



Manuel Asile et retour

Article D1.2 L'auteur de la persécution

Synthèse

Toutes les interventions étatiques ne sont pas pertinentes en matière d'asile. L'Etat peut ainsi légitimement poursuivre l'auteur d'une infraction pénale ou défendre son intégrité territoriale lorsqu'elle est menacée. Seuls sont inadmissibles ou illégitimes – et donc pertinents en matière d'asile - les actes constitutifs de persécutions fondées sur un motif prévu à [l'art. 3, al. 1, LAsi](#).

Depuis la décision de principe du 8 juin 2006 de la Commission suisse de recours en matière d'asile, les autorités suisses d'asile appliquent la théorie de la protection, théorie qui rattache la pertinence des persécutions en matière d'asile non plus à l'auteur des persécutions – comme le voulait la théorie de l'imputabilité -, mais à l'impossibilité d'obtenir, dans le pays d'origine ou de provenance, une protection étatique (ou quasi étatique) adéquate. En d'autres termes, est pertinente en droit d'asile non seulement une persécution émanant directement ou indirectement des autorités, mais aussi de groupes privés ou non étatiques, dans la mesure où aucune protection adéquate ne peut être obtenue dans le pays d'origine. Cette théorie rend donc caduque la distinction faite autrefois entre l'incapacité et l'absence de volonté d'un Etat de protéger ses citoyens, le besoin (subsidaire) de protection internationale pouvant résulter tant de l'absence de structures étatiques de protection que de l'inaction d'autorités pourtant en mesure d'intervenir. Un besoin de protection sera également constaté si des structures de protection existent mais sont inaccessibles à la victime, ou si on ne peut raisonnablement exiger d'elle (pour des raisons qui lui sont propres) qu'elle s'en réclame.



Table des matières

Chapitre 1 Bases légales	3
Chapitre 2 L'auteur de la persécution	4
2.1. Persécutions étatiques	4
2.2 Délimitation entre interventions légitimes de l'Etat et persécutions étatiques	
5	
2.2.1. Interventions légitimes de l'Etat	5
2.2.1.1 <i>Infractions de droit commun.....</i>	<i>5</i>
2.2.1.2 <i>Infractions politiques (infractions contre la protection de l'Etat).....</i>	<i>5</i>
2.2.1.3 <i>Objection de conscience et désertion</i>	<i>6</i>
2.2.1.4 <i>Séparatisme armé, guerre et guerre civile</i>	<i>6</i>
2.2.2 Persécutions étatiques.....	6
2.3 Persécutions quasi-étatiques.....	7
2.4 Persécutions non étatiques.....	8
2.5 Acteurs de la protection.....	8
2.6 Nature et étendue de la protection.....	8
Chapitre 3 Références et lectures complémentaires	11



Chapitre 1 Bases légales

[Constitution fédérale de la Confédération](#) du 18 avril 1999 (Cst.), RS 101

L'interdiction de refouler des réfugiés vers un Etat dans lequel ils sont persécutés et de les remettre aux autorités d'un tel Etat est inscrite à l'art. 25, al. 2, Cst.

[Convention du 28 juillet 1951 relative au statut des réfugiés](#) (CR), RS 0.142.30

L'art. 1, section A, CR, définit le terme de réfugié.

L'art. 33 CR pose le principe du non-refoulement, qui interdit l'expulsion et le refoulement de réfugiés vers un Etat persécuteur.

[Loi du 26 juin 1998 sur l'asile](#) (LAsi), RS 142.31

L'art. 3 LAsi reprend la définition du terme de réfugié telle qu'énoncée dans la CR.

L'interdiction du refoulement est ancrée dans l'art. 5 LAsi.



