

BVGer E-6942/2018 vom 30. Januar 2020

Bundesverwaltungsgericht, 2020-01-30, FR

Quelle: https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/bvger_E-6942_2018

FR: TAF E-6942/2018 du 30 janvier 2020

IT: TAF E-6942/2018 del 30 gennaio 2020

Regeste

Asile et renvoi

Erwägungen

E. 1.1

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. 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.

E. 1.2

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

E. 1.3

Le 1er janvier 2019, la loi fédérale sur les étrangers du 16 décembre 2005 (LEtr, RS 142.20) a été partiellement révisée et renommée loi fédérale sur les étrangers et l'intégration (LEI). Les dispositions légales applicables (art. 83 et 84) ont été reprises sans modification, raison pour laquelle le Tribunal utilise ci-après la nouvelle dénomination.

E. 1.4

Le recourant a qualité pour recourir. Présenté dans la forme et le délai prescrits par la loi, le recours est recevable (art. 48 al. 1 et 52 al. 1 PA et anc. art. 108 al. 1 LAsi).

E. 2.1

En matière d'asile, le Tribunal examine, en vertu de l'art. 106 al. 1 LAsi, les motifs de recours tirés d'une violation du droit fédéral, notamment pour abus ou excès dans l'exercice du pouvoir d'appréciation (let. a), et d'un établissement inexact ou incomplet de l'état de fait pertinent (let. b). En matière d'exécution du renvoi, le Tribunal examine en sus le grief d'inopportunité (art. 112 al. 1 LEI, en relation avec l'art. 49 PA ; ATAF 2014/26 consid. 5). L'établissement des faits est incomplet au sens de l'art. 106 al. 1 let. b LAsi lorsque toutes les circonstances de fait et les moyens de preuve déterminants pour la décision n'ont pas été pris en compte par l'autorité inférieure ; il est inexact lorsque l'autorité a omis d'administrer la preuve d'un fait pertinent, a apprécié de manière erronée le résultat de l'administration d'un moyen de preuve ou fondé sa décision sur des faits erronés, en contradiction avec les pièces (Benoît Bovay, Procédure administrative, 2ème éd., 2015, p. 566 ; voir aussi ATAF 2014/2 consid. 5.1, 2007/37 consid. 2.3).

E. 2.2

Le droit d'être entendu, tel qu'il est garanti à l'art. 29 al. 2 Cst. et aux art. 29ss PA, comprend notamment le droit pour l'intéressé de s'exprimer sur les éléments pertinents avant qu'une décision ne soit prise touchant sa situation juridique, de produire des preuves pertinentes, d'obtenir qu'il soit donné suite à ses offres de preuve pertinentes, de participer à l'administration des preuves essentielles ou à tout le moins de s'exprimer sur son résultat, lorsque cela est de nature à influencer sur la décision à rendre (ATF 128 II 497, 504s, consid. 2.2 et réf. citées). L'art. 26 al. 1 let. b PA dispose en outre que la partie ou son mandataire a le droit de consulter tous les actes servant de moyens de preuve.

E. 2.3

Le Tribunal applique le droit d'office, sans être lié par les motifs invoqués (art. 62 al. 4 PA) ni par l'argumentation juridique développée dans la décision entreprise (Moor/Poltier, Droit administratif, vol. II, 3ème éd., 2011, p. 78). Il peut ainsi admettre un recours pour un autre motif que ceux invoqués devant lui ou rejeter un recours en adoptant une argumentation différente de celle de l'autorité intimée. La procédure est régie par la maxime inquisitoire, ce qui signifie que le Tribunal constate les faits d'office et apprécie librement les preuves (art. 12 PA).

E. 3.1

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. Sont notamment considérées 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 (art. 3 al. 1 et 2 LAsi ; voir également ATAF 2007/31 consid. 5.2 à 5.6).

