



## Arrêt du 22 mars 2021

---

Composition

Yanick Felley (président du collège),  
Muriel Beck Kadima, Gérard Scherrer, juges,  
Edouard Iselin, greffier.

---

Parties

**A.** \_\_\_\_\_, né le (...),  
Syrie,  
représenté par Maître Michael Steiner,  
recourant,

contre

**Secrétariat d'Etat aux migrations (SEM),**  
Quellenweg 6, 3003 Berne,  
autorité inférieure.

---

Objet

Asile (sans exécution du renvoi) ;  
décision du SEM du 31 octobre 2019 / N (...).

**Vu**

la demande d'asile déposée en Suisse par A. \_\_\_\_\_, le 28 novembre 2017,

ses auditions par le SEM, entreprises le 6 décembre 2017 et le 7 mai 2018, l'intéressé faisant valoir, en substance, avoir pu tout d'abord repousser ses obligations militaires du fait de ses études, puis avoir quitté la Syrie au mois de (...) 201(...), en raison de la guerre et afin d'éviter d'être appelé au service,

les nombreux moyens de preuve versés au dossier du SEM durant l'instruction de cette demande, dont quatre documents en lien avec les obligations précitées (un livret militaire, deux pièces en rapport avec le report de son service et une attestation concernant des entraînements militaires pendant ses études),

la décision du 31 octobre 2019, notifiée le 7 novembre 2019, par laquelle le SEM a rejeté la demande d'asile présentée par l'intéressé et prononcé son renvoi de Suisse, mais l'a mis au bénéfice de l'admission provisoire en raison du caractère illicite de l'exécution de cette mesure,

l'argumentation de cette décision, le SEM retenant, pour l'essentiel, que dans le contexte syrien, une peine pour refus de servir ou désertion était prononcée pour des motifs relevant de l'art. 3 LAsi (RS 142.31) seulement en cas d'existence de facteurs de risque supplémentaires, lesquels faisaient défaut en l'occurrence, l'intéressé n'ayant jamais exercé d'activités politiques ni rencontré de problèmes avec les autorités syriennes avant son départ, mais qu'il existait néanmoins un risque réel (« real risk ») pour lui d'être exposé, en cas de retour en Syrie, à des sanctions contrevenant à l'art. 3 CEDH,

la demande de consultation du dossier du 15 novembre 2019 émanant du mandataire de l'intéressé,

l'envoi du SEM du 19 novembre 2019, par lequel cette autorité a fait parvenir au mandataire des copies de pièces du dossier de A. \_\_\_\_\_,

le recours du 9 décembre 2019 introduit auprès du Tribunal administratif fédéral (ci-après : Tribunal), par lequel le prénommé a notamment conclu, préalablement, à la consultation des pièces A 13 et A 20 du dossier SEM, de l'entier des moyens de preuve remis en première instance, avec un bordereau complet, ainsi que, principalement, à l'annulation de la décision attaquée et au renvoi de la cause au SEM,

les requêtes relatives à la dispense du versement d'une avance sur les frais de procédure, respectivement du paiement de ces frais (assistance judiciaire partielle) également formulées dans le mémoire,

les griefs de nature formelle invoqués, selon lesquels le SEM avait en particulier violé le droit à consulter le dossier et l'obligation de le tenir de manière correcte et complète, ainsi que le droit d'être entendu,

l'argumentation du recours au fond, laquelle reproche en particulier au SEM d'appliquer une nouvelle pratique contradictoire et arbitraire pour les personnes refusant d'effectuer leurs devoirs militaires, fait considéré comme non pertinent en matière d'asile, mais en constatant par contre l'illicéité de l'exécution du renvoi,

les moyens de preuve joints au mémoire de recours, dont un document officiel syrien du 16 mai 2018 demandant l'arrestation du recourant (avec traduction) et une photographie le montrant lors d'une manifestation en Suisse,