Chapitre 2 L'auteur de la persécution

Par décision de principe du 8 juin 2006 ([JICRA 2006/18](#)), la Commission suisse de recours en matière d'asile (CRA) consacrait l'abandon de la *théorie de l'imputabilité* au profit de la *théorie de la protection*. La théorie de l'imputabilité considérait qu'un acte ne pouvait être constitutif d'une persécution au sens de l'[art. 3 LAsi](#) que s'il engageait, directement ou indirectement, la responsabilité d'un Etat (persécutions directes ou indirectes). Les *persécutions directes* sont celles perpétrées par l'Etat ou par un organe étatique ; les *persécutions indirectes* celles perpétrées par des tiers avec le soutien, l'encouragement, l'approbation ou la tolérance de l'Etat. Les persécutions de tiers ne pouvaient toutefois pas être imputées à l'Etat – et n'étaient dès lors pas pertinentes au regard du droit d'asile – si celui-ci était dans l'incapacité de protéger ses citoyens (p. ex. en cas de guerre civile) (cf. [JICRA 2004/14](#)).

Les grands pays d'accueil non européens que sont les Etats-Unis, le Canada, l'Australie et la Nouvelle Zélande ont de tout temps appliqué la théorie de la protection ou s'y sont ralliés au fil des ans. Interpellées à plusieurs reprises sur la question par le HCR, les autorités suisses d'asile ont engagé à leur tour, en 2001, une réflexion sur la notion de protection contenue dans la Convention relative au statut des réfugiés. Lorsque la théorie de la protection s'est imposée dans tous les pays membres de l'UE, la CRA a elle aussi conclu qu'une interprétation et application de l'art. 3 LAsi conforme aux règles du droit international impliquait la reconnaissance des persécutions non étatiques comme pertinentes au regard du droit d'asile (cf. décision de principe [JICRA 2006/18](#)). A la différence de la théorie de l'imputabilité, la théorie de la protection ne rattache pas la pertinence d'une persécution en matière d'asile à l'auteur, mais à l'impossibilité d'obtenir une protection étatique (ou dans certaines circonstances quasi-étatique) adéquate dans le pays d'origine ou de provenance. Sont dès lors pertinentes, non seulement les persécutions directement ou indirectement imputables à l'Etat, mais aussi celles émanant d'agents non étatiques (ou privés), dans la mesure où une protection adéquate n'est pas accessible dans le pays d'origine (cf. [ATAF 2011/51](#), consid. 7.1). La distinction opérée jusque-là entre incapacité et absence de volonté d'un Etat à protéger ses nationaux devient ainsi superflue : une persécution non étatique est désormais déterminante en matière d'asile si l'Etat d'origine, respectivement le quasi-Etat, n'est pas en mesure ou refuse d'accorder une protection adéquate contre la persécution

2.1. Persécutions étatiques

Les persécutions étatiques directes sont celles qui émanent d'organes étatiques. Ce terme désigne tous ceux qui exercent formellement une fonction au sein de l'organisation de l'Etat, mais aussi ceux qui, de manière informelle, sont les protagonistes de la volonté étatique ou qui, de façon générale, tiennent un rôle dans le système politique en place. Peuvent dès lors être qualifiés d'acteurs de persécutions étatiques : les autorités législatives, exécutives et judiciaires, des personnes en vue du parti au pouvoir et de ses sous-groupes dans les Etats à parti unique, des personnalités de la religion d'Etat dans les pays à orientation théocratique, les gardes et comités révolutionnaires, les associations paramilitaires et parapolicieres, toute personne investie d'un haut pouvoir ou de fonctions lui permettant d'influencer la marche des affaires de l'Etat, si bien que ses actions sont imputables à ce dernier. Les



transgressions commises au nom de l'Etat dans l'exercice de telles fonctions engagent incontestablement la responsabilité de l'Etat et constituent dès lors des persécutions étatiques directes. Les craintes des personnes qui y sont exposées, au sens de l'[art. 3 LAsi](#), sont ainsi fondées, puisqu'il leur est de fait impossible d'obtenir une protection adéquate dans leur pays d'origine.

Il faudra néanmoins déterminer, lors d'abus de fonctions commis par des agents publics, quelle a été l'attitude de l'Etat à leur égard, à savoir s'il tolère ces abus – auquel cas ils lui sont directement imputables – ou s'il les réprime et prend des dispositions propres à les faire cesser.