E. 3.2

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. Ainsi, 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. Une simple éventualité d'une persécution future ne suffit pas, mais des indices concrets et sérieux doivent faire apparaître le risque d'une persécution comme imminent et réaliste (ATAF 2011/50 consid. 3.1.1 ; 2013/11 consid. 5.1 et réf. cit. ; 2011/50 consid. 3.1.1).

E. 3.3

Quiconque demande l'asile (requérant) doit prouver ou du moins rendre vraisemblable qu'il est un réfugié (art. 7 LAsi).

E. 4.1

En l'espèce, le SEM considère que les déclarations du recourant relatives à l'agression subies par des membres de sa famille sont contradictoires sur des points essentiels et partant, invraisemblables. Il relève en outre que bien que l'homosexualité soit considérée comme illégale et pénalisée par le code pénal tunisien, les autorités font preuve d'une certaine tolérance dans les grandes villes et que les peines ne sont que peu appliquées. Des

arrestations n'auraient lieu que rarement pour ce motif car cela supposerait un flagrant délit. Bien que les actes de violences contre des personnes homosexuelles restent, dans une grande mesure, impunis et que la protection contre ces actes soit insuffisante, voire inexistante, le SEM retient que le nombre d'agressions ne semble actuellement pas assez élevé pour établir l'existence d'une persécution collective en Tunisie au sens de la jurisprudence. Quant à la crainte du recourant d'être à nouveau arrêté par les autorités ou agressé par des tiers en raison de son orientation sexuelle, le SEM constate que, d'une part, celui-là n'a pas rencontré de problèmes avant (...) 2016 et que, de l'autre, rien d'indique que l'arrestation ou les deux agressions subies soient en lien avec son homosexualité. Il aurait été libéré après que les autorités avaient reçu les résultats des examens sanguins, attestant qu'il n'avait pas consommé de drogue, et lui-même a reconnu que son habillement « normal, comme tout le monde » posait problème. En outre, il se serait soustrait aux pressions familiales en s'établissant à B._____ et aurait encore vécu plus d'une année dans son pays sans rencontrer de problèmes concrets avec les membres de sa famille, à l'exception des menaces proférées à son encontre sur sa page Facebook. Sans minimiser les difficultés rencontrées en ayant dû vivre loin de sa famille, le SEM considère que le seul fait que l'intéressé n'ait pas pu vivre sa sexualité ouvertement, n'est pas suffisant pour lui reconnaître la qualité de réfugié. Au moment de son départ, il n'avait donc pas de raisons objectivement reconnaissables de craindre d'avoir à subir, selon toute vraisemblance et à brève échéance, des persécutions du fait de son orientation sexuelle.

E. 4.2

Dans son recours, l'intéressé conteste la motivation du SEM concernant l'in vraisemblance de ses propos. Il réitère avoir été confus lors de ses auditions, en raison de sa détresse et des troubles développés suite aux violences subies. Il reproche au SEM d'avoir écarté l'attestation de l'association Shams, selon laquelle il avait contacté le service d'écoute et d'orientation et avait bénéficié d'un suivi depuis (...) 2016. On ne saurait expliquer pourquoi il aurait eu recours au soutien d'une telle association plus d'une année avant son départ du pays s'il n'avait pas été victime de discriminations ou de violences. Il relève aussi qu'il ne s'agit pas d'un certificat de complaisance, car cette organisation est reconnue par la communauté internationale. Contrairement à ce que le SEM a retenu, il n'aurait en outre pas quitté son pays pour vivre sa sexualité librement, mais pour fuir les persécutions et les mauvais traitements subis en raison de son homosexualité. L'intéressé se réfère encore à l'art. 230 du code pénal tunisien, punissant la sodomie de trois ans d'emprisonnement et à divers articles de presse traitant de la situation des personnes homosexuelles en Tunisie. Finalement, le fait que sa famille l'ait contraint à consulter un psychiatre devrait être assimilé à une violence psychologique.

