gv.at/cms/BMI_Asylwesen/ informationen/start.aspx (lien vérifié le 15.3.2016).

Site du canton du Valais, Tribunaux de district, https://www.vs.ch/web/tribunaux/tribunaux-de-district (lien vérifié le 15.3.2016).

Site de l'Office fédéral de la justice, Extradition, https://www.bj.admin.ch/bj/fr/home/sicherheit/rechtshilfe/strafsachen/auslieferung.html (lien vérifié le 8.12.2015).

Site du Ministère de l'intérieur italien, http://www.interno.gov.it/it/temi/immigrazione-e-asilo/protezione-internazionale/commissioni-territoriali-riconoscimento-protezione-internazionale (lien vérifié le 15.3.2016).

Statut de l'Office du Haut Commissariat des Nations Unies pour les réfugiés http://www.refworld.org/docid/3ae6b36818.html (lien vérifié le 15.3.2016).

The Guardian, http://www.theguardian.com/world/2014/sep/24/abu-qatada-cleared-terror-charges-jordan-court.