2.2 Délimitation entre interventions légitimes de l'Etat et persécutions étatiques

Il convient de souligner, à titre liminaire, que toute intervention de l'Etat ne justifie pas la reconnaissance de la qualité de réfugié. L'Etat peut ainsi légitimement engager des poursuites pénales à l'endroit d'un délinquant ; ses actes ne sont illégitimes que s'ils sont constitutifs de persécutions fondées sur l'un des motifs énumérés à l'[art. 3, al. 1, LAsi](#), auquel cas ils confèrent à la personne touchée la qualité de réfugié. La distinction entre poursuite étatique légitime et persécution conférant à la personne touchée la qualité de réfugié apparaît clairement dans la terminologie juridique anglaise. En effet, le terme « prosecution » décrit la poursuite pénale légitime engagée par l'Etat à l'endroit d'un délinquant. En revanche, le terme « persecution » recouvre les actes de persécution fondés sur l'un des motifs énumérés à l'[art. 3 al. 1 LAsi](#).

2.2.1. Interventions légitimes de l'Etat

2.2.1.1 Infractions de droit commun

L'intervention d'un Etat qui, dans le cadre de ses prérogatives de puissance publique, sanctionne l'auteur d'une infraction pénale est parfaitement légitime et admissible.

2.2.1.2 Infractions politiques (infractions contre la protection de l'Etat)

Un Etat peut aussi légitimement sanctionner des infractions politiques, c'est-à-dire des attaques dirigées contre son intégrité, ses organes et ses institutions et leur fonctionnement (cf. sur ce point le [code pénal suisse](#) du 21 septembre 1937 [CP], RS 311.0, 13. Titre 13 : Crimes ou délits contre l'Etat et la défense nationale, [art. 265 à 278](#)). A noter par ailleurs l'importance de la notion d'infraction politique en droit d'extradition (cf. [F1 La relation de la procédure d'asile avec la procédure d'extradition](#)). On établit une distinction entre les infractions politiques absolues, telles que la trahison et la propagande subversive, et les infractions politiques relatives, c'est-à-dire les infractions qui ont une connotation politique prépondérante du fait des mobiles de l'auteur et du dessein poursuivi ([ATAF D-7186/2006](#)). Mais tandis que, sous l'angle de l'extradition, il y a lieu d'apprécier le caractère politique de l'infraction, sachant que l'infraction politique ne donne pas lieu à extradition, sous l'angle de l'asile, l'élément déterminant sera le motif de la poursuite.



2.2.1.3 Objection de conscience et désertion

La notion de persécution ne couvre pas les poursuites pour objection de conscience ou pour désertion, celles-ci n'étant dès lors pas pertinentes au regard du droit d'asile. Un Etat peut légitimement prévoir des sanctions pénales ou disciplinaires à l'encontre des déserteurs et des objecteurs de conscience pour imposer l'obligation de servir ([art. 3, al. 3, LAsi](#)).

2.2.1.4 Séparatisme armé, guerre et guerre civile

Un Etat en situation de guerre, de guerre civile ou d'autres troubles est en droit de prendre les mesures nécessaires au maintien de la sécurité et de l'ordre publics. Les mesures prises dans ce dessein ne sont généralement pas pertinentes au regard du droit d'asile.

2.2.2 Persécutions étatiques

Une mesure étatique, au demeurant parfaitement légitime, telle que la répression pénale d'infractions de droit commun, d'infractions politiques ou de désertion/d'objection de conscience, peut devenir pertinente en matière d'asile lorsque la sanction infligée remplit les conditions d'un « malus politique ». Tel est présumé être le cas lorsqu'il apparaît que les autorités étatiques ne cherchent pas (ou pas seulement) à sanctionner l'infraction commise, mais à toucher l'intéressé dans ses intérêts protégés par [l'art. 3 LAsi](#), p. ex. en lui infligeant une peine disproportionnée pour un motif visé à [l'art. 3 LAsi](#). Tel sera également le cas lorsque l'auteur de l'infraction est privé d'un droit fondamental (p. ex. de l'exercice de droits procéduraux en principe garantis) pour un motif pertinent en matière d'asile, ou encore s'il est soumis à de mauvais traitements sur toute la durée du processus pénal. Enfin, il en va de même lorsque l'Etat tire prétexte d'une norme pénale pour justifier des actes de persécution au sens de [l'art. 3 LAsi](#). Force est toutefois de constater qu'il est très difficile, dans le contexte d'infractions politiques, de délimiter les poursuites pénales légitimes de celles constitutives de persécutions au sens du droit d'asile, sachant que l'Etat punit presque toujours de cette manière un adversaire politique.