E. 4.3

Dans sa réponse du 28 janvier 2019, le SEM ne nie pas que le recourant ait vécu des pressions ou des violences de la part des membres de sa famille, qui peuvent être assimilées à une pression psychique insupportable, ni que ces traumatismes, résultant de ces violences, aient pu induire une certaine confusion dans ses propos. Toutefois, des contradictions essentielles ont été relevées concernant l'agression dont il aurait été victime de la part des membres de sa famille. L'intéressé n'aurait pas davantage su expliciter comment ceux-ci auraient pu le localiser. Mis à part cet événement, jugé invraisemblable, le recourant n'aurait plus rencontré de problèmes avec sa famille suite à son départ à B._____, où il aurait vécu encore plus d'une année. Aucun élément n'indiquerait qu'il existerait un quelconque

lien entre la dernière agression, dont il aurait été victime le (...) 2017, durant laquelle il aurait été dévalisé par des inconnus en rentrant du travail, et son orientation sexuelle.

E. 5.1

En l'espèce, le Tribunal, à l'instar du SEM, considère que l'agression dont le recourant dit avoir été victime de la part des membres de sa famille n'est pas vraisemblable. En effet, même à admettre qu'il se trouvait dans un état psychologique difficile, il devait être en mesure de savoir si son propre frère avait participé à cette agression et si celle-ci avait eu lieu à Tunis ou à B._____ (PV d'audition du 6 décembre 2017 [A7/12, p. 7, R 7.02] ; PV d'audition du 26 janvier 2018 [A20/23, p. 5 et 18, R 41 et 180 à 185]).

E. 5.2

Pour le reste, et à l'instar du SEM, le Tribunal considère que le récit du recourant est vraisemblable. Il en est ainsi notamment de son arrestation en (...) 2016, des problèmes rencontrés avec les salafistes, de leurs conséquences, soit que sa famille a été informée de son homosexualité, l'a rejeté et menacé de mort pour le cas où « il ne changeait pas », de son déménagement à B._____ et des problèmes qu'il y aurait rencontrés.

E. 5.3

Avec le SEM toujours, il y a lieu de considérer que les problèmes rencontrés par le recourant, avant son départ du pays, ne revêtaient pas l'intensité nécessaire pour qu'il puisse se voir reconnaître la qualité de réfugié, même s'il pouvait ressentir une pression psychique insupportable à cause de sa famille, à laquelle il a pu se soustraire, en partie, en s'établissant à B._____.

E. 6.1

En revanche, la question de savoir si le recourant avait une crainte fondée de persécution en raison de son homosexualité, au moment de son départ, et à l'heure actuelle, n'a pas été traitée à satisfaction de droit, notamment car le droit d'être entendu du recourant a été violé et car les faits essentiels n'ont pas été correctement établis.

E. 6.2

En effet, la seule source citée par le SEM dans sa décision est un document interne, non accessible au public, de sorte que le recourant n'a pas pu en prendre connaissance et se déterminer à ce sujet. Or le SEM s'est fondé exclusivement sur cette source pour analyser la situation des personnes homosexuelles en Tunisie. Comme on le verra ci-dessous en outre, le contenu de ce document ne correspond pas aux sources consultables. Le droit d'être entendu du recourant a donc été violé.

E. 7.1

Quant à l'établissement des faits, l'art. 230 du code pénal tunisien, dans sa version française, dispose que « la sodomie, si elle ne rentre dans aucun des cas prévus aux articles précédents, est punie de l'emprisonnement pendant trois ans ». Le SEM, se basant sur le document interne précité, est parti du principe que les autorités faisaient preuve d'une certaine tolérance dans les grandes villes et que les peines étaient peu appliquées ; en effet, il était rare que les gens soient arrêtés pour ce motif car cela supposait un flagrant délit. Or, selon d'autres sources, accessibles sur internet, la version arabe du code pénal tunisien, déterminante, dispose que l'homosexualité féminine et masculine est passible d'une peine de trois ans d'emprisonnement. En outre, et contrairement à l'affirmation du SEM, l'art. 230 du