l'accusé de réception du recours du 12 décembre 2019 envoyé par le Tribunal,

le courrier du recourant du 5 octobre 2020, par lequel celui-ci s'est référé à l'arrêt du 30 juin 2020 en la cause E-2188/2019, en sollicitant que son dossier soit transmis au SEM dans le cadre d'un échange d'écritures, pour annulation de sa décision et reprise de la procédure de première instance,

la décision incidente du Tribunal du 18 décembre 2020 admettant les requêtes d'assistance judiciaire partielle et de dispense du versement d'une avance sur les frais de procédure, en impartissant pour le surplus au SEM un délai au 15 janvier 2021 pour se déterminer sur le recours,

la réponse du SEM du 13 janvier 2021 proposant le rejet du recours, dans laquelle il est en particulier retenu, en substance, que contrairement au cas de la personne citée dans l'arrêt E-2188/2019, le recourant ne présentait aucun facteur de risque spécifique, et que ses activités politiques invoquées en Suisse n'étaient pas suffisantes pour établir une mise en danger en cas de retour,

le courrier du 5 mars 2021, par lequel le recourant s'est référé à une procédure D-90/2021 concernant une personne également admise provisoirement en raison du caractère illicite de l'exécution de son renvoi, où le SEM avait ensuite annulé sa décision dans le cadre d'un échange d'écritures,

**Droit :**

que le Tribunal, en vertu de l'art. 31 LTAF, connaît des recours contre les décisions, au sens de l'art. 5 PA, prises par les autorités mentionnées à l'art. 33 LTAF,

qu'en particulier, les décisions rendues par le SEM concernant l'asile peuvent être contestées, par renvoi de l'art. 105 LAsi, devant le Tribunal, lequel statue alors définitivement, sauf demande d'extradition déposée par l'Etat dont le requérant cherche à se protéger (art. 83 let. d ch. 1 LTF), exception non réalisée en l'espèce,

que le Tribunal est donc compétent pour connaître du présent litige,

que la présente procédure est soumise à l'ancien droit (voir les dispositions transitoires de la modification du 25 septembre 2015 de la LAsi, al. 1),

que A. \_\_\_\_\_ a qualité pour recourir (art. 48 al. 1 PA),

que, présenté dans la forme (art. 52 al. 1 PA) et le délai (art. 108 al. 1 aLAsi) prescrits par la loi, le recours est recevable,

qu'en vertu de l'art. 106 al. 1 LAsi, les motifs de recours sont la violation du droit fédéral, notamment pour abus ou excès dans l'exercice du pouvoir d'appréciation, respectivement l'établissement inexact ou incomplet de l'état de fait pertinent,

que le Tribunal applique le droit d'office, sans être lié par les motifs invoqués dans le recours (art. 62 al. 4 PA, par renvoi de l'art. 105 LAsi et de l'art. 37 LTAF) ni par l'argumentation juridique développée dans la décision entreprise (cf. ATAF 2009/57 consid.1.2),

qu'il peut ainsi admettre un recours pour un autre motif que ceux invoqués devant lui ou le rejeter en adoptant une argumentation différente de celle de l'autorité intimée (cf. ATAF 2007/41 consid. 2 ; PIERRE MOOR, Droit administratif, vol. II, 3<sup>ème</sup> éd. 2011, ch. 5.8.3.5, p. 820 s.),

qu'en l'espèce, il convient en premier lieu d'examiner les griefs formels allégués par le recourant, en particulier ceux selon lesquels le SEM a violé son droit à la consultation de son dossier, respectivement son droit d'être entendu,

que le droit d'être entendu est inscrit à l'art. 29 al. 2 Cst. (RS 101) et consacré, en procédure administrative fédérale, par les articles 26 à 28 (droit de consulter

les pièces), les articles 29 à 33 (droit d'être entendu stricto sensu) et l'art. 35 PA (droit d'obtenir une décision motivée),