Lorsque des mesures prises par un Etat en guerre, en guerre civile ou en situation de crise à l'encontre d'un individu apparaissent disproportionnées, il faudra déterminer si l'Etat a agi de la sorte pour un motif visé à [l'art. 3 LAsi](#). Dans l'affirmative, les préjudices causés pourront être pertinents au regard du droit d'asile – sous réserve que tous les autres critères prévus à l'art. 3 LAsi soient remplis. Il faudra également vérifier, dans le cas de personnes ayant pris part à un conflit armé et qui remplissent fondamentalement les conditions de reconnaissance de la qualité de réfugié, si elles ne tombent pas sous le coup d'un motif d'exclusion prévu par [l'art. 1, section F, CR](#), ou par [l'art. 53 LAsi](#) (se reporter, sur ce point, à l'article [D4 L'indignité et l'exclusion de la qualité de réfugié](#)^{D9} [L'indignité](#)).

Dans certains pays, l'exercice de droits fondamentaux élémentaires tels que la liberté de conscience et de croyance, la liberté d'expression ou la liberté de presse sont interdits. Les restrictions normatives de ce type sont généralement contraires aux principes essentiels d'un Etat de droit, garantis notamment par la [Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales](#) du 4 novembre 1950 (CEDH, RS 0.101). On se trouvera donc



également en présence de persécutions étatiques lorsqu'une personne est poursuivie pour violation d'une telle norme (illégitime).

Enfin, une peine sanctionnant le refus de servir ou la désertion pourra également être pertinente en matière d'asile si elle remplit les conditions d'un « malus politique », (cf. concernant l'Erythrée, [JICRA 2006/3](#), consid.4.8 : peine démesurément sévère sanctionnant le refus de servir ou la désertion), ou encore si l'obligation de servir procède elle-même d'une volonté de persécution sur la base de l'[art. 3 LAsi](#). En effet, l'obligation de servir ne peut pas légitimement impliquer la participation à des actes prohibés par le droit international et proscrits par la communauté internationale ([JICRA 2002/19](#) consid.7a, 6d).

2.3 Persécutions quasi-étatiques

Les persécutions quasi-étatiques telles que définies par la CRA dans sa décision de principe [JICRA 1995/2](#) (p. 22 s.) sont assimilées à des persécutions étatiques (cf. aussi [JICRA 2000/15](#)). Elles présupposent en effet qu'une organisation privée ou un groupement, qui ne fait juridiquement et officiellement pas partie de l'Etat central, exerce le pouvoir de fait sur une partie du territoire national et sur la population qui y réside. L'exercice d'un pouvoir quasi-étatique est admis lorsqu'il est effectif, stable et constant dans la durée, de sorte que son emprise sur le territoire contrôlé et sur la population qui y vit se rapproche de celle d'un Etat. L'effectivité et la stabilité du pouvoir exercé se mesurent à l'aune, non seulement de sa constance, mais aussi de l'autonomie de l'entité en question vis-à-vis de l'extérieur ou de la nature ou de l'ampleur des tâches étatiques assumées, notamment des tâches exécutives (policières, administratives), législatives ou judiciaires. On constatera toutefois que même les autorités légitimes d'un Etat ne sont souvent pas en mesure d'assumer leurs fonctions législatives et judiciaires dans une région en guerre. On ne saurait dès lors conclure à l'inexistence d'un pouvoir quasi-étatique du seul fait que ces fonctions ne sont pas assumées par l'entité au pouvoir (de fait). Il faudra cependant que le gouvernement central (légitime) n'ait pas d'emprise sur la portion de territoire sous contrôle d'un pouvoir quasi-étatique (c'est-à-dire qu'il devra être dans l'incapacité de fournir à la population qui y réside une protection adéquate) sachant que, par définition, le monopole de la puissance publique ne peut être détenu que par une seule entité. Ce monopole se manifeste alors par la détention de facto du pouvoir réel, indépendamment de sa légalité.