code pénal tunisien, qui s'applique précisément en l'absence d'autre disposition topique du code pénal, couvrirait la situation d'acte homosexuel consenti entre deux adultes en privé, non en public (<https://nawaat.org/portail/2018/05/24/jeune-de-ramadan-et-libertes-individuelles-interview-avec-wahid-ferchichi/>; <https://inkyfada.com/fr/2015/05/26/article-230-code-penal-criminalisation-anticonstitutionnelle-homosexualite-tunisie/>, consultés le 18 décembre 2019). En ce qui concerne l'application de cette disposition, diverses sources tendent à montrer qu'il n'y a pas de statistiques stables sur le nombre de condamnations sur la base de l'art. 230 du code pénal tunisien. L'association Shams, à laquelle le recourant a fait appel, a dénombré 71 cas pour l'année 2017, 53 en 2018 alors que l'année n'était pas encore terminée

(<https://kleineanfragen.de/bundestag/18/8692-menschenrechtliche-lage-in-tunesien>, p. 8, ch. 12 ; <https://www.theguardian.com/global-development/2018/nov/14/rights-groups-condemn-brutal-and-humiliating-tests-on-gay-men-in-tunisia> ; voir également <http://kapitalis.com/tunisie/2018/12/03/tunisie-120-personnes-arretees-pour-homosexualite-en-10-mois/>, qui fait état de 120 personnes arrêtées en 2018, consultés le 18 décembre 2019). Le nombre d'arrestations aurait en outre augmenté (127 cas enregistrés en 2018 et 22 cas jusqu'au mois d'avril 2019 [<https://www.theguardian.com/global-development/2019/apr/30/tunisia-invokes-sharia-law-in-bid-to-shut-down-lgbt-rights-group>, consulté le 18 décembre 2019]). Selon une autre source, la Tunisie fait partie des pays les plus fermés et conservateurs. Aux trois ans d'emprisonnement prévus à l'art. 230 du code pénal, s'ajoute la discrimination à laquelle sont confrontées les personnes LGBT, tant par les autorités que par la société

(<https://www.gay.it/attualita/news/tunisia-gay-abusi-test-anali-condanna-sodomia>, consulté le 18 décembre 2019). Le nombre de personnes arrêtées sans être condamnées sur la base de l'art. 230 du code pénal tunisien serait de surcroît nettement supérieur (<https://landinfo.no/wp-content/uploads/2018/03/Tunisia-Forhold-for-homofile.pdf>, p. 2, consulté le 18 décembre 2019). En outre, selon certaines sources, les personnes suspectées d'être homosexuelles sont maltraitées par la police et lors de leur détention ; elles peuvent être forcées de subir des examens anaux, pour « prouver » leur homosexualité (<https://www.hrw.org/news/2018/11/08/tunisia-privacy-threatened-homosexuality-arrests> ; https://www.lemonde.fr/series-d-ete-2018-long-format/article/2018/08/14/la-longue-marche-des-homosexuels-tunisiens-vers-l-emption_5342371_5325928.html, <https://www.theguardian.com/global-development/2019/apr/30/tunisia-invokes-sharia-law-in-bid-to-shut-down-lgbt-rights-group>, consultés le 18 décembre 2019). En raison de la pénalisation de l'homosexualité en Tunisie, les personnes considérées comme homosexuelles font l'objet d'attaques, mais ne dénoncent en principe pas ces faits, de peur d'être elles-mêmes condamnées pour homosexualité