qu'il comprend en particulier le droit de s'expliquer avant qu'une décision ne soit prise touchant sa situation juridique, celui de fournir des preuves quant aux faits de nature à influencer sur le sort de la décision, celui d'avoir accès au dossier, celui de participer à l'administration des preuves, d'en prendre connaissance et de se déterminer à leur propos (cf. ATF 142 II 218 consid. 2.3, ATF 142 III 48 consid. 4.1.1 et ATF 141 V 557 consid. 3 ; ATAF 2010/53 consid. 13.1),

que la jurisprudence a également déduit du droit d'être entendu l'obligation pour l'autorité de motiver sa décision, afin que le destinataire puisse la comprendre, l'attaquer utilement s'il y a lieu, et afin que l'autorité de recours puisse exercer son contrôle ; que pour répondre à ces exigences, il faut et il suffit que l'autorité mentionne, au moins brièvement, ses réflexions sur les éléments de fait et de droit essentiels, autrement dit les motifs qui l'ont guidée et sur lesquels elle a fondé sa décision, de manière à ce que l'intéressé puisse se rendre compte de la portée de celle-ci et l'attaquer en connaissance de cause (cf. ATF 138 I 232 consid. 5.1 et réf. cit. ; voir aussi ATAF 2012/23 consid. 6.1.2 et jurispr. cit. ; 2008/47 consid. 3.2 p. 674 s. et réf. cit.),

qu'en l'espèce, par acte du 15 novembre 2019, le mandataire de l'intéressé a sollicité du SEM toutes les pièces du dossier, et en particulier toutes celles que son mandant avait lui-même produites, par exemple les moyens de preuve,

que 22 moyens de preuve ont été versés au dossier en première instance, soit une carte d'identité (remise durant la première audition), un permis de conduire (confisqué lors d'un contrôle du 15 février 2018 par des gardes-frontière [voir aussi la pièce A13 du dossier SEM et les remarques ci-après concernant cette pièce]), 19 produites par l'intéressé dans le cadre de l'audition principale du 7 mai 2018 (voir à ce sujet également Q. 3 s. pages 2 à 6 du procès-verbal [ci-après : pv]) et, enfin, une copie de la page principale de son passeport, envoyée au SEM quelques jours plus tard (voir aussi Q. 14 à 18 du même pv),

que le 19 novembre 2019, le SEM n'a transmis qu'une partie des pièces du dossier sollicitées, et en particulier seulement six des 22 moyens de preuve se trouvant dans le dossier,

que rendu expressément attentif à ce grief concernant la violation du droit de consulter le dossier dans le cadre de l'échange d'écritures (voir page 4 de la décision incidente du Tribunal du 18 décembre 2020), le SEM n'y a pas remédié et ne s'est même pas exprimé sur cet aspect dans réponse du 13 janvier 2021,

qu'il convient de préciser que le droit d'accès au dossier s'étend à toutes les pièces relatives à la procédure, sur lesquelles la décision est susceptible de se fonder, et qu'il ne peut pas être refusé au motif qu'une pièce n'est pas décisive pour l'issue de la procédure, car il appartient d'abord aux parties de décider si une pièce contient des éléments déterminants qui appellent des observations de leur part (cf. ATF 132 V 387 consid. 3.2, ATF 133 I 100 consid. 4.3-4.6 ; voir aussi BERNHARD WALDMANN, *Das rechtliche Gehör im Verwaltungsverfahren*, in : *Das erstinstanzliche Verwaltungsverfahren*, Institut Droit et Economie, Isabelle Häner / Bernhard Waldmann [éd.], Zurich 2008, p. 74 ss),

que la demande de consultation du 15 novembre 2019 étant intervenue après la décision rendue par le SEM le 31 octobre 2019, il ne saurait cependant être reproché à cette autorité d'avoir commis une violation de son obligation de donner accès au dossier pertinente au regard du droit d'être entendu, de sorte que le grief formulé par le recourant doit être écarté (voir p. ex. arrêt du Tribunal D-2152/2019 du 22 mai 2019 [p. 4]),