La question de savoir si l'on est en présence de persécutions étatiques ou quasi-étatiques a perdu en importance depuis le passage à la théorie de la protection, puisque l'élément déterminant est désormais l'accès à une protection étatique efficace. La notion d'entité quasi-étatique conserve néanmoins son importance en tant que telle puisque, en présence de persécutions quasi-étatiques, on examine toujours si, dans le cas d'espèce, le requérant pourrait trouver protection dans une région échappant au contrôle du pouvoir persécuteur (cf. [D1.7 L'alternative de fuite interne](#)). L'inverse pourra également être vrai, l'entité quasi-étatique pouvant elle aussi, selon les circonstances, apporter une protection efficace contre des persécutions étatiques ou des persécutions émanant de tiers privés (cf. points. 2.4 et 2.5).



La jurisprudence a p. ex. qualifié de quasi-étatiques les persécutions imputables aux Talibans en Afghanistan ([JICRA 1997/6](#)) et celles perpétrées par les organes de la République serbe autoproclamée et par la Fédération croato-musulmane pendant le conflit en Bosnie et Herzégovine ([JICRA 2000/2](#) consid. 7a). Elle a par ailleurs considéré comme quasi-Etats les zones contrôlées par les deux partis kurdes du nord de l'Irak KDP et PUK ([JICRA 2000/15](#), consid. 9b).

2.4 Persécutions non étatiques

Les persécutions non étatiques s'entendent de persécutions qui ne sont imputables ni à un Etat, ni à ses organes, ni à une entité quasi-étatique. La question de savoir si des persécutions peuvent être imputées indirectement à l'Etat revêtait une importance capitale lorsque les autorités d'asile interprétaient encore l'[art. 3 LAsi](#) à la lumière de la théorie de l'imputabilité. Depuis le passage à la théorie de la protection, cette question a perdu en importance, puisque l'élément déterminant est aujourd'hui l'accès à une protection étatique (ou quasi-étatique) efficace.

En vertu du principe de subsidiarité, une personne ne peut se réclamer de la protection d'un Etat tiers qu'en l'absence de possibilité de refuge ou de protection sur une autre portion du territoire national. Par conséquent, lorsqu'une personne invoque des craintes de persécutions, au sens de l'[art. 3 LAsi](#), de la part de tiers (p. ex. du conjoint, de la famille, d'un particulier ou d'une organisation criminelle), il faudra déterminer, au même titre que pour les persécutions quasi-étatiques, si elle peut obtenir une protection dans son pays d'origine. La question pourra aussi se poser de savoir si les persécutions émanant de tiers sont indirectement imputables à l'Etat. Sur la nature et l'étendue de la protection requise, se reporter au point 2.6.

2.5 Acteurs de la protection

La protection contre des persécutions peut être accordée soit par l'Etat lui-même, soit par une entité quasi-étatique (cf. définition [JICRA 1995/2](#), p. 22 s.), soit encore par une organisation internationale ([ATAF 2008/5](#), consid. 4.1). Le Tribunal administratif fédéral n'admet toutefois pas comme suffisante la protection offerte à un niveau institutionnel inférieur, p. ex. au niveau d'un clan, d'une famille (au sens large), ou par un particulier ([ATAF 2008/4](#), [ATAF 2011/51](#), consid. 7.2).

2.6 Nature et étendue de la protection

Quant à la nature et à l'étendue de la protection qui pourront être qualifiées de suffisantes, le TAF renvoie, dans son arrêt de principe [ATAF 2008/5](#), à la jurisprudence de la CRA. Dans sa décision [JICRA 2006/18](#) (consid. 10.3), la CRA a estimé qu'on ne pouvait exiger du garant de la protection qu'il garantisse durablement la protection d'un individu exposé à des persécutions non-étatiques. Aucun Etat ne saurait en effet garantir, en tout temps et en tous lieux, la sécurité absolue de ses citoyens ([JICRA 1996/28](#), consid. 3c). La protection offerte devra néanmoins être efficace et adéquate. Ceci présuppose l'existence de structures de



protection opérationnelles et efficaces, notamment d'organes de police, mais aussi d'un système juridique et judiciaire permettant une poursuite efficace des infractions.