(<https://www.amnesty.org/download/Documents/MDE3028142015FRENCH.PDF>, p.39, <http://kapitalis.com/tunisie/2019/01/30/sf-ax-agresse-et-viole-un-homo-se-fait-arreter-pour-homosexualite/>, <https://www.alaraby.co.uk/english/indepth/2019/3/7/tunisian-victim-jailed-for-sodomy>, consultés le 18 décembre 2019). C'est précisément ce qu'a expliqué le recourant, à savoir que, suite à son agression par des salafistes, l'association Shams lui a déconseillé de porter plainte, car il risquait de se faire lui-même arrêter (PV d'audition du 26 janvier 2018, [A20/23, p. 6, 8 et 9 R 41, 64, 75 à 78]). Il ressort de ce qui précède que l'état de fait de la décision attaquée, concernant le contenu de l'art. 230 du code pénal tunisien, son application et les conséquences pour les personnes homosexuelles n'a pas été correctement établi.

(<https://www.amnesty.org/download/Documents/MDE3028142015FRENCH.PDF>, p.39, <http://kapitalis.com/tunisie/2019/01/30/sf-ax-agresse-et-viole-un-homo-se-fait-arreter-pour-homosexualite/>, <https://www.alaraby.co.uk/english/indepth/2019/3/7/tunisian-victim-jailed-for-sodomy>, consultés le 18 décembre 2019). C'est précisément ce qu'a expliqué le recourant, à savoir que, suite à son agression par des salafistes, l'association Shams lui a déconseillé de porter plainte, car il risquait de se faire lui-même arrêter (PV d'audition du 26 janvier 2018, [A20/23, p. 6, 8 et 9 R 41, 64, 75 à 78]). Il ressort de ce qui précède que l'état de fait de la décision attaquée, concernant le contenu de l'art. 230 du code pénal tunisien, son application et les conséquences pour les personnes homosexuelles n'a pas été correctement établi.

(<https://www.amnesty.org/download/Documents/MDE3028142015FRENCH.PDF>, p.39, <http://kapitalis.com/tunisie/2019/01/30/sf-ax-agresse-et-viole-un-homo-se-fait-arreter-pour-homosexualite/>, <https://www.alaraby.co.uk/english/indepth/2019/3/7/tunisian-victim-jailed-for-sodomy>, consultés le 18 décembre 2019). C'est précisément ce qu'a expliqué le recourant, à savoir que, suite à son agression par des salafistes, l'association Shams lui a déconseillé de porter plainte, car il risquait de se faire lui-même arrêter (PV d'audition du 26 janvier 2018, [A20/23, p. 6, 8 et 9 R 41, 64, 75 à 78]). Il ressort de ce qui précède que l'état de fait de la décision attaquée, concernant le contenu de l'art. 230 du code pénal tunisien, son application et les conséquences pour les personnes homosexuelles n'a pas été correctement établi.

E. 7.2

Le SEM considère également que les attaques dont le recourant a été victime ne doivent pas être mises en lien avec son homosexualité mais avec son habillement uniquement. Or, sur ce sujet, une brève recherche permet de montrer que les forces sécuritaires tunisiennes se fondent précisément sur l'apparence des personnes, qu'elles pensent être homosexuelles - en raison de leur habillement notamment - pour les arrêter. De manière générale, les personnes homosexuelles subissent une discrimination généralisée, vivent dans la crainte d'être arrêtées et sont particulièrement exposées à la violence en raison de leur orientation sexuelle ou de leur identité de genre, réelle ou présumée (<http://kapitalis.com/tunisie/2018/12/03/tunisie-120-personnes-arretees-pour-homosexualite-en-10-mois/> ; https://www.amnesty.org/download/Documents/MDE302814201_5FRENCH.PDF, p. 37ss, 40 notamment, consultés le 18 décembre 2019). Dans le cas d'espèce, le recourant a dit avoir rencontré des problèmes en raison de son habillement. Même si lui-même considère qu'il s'habille « normalement », il ressort clairement de ses auditions qu'il a rencontré des problèmes avec les salafistes précisément car ceux-ci lui demandaient de changer de tenue vestimentaire (PV d'audition du 6 décembre 2017 [A7/12, p.7, 7.02] ; PV d'audition du 26 janvier 2018 [A20/23, p. 5, 8, 9 et 15 R 41 et 64, 66, 67, 71, 76 et 141 à 144]). Contrairement à l'avis du SEM, il ressort également de son audition que sa tenue vestimentaire et son piercing lui ont causé des problèmes à B._____, où il s'est fait agresser verbalement et physiquement notamment (PV d'audition du 26 janvier 2018 [A20/23, p. 6 et 15, R 41 et 141 à 144]).