qu'il appartiendra toutefois au SEM de répondre intégralement à la demande de consultation du dossier qui lui a été adressée le 15 novembre 2019 au plus tard au moment où il rendra sa nouvelle décision (voir aussi p. 10 ci-après),

que le SEM devra notamment également se déterminer dans ce cadre sur le grief concernant la non-production des pièces A 13 (rapport du 15 février 2018 des gardes-frontières) et A 20 (analyse interne établissant l'authenticité de la carte d'identité produite),

que dans ce contexte, il convient de rappeler que la consultation d'une pièce qui a été insérée et paginée dans le dossier du SEM ne saurait être refusée au seul motif qu'il s'agit d'un document émanant d'une autre autorité (pièce de la catégorie C) ; que celle-ci peut par contre être refusée par exemple sur la base de l'art. 27 PA, une pièce dont la consultation a été refusée à la partie ne pouvant toutefois être utilisée à son désavantage que si l'autorité lui en a communiqué le contenu essentiel se rapportant à l'affaire et lui a donné l'occasion de s'exprimer à ce sujet (art. 28 PA),

que le droit à la tenue et à la pagination correcte d'un dossier font par contre partie du droit d'être entendu (cf. ATAF 2011/37 consid. 5.4.1),

que l'autorité a l'obligation de faire figurer au dossier tous les actes qui peuvent être déterminants dans la prise de décision ; que la gestion du dossier doit être ordonnée, claire et complète ; qu'il doit être possible de contrôler quelle autorité l'a effectuée et comment elle a été assurée (cf. ATAF 2011/37 précité, *ibid.*),

que la gestion du dossier de l'intéressé est défectueuse, concernant les nombreux moyens de preuve s'y trouvant,

que dit dossier comporte deux enveloppes de moyens de preuve différentes, l'une contenant uniquement une copie de la carte d'identité avec sa traduction (pièce A 7) et l'autre cinq moyens de preuve seulement (pièce A 20),

que l'essentiel des moyens de preuve produits n'ont pas été listés sur l'une ou l'autre d'entre elles (voir aussi art. 39 s. du mémoire de recours),

qu'il n'est ainsi pas possible pour l'intéressé de savoir quels documents font partie intégrante de son dossier, si tous les moyens de preuves qu'il a produits ont été paginés et dans quelle mesure ils ont été pris en considération (voir aussi ch. I 3 de l'état des faits de la décision attaquée, où seuls cinq d'entre eux sont expressément cités),

que le Tribunal a déjà rendu attentif le SEM, dans des cas similaires, sur son devoir de garantir une consultation complète des pièces du dossier, même en ce qui concerne celles produites ou déjà connues des recourants (voir p. ex. arrêt D-2152/2019 précité et réf. cit. [p. 5 in fine]),

que le Tribunal ne saurait lui-même garantir la consultation d'un dossier dont la pagination a été déficiente,

que l'annulation de la décision attaquée et le renvoi de la cause au SEM s'impose également pour une autre raison,

qu'il est rappelé que selon l'art. 3 al. 3 LAsi et la jurisprudence, le refus de servir ou la désertion ne peut en soi fonder la qualité de réfugié, à moins qu'il n'en résulte une persécution au sens de l'art. 3 al. 1 LAsi ; qu'en d'autres termes, la qualité de réfugié ne peut être accordée que si la personne concernée, en vertu des motifs prévus par cette dernière disposition, doit craindre, en raison du refus de servir ou de la désertion, de subir un traitement qui s'apparente à de sérieux préjudices au sens de l'art. 3 al. 2 LAsi (cf. ATAF 2015/3 consid. 4.3 à 4.5 et 5),