On considère qu'un Etat satisfait à son devoir de protection s'il met en œuvre des contrôles efficaces dans les secteurs à risque et engage des poursuites pénales effectives à l'encontre des auteurs de ces actes et aménage des mesures de protection à l'endroit des victimes. La capacité et la volonté de protection de l'Etat se mesurent à son système juridique et à sa jurisprudence (en rapport avec les faits allégués) ; le rapport entre la fréquence des incidents de ce type et la prise effective de mesures pénales contre leurs auteurs peut également être indicatif ([JICRA 1996/16](#), p. 146 s.).

Encore faut-il que les structures de protection étatiques soient *objectivement* accessibles à l'intéressé, c'est-à-dire que l'accès n'en soit pas conditionné à des critères de sexe ou d'appartenance ethnique ou religieuse, et qu'on puisse raisonnablement exiger de lui qu'il y fasse appel. Tel ne sera notamment pas le cas s'il s'expose à de nouvelles persécutions en déposant plainte ou si l'on ne peut *raisonnablement attendre* d'une victime, pour des raisons d'ordre socioculturel ou personnel, qu'elle se réclame d'une protection étatique (notamment dans le cas de femmes violées), ([JICRA 1996/16](#), p. 147 s ; cf. [D2 Les persécutions liées au genre](#)).

Selon la théorie de la protection, un besoin de protection internationale (subsidaire) pourra donc résulter soit de l'absence de structures de protection adéquates dans le pays d'origine, soit de l'absence de volonté des autorités d'intervenir alors qu'elles en auraient les moyens. Il pourra également résulter de l'inaccessibilité des structures en place, ou du fait qu'il ne peut raisonnablement être exigé de la victime qu'elle y fasse appel pour des raisons qui lui sont propres. L'existence d'un besoin de protection devra être établie au cas par cas, compte tenu du contexte spécifique du pays d'origine, notamment sur le point de savoir si l'on peut raisonnablement attendre de l'intéressé qu'il se réclame de la protection offerte. Il incombera aux autorités d'asile de clarifier l'efficacité de la protection offerte dans le pays d'origine (et de motiver sa décision sur ce point ([ATAF 2008/5](#), consid.4.2, [ATAF 2011/51](#), consid. 7.4).

Lorsque la *protection doit être accordée par une entité non étatique ou quasi-étatique*, le caractère durable de la protection assurée devra être préalablement établi ([JICRA 2000/15](#), consid. 12b). A défaut, la capacité de protection de l'entité en question ne pourra pas être présumée. En revanche, si deux autorités quasi-étatiques 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, aussi longtemps que durent les combats (JICRA 2000/2, consid. 8d). Il en va autrement en temps de paix. Par contre, si la victime de persécutions quasi-étatiques peut trouver refuge ou protection dans une partie du territoire soumise au pouvoir central ou à un autre pouvoir quasi-étatique non persécuteur, elle ne pourra pas se réclamer de la protection d'un Etat tiers. L'existence d'une possibilité de refuge ou de protection interne sera également examinée lorsque le requérant fait valoir des persécutions étatiques qui ne sont engagées que localement (cf. [D1.7 L'alternative de fuite interne](#)).



A noter enfin que des actes de violence qui ne sont pas pertinents au regard du droit d'asile peuvent néanmoins rendre illicite l'exécution d'un renvoi ([art. 3 CEDH](#)) (cf. [E3 Le renvoi, l'exécution du renvoi et l'octroi de l'admission provisoire](#)).



Chapitre 3 Références et lectures complémentaires

Achermann, Alberto / Hausamman, Christina, 1991 : *Handbuch des Asylrechts*. Berne / Stuttgart.

Kälin, Walter, 1990 : *Grundriss des Asylverfahrens*. Bâle / Francfort.

Organisation suisse d'aide aux réfugiés (OSAR), 2015 : *Manuel de la procédure d'asile et de renvoi*. Berne.

Werenfels, Samuel, 1987 : *Der Begriff des Flüchtlings im schweizerischen Asylrecht*. Francfort / New York / Paris.