E. 7.3

Ainsi, l'affirmation du SEM, selon laquelle le recourant n'avait pas de raison objectivement reconnaissable de craindre d'avoir à subir, selon toute vraisemblance et à brève échéance, des persécutions du fait de son orientation sexuelle, car le seul fait de ne pas avoir pu vivre sa sexualité ouvertement n'était pas suffisant pour la reconnaissance de la qualité de réfugié, ne repose pas sur un état de fait correctement établi. Comme l'intéressé le souligne dans son recours, il ne s'agissait pas pour lui de vouloir vivre sa sexualité ouvertement, mais de fuir des persécutions et mauvais traitements subis en raison de son homosexualité. Savoir si ceux-ci sont pertinents en matière d'asile ne peut, en l'état, être décidé. L'état de fait n'ayant pas été correctement établi, l'analyse du SEM sur l'éventuelle crainte fondée du recourant au moment de son départ, voire en cas de retour dans son pays, est ainsi erronée.

E. 8.1

Les recours contre les décisions du SEM en matière d'asile et de renvoi sont en principe des recours en réforme, exceptionnellement des recours en annulation (art. 61 al. 1 PA). Toutefois, la réforme présuppose un dossier suffisamment mûr pour qu'une décision puisse être prononcée, étant précisé qu'il n'appartient pas à l'autorité de recours de procéder à des investigations complémentaires d'ampleur excessive.

E. 8.2

En l'espèce, la cause n'est pas suffisamment instruite pour que le Tribunal puisse se prononcer. Par ailleurs, l'étendue des mesures d'instruction à effectuer dépasse celles qu'il incombe à l'autorité de recours d'entreprendre. Partant, une cassation se justifie (Philippe Weissenberger/ Astrid Hirzel, commentaire ad art. 61 PA in : *Praxiskommentar VwVG*, Waldmann/Weissenberger [éd.], 2016, no 16 p. 1264 ; Madeleine Camprubi, commentaire ad art. 61 al. 1 PA in : *VwVG - Kommentar zum Bundesgesetz über das*

Verwaltungsverfahren, Auer/Müller/Schindler [éd.], no 11 p. 773 ss ; voir aussi ATAF 2012/21 consid. 5).

E. 9

Eu égard à ce qui précède, il y a lieu d'admettre le présent recours et d'annuler intégralement la décision du SEM pour violation du droit d'être entendu et établissement incomplet de l'état de fait pertinent sur la base de l'art. 106 al. 1 let. b LAsi et de lui renvoyer la cause pour nouvelle décision.

E. 10.1

L'intéressé ayant eu gain de cause, il n'est pas perçu de frais de procédure (art. 63 al. 2 PA).

E. 10.2

Conformément à l'art. 64 al. 1 PA et aux art. 5 à 7 du règlement du 21 février 2008 concernant les frais, dépens et indemnités fixés par le Tribunal administratif fédéral (FITAF, RS 173.320.2), la partie qui a obtenu gain de cause a droit à des dépens pour les frais nécessaires qui lui ont été occasionnés par le litige.

E. 10.3

En l'absence d'un décompte de prestations, il se justifie de fixer l'indemnité globale, ex aequo (art. 14 al. 2 FITAF), à 600 francs à titre de dépens. (dispositif : page suivante)

Export aus OpenCaseLaw (CC0). Verbindlich ist allein der vom erlassenden Gericht veröffentlichte Originaltext. Quellen-URL siehe oben.