que, toujours selon la jurisprudence, une peine sanctionnant le refus de servir ou la désertion n'est pertinente en matière d'asile que si l'Etat donne l'impression qu'il ne cherche pas prioritairement à sauvegarder l'ordre et la sécurité publics, mais à atteindre la personne concernée pour l'un des motifs énoncés à l'art. 3 LAsi, soit en la soumettant à un procès inéquitable, soit en lui imputant à tort un délit, soit en la punissant d'une manière démesurément sévère (« malus absolu ») ou plus sévèrement qu'une autre dans la même situation, soit en l'exposant – en sus de mesures de contrainte en soi légitimes – à de graves

préjudices tels que la torture (cf. ATAF 2014/28 consid. 8.3 ; 2014/21 consid. 5.3 ; 2013/25 consid. 5.1 ; 2011/10 consid. 4.3),

qu'au regard de l'évolution de la situation en Syrie depuis le début de la guerre civile au printemps 2011, les autorités syriennes interprètent le refus de servir ou la désertion comme étant l'expression d'un soutien aux opposants au régime lorsque l'intéressé a déjà, par le passé, été identifié comme tel ou qu'il pourrait l'être ; que dans ce cas, la crainte de subir une peine pour des motifs politiques au sens de l'art. 3 LAsi semble objectivement fondée (cf. ATAF 2015/3 précité consid. 6 ; voir aussi arrêt du Tribunal E-2188/2019 du 30 juin 2020 [prévu à la publication] consid. 5.1),

que si le requérant d'asile concerné qui a rendu crédible son refus de servir doit s'attendre selon une haute probabilité (au sens d'un « real risk ») à subir pour cette raison en Syrie un traitement qui s'apparente à de la torture, cette peine est affectée d'un malus politique ; qu'il s'agit dans ce cas d'une persécution déterminante en matière d'asile et non pas uniquement d'un obstacle à l'exécution du renvoi relevant du droit international au sens de l'art. 3 CEDH ou de l'art. 3 al. 1 de la convention du 10 décembre 1984 contre la torture et autres peines ou traitements cruels, inhumains ou dégradants (ci-après: Conv. torture, RS 0.105) (voir en particulier l'arrêt E-2188/2019 précité, consid. 6 [confirmation de la pratique des ATAF 2014/28 et 2015/3]),

qu'en l'absence de facteurs d'exposition autres que le refus de servir, un réfractaire ne risque pas une peine qui atteigne, avec une vraisemblance suffisante, le seuil de pertinence pour l'octroi de l'asile ; que la question de l'existence d'un obstacle à l'exécution de son renvoi doit en ce cas seulement être examinée dans le cadre du caractère *inexigible* de dite mesure, au regard de la situation générale actuelle prévalant en Syrie (voir en particulier arrêt E-2188/2019 précité, consid. 6.2.4 s.),

qu'au vu de ce qui précède, force est de constater que la motivation de la décision est contradictoire et insuffisante,

qu'en l'occurrence, il ressort de l'argumentaire de la décision entreprise que le SEM, d'une part, ne reconnaît pas la qualité de réfugié de A. \_\_\_\_\_ et lui refuse l'asile, mais, d'autre part admet pourtant un risque concret (« real risk ») de traitement contraire à l'art. 3 CEDH en cas de retour de l'intéressé en Syrie,

que dite décision est muette sur la question de l'existence ou non d'un « malus absolu », au sens de la jurisprudence, respectivement pour quelle raison l'asile devrait néanmoins être refusé au susnommé dans ces circonstances,

qu'en outre, la décision entreprise ne permet pas de comprendre pourquoi le SEM a estimé que l'exécution du renvoi serait illicite – et pas seulement inexigible – la motivation de la décision relative à l'existence d'un risque réel de violation de l'art. 3 CEDH (voir ch. III 3 s.) étant trop sommaire et générale,

qu'après avoir été rendue expressément attentive à ce problème et aux passages topiques de l'arrêt du Tribunal E-2188/2019 précité (voir page 4 in initio de la décision incidente du Tribunal du 18 décembre 2020 ; voir également l'exposé dans le courrier du recourant du 5 octobre 2020), l'autorité de première instance n'y a pas remédié et ne s'est, ici aussi, même pas exprimée sur cet aspect dans sa réponse du 13 janvier 2021,

qu'il ressort de ce qui précède que le SEM n'a pas correctement respecté le droit d'être entendu de l'intéressé et procédé à un établissement incomplet des faits,

que le droit d'être entendu est de nature formelle, de sorte que sa violation entraîne, en principe, l'annulation de la décision entreprise, indépendamment des chances de succès du recours sur le fond (cf. ATF 142 II 218 consid. 2.8.1 et réf. cit.),

qu'au vu du cumul des éléments constatés ci-dessus, une guérison de cette violation ne saurait être admise,

que le recours doit partant être admis et la décision du 31 octobre 2019 intégralement annulée, y compris le renvoi et l'admission provisoire déjà ordonnés ; qu'en effet, un renvoi ne peut être ordonné avant qu'une demande d'asile soit rejetée (art. 42 et 44 LAsi a contrario), celle de l'intéressé retournant au SEM pour nouvelle décision ; qu'il en va a fortiori de même de l'admission provisoire, une mesure de substitution à l'exécution du renvoi ne pouvant être prononcée avant de savoir si l'éloignement du recourant du territoire suisse doit effectivement être prononcé,

qu'après avoir procédé aux vérifications nécessaires (p. ex. analyse des nouveaux faits invoqués et des moyens de preuve produits dans le cadre de la procédure de recours), le SEM devra statuer de nouveau sur la possible qualité de réfugié de l'intéressé et sur la question de l'exécution de son renvoi,

que dite autorité devra alors analyser si A.\_\_\_\_\_ ne peut pas se prévaloir de la qualité de réfugié au sens de l'art. 3 LAsi (p. ex. parce qu'il ne serait effectivement qu'un réfractaire sans profil politique et ne risquant pas une

sanction constitutive d'un « malus absolu ») ou de l'art. 54 LAsi (voir à ce sujet les activités politiques en Suisse alléguées dans son recours),

que si la qualité de réfugié de A. \_\_\_\_\_ était de nouveau déniée, le SEM devrait ensuite prononcer son admission provisoire en raison du caractère *inexigible* de l'exécution de son renvoi, sous réserve de la survenance d'un élément nouveau inconnu sans lien avec ses obligations militaires laissant désormais apparaître cette mesure comme contrevenant à l'art. 3 CEDH et/ou à l'art. 3 Conv. Torture,

qu'il appartiendra préalablement au SEM de faire le nécessaire pour que le mandataire du recourant puisse cette fois-ci prendre connaissance de toutes les pièces du dossier soumises au droit de consultation (voir à ce sujet les pages 5 s. ci-dessus),

qu'au vu de l'issue de la présente procédure, il y a lieu de statuer sans frais (art. 63 al. 1 et 2 PA),

que le recourant a eu gain de cause et a fait appel à un mandataire, de sorte qu'il y a lieu de lui allouer des dépens pour les frais nécessaires occasionnés par sa défense (art. 64 al. 1 PA et art. 7 al. 1 du règlement du 21 février 2008 concernant les frais, dépens et indemnités fixés par le Tribunal administratif fédéral [FITAF, RS 173.320.2]),

que vu l'absence d'un décompte de prestations (art. 14 al. 2 FITAF), le Tribunal, sur la base du dossier, fixe le montant des dépens à 2000 francs,

(dispositif page suivante)

**Par ces motifs, le Tribunal administratif fédéral prononce :**

**1.**

Le recours est admis.

**2.**

La décision du 31 octobre 2019 est annulée et la cause est renvoyée au SEM pour nouvelle décision au sens des considérants.

**3.**

Il n'est pas perçu de frais.

**4.**

Le SEM versera au recourant la somme totale de 2000 francs à titre de dépens.

**5.**

Le présent arrêt est adressé au recourant, au SEM et à l'autorité cantonale.

Le président du collège :

Le greffier :

Yanick Felley

Edouard Iselin

Expédition :